

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVIII

(2.º FASC.)

1973

EM COMEMORAÇÃO DE SEU OCTOGÉSIMO
ANIVERSÁRIO DE LANÇAMENTO



**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

VICE-DIRETOR

DR. SÍLVIO RODRIGUES

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Diretor:

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

Vice-Diretor:

DR. SÍLVIO RODRIGUES

Membros:

DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA
DR. BASILEU GARCIA
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR
DR. SÍLVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLÓVIS BEVILAQUA (1859-1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA (1892)
MIGUEL SEABRA FAGUNDES

PROFESSORES EMÉRITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (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 (1864-1943)
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA
VICENTE RÃO
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO
NOÉ AZEVEDO
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR de Direito do Trabalho
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Processual Penal
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR de Introdução ao Estudo do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política — Direito Econômico
DR. SÍLVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial

DR. ALFREDO BUZAIID de Direito Processual Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR de Medicina Legal
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Tributário
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público
DR. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA de Instituições de Direito
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 DE SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro

PROFESSORES LIVRES DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULA VICENTE DE AZEVEDO de Direito Processual Penal
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Processual Penal
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito
DR. JOSÉ GLAÚCIO VEIGA de Economia Política
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Processual Civil
DR. GUILHERME CÂNDIDO PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
DR. OTTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR de Direito Administrativo
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Direito do Trabalho
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Direito do Trabalho
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Processual Civil
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria do Estado
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Processual Civil
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Tributário
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Processual Civil
DR. WALTER BARBOSA CORRÊA de Direito Tributário
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política
DR. JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado
DR. ROGÉRIO LAURIA TUCCI de Direito Processual Civil
DR. THEOPHILU ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução
ao Estudo do Direito
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA de Direito Constitucional
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA de Direito Processual Civil
DR. LUÍS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES de Direito Comercial
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR de Direito Processual Civil
DRA. HENNY GOULART de Direito Penal
DR. JOÃO PEDRO GALVÃO DE SOUZA de Introdução ao Estudo do Direito
DR. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA de Direito Comercial
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA de Direito Processual Civil
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO de Direito Processual Civil
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER de Direito Processual Civil

Secretária

Bel. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVIII

(2.º FASC.)

1 9 7 3

EM COMEMORAÇÃO DE SEU OCTOGÉSIMO
ANIVERSÁRIO DE LANÇAMENTO



Comissão de Redação.

Professor Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior
Professor Dr. Miguel Reale
Professor Dr. Antônio Chaves

Secretária de Redação.

B.^{el} Maria Angélica Rebello

ESTE FASCÍCULO
FOI MANDADO PUBLICAR
PELA CONGREGAÇÃO DOS PROFESSORES
EM COMEMORAÇÃO DO OCTOGÉSIMO
ANIVERSÁRIO
DE LANÇAMENTO DA
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”
1893-1973

Professor Emérito Noé Azevedo*.

Pequeno retrato de uma grande vida

Manoel Pedro Pimentel

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

Quem não conhece a história da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, certamente não entenderá o significado desta solenidade. Trata-se de uma das mais comovedoras tradições desta Casa. No trigésimo dia da data do falecimento de um professor, a Congregação se reúne para prestar homenagem ao colega extinto, após assistir, incorporada, ao ofício religioso que é celebrado no também tradicional Convento de São Francisco, *celula-mater* desta Academia. Ao sucessor do mestre falecido incumbe proferir o elogio póstumo.

A tradição é o passado dando as mãos ao futuro, no presente. E a Faculdade de Direito de São Paulo, nos seus 145 anos de existência, empenha-se em conservar o que de bom o passado nos legou, olhando, no presente, para o futuro. Por isso mesmo é que, hoje, aqui nos encontramos reunidos, celebrando a memória de um dos mais queridos professores desta Casa, que durante 47 anos nela viveu, como aluno e como mestre: Noé Azevedo.

Ecoam ainda em nossos ouvidos as palavras de despedida proferidas neste mesmo Salão Nobre e à beira da

*. Oração proferida na sessão solene da Congregação, realizada em homenagem póstuma ao Excelentíssimo senhor Professor Emérito Noé Azevedo, no trigésimo dia de seu falecimento, a 7 de outubro de 1972.

campanha, no cemitério do Morumbi, no dia 8 de setembro. Foram palavras repassadas da mais intensa e sincera emoção, dando a verdadeira medida do respeito, da admiração e da estima que todos devotamos a esse homem extraordinário. Repetiu-se, assim, no passo da morte, a consagração que em vida lhe foi tributada, no mês de maio de 1971, durante a semana de homenagens prestadas pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Poucos homens tiveram a oportunidade de sentir tão de perto o apreço dos seus contemporâneos, pois geralmente os méritos somente são tornados públicos após a morte. Entretanto, como disse muito bem Teotônio Negrão, “o verdadeiro monumento a Noé Azevedo foi levantado por ele mesmo, no decurso de uma vida perfeita”.

Fechando os olhos, posso ver o rosto amigável e bondoso do meu Professor, como que a censurar-me pelo fato de, mesmo depois da sua morte, aprestar-me para ferir a sua modéstia, acanhado como sempre, quando se tratava de ser alvo de uma homenagem pública. Não posso, porém, escusar-me de fazê-lo.

Nasceu Noé Azevedo em Dores da Boa Esperança, no Estado de Minas Gerais. Foram seus pais Manoel Alves de Azevedo e Da. Ariadna de Araújo Azevedo. Ingressou nesta Faculdade aos 18 anos de idade, aprovado no exame de admissão realizado no dia 13 de março de 1915. Durante a vida acadêmica já demonstrava o seu pendor para as coisas da cultura, integrando a Comissão de Redação do “XI de Agosto”, e fazendo publicar dois alentados volumes da sua revista, com a colaboração, entre outros estudantes, de Vicente de Azevedo e Soares de Mello. Iniciou-se, nesse período, na imprensa diária, escrevendo artigos sobre assuntos sociais e sobre pedagogia, no jornal *A Gazeta*.

No dia 10 de dezembro de 1919 colou grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Dissertando sobre o tema *Dos Tribunais Especiais para Menores*, obteve o grau de

Doutor, conferido no dia 9 de maio de 1920. Nesse mesmo ano estreou na crônica forense, resumindo os debates dos casos mais interessantes julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, para o *Jornal do Comércio de São Paulo*. Esse gênero de crônicas foi mantido durante anos, passando a ser, de 1924 a 1944, colaboração constante publicada pelos jornais *O Estado de São Paulo* e, mais tarde, *Folha da Manhã*. Também os periódicos *A Platéia* e o *Diário da Noite* contaram com seus artigos. A partir de 1923, ligou-se à *Revista dos Tribunais*, tornando-se seu diretor responsável.

Em 30 de setembro de 1927, requereu inscrição ao concurso para a livre-docência da cadeira de Direito Penal, apresentando a dissertação *A Socialização do Direito Penal e o Tratamento de Menores Delinquentes e Abandonados*. A banca examinadora, integrada pelos Professores Laurentino Antonio Moreira de Azevedo, Antonio de Sampaio Dória, José Joaquim Cardozo de Mello Neto e Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta, aprovou-o, no dia 10 de novembro de 1928, com a média geral 9. Foi-lhe expedido o título e entrou em efetivo exercício no dia 16 de novembro desse mesmo ano.

Iniciado o ano letivo de 1929, passou a substituir o ilustre Professor Gama Cerqueira, dando sua primeira aula no dia 23 de abril. Desde então, não mais deixou de lecionar, até aposentar-se, compulsoriamente, em 1966. No magistério provou incomum assiduidade, pois durante os 37 anos em que o exerceu, deu apenas 10 faltas. Regeu as cadeiras de Direito Penal dos 3.º e 4.º anos do Curso de Bacharelado, substituindo os Professores Gama Cerqueira e Cândido Motta. Em 1933 assumiu a cadeira de Direito Penal Comparado, no Curso de Doutorado, no qual regeu, também, a cadeira de Sistemas Penitenciários.

Vaga a cadeira de Direito Penal, com a morte de Gama Cerqueira, em 22 de agosto de 1936 requereu inscrição para o concurso, com a tese *As Garantias da Liberdade Indivi-*

dual em face das Novas Tendências Penais, contendo 263 páginas de texto enxuto, sem demasiadas citações, revelando que o candidato trazia uma contribuição original, segura, fundamentada nos seus conhecimentos e experiência. Ligeiras notas de rodapé indicavam, no entanto, a sua familiaridade com o pensamento dos tratadistas mais atualizados.

Examinado por banca de altíssimo padrão, integrada pelos Desembargadores Manoel Polycarpo Moreira de Azevedo e Antão de Moraes, e pelos Professores José Magalhães Drummond, Raphael Sampaio e Mário Mazagão, logrou aprovação unânime, resultado que a ninguém surpreendeu, dados os méritos do candidato. No dia 20 de outubro de 1936, seu título de nomeação para o cargo de Professor Catedrático era assinado por Armando de Salles Oliveira.

No dia 31 desse mesmo mês iniciava-se no exercício da cátedra, dele se afastando no ano seguinte, licenciado para tratar de negócios particulares da sua advocacia. Ao reassumir o cargo, instado pela Congregação, regeu a cadeira de Direito Judiciário Civil, voltando à de Direito Penal tão logo o permitiram as circunstâncias.

Falar de Noé Azevedo, Professor, demandaria vagar. Tão grande é o elenco dos fatos associados ao seu magistério, a merecer destaque, que não seria possível resumí-los em poucas palavras. Para atestá-los aí estão as gerações de alunos que tiveram a felicidade de assistir suas aulas. Não deixarei, entretanto, de mencionar um, sobretudo expressivo, e que dará a medida pela qual se afere o seu valor como mestre.

Ao tempo em que os catedráticos regiam os cursos diurno e noturno, era eu seu auxiliar de ensino, comparecendo às aulas, com o privilégio de sentar-me ao seu lado, para ouvi-lo. Certo dia, no intervalo da primeira aula da manhã, disse-me o Professor Noé que deveria ir, naquela tarde, ao Rio de Janeiro, a fim de sustentar um recurso

perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal. Ofereci-me, então, para substituí-lo na aula da noite, repetindo a matéria dada. Agradeceu-me e disse que não seria necessário, pois estaria de volta a São Paulo com tempo suficiente para a aula.

Confesso que duvidei. À noite compareci, para suprir-lhe a falta, tão certo estava de que não haveria condições para a presença do mestre. Enganei-me. Ao entrar na sala dos professores, já o encontrei aguardando o sinal para a aula. Contou-me, com a jovialidade de sempre, o desfecho do caso que defendera e, após a aula, foi para casa dirigindo seu automóvel. Contava, então, 64 anos de idade...

Seu carinho pelos alunos era uma constante. A primeira vez em que me pediu para julgar provas, explicando que necessitava do meu 'concurso por motivo de problema na vista, feriu um ponto até então não revelado. Disse-me que levasse em conta os esforços dos estudantes, lembrando-me que o critério de aferição do merecimento não deveria ser muito estrito, pois a reprovação de um aluno constituía pena severa, só aplicável em casos excepcionais. A grandeza do seu coração se mostrava por inteiro, e enquanto fui seu assistente obedeci a essa superior orientação.

Convivendo com ele, durante anos, encontrei-o sempre de humor inalterado. Os dias bons e maus não o modificavam. Ao entrar na Faculdade se despojava de todas as preocupações que não se relacionassem com o magistério. Os estudantes respeitavam-no como a um pai. E, na sua gíria pitoresca, não raro diziam mesmo que ele era uma "mãe". Fêz jús a esse tratamento, agindo conscientemente. Não se tratava de uma conduta ditada pelo interesse de angariar prestígio fácil. Também não era por comodismo que não reprovava. Somente ele, na grandeza da sua compreensão, era capaz de justificar essa maneira de ser. E quem ouvisse a explicação, ficaria inteiramente convencido da sua razão.

Seu espírito aberto e a visão do futuro permitiram-lhe atrair continuadores. Não se fechou no círculo estreito da cátedra, usufruindo egoisticamente dos seus direitos. Prestigiou seus assistentes, estimulando-os a progredir, sempre disposto a ajudar, a aconselhar, a orientar. Se aqui estou, como seu sucessor, embora jamais possa substituí-lo, a ele devo, e unicamente a ele, pois foi a seu convite que vim integrar, no início da carreira, o Corpo Docente desta Casa.

Embora lecionasse Direito Penal, não eram muitas as questões criminais que patrocinava como advogado. Por isso, dizia sempre que o Conselho Penitenciário, de que foi membro durante mais de 40 anos, era o seu laboratório. Era ali que punha em prática as lições ministradas na Faculdade, dando vãsão ao seu gênio de penitenciário, dentro das linhas de marcante humanismo. Sempre ponderado e prudente, orientou de modo seguro os numerosos Conselheiros que se sucederam naquele órgão, merecendo de todos o respeito e o acatamento devidos.

Sua participação em Congressos internacionais e nacionais valeu-lhe renome merecido, além fronteiras, culminando com a rara láurea de “Cavaleiro de Honra”, conferida pelo Governo da França, em 1951. Os postos de direção nunca o atraíram, embora guindado a muitos deles, por imposição de seus pares. Assim é que, no âmbito da Faculdade, integrou o Conselho Técnico-Administrativo, com o brilho costumeiro, muito servindo aos Diretores desta Casa e à Egrégia Congregação.

Orgulhava-se de ser comparado a Dorado Montero, embora o primeiro autor dessa comparação a tivesse formulado com certa ironia. Contou, ele mesmo, em preleção de encerramento dos Cursos, no ano de 1944, que “um dos mais doutos representantes do Ministério Público na Capital e livre-docente desta casa, em um primoroso discurso, no qual, todavia, apareciam alguns laivos de ironia, deu-me a honra de chamar o nosso Dorado Montero. Realmente, há um quarto de século, venho seguindo, nos estudos de Direito

Penal, a orientação do originalíssimo professor de Salamanca, autor de *El Derecho Protector de los Criminales*, que Jiménez de Asúa considera um pensador genial e seu mestre, apesar de não ter tido a ventura de ser seu aluno.”

Todos sabemos que Dorado Montero foi o pregador ardoroso da supressão do caráter retributivo da pena de prisão. Noé Azevedo, entre nós, liderou a corrente humanista, como verdadeiro precursor das idéias ora divulgadas pela Escola do Néo-Defensismo Social. Tudo o que hoje repetimos, é fruto da lição ministrada na mesma oportunidade supra referida, quando o mestre disse: “o que é indispensável é depurar esse tratamento, não apenas da idéia de vingança, que a doutrina penal já arredara, mas também do fundo de reação vindicativa, conservado pelo sistema penal moderno, como que subconscientemente, em todas as suas reações contra a criminalidade”.

Citando Florian, na mesma aula, sustentou que “a defesa social não é vingança social. É preciso eliminar essa idéia, que conserva tantos vestígios no Direito Penal. É cruel, excessiva, aberrante e repugnante ao sentimento humano. Não encontra fundamento na necessidade. Com ela, segundo o mestre italiano, há de desaparecer também o conceito de que a pena deve conservar sempre e necessariamente um conteúdo aflitivo.”

Se hoje, ao afirmarmos estas verdades, ainda sentimos a reação que despertam, mesmo entre estudiosos da nossa disciplina, o que não aconteceria há cerca de trinta anos, quando Noé Azevedo as enunciava? Era necessária uma coragem incomum, que somente existe nos homens de firme convicção.

O homem centralizou as suas preocupações. Tinha em alta conta os direitos individuais, sem perder de vista, porém, os fins sociais, defendendo-os em todas as oportunidades. Sustentava que a tendência do Direito Penal sempre fora no sentido de evitar os abusos do poder dominante. Ao discorrer sobre o moderno conceito da *tipicidade*, lembrava

que tal posição dos penalistas germânicos nada mais era do que a consagração, em outros termos, do princípio da reserva legal, estabelecido em benefício dos direitos individuais. A forma processual, por sua vez, era tida por ele como garantia do direito do acusado. Os tribunais de exceção, violando o princípio do juiz natural, pareceram-lhe, sempre, uma excecência, capaz de justificar o réu, mas incapaz de lhe fazer justiça.

A norma penal, ao seu ver, definindo os crimes, não apenas conceitua um comportamento, mas procura evitar que haja arbítrio por parte dos julgadores. Ao defender esta idéia, gostava de citar o postulado de Bacon: “*Optima lex quae minimum arbitrium judicis relinquit*”. Desde a sua primeira lição nesta Casa, até a aula de encerramento dos Cursos, em 1966, manteve-se dentro desta mesma linha, centrada na sua tese de concurso para a cátedra, a que intitulou *As Garantias da Liberdade Individual em face das Novas Tendências Penais*.

Toda essa esplêndida atuação tornou-o credor da admiração dos seus pares. Ao se aposentar, pelo limite de idade, não tardou em receber o título de Professor Emérito, justíssimo reconhecimento de todo o seu valor. No dia 11 de agosto de 1971, em sessão solene, esse título lhe foi conferido. Nessa oportunidade, na saudação que proferiu, o eminente Professor Basileu Garcia disse uma frase lapidar, hoje repetida em todos os lugares: “Se se quiser eleger, na atualidade, em nosso meio, a figura do protótipo do advogado, não tenho dúvida de que Noé Azevedo reunirá a unanimidade dos sufrágios porque permanece indelével á percepção do papel por ele desempenhado.”

E, de fato. Se Noé Azevedo foi um extraordinário pensador, um professor incomum, um fino estilista, um jornalista combativo, a sua maior glória ele a colheu no campo da advocacia. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, integrou o Conselho Provisório da recém instalada Ordem dos Advogados do Brasil, vindo a ser

eleito seu Vice-Presidente em 1935. Em 1939 ascendeu à Presidência do Conselho, exercendo-a durante quase vinte e cinco anos. Por força de dispositivo estatutário, em 1964, recebeu o título de Conselheiro Nato. E, em 1965, coroando todos os demais, lhe foi outorgado o título de Presidente Emérito. Seu nome foi dado à Sala Magna da Casa dos Advogados de São Paulo. E a IV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil deliberou tributar a Noé Azevedo justas homenagens, considerando-o Advogado-Padrão, que se concretizaram em uma semana de trabalhos realizados em seu louvor. Do Instituto dos Advogados de São Paulo recebeu a medalha “Ao Mérito”, conquistando, assim, pelo seu valor excepcional, todas as láureas que possam ser atribuídas a um profissional. Do Governo do Estado, em reconhecimento aos relevantes serviços públicos prestados, Noé Azevedo recebeu, em 1971, a comenda da Ordem do Ipiranga, no grau de Comendador.

Resumindo, embora, os títulos e honrarias acumulados por Noé Azevedo, constatamos quão extensa é a lista. Na advocacia, da qual nunca se afastou, embora solicitado muitas vezes pela Política, colheu seus maiores triunfos, viveu os maiores momentos. Não por acaso. Mas, porque era, sem dúvida, um advogado nato. Palmilhou todos os campos, do Direito Público e do Direito Privado, com igual desenvoltura. Passam de quinhentos os trabalhos jurídicos que publicou, sendo que ultrapassam de duas centenas, dentre eles, os arazoados forenses de maior importância. Figurou como patrono, ou como jurista, advogando ou dando pareceres, nas maiores causas que tramitaram pelo nosso fôro nos últimos quarenta anos.

Bagagem igual poucos podem ostentar. E, ostentando-a, raros serão os que a Noé Azevedo se igualassem em humildade, em modéstia verdadeira, avessa à promoção publicitária. No trabalho, porém, resplandecia o seu talento desenvolvido, desassombrado, sincero e de incomparável honestidade intelectual. Ao escrever a respeito *Das*

virtudes primaciais de um juiz, não fugiu à obrigação de expôr seu pensamento. É sabido que os advogados evitam criticar os magistrados, por óbvias razões. Esse temor não assaltou Noé Azevedo, conforme se conclui da leitura desse trabalho, do qual destacamos os seguintes trechos:

“Há juizes que entendem ser necessário ensimesmarem-se, fechando-se a dentro da muralha da toga, temerosos de se contaminarem ao contato com as partes, fugindo, como de ares pestilentos, a qualquer conversa com os advogados ou procuradores judiciais.

“O arminho, quando legítimo, não teme borrifos de lama, pois deposita confiança na sua virtude essencial que é o indelével da alvura.

“Quem é realmente íntegro e dotado de verdadeiro espírito de justiça, não precisa blindar-se com esse manto de Proteu, tecido de falsa austeridade e genuína pedanteria, para, fumegando autoridade, manter os litigantes a certa distância, evitando o contágio da própria consciência, pelo *virus* das incontidas paixões. Os caracteres retos, os espíritos puros, os juizes justos e fortes, são afáveis, atenciosos e acolhedores.”

E, mais adiante, sentencia magistralmente: “De quanto crime e quanta iniquidade se não justificou e benzeu muito juiz poltrão, resmungando, em beatífica atitude, o *dur a lex, sed lex!*”

Conhecia profundamente a alma humana e a geografia do meio em que vivia. Seu sentimento de Justiça era imaculado e não se deixava prender nas teias artificiais dos falsos dogmas legislativos. Afirmava nesse mesmo artigo: “Causa pasmo verem-se, ainda em nossos dias, espíritos cultos, inteligências lúcidas, homens de saber e de coração, praticarem conscientemente toda a casta de ini-

qüidades, em holocausto a essa deidade pagã e impagável que é a lei.”

Antecipando-se à concepção que distingue o *justo* do *direito legislado*, e fugindo ao formalismo que transforma a estrutura jurídica em fim de si mesma, exclamou: “houve um juiz, na França, que julgava de acordo com a sua concepção da justiça e com os ditames da própria consciência, embora com sacrifício dos textos legais obsoletos: chamou-se Magnaud, e é um nome que fulgirá na história, como um dos beneméritos da humanidade.”

Estes conceitos, custa crer, foram escritos em 1927, quando poderiam ser encarados como verdadeira heresia subversiva da ordem jurídica. A coragem de dizer, no entanto, era apanágio desse apóstolo das idéias novas. Basta lembrar a polêmica que sustentou, em favor do divórcio, enfrentando a incompreensão e a ira de quantos o tomaram por um pregador da destruição da família brasileira e um inimigo da religião católica. Sua principal preocupação era a defesa da mulher brasileira, a maior vítima da desigualdade criada pelo desquite. E com tal propósito terçou armas com apaixonados e cultos opositores, igualando-se aos mais eruditos na exegese dos textos latinos e na discussão do cânon n.º 7 do Concílio de Trento.

No final do parecer apresentado ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, em 1942, a respeito da Lei do divórcio no Brasil, teve a coragem de afirmar, em defesa da sua causa: “Não quero discutir o problema em face dos textos sagrados. Não confronto o Evangelho de São Mateus com os de São Lucas e São Marcos, para sustentar que, em face do primeiro, podia se dar o divórcio em caso de adultério da mulher. Não invoco a deliberação do Concílio Ecumênico de Trento, admitindo o divórcio para os católicos do Oriente e negando-o para os do Ocidente (citado discurso de Martinho Garcez). O que digo é que Cristo aí visou principalmente proteger a mulher, que naquele tempo não tinha direito algum. Era

uma coisa de que o homem usava e abusava, abandonando-a e repudiando-a quando bem lhe parecesse. Cristo procurou levantá-la. E o cristianismo, em dois mil anos, conseguiu, dignificando-a, elevá-la a uma situação social, moral e jurídica quase igual à do homem. O que afirmo é que, se Cristo vivesse hoje e visse o seu ideal de igualdade quase realizado, mas conhecesse a situação deplorável em que fica a mulher brasileira, condenada à união monogâmica porque respeita a moral cristã, em face do homem, que vai implantando uma família poligâmica, porque não atenta para os seus ensinamentos, o que reafirmo é que Cristo, em face dessa situação, seria também divorcista.”

Esta peroração lhe valeu o anátema dos líderes católicos. Ele mesmo conta que “apareceram, nos jornais, telegramas de protesto, dirigidos às altas autoridades da República e ao iconoclasta que atentava contra as tradições da família brasileira.” Nada, porém, o intimidou. Serenamente, embora às vezes duramente atacado, defendeu a opinião que emitira e que era a expressão daquilo em que realmente acreditava. Pouco importava a eventual impopularidade da tese, porque a *sua verdade* independia da aprovação da maioria.

Em artigo publicado no *Diário de São Paulo* de 17 de novembro de 1942, dizia das razões pelas quais sustentava a luta: “Até agora, tenho-me constituído patrono e advogado da mulher brasileira infeliz no casamento, condenada a suportar o martírio de uma vida conjugal sem amor ou a passar para a desalentadora situação de desquitada, não ficando solteira, nem casada, nem viúva.” E acrescentava: “É realmente degradante a situação das desquitadas. Perdem a proteção de que goza uma mulher casada e não ficam sequer com a esperança das solteiras e das viúvas, de encontrar um amparo. Enquanto isso, o homem desquitado pode dar inteira satisfação aos seus instintos e sentimentos, constituindo nova família e reconhecendo os filhos, mesmo havidos durante a vigência do casamento.”

Até os que discordavam do eminente mestre, quanto à tese que sustentava, devem tê-lo admirado, pela exatidão dos argumentos e coerência dos conceitos, apresentados com grande independência e notável coragem.

Foi assim que Noé Azevedo plantou muitas sementes, falando profeticamente de um futuro que para ele já era presente. Escreveu sobre problemas de concessão de serviço público, quando o Direito Administrativo ainda engatinhava em nosso país. Discorreu a respeito de assuntos ligados à Economia, em termos que hoje seriam tidos como atuais. Previu o explosivo desenvolvimento do Brasil, que somente agora se torna incipiente realidade.

Essa mesma coragem e clarividência do espírito, ele a colocou sempre na luta em prol da classe dos advogados. Sabia, no entanto, distinguir o joio do trigo. Quando foi necessário, disse: “Os advogados desorientados pelos maus costumes do meio social nem ao menos conhecem os preceitos da ética profissional, consolidados no Código da sua Ordem. A arte de complicar, prolongar e obscurecer as demandas, transformou-se em arte de enganar os juizes.”

Porém, ninguém como ele, com desassombro, defendeu o direito dos advogados, inclusive o de receberem honorários condignos. Em recurso dirigido ao Tribunal de Justiça, contra decisão que aviltara o arbitramento dos honorários devidos, sustentou com firmeza: “A título de caridade ainda poderíamos nos conformar com mais essa redução e até mesmo com a prestação gratuita dos serviços. Mas a dignidade dos advogados não pode suportar semelhante golpe. E esse golpe não os fere individualmente. Atinge a própria classe. É o corpo dos advogados de São Paulo que se vê diminuído e até mesmo um tanto aviltado numa das suas mais sérias prerrogativas. Os advogados em geral vivem dos aleatórios rendimentos da profissão. Somos verdadeiros proletários intelectuais. Podemos admitir que o nosso Código de Processo enquadre nossa remuneração debaixo da rubrica de salários. Estamos agra-

vando sob a égide de um dispositivo do Código que fala em pagamento de salários. Operários intelectuais, reclamando o salário que é o pão nosso de cada dia. Nesta quadra socialista e quase comunista já não reclamamos a expressão fidalga de honorários. Aceitamos de bom grado os salários. Mas será doloroso receber gorjeta...”

Com esta mesma disposição de ânimo, defendeu a validade da tradição de costumes japoneses, aqui implantados por família imigrante, em pleno período da Segunda Guerra Mundial. Esgrimiu sua fina ironia contra o grande advogado Sobral Pinto, que entendia não ser possível acolher-se a “implantação, nas terras cristãs do Brasil, destas práticas bárbaras e cruéis do paganismo brutal e perverso da nação japonesa”. E estranhava o mesmo ilustre advogado, que o Tribunal de Apelação de São Paulo confirmasse decisão absolutória do casal de japoneses que havia aplicado o *senkô*, ou bastão de incenso, nas plantas dos pés de sua filha, “quando os japoneses estavam internando, contra as leis e costumes internacionais, os nossos diplomatas.”

Com admirável bom senso, em resposta ao artigo do Dr. Sobral Pinto, publicado pelo “Jornal do Comércio”, Noé Azevedo ponderou: “Nós, que também examinamos o processo, com mais vagar que o distinto criminalista do Rio de Janeiro, que nunca teve oportunidade de lhe folhear as páginas, não conseguimos encontrar a mínima ligação entre os rústicos, rudes e pobres acusados de Olímpia, e a perfidia de Pearl Harbour. Só existe a circunstância de serem japoneses, como o leão se chamava leão e o carneiro não podia ser senão cordeiro, tal e qual como os judeus são irremediavelmente condenados pela Gestapo, pela razão fundamental e rigorosamente jurídica, única e suficiente, de serem judeus.”

Creio que estas pinceladas bastam para evocar o vulto monumental de Noé Azevedo. Traçar-lhe um grande retrato, com retoque à perfeição, é tarefa difícil. Nem mesmo

em uma semana de quotidiano labor se conseguiu enfocar satisfatoriamente o homem e a obra. Temos a convicção, porém, de que os que porventura não o conheceram, o que seria uma desventura, poderão, pelo dedo, conhecer o gigante.

Faltava-lhe, porém, a oficialização da aura de imortalidade. Providencialmente, esta lhe veio ainda em vida. Foi o último título que obteve, empossando-se na Academia Paulista de Direito, no dia 11 de agosto do corrente ano. A novel entidade, que se faz representar nesta homenagem, e em cujo nome também falo, por especial delegação do seu eminente Presidente, Professor Cesarino Júnior, conferiu-lhe o título de Acadêmico Titular como representante da classe dos advogados.

Foi na tarde desse mesmo dia que o encontrei pela última vez e que, pela última vez, com ele falei, no recinto do Tribunal de Alçada Criminal. Realizava-se a posse solene de nove Juizes, e Noé Azevedo prestigiava o ato com sua presença. Na companhia do Professor Cesarino Júnior, modesto como sempre, encontrava-se entre os assistentes, de pé. Vendo-os, o Juiz Azevedo Franceschini comunicou ao Presidente do Tribunal as presenças ilustres e os dois mestres foram convidados a ocupar o lugar de honra, que lhes cabia.

Terminada a solenidade, Noé Azevedo permaneceu à porta do Salão Nobre. Fui cumprimentá-lo e prestar-lhe minhas homenagens. Entre outros comentários, disse o mestre que, em sua longa carreira conhecera muitos Tribunais, porém, nenhuma Casa da Justiça era tão bela como a nossa, ou, textualmente, “esta é a mais bela Casa da Justiça que eu conheço”.

Não sabíamos que, passados alguns dias, seria acometido pelo mal que o vitimou. Estava no pleno exercício da profissão, trabalhando, como sempre, apaixonadamente. Recusava-se a aceitar a idéia de que deveria recolher-se a um hospital. Até o último minuto em que teve a luz da

consciência, deu instruções a Teotonio Negrão, para que entrasse com um recurso, cujo prazo se vencia. Concomitantemente, se vencia também o seu prazo de vida. Longa agonia se iniciou, e a sua última demanda era postulada contra a morte. Pude ainda vê-lo em seu leito de dor, arfando e resistindo, como que a apresentar argumentos em pról da vida e da necessidade que tinha de viver. A causa, porém, estava perdida. Ou, quem sabe, estava ganha.

Era, afinal, o repouso para quem tanto lutara, sem esmorecimentos, sem vagares, esquecido de si mesmo, dando generosamente tudo o que estava ao seu alcance para aqueles que o procuravam, ou que dele dependiam. Tenho a certeza de que, se tal foi possível, Noé Azevedo agravou da decisão do Senhor. E se fosse possível, nós também agravariamos, como terceiros interessadoss E na minuta do agravo, ele diria que desejava permanecer aqui, para trabalhar mais, para ajudar mais, para fazer mais o bem, para espalhar mais a sua ternura de esposo, de pai, de avô extremoso.

E, em nossa minuta, pediríamos ao Senhor que reconsiderasse sua decisão, para que pudéssemos continuar a desfrutar do seu convívio, a receber seus conselhos, a contar com a sua vasta cultura e com o patrimônio da sua experiência, a contemplar o seu sorriso vestido de santidade, para que a nossa esperança se fortificasse, para que a nossa fé nos homens não esmorecesse.

E se o Senhor pudesse, creio que daria provimento, não fosse inexorável e irrecorrível a sentença ditada desde a Eternidade. O homem é incidental na paisagem do mundo, embora este seja a soma dos homens. Na procissão que ruma para o Infinito, entramos e saímos, um a um, deixando atrás de nós um pouco daquilo que fomos. Como está escrito no Talmud: “Feliz do homem que sai da vida tão puro como entrou”.

HOMENAGEM.

Professor Emérito Luiz Eulálio de Bueno Vidigal*.

Celso Neves

Professor Titular de Direito Processual Civil
na Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

Reune-se a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para outorga solene, em sessão pública, do título de *Professor Emérito a LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL*. A mim — seu sucessor na titularidade da Cadeira de Direito Processual Civil que tanto ilustrou — cabe-me a honra insigne e a alegria imensa de saudá-lo, neste momento que assinala a consagração maior de tôdas as suas vitórias, no magistério superior da terra em que nasceu. Honra insigne é isso, para mim, pela altitude da representação que implica; alegria imensa, pela oportunidade de estar à porta, para o abraço comovido e fraterno, na hora do seu retôrno triunfal a esta Casa, em que teve o privilégio de ver realizados os seus sonhos de adolescente e a sua vocação de mestre de Direito.

Antes, para aqui entrar, três vezes bateu êle a aldrava envelhecida do portal nobre dêste monastério.

A primeira vez, ainda no verdor de seus dezessete anos — quando as taipas sagradas delimitavam o átrio, o cláustro e os demais capítulos da velha Academia de Direito de São Paulo, impondo ao Largo de São Francisco

*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada aos 8 de março de 1973, para a outorga do título de professor emérito ac Dr. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal.

o sabor de gravura antiga, a que não faltava o destaque colonial da Igreja que até hoje permanece e ainda abriga a fraternidade venerável da antiga Província Franciscana de Santo Antonio do Brasil. Era para o vestibular — que lhe abriria o caminho de sua formação jurídica, ao tempo em que foi Diretor ANTONIO JANUÁRIO PINTO FERRAZ, “fino, elegante, irônico, exemplar de cavalheiro do século 19”, como, mais tarde, viria a descrevê-lo.

A segunda vez em que aqui bateu, o sítio era o mesmo, mas outra era a feição da casa, tal qual hoje nos abriga, e a primeira turma universitária — a de 1939, a que me honro de pertencer — a 16 de janeiro, do ano seguinte, colara grau. Foi isso, pois, em 1940, para um primeiro e brilhante concurso que a êle abriu, como livre-docente, o caminho do doutoral que tanto o deslumbrara quando, já acadêmico, pela primeira vez o havia defrontado.

A terceira vez, treze anos depois, ao conquistar, em novo e memorável concurso, as galas da Cátedra de Direito Judiciário Civil, vaga com o falecimento daquele eminente e bondoso SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, meu paraninfo de 1939. Realizava-se, assim, o sonho docemente acalentado quando ainda ginasiano, antes mesmo “de vir a conhecer a Faculdade de Direito em todo o brilho de suas tradições centenárias”, como diria em seu discurso de posse, depois da saudação de THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, êsse talento excepcional que, para nosso desalento, tão cedo se desvanece.

Dez anos depois, era a Congregação que, sensibilizada pela obra de professor eminente que sempre caracterizou o magistério de LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, o indicava, em lista tríplice, para Diretor, cargo a que foi alçado pela escolha do então e Magnífico Reitor LUIZ ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, também professor desta Casa que em Junho de 1953 o antecederia no doutoral, ilustrando a Cátedra de Direito Internacional Público.

Na Diretoria, realizou uma administração marcante que a nenhum de nós surpreendeu, porque os vinte e três anos de magistério até então vencidos não permitiam dúvida sôbre a firmeza do seu pulso timoneiro e a orientação escorreita que imprimiria às altas atribuições de que fôra investido. Vigoroso e preciso nas decisões, a obra então realizada assinalou nova e merecida consagração.

Cumprido o mandato de Diretor, permanece na Cátedra, sempre fiel ao credo que professara, ao assumi-la:

“A assiduidade, se não fôsse dever funcional do professor, deveria ser ostentada como um galardão e não evitada como um indicio de mediania; as leituras e preleções sempre renovadas, se não correspondessem a uma exigência indeclinável de qualquer intelectual, seriam evidência de inquietação salutar de espírito e, de forma alguma, “desrespeito à tradição e amor incondicional da novidade; o rigor no julgamento dos exames, se não constituísse pressuposto inseparável dos privilégios que o diploma confere, seria o maior benefício que pode o professor dispensar aos seus alunos e não a maldosa preocupação de embarçá-los nos primeiros passos de sua vida.”

Dêstes — que fazem o corpo discente da Academia — dera expressivo testemunho, ao empossar-se Diretor:

“Não consigo, sem embargo da atoarda continua das cassandras da educação nacional, convencer-me da propalada decadência moral e intelectual de nossa juventude. Em tôdas as minhas turmas encontrei numerosos alunos dedicados aos estudos, inteligentes, cultos e sérios. Entre os muitos que não ostentam êsses atributos nunca encontrei insolentes, pérfidos, indisciplinados.”

Depois da aposentadoria voluntária, não tardou que o fôssem buscar, para a permanência no Curso de Pós-Graduação e a Chefia do Departamento de Processo — caminho imediato de regresso pleno à Congregação.

Agora, a suma distinção — que só se concede, após o afastamento da Cátedra, aos que, ao ensino, tenham prestado serviços de excepcional relevância: *Professor Emérito!*

Do merecimento com que recebe o título dignificante, diz alto a sua obra. *Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade* foi a monografia que o levou a Livre-Docente. Como acentuou êsse mestre consumado que é ALFREDO BUZARD, vinha ela “rasgar novos horizontes nos domínios da execução específica, que o Código de Processo Civil, sancionado em 1939, ensaiava entre nós como fórmula de tutela jurídica”. *Da Ação Rescisória dos Julgados* vem a lume em 1948, situando-se entre as obras clássicas da nossa literatura jurídica sôbre a intrincada matéria. *Da Imutabilidade dos Julgados que Concedem Mandado de Segurança* é tese com a qual, em 1953, conquistou a Cátedra, sustentando posição original, desenvolvida em termos rigorosamente científicos.

As duas monografias de concurso e mais uma série de estudos diversos, de altíssima expressão, reúne-os, em 1965, no *Direito Processual Civil*. Mas a obra principal, essa ainda não foi editada e resulta dos cursos que ministrou nesta Faculdade, com aquela segurança e coerência de quem domina a matéria, fonte de ensinamentos preciosos, infelizmente de difícil acesso, porque enclausurada na cela estreita das postilas.

Tendo em supremo aprêço a sua estatura de jurista e de educador foi que, em meu discurso de posse na titularidade da Cadeira de Direito Processual Civil, referindo-me ao mestre a que sucedia, confessei: “Jamais tive a veleidade de substituí-lo na regência da cadeira que tanto dignificou e da qual se afasta na plenitude do seu

saber e de sua jovialíssima maturidade. O que nele mais impressiona é a sua independência total. Jurista que pensa os problemas da nossa ciência, para dar-lhes soluções originais, marcadamente suas, é bem um exemplo de emancipação intelectual, firme nas suas concepções, rigorosamente lógico nos seus raciocínios, livre, seguro e profundamente fecundo nas suas construções, a que não falta o módulo do maior rigor científico e do mais adequado senso pragmático.”

Não surpreendem, pois, as raízes fartas e vigorosas do seu proselitismo, de que provém uma larga floração de discípulos, encantados pelas lições do Mestre.

Tendo a bom conselho a advertência de São Paulo apóstolo a Timóteo, persevera nas cousas que apreendeu e de que tem certeza, “insta, a tempo e fora de tempo, convence, repreende, exorta com tôda a paciência e ensino”. Assim realiza os seus sonhos de juventude e ilustra os fastos desta Academia, fiel às suas tradições e cuidadoso do seu futuro, sem ousar uma adesão solene ao voto de que “o mais antigo dos institutos universitários de São Paulo, pudesse levar intacto, dêste glorioso Largo de São Francisco para a esplêndida Cidade Universitária, todo nosso patrimônio de glórias e tradições”. Quero apenas — disse, quando isso confessou — “nesta hora de exaltação e de alegria, exprimir o desejo de que a nossa Faculdade encontre sempre na sabedoria de seus mestres, na operosidade de seus funcionários, na diligência de seus alunos, e no patriotismo de todos, a justa medida de compromisso entre as nobres exigências da tradição acadêmica e os impulsos incoercíveis da renovação e do progresso.”

Eis aí, no rápido bosquejo de leve impressionismo, a síntese de uma grande vida — que dignifica sua nobre ascendência, engrandece a sua terra e a sua gente, envaidece a sua descendência e sensibiliza, profundamente, o círculo afetivo de tantos e devotados amigos que se comparam com suas vitórias.

Professor Emérito LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL: a Congregação aqui reunida, orgulha-se, principalmente, dessa vida, já incorporada, com galas excepcionais, às memórias mais próximas e ao presente austero da velha Academia do Largo de São Francisco e vos recebe, nesta solenidade, entre os seus mais altos valores, com transbordante emoção e redobrada alegria. Cingí, pois, as vestes de triunfador e entrai no gôzo das prerrogativas de que sois investido.

Discurso do homenageado.

Ouvi, há quarenta anos, de um velho professor que, juntamente com o grau de bacharel que nos deu, dirigiu a minha turma os conselhos e as despedidas dos mestres, palavras que, mais do que a jovens caudicos se destinavam a futuros lentes. “Há professores indignos? Podem puní-los os próprios alunos mediante a opção pelos cursos dos livres docentes.” “Existem alguns que se enquistam em suas cadeiras e, agarrados a elas, permanecem durante trinta, quarenta, cinquenta anos, atravancando a disciplina, prejudicando gerações sobre gerações de estudantes, impedindo a renovação do professorado? Cumpra-se a lei: sejam eles aposentados compulsoriamente”. Não esperei pela punição dos alunos nem pela sanção legal ao crime de sobrevivência. Preferi abrir eu mesmo as portas aos valerosos docentes livres da escola, para que êles, com o saber que já demonstraram e o entusiasmo que ainda se não desgastou, assumissem o encargo de transmitir ao novos a cultura das gerações anteriores.

Muitas e muitas vezes já destes a outros mestres o título com que hoje me galardoais. A variedade dos temperamentos dos que o receberam determinou a diversidade das respectivas reações. O grande número nêle se investiu com orgulho e desvanecimento. Uns poucos, com humildade. Menos ainda, com desdem a indiferença. De mim,

atento ao significado primeiro da palavra, exausto, acabado, se não me posso inflar de vaidade, certamente não me posso conter de alegria e reconhecimento. É que esta escola não abandona seus filhos e dêles não se esquece. Acolhe-os ainda uma vez para honrá-los na solenidade da despedida. E para poupar-lhes, o inevitável sentimento de frustração e inutilidade, piedosamente finge corresponder o título a prêmio por serviços de excepcional relevância prestados ao magistério e promete conclamá-los para realizarem cursos livres e fazerem parte de comissões universitárias.

Não é a primeira vez que a escola doce e suavemente me constrange a voltar ao convívio que voluntariamente deixei. Na primeira, trouxe-me Alfredo Buzaid, mestre da ciência e da amizade, contratando-me para ensinar, no Curso de Especialização, Teoria Geral do Processo Civil. Depois, Joaquim Canuto, espírito original e caráter desprendido, que me cedeu o lugar, que era seu por todos os títulos, na chefia do Departamento de Direito Processual, e teve a iniciativa da proposta desta homenagem. Finalmente, Pinto Antunes, artista e mestre, sempre enamorado da escola, que, pela palavra de Celso Neves, aqui me trouxe para esta gloriosa investidura.

Ao tomar posse, há vinte anos, da cátedra, que, sob outra denominação, hoje é brilhantemente regida por Celso Neves, esse mestre de direito e de ética profissional, defendi, em curta profissão de fé, a assiduidade, a renovação das preleções e o rigor no julgamento dos exames. No exercício da cátedra, desencantei-me das duas últimas. Fui professor assíduo. Não renovei, porém, minhas preleções nem fui tão rigoroso quanto pretendia. Convenci-me, na prática do magistério, de que o professor deve ensinar pouco e bem. Somente depois de alguns anos de experiência, percebe que a extensão, e mesmo a profundidade, hão de ceder o passo à firmeza das noções fundamentais. De

outro lado, senti que deve ser mantido certo equilíbrio entre as numerosas matérias do curso e entre os esforços que se exigem das sucessivas gerações de estudantes. A experiência mostra que não são os professores mais rigorosos — e certamente também não os mais brandos — que criam verdadeiras escolas.

Tenho a satisfação de aqui deixar, ensinando, cerca de uma dezena de discípulos meus. E entre aqueles que eu não ousaria chamar de meus discípulos, mas foram meus alunos, conto nada menos do que cinco professores catedráticos. Peço permissão para salientar dois: Manoel Gonçalves Ferreira Filho entre os mais novos e, entre os mais antigos, Oscar Barreto Filho, que ouviu a primeira preleção que aqui proferi, e que nos dará dentro em pouco a preleção inaugural do ano letivo. E já que é próprio da solenidade evocar os mestres, os discípulos e os amigos, menciono afinal, em preito de gratidão, o mestre Jorge Americano que, em minha saudade, simboliza tudo quanto minha querida Faculdade tem de grande, belo e cavalheiresco.

Rui Barbosa e as letras jurídicas.

Ataliba Nogueira

Professor emérito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

I

A partir da independência surgem entre nós grandes e notáveis juristas, enriquecendo as letras nacionais com obras valiosas nos vários campos da ciência do direito.

No parlamento do império e no congresso nacional da república, a apresentação dos projetos de lei e a sua tramitação regimental eram acompanhados de justificações e pareceres reveladores da cultura jurídica dos representantes.

No conselho de estado na monarquia e nos mais altos tribunais em ambos os regimes, a exposição do direito esbatia-se do esmero com que eram dadas as opiniões. Igualmente bem fundamentados os votos e acórdãos em que se cristalizava o juízo a respeito das questões propostas.

Incontestavelmente dois focos de irradiação do cultivo destas letras foram as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, esta mais tarde transferida para o Recife. Seu nome legal, Academia de Direito, parecia atribuir-lhes de preferência ao ensino profissional, a dedicação às lucubrações da inteligência no campo da norma jurídica. Chega a esta conclusão todo aquele que ler a *história destas Faculdades*, escrita, respectivamente, pelos seus professores, SPENCER VAMPRÉ e CLÓVIS BEVILAQUA.

De outro lado, as revistas de jurisprudência consagravam páginas numerosas à doutrina e à crítica dos julgados.

Enfim, o direito no Brasil, na primeira centúria a partir da independência, conta com juristas, professores, magistrados e advogados notabilíssimos, cuja relação, mesmo incompleta e de cuidadosa seleção, daria para encher uma dezena de páginas.

Consideremos, pois, como foi gigantesca a figura de RUI BARBOSA para se salientar nessa teoria de homens de alto valor. Já seria muito atingir o nível de quantos se colocaram na mais saliente posição. Imagine-se, agora, ser considerado o primeiro dentre os nossos juristas máximos, sem em nada se buscar diminuir qualquer dos demais.

Além disto, cada qual dos nossos cultores do direito se distinguia num ou em alguns dos ramos jurídicos, ao passo que RUI BARBOSA se notabilizou em todos eles.

Pondere-se também que se não circunscrevia a esta ou àquela profissão, mas quase concomitantemente foi político, advogado, jornalista, parlamentar, diplomata, escritor, conferencista, filólogo, polemista, internacionalista, e ainda exerceu outras atividades. Acrescente-se: notável estadista.

Realmente foi genial.

Afirma-o o consenso de todos nós ao examinarmos a vida e os feitos dos nossos grandes homens, ao ponderarmos como seria possível armazenar tanto saber, conhecendo o volume enorme de dificuldades que teve de debelar.

Inteligência portentosa, memória bem exercitada para reter quanto aprendia, diligência e trabalho diário, sem descanso desde a madrugada até o pôr do sol. Sacrificou a vida debruçado sobre os livros, em leitura e estudo proveitoso, de caneta na mão a fixar no papel aquilo que talvez um dia lhe fosse de proveito.

Teve sólida formação humanista adquirida no Ginásio baiano e na convivência com seu pai; estudo sério nas duas Academias de Direito que freqüentou; avidez de saber e curiosidade ao abeberar-se na fonte dos livros da vasta biblioteca formada a pouco e pouco. Esteve sempre a par

das últimas novidades literárias, em qualquer genero, encomendadas na Europa e América do Norte.

A prova têmo-la de modo irrefragável principalmente nos artigos de imprensa e nos debates do senado. Revelava aqui e ali como conhecia o que fosse mais novo na doutrina e nos fatos trazidos à discussão. Prova-o ainda o seu próprio espirito versátil. O primeiro significado de versátil é mudavel. Não lhe causava espécie aceitar as idéias novas, as doutrinas que surgiam, desde que destruíssem as barreiras do seu conhecimento no assunto, abalassem as razões da sua convicção ou se firmassem em fatos novos ou *novamente* descobertos.

Tal era o poder da *verdade*, cujo culto, este sim, foi invariável em toda a sua vida, mesmo que lhe custasse dissabores, sofrimentos, injustiças; curtisse embora desassossego, tristeza, perseguição, exílio.

A sua força moral perante os doutos, fossem amigos ou inimigos, provinha da leadade em aceitar a verdade e por ela pugnar.

O seu culto à verdade esteve sempre entrelaçado ao amor à justiça. A pena, a palavra, o saber jurídico, o seu prestígio estiveram, sem desfalecimento, ao serviço dos oprimidos, dos fraudados, dos perseguidos pelos poderosos do dia. Vários destes opressores, passado algum tempo, decaídos das posições de mando pelas vicissitudes da política, ao sofrerem também a injustiça, foram buscar o íntegro Rui para defendê-los.

O mais fecundo escritor da língua portuguesa, depois da sua morte teve aumentada consideravelmente a divulgação dos seus trabalhos literários pela diligência da *Casa de Rui Barbosa*, instituição pública destinada a reunir todos os seus escritos dispersos pelos jornais, pelos Anais do Senado, pelos autos forenses ou os pareceres que ficaram em poder dos consulentes.

Não só os discursos de paraninfo no Colégio Anchieta e a Oração aos moços na Faculdade de Direito de São

Paulo, mas também os seus discursos políticos e artigos nos jornais são pregações de apóstolo. Valia-se de todas as circunstâncias para orientar os brasileiros, traçar-lhes o caminho da justiça, apontar-lhes as virtudes cívicas, clamar pela democracia, a sinceridade na representação política, a luta sem quartel à ditadura.

Tal pregação, como dissemos, não foi apenas nas duas campanhas eleitorais para a presidência da república, a civilista de 1909-10 e a de 1919, pois era o mote de todos os seus discursos.

Grande parte dos admiradores o tinham como ídolo, como divindade terrestre. É certo que muitas vezes as suas palavras foram proféticas e os seus vaticínios se realizaram. Haja vista as plataformas com que se apresentou candidato, nas duas vezes em que aceitou a disputa para presidente da república.

Em 17 de dezembro de 1909 profere, na Faculdade de Direito de São Paulo, o notável discurso sobre *A Justiça*. Em 1919, declara haver abandonado o liberalismo econômico e propugna para o Brasil extenso programa de realizações sociais. Programa bem avançado para que, esteiado na justiça, o Brasil atinja a paz social, sem luta de classes. Diz com todas as letras que é pela democracia social.

O *ideal* a que se referiu sempre em vários discursos, define-se agora de modo claro, em proposições concretas, de atualização difícil mas necessária, pois é imposição da justiça. E é pelo direito que se há de realizar a justiça.

Eis o apóstolo da lei, que é o direito, mas da lei justa, pois o direito, muitas, muitíssimas vezes tem sido injusto.

Assim, não era conservador, pretendia reformas radicais, da mesma maneira que aos vinte anos de idade, com os seus colegas do curso jurídico em São Paulo, pretendia acabar com o direito de propriedade sobre os escravos, direito iníquo, firmado na injustiça. Consagravam-no as leis, impunham-no sob coação os tribunais.

II

Referimos de maneira genérica a contribuição do grande brasileiro às letras jurídicas pátrias.

Já agora pretendemos salientar a sua colaboração em dois monumentos jurídicos brasileiros: a constituição federal de 1891 e o código civil de 1916.

Ambos revelam o seu alto espírito crítico, o denodo com que combatia pelas suas idéias, terçando armas com os nossos maiores políticos e cultores do direito. Denunciavam a sua cultura enciclopédica, a lógica no desenvolvimento do raciocínio, a elegância da palavra oral e escrita, a clareza da exposição.

Para elaborar o projeto constitucional, o governo provisório nomeou uma comissão em 3 de dezembro de 1889. O resultado do seu trabalho foi submetido ao ministério, que o discutiu artigo por artigo e refundiu o projeto, sendo RUI BARBOSA, um dos ministros, o principal redator do trabalho que se realizou em sua casa.

Assim, o projeto definitivo aprovado por decreto do governo, embora resultado da referida discussão, é da sua lavra e letra.

O professor AMERICO JACOBINA LACOMBE, ilustre historiador e presidente da Fundação da Casa de Rui Barbosa, compulsando os manuscritos ali guardados, afirma que 74 dos 90 artigos da constituição provêm do projeto definitivo decretado pelo governo. Resulta daí haver sido de RUI a maior contribuição ao texto definitivo da constituição. Aliás o mesmo zeloso historiador publicou todos os documentos referentes ao assunto, em volume das *Obras completas*, tarefa principal da Casa de Rui Barbosa.

Na elaboração do projeto de constituição, como depois na sua discussão em Assembléia constituinte, RUI, que sempre fora e continuaria a ser o maior defensor dos direitos humanos e das liberdades individuais, reproduziu

também o que constava do decreto de sua lavra, estabelecendo a separação da igreja do estado. Não só estabelecia a separação entre a igreja e o estado, no que estava certo, mas reproduziu outros dispositivos do decreto, evidentemente antiliberais, como a legislação sobre os bens de *mão-morta*, a interdição de novos conventos e a exclusão da Companhia de Jesus de todo o território nacional.

A defesa dos assim violentamente esbulhados dos seus direitos coube aos positivistas, os discípulos de AUGUSTO COMTE e TEIXEIRA MENDES. Representados no governo (aqui foi DEMETRIO RIBEIRO que repudiou aquelas medidas antiliberais) e na Constituinte, eles e os representantes católicos conseguiram expungir a constituição daquela mancha.

RUI nunca foi irreligioso, mas na verdade só se voltou integralmente para a sua fé católica depois do exílio na Inglaterra. Mostrou-se surpreso por tal assunto interessar a ilustre membro do governo inglês, lord Balfour, que acabava de publicar o seu livro sobre *Os fundamentos da fé*. Analisa-o nas *Cartas de Inglaterra*. Algum tempo depois lord Balfour passa a chefe do governo inglês.

Daí por diante surge outro RUI, o das *Palavras à juventude*, o dos discursos políticos em que salienta sempre a formação católica do Brasil, o da apologia eucarística no seu jubileu político, o da *Oração aos moços*, maravilha de afirmações religiosas. Assistido por frei Celso Dreiling, dos franciscanos de Petrópolis, a quem conhecemos pessoalmente, morre como bom cristão a 1.º de março de 1923, data que hoje comemoramos, havendo recebido todos os sacramentos da Igreja.

Voltemos à constituinte de 1890. Ele a é a grande autoridade de jurista e de político. Partidário convicto e desfraldador da bandeira da federação no Brasil no último ano da monarquia, teve então atitude firme ao combater o separatismo ou enfraquecimento dos laços nacionais, a

pretexto de federação. Era espírito perfeitamente equilibrado.

Desde a constituinte do império, em 1823, jamais foi posto de lado o desejo popular pela federação, que, aliás, provinha historicamente da organização das capitanias hereditárias. Era arraigado no povo brasileiro.

Em nosso curso, na Faculdade de Direito, expusemos minudentemente o assunto. Rui não foi tão longe quanto nós e não era preciso naquele momento histórico, em que batalhou e obteve a vitória da sua campanha eficiente em artigos do *Diário de Notícias*. Bastava-lhe invocar os argumentos extraídos do momento histórico por que passava o Brasil.

É por isto que podemos afirmar ser a idéia da federação no Brasil tanto brasileira quanto americana.

Os fatos históricos correram por assim dizer paralelos, no Brasil e na América do Norte, desde o início da colônia lá e aqui.

Rui encontrou já em fórmula jurídica aquilo que entre nós devia ser realizado em consequência da tradição e anseio popular.

Rui não no fez de afogadilho, ao aderir à república poucos dias antes de 15 de novembro. Já bem antes, quando em maio o partido liberal elaborou o programa de governo para dentro em breve voltar ao poder, apresentou aos seus correligionários um plano para a organização federativa do estado no Brasil, mantida inteiramente a forma monárquica de governo e atingido em parte só o parlamentarismo.

Subscrevem-no vários ilustres companheiros de partido, mas é rejeitado.

Chegando agora ao poder com o convite dos republicanos para realizar o seu plano de federação, valeu-se da construção constitucional elaborada na América do Norte pela vida política dos primeiros anos das treze colônias independentes.

Extraíu do direito público americano a fórmula jurídica da *autonomia recíproca entre os poderes centrais e regionais, sob a égide da constituição*, que é como definimos na cátedra a federação.

Repetimos: a federação era fenômeno histórico tanto brasileiro quanto americano, o primeiro que a realizasse havia de dar-lhe a forma jurídica. Precederam-nos os norte-americanos; nós não poderíamos inventar nova fórmula. Ou é federação ou não é. Se é, são sempre as mesmas características, aliás poucas, segundo a nossa definição.

Uma vez conservados os elementos integrantes da definição, tudo o mais necessariamente há de variar, sendo como são diferentes as condições do meio, a história, a política, as tradições deste ou daquele estado.

Existem atualmente no mundo trinta e duas federações. São federações porque preenchem os requisitos indispensáveis à forma federativa e no entanto cada qual é constituída de acordo com as condições do seu meio, da sua história, das suas outras peculiaridades.

RUI teve o grande mérito de nos dar a organização jurídica fundamental baseada na federação. Combateu os excessos de muitos dos constituintes de 1890; logo depois propôs reformas à constituição de 1891 em vários pontos a fim de adequar melhor o texto legal à realidade. Não é eterno o direito positivo; muda como muda a linguagem, como mudam os usos e costumes, a moda, a arte, a técnica, as formas políticas e econômicas. Só não muda o direito natural, que assim mesmo se reduz ao conceito de justiça e nada mais.

A chave da constituição de 1891, se assim podemos dizer, reside na distribuição de competências entre os poderes da União e os dos estados; nas atribuições exclusivas do poder legislativo, sem qualquer concorrência; na colocação do presidente da república como chefe único do poder executivo; na revisão judicial dos atos legislativos e administrativos; na representação política do povo

e dos estados; no enunciado e nas garantias dos direitos individuais e entre estas a principal, o habeas corpus.

RUI foi o mestre maior e o mais denodado doutrinador dos preceitos constitucionais. Na realidade teve que ensiná-los à magistratura, ao presidente da república e aos membros do congresso nacional. E agir perante eles com intrepidez, destemor e bravura.

Nesta luta sagrou-se o maior advogado do Brasil, exemplo e modelo para quantos se dedicam a tão nobre profissão, sendo que nenhum mais do que ele dignificou a sua classe. Principalmente no pretório defendeu os perseguidos, os injustiçados, os oprimidos. E o fez com tal competência e desassombro que até hoje os verdadeiros advogados lhe seguem a traça.

Não têm razão os que se referiram ao *idealismo da constituição de 1891* buscando com este eufemismo amesquinhá-la em face da realidade nacional. Carecia ela, sem dúvida, de duas sortes de medidas: a prática cotidiana e sincera dos seus preceitos e a reforma ou emenda de vários deles. Tudo isto se contém na ação apostolar do mestre, que não foi atendido. A revolução preferiu pôr por terra aquele monumento jurídico. Mas, para glória do seu autor principal, os arquivos dos tribunais, os anais do congresso nacional e as suas plataformas de governo constituem o libelo contra os demolidores da ordenação jurídica constitucional datada de 1891.

É de lamentar que entre eles se encontrassem até fanáticos adoradores de RUI, que se encastelaram no liberalismo e no individualismo, sem enxergar que ele, o mestre, sem nunca deixar de proclamar a inviolabilidade das liberdades públicas e individuais, afastou de si os princípios do liberalismo e enveredou resolutamente pelos direitos sociais. Preferiram ficar com o RUI da primeira posição, em questões que não admitem opção e o próprio RUI justifica com lógica férrea o seu abandono.

Jamais pudemos compreender tal atitude de ruistas que se colocam acima de Rui e recordamos os seus primeiros discursos, ainda acadêmico de direito, quando todos lhe admiravam o talento, a oratória, o arrojo, mas não aceitavam a sua idéia de abolir-se o direito de propriedade dos escravos!

III

Passemos a recordar os trabalhos de RUI BARBOSA na elaboração do código civil.

Afirma-se que na codificação do nosso direito civil, quando se esperava do seu saber e experiência eficiente colaboração, tanto mais que tinha assento no congresso nacional, limitou-se Rui à tarefa de mero filólogo e defensor da linguagem.

Da complexidade dos fatos parece-lhes que a sua contribuição não foi além.

Dizem, de outro lado, que ficou enciumado porque o presidente Campos Sales não o convidou, a ele, para elaborar o código e aceitou a indicação, feita pelo ministro Epitácio Pessoa, do professor CLÓVIS BEVILAQUA, ainda pouco conhecido.

Dizem, por último, que Rui se desinteressara de colaborar no estudo jurídico do código porque não quis abandonar a sua vida cheia de trabalhos os mais diversos: político, advogado, jurisconsulto, parlamentar, jornalista, membro da Academia Brasileira de Letras.

O convite a Clóvis é de janeiro de 1899. Em 14 e 15 de março, em artigos no jornal *A Imprensa*, Rui atacou o governo pela “ vaidade malsã ” de pretender sancionar a lei dentro no seu quadrienio. E mostrava a necessidade do labor de tal ordenação ser lenta, cuidadosa, atenta, para que afinal resultasse na ereção de notável monumento jurídico, digno do Brasil. Queria um código que não envelhecesse depressa.

Ao cabo de oito meses CLOVIS BEVILAQUA entregou o seu projeto. Sob a presidência do ministro da Justiça, Epitacio Pessoa, uma comissão procede à sua revisão e em novembro de 1900 a câmara dos deputados recebe o *projeto revisto*.

Nesta casa do legislativo, uma comissão especial de deputados examina-o detidamente, modifica-o e transforma-o em *projeto da câmara*.

Em março de 1902 o projeto está no senado. RUI é escolhido para presidente da comissão especial.

Em 3 de abril de 1902, ou seja uma semana depois de constituída a comissão do senado (e não em três dias, consoante assevera CLÓVIS BEVILAQUA), RUI entrega o seu longo parecer, em que refunde quase todos os artigos, “muitos dos quais com apostilhas (somam ao todo 531), quer quanto à linguagem, quer quanto à técnica jurídica.”

“Essa mole ingente de saber profundo e rude crítica filológica”, escreve CLÓVIS, “provocou verdadeiro assombro admirativo.”

RUI não poderia produzir o seu parecer no exíguo prazo de tres dias, como assevera o culto autor do projeto, nem numa semana como resulta da contagem dos dias em que os papéis permaneceram em seu poder.

O certo é que RUI acompanhou o andamento do projeto, desde que saiu das mãos de CLÓVIS, em outubro de 1899, havia mais de dois anos. Tomou conhecimento dos trabalhos da comissão nomeada pelo governo, da comissão da câmara dos deputados e do resultado da tramitação naquela casa do congresso.

RUI, que escrevera em *A Imprensa* e declarara da tribuna do senado que o curso da elaboração do código havia de ser lento, sem qualquer açonamento, quis demonstrar que por ele não seria embaraçado o projeto no senado. Daí afirmar ao presidente da casa que entregava

o seu longo relatório ao cabo de poucos dias do recebimento da incumbência.

Não quis dizer que escrevera em tão poucos dias quinhentas páginas cheias de erudição.

Aos críticos deste parecer, respondeu RUI na famosa *Réplica*, publicada no último dia do mesmo ano de 1902.

RUI cultivava os estudos de linguagem desde os bancos do Colégio baiano, onde aprendeu com o seu mestre CARNEIRO RIBEIRO a recolher ordenadamente todas as notas da leitura dos autores clássicos. Armazenou assim o acervo enorme de ensinamentos que ia colhendo há mais de quarenta anos. E aprimorou o estilo, imbuindo-se do gênio da língua portuguesa.

A sua assim tão larga contribuição, se foi essencialmente de linguagem e filologia, não deixou de ser igualmente jurídica, pois a linguagem é o primeiro instrumento do direito. Entra de cheio no rude trabalho da elaboração do direito, como também na interpretação e aplicação da lei.

Note-se ainda que RUI se não limitou a esta faina, mas ainda corrigio e aperfeiçoou a técnica jurídica do *projeto da câmara*.

Nestes dois sentidos são as respostas de seu antigo mestre CARNEIRO RIBEIRO e de CLOVIS BEVILAQUA, notável autor do projeto.

A imprensa e os meios cultos do Brasil continuavam a reclamar que o código fosse discutido e votado o quanto antes.

Agastado, renuncia à comissão. Recusado o pedido, escreve o seu *Parecer Sobre a Parte Geral*, sem ninguém suspeitar, pois guardou sigilo. Lê em caráter reservado na comissão especial, em abril de 1905, aquilo que seria apenas o esboço do seu parecer e não propriamente o parecer.

Tal esboço não foi dado à publicidade e permaneceu inédito durante quarenta anos no arquivo do relator. Men-

ciona-o e analisa-o pela primeira vez San Tiago Dantas, em 1949. Ignora-o o laborioso FERNANDO NERY na sua obra *Rui Barbosa e o código civil*, de quase seiscentas páginas. Limitou-se aos trabalhos sobre a discussão da forma literária.

RUI não podia fazer mais, em face da sua vida política e profissional, já como advogado de renome, já como jornalista, porque tais atividades principais enchiam os seus dias, ocupavam o seu tempo, da madrugada à noite, sem quartel.

No período de discussão do código civil, ocorreram a sucessão presidencial de Campos Sales, de Afonso Pena e do marechal Hermes da Fonseca, com as naturais lutas políticas em que ele era das figuras principais; a embaixada em Haya; a campanha eleitoral em que se empenhou para a presidência da república, conhecida como *campanha civilista* e o seu conseqüente, a oposição no quadriênio agitado do marechal Hermes.

Onde buscar tempo para o trabalho sereno do código civil, que martelava sempre que devia ser muito minucioso e sem pressa?

Tudo quanto fez no mencionado período constitui mole imensa, nem sequer igualada pelos mais operosos dentre os seus contemporâneos.

O parecer a que nos referimos, além de versar sobre algumas poucas partes do projeto, era também fragmentário. Por isto não quis entregar à comissão e conservou inédito. Mesmo assim, mostra logo que partiu de um mestre. Realmente é apenas indicio do que faria, se o tempo lho permitisse.

É interessante verificar, *neste esboço*, como RUI faz justiça a CLOVIS BEVILAQUA, elogiando-o e, mais de uma vez, restaurando a redação de artigos da lavra do ilustre cearense, professor do Recife, emendada pelo *projeto da camara* dos deputados.

Quem lê hoje o esboço do parecer de RUI se impressiona não apenas com o rigor jurídico com que trata os

institutos de direito, mas ainda com a visão do futuro, com novas instituições que só cinqüenta anos depois haviam de surgir entre nós. Por exemplo, as fundações de direito público, rejeitadas em nosso meio até bem poucos anos atrás. Escreve RUI: “Nem sempre a personificação jurídica nos entes de direito público se alia, política ou administrativamente, a uma jurisdição territorial.” E mais adiante: “O que releva é verificar se a instituição funciona, de algum modo, por uma delegação de poderes públicos ou se limita a ser um conjunto de forças individuais associadas.” Importa que seja “um modo de ação da autoridade pública.”

Achamos curioso que RUI, renovando sempre seus argumentos contrários à urgência com que se pretendia elaborar a codificação, escrevesse este período, que ousamos repetir hoje aos ilustres juristas que buscam introduzir o computador eletrônico no âmbito da justiça: “Miraculoso talismã de exterminar incertezas, fixar o direito, automatizar a jurisprudência, acabar com as variações dos tribunais, estabelecer no reino da justiça a infalibilidade mecânica das aplicações, a unidade geral dos arestos, sonho fútil que daria matéria a curioso capítulo sobre as superstições da publicidade em nossa terra.” São palavras de 1911, data em que se não podia suspeitar da invenção dos computadores, mas se emprestava à idéia de código as vantagens miríficas que menciona.

Comemoramos a morte, faz cinqüenta anos, de um dos maiores brasileiros.

A sua atividade multiforme, a sua inteligência portentosa, o número considerável dos seus trabalhos impressos, a segurança dos seus conceitos, a linha moral do seu agir, tudo nos leva a recordar as suas páginas, a pensar quanto disse e escreveu. Não só o jurista, mas todos os brasileiros devem conhecer a evolução do seu pensamento e as passagens marcantes da sua vida. Além do mais, como RUI, devemos amar o Brasil e contribuir para o bem do nosso povo.

Introdução ao Direito Romano das Obrigações, aplicado ao Direito Civil.

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

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

A vida social, em sua complexidade, impõe aos homens a divisão do trabalho, tanto mais acentuada quanto maior o grau de civilização dos povos. Sob o aspecto econômico, o homem, não podendo bastar-se, integralmente, a si próprio, entra, necessariamente, em relações de trocas com os semelhantes, dando suas sobras a fim de obter o de que necessita.

A permuta, neste sentido, cujo mais simples tipo é a *troca de coisa por coisa* (“do ut des”), constitui a base das relações econômicas entre os homens.

Na forma imediata a troca é à vista assim como também a compra e venda primitiva, razão pela qual o conhecido texto de PAULO no *Digesto* (18,1,1,) diz: “Origo emendi vendendique a permutationibus coepit”. A venda vem da permuta: dou no mercado minhas batatas, por ex., para receber e levar comigo sapatos e meias. As trocas, porém, podem efetuar-se tendo em vista o futuro e antecipando necessidades *futuras*: dou hoje café para receber roupas daqui a três meses, quando meus filhos precisarem ir à escola.

Aqui, em lugar da troca imediata das mercadorias, atendendo às necessidades dos interessados, um deles ficou devedor do outro, isto é, ficou sujeito para com êle a efe-

tuar um pagamento futuro. Noutras palavras, ficou *obrigado*.

Quem recebeu prestação antecipada obteve vantagem econômica, enriqueceu, portanto. Como porém a intenção de quem deu alguma coisa era receber, embora no futuro, outra coisa em troca, surgiu, para quem recebeu, o dever de cumprir o prometido, efetuando, no tempo futuro ajustado, a contraprestação combinada.

Eis aí como os contratos são uma primeira fonte ou causa geradora das obrigações. A noção, porém, de obrigação, deve ser aqui enunciada e para tanto podemos muito bem valer-nos do seguinte texto: "*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*".¹

Analisemos semelhante definição: a "*obligatio*" é um "*juris vinculum*", isto é, vínculo de direito. Pelo vínculo, aliás de natureza abstrata, nasce a *relação de débito e crédito* entre duas pessoas.

Em nossos anteriores exemplos, quem deu o café em troca de roupas, a serem entregues em prazo futuro, adquiriu contra a outra parte o *direito* isto é, um poder especialmente garantido pela autoridade pública; a saber, o poder de *exigir* no prazo ajustado o cumprimento da promessa, tendo interêsse econômico, isto é, valor em dinheiro para o credor. E para o promitente surgiu com tóda evidência e em razão mesmo da promessa o dever de cumpri-la, em benefício do credor.

"*Promessa é dívida*" diz, aliás, o provérbio, resumindo a idéia do *dever* inerente ao conceito de obrigação.

Em conseqüência dessa promessa minha vontade fica limitada ou vinculada no sentido de eu poder fazer tudo quanto quiser menos deixar, *impunemente*, de cumprir o prometido. Logo o *dever* representa uma *lei*, restringindo justificadamente a liberdade de minha vontade em bene-

1. *Institutus*, 3,13, pr.

ficio doutra pessoa, que *confiou* ou *acreditou* em mim, chamando-se, por isso mesmo, *credor*.

É credor quem, tendo *confiado* ou *acreditado* (“bona fides”, boa fé) na promessa alheia, “*faz jus*” ou tem direito ao cumprimento da mesma. É *devedor* quem, em face duma lei de carácter essencialmente moral, está sujeito a efetuar um ato, por exemplo prestar serviços, a outrem. (c.c. b.º, art. 1216).

Seria, com efeito, impossível a vida econômica, o comércio por exemplo, se os homens devessem desconfiar uns dos outros, não dando crédito a ninguém, isto é, *não acreditando* no cumprimento futuro das promessas presentes. Gostaria alguém de ser burlado ou ilaqueado em sua boa fé ou confiança? Quem não se sente indignado quando, porventura, sofre as consequências da desonestidade dum devedor o qual, consumindo o nosso dinheiro, não o restitui, violando a promessa feita? Todos aceitam, por conseguinte, a idéia do *dever* como essencial ao bom andamento dos negócios entre os homens. A fraude e o estelionato são, inclusive, punidos como crimes.

Assim, o primeiro elemento da noção de obrigação é esta idéia de *dever* unindo credor e devedor.

O termo latino, aliás, “*obligatio*”, considerado etimologicamente, revela claramente a idéia de “*ligatio*” ou “*vinculum*” entre duas ou mais pessoas. Além disso a preposição “ob”, “*em razão de*”, “*por causa de*”, indica, também, a necessária causa jurídica duma “*ligatio*.”

Ora, os contratos, como já sabemos, são uma das fontes ou causas geradoras das obrigações. As outras são, aliás, como veremos, o “delito” (v.g. o furto), o quase delito (v.g. “positum et suspensum”) e o quase contrato (v.g. “negotiorum gestio”) segundo classificação das fontes seguida modernamente pelo Código Civil Francês. ²

Voltemos, porém, à nossa definição: o “*vinculum*” no qual consiste a obrigação é *jurídico* (“*juris*”) pelo fato

2. Ver C.C.b.º, art. 1331 e segs. — *Gestão de Negócios*.

de acarretar a *responsabilidade* (“obligatio”; “Haftung”, dos romanistas alemães) do devedor. Com efeito, a ordem jurídica não pode admitir que tendo prometido, por exemplo, dar, fazer ou prestar alguma coisa de valor econômico em benefício do credor, deixe o devedor impune-mente de cumprir sua promessa, burlando, assim, a justiça de qualquer colaboração do devedor.

Assim, suponhamos um “chirographum” ou confissão de dívida. Entregando o documento ao credor de quem recebo dinheiro emprestado consenti, digamos, em apor minha assinatura como condição para obter o empréstimo desejado (c.c. art. 1505 e ss.). Íntimamente, porém, sem nada dizer ao credor, posso ter decidido não honrar minha firma. Procedo, como se diz, com “*reserva mental*”, deslealmente e de má fé. Se o credor conhecesse minha disposição íntima provavelmente nada me teria emprestado. É justo, pois, que êle possa exigir de mim, inclusive contra minha vontade interior em contrário, o cumprimento de minha promessa. Nisto, exatamente consiste, aliás, o caráter “jurídico” da obrigação. Não cumprindo sua obrigação, diz nosso Código Civil (art. 1056), no tempo e pelo modo devidos, *responde* o devedor por perdas e danos, quer dizer, a ordem jurídica põe à disposição do interessado um meio judicial chamado “ação” e pelo qual o credor pode obter a realização ou satisfação de seu crédito, independentemente de qualquer colaboração do devedor.

Assim, chamado ao Tribunal, por ordem do juiz, para defender-se e não provando alegação nenhuma contra a reclamação do credor, poderá o devedor ser condenado, por sentença, também do juiz, a pagar e, se, apesar da condenação, resistir à *sentença*, deixando de efetuar o pagamento, o credor poderá ir além, querendo: poderá *executar*, como se diz, o devedor, isto é, poderá praticamente pedir e obter sejam retirados ao devedor tantos bens quantos bastem para, mediante venda em hasta pública, ser satisfeito e pago o crédito do autor da demanda.

“A todo direito” diz o Código Civil, (art. 75), “corresponde uma ação que o assegura”. Esta regra é, essencialmente, romanística, pois o Direito Romano clássico só reconhecia um *direito* (“jus”) se existisse para tutela-lo a competente “*actio*”.

E a ação (“*actio*”) foi, mesmo, admiravelmente devida pelo jurisconsulto CELSO, em íntima relação com o Direito das Obrigações, como “*jus perseguendi in judicio quod sibi debetur*”. Em outras palavras, onde não houver “*actio*”, isto é, onde não houver meios destinados a *coagir* o devedor ao cumprimento de sua obrigação, não haverá “*obrigação*” em sentido jurídico. Salvo o caso excepcional das obrigações chamadas *naturais* (v.g. a obrigação resultante de dívida prescrita; em Direito Romano as obrigações contraídas entre o “*pater familias*” e o “*filius*” debaixo de seu poder, as obrigações entre o “*servus*” e o “*dominus*”, etc.), as obrigações jurídicas são, em regra, *civis*, isto é, munidas de ações em benefício e à disposição do credor contra o devedor insolvente.

As obrigações, em sentido jurídico, são assim, uma verdadeira espécie das obrigações em sentido moral, enquanto estas últimas não importam e as primeiras, pelo contrário, importam em *responsabilidade* do devedor. O dever de caridade é puramente moral, não podendo o mendigo, por exemplo, responsabilizar-me por não lhe ter eu dado a esmola solicitada. Minha recusa em ajudar ao próximo não acarreta para mim nenhuma sanção além daquela contida em minha consciência e manifestando-se, por exemplo, sob a forma de eventual remorso. A autoridade do Estado não tem poderes, para impor-me, *coercitivamente*, e contra minha vontade, a obediência ao dever de caridade e de solidariedade humana.

Pode, entretanto, conforme a época histórica, haver maior entrosamento, por assim dizer, entre Moral, Religião e Direito, tal como acontece na Constituição de Justiniano: “*Christiani quibus verus cultus est adjuvare pauperes et*

in necessitate positos” impondo como dever jurídico, externamente sancionado, portanto, a obrigação de *ajudar* aos pobres.

Em nossos dias, porém, ainda inspirados por orientação individualista não há o dever legal ou jurídico da caridade. E por isso a contraposição é nitida hoje entre êsse dever, essencialmente moral e religioso dum lado e do outro o dever jurídico de restituir uma coisa que nos foi, digamos, emprestada por comodato ou mútuo. (c.c. b.º, arts. 1256 e ss, 1248 e ss.).

Se recebi dinheiro emprestado sob a condição, por mim aceita, de restituir, em certo tempo ou quando o credor pedir, quantia igual à recebida, houve o contrato de mútuo, isto é, contraiu-se uma obrigação jurídica. E aqui a situação do devedor é característica: tornando-se *inadimplente*, isto é, deixando de pagar no tempo e segundo o modo convenencionados, fica o mutuário sujeito a uma ação de cobrança eventualmente proposta contra êle pelo credor, a “*condictio certae creditae pecuniae*” do Direito Romano, ação de cobrança do Direito moderno, cujas conseqüências foram descritas a cima.

Através do exposto, tornam-se claras duas coisas: primeiro a distinção entre obrigação moral (gênero) e obrigação jurídica (espécie), garantida esta última pela sanção exterior e segundo as peculiaridades da definição romana de obrigação jurídica.

Acrescentaremos, entretanto, uma última observação, relativa ainda ao primeiro ponto. No exemplo do mútuo há certa intersecção entre as duas obrigações enquanto ninguém é *obrigado* juridicamente a emprestar coisa alguma, podendo fazê-lo “*amicitiae causa*”, por dever de amizade e sob a influência, portanto, de sentimentos morais. Se a ajuda, porém, se fêz sob a forma de *mútuo*, o dever moral do credor emprestar é contrabalançado pelo dever *jurídico* do devedor restituir, pagando o ajustado, sob pena de sofrer as eventuais conseqüências do *inadimplemento*.

Na *doação* também (e o mútuo "*amicitiae causa*" tem analogia com ela, enquanto o mutuante empresta por liberalidade) o doador pode querer enriquecer o donatário, por generosidade, por exemplo, ou por compaixão, obedecendo, portanto a impulsos de ordem moral. A doação, porém, aceita pelo donatário, transforma-se em contrato e pode ser *revogada*, por ingratidão, digamos do donatário, o qual pode ser juridicamente compelido a restituir o benefício recebido. (c.c., art. 1181 e ss.).

Esta intersecção apontada entre moral e direito no campo especial das obrigações parece, aliás, conexas com a teoria dos atos jurídicos a título gratuito. Na compra e venda, pelo contrário, não parece haver intersecção alguma enquanto este contrato parece dominado pela idéia de interesses exclusiva ou predominantemente econômicos das partes contratantes e não por qualquer espírito de liberalidade.

A teoria dos atos jurídicos a título chamado *oneroso* parece, por isso mesmo, mais diretamente jurídica.

O Direito das Obrigações é, aliás, de conteúdo eminentemente econômico, como o das Coisas e o Sucessório. (ver c.c., art. 1543).

Dai o emprêgo tão expressivo do verbo "*solvere*" (pagar) indicando, na definição analisada, exatamente tal conteúdo. O devedor fica adstrito, em razão do vínculo obrigacional, a *pagar* alguma coisa, "*alicujus solvendae rei*", uma soma de dinheiro, é claro, antes de mais nada; de modo geral, porém, "*solvere*" deve ser entendido em sentido amplo como significando o *cumprimento* ("*solutio*") da obrigação assumida. Paga, assim, o mutuário, restituindo ao mutuante a quantia de dinheiro ou coisas fungíveis ao primeiro emprestadas; mas, *paga*, também, o empregado ("*locator operarum*"), prestando o trabalho convencionado com o empregador ("*conductor operarum*") e em razão do qual faz jus à "*merces*" ou salário; *paga*, finalmente, o mandatário quando aplica tôda a sua dili-

gência habitual (“*diligentia quam suis rebus*”) na execução dos atos de que foi incumbido pelo mandante ou quando lhe administra os interesses (c. c., arts. 1300, 1288).

Não paga, pelo contrário, e é *insolvente* o devedor, deixando de cumprir (inadimplemento) a obrigação livremente assumida ou a que ficou sujeito por força de lei (atos ilícitos, por exemplo) ou de sentença.

Passando, agora, a outra parte da definição de *Justiniano*, devemos, ainda, observar que além de, segundo o exposto, realçar ela o caráter jurídico do vínculo entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor) da obrigação jurídica e além de mostrar a sujeição necessária do segundo ao primeiro, (graças ao sistema de ações proponíveis contra o devedor insolvente), possui ainda outro mérito: classificar, já na sua parte final, as espécies de prestações, isto é, de objetos possíveis da obrigação do devedor. Fica, êste último, com efeito, sujeito a “*dare*”, “*facere*” ou “*praestare*” alguma coisa de valor econômico em benefício do credor e isto “*secundum nostrae civitatis jura*”, isto é, segundo as figuras e hipóteses previstas na lei ou, se quisermos, “na forma da lei”.

“*Dare*” significa a prestação visando a transferência do domínio ou da posse para o credor ou a constituição dum direito real em favor dêle, mas diferente do domínio.

Assim, na compra e venda, pela qual o vendedor se obriga a transferir o *domínio* de certa coisa ao comprador, há prestação de “*dare*” (c.c. art. 1122).

Da mesma espécie é a prestação do empreiteiro quando concorre para a obra com seu trabalho e materiais também seus (c.c., art. 1237). Objeto do contrato de empreitada (“*locatio conductio operis faciendi*”) é transferir para o dono o domínio ou propriedade do “*opus*” ou obra já acabada. O mútuo envolve também prestação de “*dare*” pois o mutuante transfere o *domínio* da coisa emprestada ao mutuário (c.c. art. 1257) razão pela qual não fica extinto o dever do mutuário quando êle paga com dinheiro alheio,

não tornado propriedade (“*datio*”) do mutuante (c.c. art. 933).

Na locação de serviços (“*locatio conductio operarum*”), no mandato e em outras figuras afins há obrigação de “*facere*” por parte do devedor enquanto o objeto visado pelo credor é o trabalho ou a atividade do devedor, considerados *em si mesmos*.

Assim, o operário (“*locator operarum*”) obriga-se válidamente a trabalhar tantas horas por dia a tanto por hora; o mandatário obriga-se a praticar (“*facere*”) os atos dêle exigidos pelo mandante. Note-se: “*facere*” inclui também “*non facere*” pois o dever de abster-se, a obrigação portanto negativa, assumida pelo devedor, pode oferecer interêsse econômico para o credor, como o “*pactum de non petendo*” (“remissão de dívidas”, c.c., art. 1053/1055; 894) por exemplo, em razão do qual o credor se compromete a *não exigir* de seu devedor um pagamento, ao qual êle, credor, por outra causa, fazia jús.

Resta agora a parte final da definição: o devedor fica adstrito a pagar alguma coisa (“*alicujus solvendae rei*”) “segundo o nosso (isto é, o Direito Romano ao tempo de Justiniano) Direito Civil”.

Isto significa: as possíveis espécies de obrigações, sancionadas pelas respectivas ações, acham-se tôdas previstas no ordenamento jurídico, vale dizer na lei e fora delas, como é lógico, não pode haver reconhecimento de outras figuras, pois do contrário a lei seria inútil, ficando também incompleta ou aberta a lista das ações. Por conseguinte, explícita ou implicitamente, qualquer espécie de obrigação jurídica, sobretudo nos países de direito codificado como o nosso, deve ter sido prevista pelo legislador. “*Nulla obligatio sine lege*”. Fora, portanto, da lei vamos encontrar obrigações de ordem moral ou religiosa, fugindo ao objeto próprio do nosso estudo.

Significa, também, a frase o seguinte: as obrigações contratuais não de ser conformes à lei ou aos bons costu-

mes (c.c. art. 971), pois o interêsse econômico das partes para ser reconhecido e sancionando deve ser legítimo, isto é, conforme à lei.

A prostituta, por exemplo, pode ter interêsse econômico em receber a paga a ela prometida em razão de sua prostituição, mas não pode *demandar* o pagamento pois seu interêsse econômico não é legítimo, isto é, não é reconhecido pela lei por ser um interêsse econômico contrário aos bons costumes (“*contra bonos mores*”), isto é, ilícito e imoral.

“Para propor ou contestar uma ação” diz nosso Código (art. 76) “é necessário ter *legítimo interêsse* (grifo nosso) econômico ou moral.”

Os contratos imorais, aliás, podem originar obrigações naturais e assim, caso a prostituta já tenha recebido a paga, gozará da “*soluti retentio*”, e quem pagou não poderá reaver um pagamento feito para obter fim imoral (c. c. art. 971).

Outro exemplo claro é o da chamada “*societas sceeleris*”, o contrato de sociedade feito entre criminosos. Tais pessoas, é claro, podem obrigar-se mutuamente a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns, (c. c. art. 1363) a saber: a prática de crimes e a repartição dos eventuais produtos deles resultantes. Tal finalidade, porém, da associação é *ilícita*, pois a lei penal pune os crimes e por conseguinte um ajuste entre celerados não pode ser considerado “contrato” (c. c. art. 81). Por conseguinte, além de não poderem pleitear em juízo o cumprimento do ajuste, praticam os meliantes *atos ilícitos* (“*delicta*”, “*maleficia*”), sujeitando-se à reparação do dano causado às vítimas, caso tenham perpetrado algum delito (c.c. art. 159).

A definição de Justiniano costuma sêr completada pelo texto de PAULO, no *Digesto*, 44,7 “*De Oblig. et Action*”, 3, pr., realçando o contraste entre o Direito das Obrigações, (“*jus ad rem*”), criando imediatamente tão só relações jurídicas entre *pessoas* e o Direito das Coisas (“*jus in re*”)

regulando as várias formas duma pessoa exercer, de modo imediato, poderes exclusivos sôbre coisas ou objetos de direitos.

“*Obligationum substantia*” diz PAULO, non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum, aliquid vel faciendum vel praestandum”.

A substância, portanto, ou natureza do direito das Obrigações, segundo o jurisconsulto romano, não consiste em tornar o credor titular dum direito real (“*jus in re*”), pois, na dogmática do Direito Romano, a qual é também a do nosso, os direitos reais se constituem por modos especiais, não se confundindo, em princípio, com as fontes dos direitos obrigacionais. Falando sôbre a *tradição*, modo derivado, como sabemos, de aquisição da propriedade, diz claramente nosso Código Civil, no art. 622: “o domínio das coisas *não se transfere* (grifo nosso) pelos contratos antes da *tradição*”.

Tal regra de nosso direito provém, aliás, entre outras, do seguinte texto romano: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*” (c.,2,3, “*De pactis*”, 20 — DIOCL.), isto é, o domínio das coisas transfere-se (entre outros modos) pela *tradição* e pelo *usucapião* e não por simples pactos. (Vêr c.c.b.º, arts. 550 - 553; 618 - 619). Os direitos reais recaem diretamente (“*jura in re*”) sôbre coisas, objetos de direito, e, como tais, destituídos de vontade. Visando possibilitar o uso econômico mais ou menos amplo das coisas em benefício duma pessoa, tais direitos, para seu exercício, dispensam a cooperação de terceiros, impondo mesmo a êstes últimos o dever negativo de absterem-se de qualquer ingerência ou intromissão no exercício do direito pelo seu titular. Donde dizer-se: os direitos reais são “*erga omnes*”, exercem-se *contra todos*.

Os direitos obrigacionais vinculam, pelo contrário, imediatamente, duas ou mais pessoas, uma das quais (o sujeito passivo da relação, devedor, “*reus debendi*”) fica

adstrita a prestar determinado ato, positivo ou negativo e de valor econômico em proveito do sujeito ativo (“*creditor*”), credor, “*reus stipulandi*”. Os direitos obrigacionais dizem-se, por isso, “*in personam*” ou com sujeitos passivos determinados. Assim, posso mover uma ação de cobrança somente contra a pessoa ou pessoas sujeitas ao meu pedido em virtude duma relação de direito cujos sujeitos são (“*jus in personam*”) predeterminados.

Minha demanda, portanto, por falta de legitimação passiva, como se diz, será repelida se proposta contra quem por qualquer causa não seja meu devedor.

Já na ação reivindicatória (“*reivindicatio*”) (c.c., art. 524), proposta contra quem possuir injustamente coisa minha, o réu da demanda não será, como numa obrigação, *predeterminado*, mas sim quem, (pessoa *indeterminada*) no momento da propositura da ação, estiver possuindo.

Essa distinção, assaz importante na teoria e na prática, encontra-se, em Direito Romano, claramente exposta, entre outros, nos *Comentários* de Gaio (IV, 2 e 3), e nas *Institutas* de JUSTINIANO (4,6 *De actionibus*, 1). Tem, aliás, origem processual, fundando-se nas diferentes, fórmulas elaboradas pelo pretor para propositura de ações reais e pessoais, de conformidade com a natureza diferente dos direitos em litígio.

Em consequência, ainda, da diferente natureza da relação jurídica, distinguindo os direitos reais dos obrigacionais ou de crédito, encontramos dois atributos dos primeiros, inexistentes nos segundos, a saber a *sequela* e a *preferência*.

Minha reivindicação, vimo-lo já, nos termos do art. 524 do Código Civil, pode ser proposta contra *quem quer que* (sujeito passivo indeterminado) possua, injustamente, coisa minha.

O direito real, de propriedade ou outro, acompanha, pois, ou segue a coisa sobre a qual (*sequela*) recai, podendo exercer-se contra qualquer possuidor.

Tão bem sentiam, aliás, os romanos esta característica dos “*jura in re*” a ponto de, por exceção, considerarem “*res corporalis*” ao domínio ou propriedade, muito embora reconhecessem os direitos em geral como “*res incorporales*” ou coisas incorpóreas.

O domínio para êles, enquanto direito, aderia tão completamente à coisa, seu objeto, a ponto de, sob o aspecto psicológico, ao menos, parecerem ambos inseparáveis um do outro.

Ora, a sequela, não pode, como é evidente, aparecer no Direito das Obrigações cujo objeto, em vez de coisas, são atos humanos, positivos ou negativos. Também a *preferência* é atributo exclusivo dos direitos reais. O credor pignoraticio, por exemplo, e o hipotecário gozam de *preferência* em concorrência com os demais credores, não enquanto credores, mas enquanto *garantidos*. Quer dizer: as garantias fornecidas pelo penhor e pela hipoteca (legal, convencional, judicial, pouco importa) conferem ao credor um *direito real* sobre coisa alheia e assim sendo “*erga omnes*”; como todos os direitos reais, o penhor e a hipoteca dão a seus titulares o poder de, em caso de insolvência do devedor, pedirem a penhora e a venda em hasta pública dos bens gravados de modo a, com o produto da venda, satisfazerem os credores garantidos seus créditos *integralmente*, deixando aos credores não garantidos ou *quirografários*, como se chamam, só o remanescente se houver.

A *preferência*, como é óbvio, decorre do fato dos direitos de penhor ou hipoteca (e também de anticrese — c.c. art. 805 e ss.) serem *reais*, tendo por objeto coisas sobre as quais de modo imediato e direto recai a garantia dos credores. Dessa forma, é claro, os credores meramente quirografários não podem concorrer com os preferenciais, justamente por não terem, enquanto quirografários, aquêlê “*jus in re*”, pertencente aos garantidos.

A distinção é, pois, nítida entre o objeto e as conseqüências dos direitos reais e obrigacionais. Daí não se segue,

porém, sejam ambos incomunicáveis. Pelo contrário: antes de mais nada, junto aliás, neste ponto, com os direitos successórios, ambos são *patrimoniais*, isto é, susceptíveis de avaliação em dinheiro (interêsse econômico) ao contrário dos direitos de Família, cujo interêsse é predominantemente *moral*.

Em segundo lugar, o direito das *obrigações* tende, muitas vezes, à constituição dum direito *real*, como sucede nos contratos de mutuo (art. 1257), *compra e venda* (art. 1122) e *doação*, por exemplo (art. 1165). Por isso as obrigações são qualificadas como “*jura ad rem*”, isto é, como originando um direito (indirecto) à coisa, obtida mediante a realização (v.g., pela tradição) da prestação por parte do devedor. Os direitos *reais*, pelo contrário, chamam-se assim, pelo fato de recaírem de modo *directo* e imediato sobre a coisa (v.g. direito de propriedade, art. 524; direito de servidão predial, art. 695; direito de enfiteuse, art. 678), prescindindo, para seu exercício, da cooperação de quem quer que seja (“*Jura in re*”, “*jura erga omnes*”).

Os direitos reais, por outro lado, podem ser constituídos mediante *pactos e estipulações*, isto é, *contratos*: uma *servidão*, por exemplo, direito real sobre coisas alheias (art. 674) pode, em Direito Romano, constituir-se “*pactionibus et stipulationibus*”. Ora, pelo contrato, o dono do prédio serviente “fica *obrigado* a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante” (art. 695). Assume em outras palavras, obrigação *negativa* de “*pati*”, isto é, *sofrer e tolerar*, não impedir o exercício do direito pelo titular. Êste é o primeiro “momento”, por assim dizer (obrigacional), da constituição da servidão. Como direito *real*, porém (“*jus in re*”) ela se adquire só pela transcrição dos títulos no registro d’ imóveis, (art. 676) transcrição essa constituindo em Direito Romano, caso de tradição simbólica (*traditio instrumentorum*” — C. Com., art. 200). Ora, a *tradição* é modo próprio de aquisição da propriedade e de direitos reais (art. 620; 675 e 676). Logo, o *pacto*

cria para o proprietário do prédio serviente a *obrigação* de não impedir o exercício do direito real pelo titular, o qual, por sua vêz, só o adquire efetivamente pela *quasi tradição* (G. 2,31; C.C., art. 493, I).

A “*locatio conductio rerum*” (locação e condução de coisas, art. 1188), é contrato, como sabemos, gerando tão só *obrigações* entre as partes. Mas, a *lei do inquilinato*, em vigor no Brasil, dá ao inquilino, apesar de mero locatário, direito análogo ao *real* pois enquanto pagar o aluguel ele não será adstrito a respeitar o prazo do contrato o qual, por força de lei, pode durar indefinidamente, transmitindo-se, também com as mesmas características, aos *herdeiros* do inquilino! Além disso, a regra romana “*emptio tollit locatum*” (art. 1197) não se aplica mais ao inquilino, o qual, cumprindo o contrato pode afirmar seus direitos tanto contra o locador como contra terceiros. Seu direito torna-se quasi “*erga omnes*”, assumindo caráter de verdadeiro direito *real*, embora na essência seja de natureza obrigacional. Através esse exemplo de nossa prática jurídica vemos, portanto, o valor *relativo* da distinção entre direitos reais e obrigacionais a qual, por outro lado, é predominante.

Outras diferenças entre Direitos Obrigacionais e Reais são apontadas pelos Autores, dentre os quais CLOVIS, em seu esplêndido *Direito das Obrigações*, 1 vol., 9.^a ed., Rio 1957, § 5.^o. Assim, os direitos reais seriam por natureza *inconsumíveis* pondo exercer-se indefinidamente no tempo, caso recaiam, como é possível sobre *coisas inconsumíveis*. Na hipótese contrária, (CC., art. 51) o direito se extingue por falta de *objeto* (como, por exemplo o pão — coisa consumível — *objeto* de meu direito de propriedade) e não *pelo fato* de seu exercício. O direito obrigacional, pelo contrário, cria uma relação de direito por essência *transitória* entre as pessoas: alugo meu cavalo por seis meses, digamos. Durante o decurso do prazo vai-se esgotando aos poucos, pelo exercício, o direito do loca-

tário, ao uso do animal, até expirar, findo o prazo, mas o direito de propriedade, durante esse tempo, do locador nenhuma alteração sofre. Outro exemplo: não posso cobrar *mais duma vez* uma dívida (art. 1531 C.C.).

Além disso, para alguns, os direitos obrigacionais seriam *relativos* enquanto exercitáveis só contra *peças determinadas* (os devedores) e os reais *absolutos* enquanto oponíveis “*erga omnes*” (v. g., a definição, já citada, do direito de propriedade, contida no art. 524 de nosso CC). Os direitos reais, além da propriedade, são pouco numerosos (art. 674, n.ºs I a IX) enquanto as obrigações variam consideravelmente, segundo as circunstâncias, não comportando enumeração taxativa, muito embora sejam exigíveis só na forma da lei, segundo a definição romana já analisada (“*secundum nostrae civitatis jura*”).

Considerando, em sua essência, o vínculo, obrigacional, passemos ao estudo da *prestação*, nome dado à obrigação do devedor. Etimologicamente o termo vem de “*praes, praedis*” e “*stare*” estar. Segundo alguns romanistas no mais antigo processo romano, (das “*legis actiones*” ou das “*ações da lei*”) desenvolvendo-se *oralmente*, os litigantes iam a juízo acompanhados de testemunhas, servindo, também estas, de *fiadores* (“*praedes*”) do comparecimento das partes aos sucessivos atos processuais até à “*sententia*”. O fiador “*praestal*”, isto é, *responde*, pelo pagamento da multa estipulada, caso a parte viole a promessa, deixando de comparecer no dia marcado. Ultrapassando, mais tarde, o âmbito dos tribunais, o termo “*prestação*” passou a indicar a obrigação do devedor, oriunda de qualquer causa, incluindo a idéia de *responsabilidade*, isto é, de afirmação contra ele, das conseqüências patrimoniais da obrigação assumida (CC art. 159; art. 1056).

No sentido indicado o termo ocorre inúmeras vezes em nosso Código Civil.

Quanto à *prestação*, as obrigações podem ser: I. *Genéricas*, II. *Alternativas* e III. *Facultativas*, IV *Divisíveis* e

Indivisíveis. Obrigações Genéricas (de dar coisa incerta) — (arts. 874-77), são aquelas tendo por objeto “*res quae pondere, numero mensurave consistunt*”, segundo a linguagem de GAIO (3,90; 2,196; 3,175) e que “comumente se recebem *contando, pesando, medindo ou assinalando*” diz o § 1.º do art. 1127 do C. Civil bras. Dessa natureza são as coisas chamadas “fungíveis” (art. 50), caracterizadas pela possibilidade de se substituírem umas pelas outras, da mesma *espécie* (v. g.: arroz) *qualidade* (de primeira) e *quantidade* (50 quilos, digamos).

O *mutuo* tem por objeto coisas genéricas e fungíveis (arts. 1256, 1262, 1264, III); o *dote* pode recair sobre bens fungíveis ou não (art. 311); o usufruto chamado *irregular* recai sobre *coisas fungíveis* (arts. 719, 720, 722, 726). Também o *penhor* pode ter por objeto coisa fungível (art. 770); há um depósito *irregular* quando as coisas guardadas são fungíveis. Em tal caso, aliás, aplicam-se ao depósito as regras do *mutuo* (art. 1286). No contrato de *sociedade*, finalmente, a entrada pode consistir em coisas fungíveis (art. 1378), correndo os riscos delas por conta da sociedade (art. 1.390, § 1.º). Em todos esses casos o devedor *paga* restituindo ao credor o *equivalente* (“*tantundem*”) das coisas recebidas, isto é, dando-lhe *outras coisas* do mesmo gênero, qualidade e quantidade, como acontece no *mutuo* (art. 1.256).

Conseqüência importante do caráter *genérico* da prestação é a regra “*genus non perit*”: a responsabilidade subsiste a cargo do devedor de coisas fungíveis mesmo quando elas *perecem*, para êle, em conseqüência de *caso fortuito* ou de *força maior* (art. 1.058 e § único). Sou assaltado, por exemplo, ao sair da casa do meu amigo, o qual me deu quinhentos cruzeiros novos em dinheiro de contado, a título de *mutuo*. Perco para o ladrão a quantia, em conseqüência de fato necessário cujos efeitos, nas circunstancias, eu não podia evitar nem impedir, para usarmos a linguagem do § un. do art. 1.058 do C. Civil. Con-

tinuo devedor da quantia pois sou obrigado a restituir ao mutuante soma equivalente (“tantundem”) àquela e não as *mesmas espécies* recebidas. Ora, o dinheiro em circulação não pode, em princípio, extinguir-se, ficando, portanto, intacta minha responsabilidade. O contrário aconteceria si, tratando-se de *comodato* (art. 1.248 e ss.) sofresse eu o mesmo assalto, levando o ladrão consigo o relógio de ouro, contendo, digamos, as iniciais do avô de meu amigo e possuindo, por isso, *valor de afeição* (art. 1.543 do C.C.); semelhante relógio, insubstituível, constitui verdadeira *species* tornando-se impossível encontrar equivalente dele: a obrigação do devedor *extingue-se* em tal caso de perecimento fortuito da coisa não fungível (“Res perit domino”).

Bibliografia

- ALBERTÁRIO, *Studi di Diritto Romano*, III, *Le Obligazioni*, Milão, 1936.
- ARNST, L., *Lehrbuch der Pandekten*, 13.^a ed., Stuttgart, 1886, *Obrigações*, pp. 379-760.
- ARGUELLO, PEÑA GUZMAN, *Derecho Romano*, B. Aires, 1966; Vêr o tomo Segundo, contendo a exposição das “obrigações”, pp. 171-423.
- ARIAS-RAMOS, *Obligaciones*, in *Manual de Derecho Romano*, 2 vols., Madrid, 5.^a ed., 1951 — (*fuentes, garantia, cesión y extinción*), pp. 521-619.
- BETTI, *La struttura dell' obbligazione Romana e il problema della sua genesi*, 1 vol., Milão, 1955.
- BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 2.^o, 1.^a Parte, Padua, 1962, *Obrigações*.
- REVILAQUA, CLOVIS, *Obrigações*, 1 vol., 9.^a ed., Livr. Fco. Alves, 1957.
- BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, 1 vol., Madrid, 1965, *Obrigações*, §§ 117 e ss., pp. 375-546.

NOTA

Os arts. citados são do C.C. bras.

G. = GAIO, *Comentários*

C. Com. = *Código Comercial brasileiro*

- BONFANTE, *Scritti Giuridici vari*, n. 3, *Obbligazioni e principii generali*, Turim, 1916-1925, 4 vols.
- BONGEAN, *Explication méthodique des Institutes de Justinien*, 2 vols., Paris, 1880. Vêr o tomo segundo, contendo a exposição das "Obrigações", pp. 208-645.
- BRUGI, *Istituzioni di Diritto Romano (Diritto privato Giustiniano)*, 3.^a ed., Turim, 1926, "Obbligazioni", pp. 274-446.
- BUCKLAND, MC NAIR, *Roman Law and Common Law, A comparison in Outline*, 1 vol., Cambridge, 1952, "Obligations", pp. 193-395.
- BUCKLAND, W. W., *A text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1 vol., 2.^a ed., Cambridge, 1932, "Obrigações", pp. 405-527.
- CARVALHO DE MENDONÇA, MANOEL INACIO, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, 2 vols., 1911, R. Janeiro.
- CAES, L.-HENRION, R., *Collectio Bibliographica Operum ad Jus Romanum Pertinentium*, 5 vols., Bruxelas, "Office International de Librairie", 1949-1956. As referências bibliográficas ao direito romano das Obrigações acham-se em todos os volumes da "Collectio".
- COLLINET, *Obligations (Droit Romain)*, 1 vol., Paris, 1928.
- CORNIL, *Droit Romain, Traité élémentaire de droits réels et obligations*, 1 vol., 1885.
- CORNIOLEY, P., *Naturalis Obligatio, Éssai sur l' origine et l' évolution de la notion en Droit Romain*, Genève, 1964.
- DERNBURG, HEINRICH, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach Roemischem und neuerem Rechte, mit Besonderer Ruecksicht auf die Preussische und Franzoesische Gesetzgebung*, Reedição da 2.^a ed., de 1868, Scientia Verlag Aalen, 1965.
- DUBOIS, E., *Programme du cours de droit romain, Obligations*, Cotillon, 1871.
- FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., 1 vol., Milão, 1953, v. pp. 407-586.
- FERRO-CARAMÊS, J. M., *Curso de Derecho privado romano (De las obligaciones y sus fuentes)*, 5.^a ed., B. Aires, 1949.
- FRANCESCHELLI, R., *La garanzia reale delle obbligazioni nel diritto romano classico e nel diritto inglese (Fiducia cum creditore e "Mortgage)*. in "Studi Albertoni", 1 vol., Pádua, pp. 515-562, 1938.
- DE FRESQUET, *Traité élémentaire de Droit Romain*, 2 vols., Paris, s.d. *Obrigações*: v. pp. 58-383.

- GARSONNET, *Textes de Droit Romain*, 1 vol., Paris, 1888, "Droits de Créance", pp. 131-330.
- GIFFARD, A. E., *Précis de Droit Romain*, 3.^a ed., 2 vols., Paris, Dalloz, 1938. V. tomo segundo: *Obligations*.
- GIFFARD-VILLERS, *Droit romain et ancien droit français: las obligations*. Paris, Dalloz, 1958.
- GIRARD, PAUL FRÉDÉRIC, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 1 vol., 8.^a ed., Paris, 1929. V. pp. 415, 840.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, 2.^a ed., 2 vols. ediciones Ariel, Barcelona, 1953. Sobre *Obrigações*, v. vol. 2, pp. 1-189.
- JAMES, PHILIP, *Introduction to English Law*, 5.^a ed., Londres, 1962, "The Law of Contract", pp. 231-288 — "The Law of torts", pp. 292-342.
- JOLOWICZ, H. F., *Historical Introduction to the study of Roman Law*, 2.^a ed., 1952, Cambridge, 1 vol., vêr pp. 161-175; 284-313 (*Obrigações*).
- JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 1 vol., Heidelberg, 1949 3.^a ed., 4.^a Parte, *Forderungsrechte*, pp. 163-269 (Trad. espanhola de L. Prieto Castro, 1 vol. Labor, Madrid, 1937).
- KASER, MAX, *Das Römische Privatrech*, 1.^a Parte: *Direito Antigo, pré-clássico e clássico*, 1 vol., Munique, 1955. (Ver §§ 8-9; 39-45; 112-156 — *Obrigações*). Acrescentar: 2.^a Parte *Die nachklassischen Entwicklungen*", 1 vol., Munique, 1959. V. §§ 253-333 (*Obrigações*).
- LEE, R. W., *The elements of Roman Law, with a translation of the Institutes of Justinian*, 1 vol., Londres, 1946. Vêr pp. 283-411.
- LEHR, ERNEST, *Éléments de Droit Civil Anglais*, 1 vol., Paris, 1885, *Obrigações*, pp. 468-648.
- LEPOINTE-MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954.
- MAREZOLL-PELLAT, *Précis d'un cours sur l'ensemble du Droit Privé des Romains*, 1 vol., Paris, 1852, *Obrigações*, pp. 313-414.
- MARGADANT, S. GUILHERMO F., *El derecho priv. Romano como introduccion a la cultura juridica contemporanea*, 1 vol., 3.^a ed., México, 1968, pp. 295-437, (*Obrigações*).
- DI MARZO, SALVATORE, *Le Basi Romanistiche del Codice Civile*, 1 vol., Turim, 1950, Livro 4.^o, *Das Obrigações*, pp. 211-332.
- DI MARZO, SALVATORE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1 vol., Milão, 1946, 5.^a ed., pp. 299-424.
- MASSONNIÉ, *De la Confusion dans les Obligations*, Aix, 1890, (tese).

- MAYNZ, *Traité des Obligations d' après le droit romain*, 1 vol., 1860, Bruxelles.
- MEIRA, SILVIO A. B., *Instituições de Direito Romano*, 1 vol., 3.^a ed., Max Limonad, São Paulo, 1968, *Direito das Obrigações*, pp. 307-435.
- MOLITOR, *Les obligations en Droit Romain*, 2 vols., Paris, 1851-53.
- MONIER, RAYMOND, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Sirey, 1930.
- MONIER, RAYMOND, *Manuel de Droit Romain, Les Obligations*, tomo II, 5.^a ed., Paris, 1954.
- MONTES, ANGEL CRISTOBAL, *Curso de derecho romano (Obligaciones)*, Venezuela, 1964, 1 vol., pp. 791.
- MOYLE, J. B., *Imperatoris Justiniani Institutionum Libri Quattuor, with Introduction, Commentary and Excursus*, 1 vol., 5.^a ed., Oxford, 1931, pp. 391-542 (*Obrigações*).
- ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu' à la législation moderne et généralisation du Droit Romain*, 2.^a ed., 3 vols., Paris, 1876. V. *Obrigações*, vol. III, pp. 128-471.
- PASTORI, FRANCO, *Profilo Dogmatico e storico delle obbligazioni romane*, Varese, Cisalpino, 1951, 325 pp.
- POTHIER, *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas* (Trad. de Corrêa Telles), 2 vols., Garnier, 1806.
- RADIN, MAX, *Handbook of Roman Law*, 1 vol., St. Paul Minnesota, 1927, pp. 121-329 (*Obrigações*).
- REIN, WILHELM, *Privatrecht und Zivilprozess der Roemer, von der aeltesten Zeit bis auf Justinian*, Reedição da 2.^a edição de Leipzig de 1858, Scientia Verlag Aalen, 1964, *Obrigações*: pp. 607-771.
- ROBY, HENRY, JOHN, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, 2 vols., Cambridge, 1902. Vêr vol., segundo, contendo as *Obrigações* (pp. 2-310).
- RUIZ, RAFAEL *Derecho Romano*, II (*Obligaciones*), Caracas; s.d.
- SARFATTI, MARIO, *Influenza reciproca del Diritto Romano e del diritto Anglosassone in "Studi Albertoni"*, 1 vol., Pádua, 1938, pp. 563-575.
- SAVIGNY, *Le Droit des Obligations*, Trad. Gérardin, 2.^a ed., 2 vols., Paris, 1873.
- SENN, FÉLIX, *Le "nexum, Contrat de prêt du très ancien droit romain*, Paris, Larose, 1905.
- SENN, FÉLIX, *Clauses insérées dans les ventos d' esclaves*, Paris, 1888, 59 pp., Grandin.

- SCHULZ, FRITZ, *Classical Roman Law*, 1 vol., Oxford, 1954. Vêr pp. 455-645. (*Obrigações*). Trad. espanhola de Santa Cruz Treijero, *Derecho Romano Classico*, 1 vol., Barcelona, 1960. Vêr pp. 435-607 (*Obrigações*).
- TOLA, FERNANDO, *Derecho romano: obligaciones, contratos, delitos y acciones*, Lima, 1948.
- VERMOND, EDMOND, *De jure obligationum*, Paris, 1937, 2 vols., Grandin.
- VERNET, P., *Textes choisies sur la théorie des obligations en droit romain*, Paris, Durand, 1865.
- VOCI, PASQUALE, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette) Il Contenuto dell' obbligatio*, 1 vol., Milão, 1969.
- VAN WETTER, *Pandectes, Les Obligations*, tomo 3, 1.^a Parte, tomo 4.^o (2.^a Parte), 2 vols., Paris, 1910.
- WINDSCHEID, *Pandekten*, §§ 250 e ss., Frankfurt, 1906.
- ZULUETA, F. DE, *The Roman Law of Sale, Introduction and Select Texts*, 1 vol., Oxford, 1957.

Imposto de Renda*.

Ruy Barbosa Nogueira

Catedrático de Direito Tributário e Professor de Direito Tributário Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: *Sociedades Anônimas. Comissões. Bonificações, — Gratificações e Semelhantes sem Origem e Identificação do Beneficiário. Alíquota Condensada ou “Una Tantum”. A Consumição do Fato Econômico Tributário. A Assunção da Responsabilidade pelo Imposto na Fonte, com o Desconto por dentro: contribuinte individualizado. Natureza e Regimes dos Arts. 308/181 e do Art. 502. Aspectos no Direito Tributário Comparado. Prática Administrativa e Jurisprudência. Pretendida Alteração do Critério Jurídico. Acumulação Juridicamente Impossível: Confisco.*

Nada mais útil para o esclarecimento de problemas e casos fiscais do que tomar-se ocorrência errônea, estudá-la

*. Este é um exemplo concreto de como estamos realizando os estudos de *Casos e Problemas* nos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado, Doutorado e nas Mesas de Debates, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, de acordo com os novos Estatutos da USP.

Além do programa e bibliografia que distribuimos, utilizamos os livros de texto (*Curso de Direito Tributário e Direito Tributário Comparado*) e as Coletâneas de *Casos e Problemas Tributários* (1.^a a 5.^a).

Sempre que possível, antes de publicarmos um trabalho sobre caso concreto, apresentamo-lo aos alunos, conforme o grau do curso, mas apenas “o fato objeto do estudo”.

Somente depois de os alunos, motivados pelas dúvidas, terem estudado, debatido ou pelo menos se preparado, é que apresentamos a “pro-

dentro da teoria, da técnica e da prática para demonstrar-se o verdadeiro direito e prevenir-se a repetição de erros prejudiciais a todos.

O fato objeto deste estudo.

Uma sociedade anônima vem cumprindo rigorosamente as disposições expressas dos arts. 308 e 181 do Regulamento do Imposto de Renda, isto é, vem pagando cumulativamente as elevadas alíquotas, respectivamente de 40% na fonte e mais 30% na declaração, além do imposto em razão da não dedutibilidade dos tributos pagos, de modo a atingir 91% em relação aos eventuais casos de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, cuja operação ou causa não seja indicada e não identificado o beneficiário do rendimento.

Além da convicção de estar cumprindo estrita e plenamente a legislação, informa a sociedade, é notório que as “práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas” (CTN, art. 100, III) são no sentido de que as sociedade anônimas, nesses casos, nada mais devem cumprir senão as citadas disposições dos arts. 308 e 181 do RIR, tanto assim que já foram até emanadas e publicadas decisões das próprias autoridades fiscais superiores, como verdadeiras instruções, nesse caso, a estas pessoas jurídicas.

Entretanto, esta sociedade acaba de ser surpreendida com a lavratura de auto de infração impondo-lhe multa de 50%, mais correção monetária, com base nos seguintes pretensos fundamentos:

blemática, estudo e conclusão do caso exposto”, para novo debate, confronto e crítica com os trabalhos que cada um ou a equipe tenha realizado. Este tipo de estudo é o que recomendamos à p. 255 do livro *Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário*, 3.^a edição, 1971.

O desenvolvimento desta metodologia socrática, como verdadeiro “laboratório jurídico”, vem apresentando resultados muito satisfatórios.

“Efetuando fiscalização junto à empresa em epígrafe, constatei que foram realizados pagamentos a beneficiários não identificados, nos anos de 1968 e 1969, tendo sido o imposto de renda devido na fonte recolhido conforme guias examinadas e de acordo com o artigo 308 do Regulamento. Entretanto, não foi feito o reajustamento dos rendimentos conforme prevê o art. 502 do Regulamento do Imposto de Renda. Fiz o cálculo do reajustamento, resultando num rendimento bruto de Cr\$... O imposto de 40% sobre esse total seria de Cr\$ Diminuindo o imposto já pago de Cr\$ há uma diferença a pagar de Cr\$ Essa importância foi corrigida monetariamente de acordo com os índices trimestrais aplicáveis em cada caso, conforme demonstração anexa”.

Conforme se poderá verificar do auto cuja cópia anexa, o Agente Fiscal pretende, contra as disposições da lei, contra as práticas e a orientação fiscal, confundir e somar as hipóteses dos arts. 308 e 502, o que levaria à tributação de 66,4% na fonte, de 30% na declaração, 19,9% da não dedução do imposto de fonte e 9% da não dedução do imposto da declaração, ou seja, ao total de 125,3% sobre o rendimento pago.

Tal pretensão é procedente ou, ao revés, configura um erro pondo sob risco de danos a própria administração fiscal, as sociedades anônimas e enfim a própria harmonia entre fisco e contribuinte?

Problemática, estudo e conclusão do caso exposto.

I Começamos pela leitura sistemática e comparativa dos textos:

REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA

Livro V

DA TRIBUTAÇÃO DOS RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO ESTRANGEIRO E DOS CASOS ESPECIAIS DE ARRECADAÇÃO NAS FONTES PAGADORAS

Título I

DA INCIDÊNCIA

Capítulo V

DOS RENDIMENTOS NÃO INDIVIDUALIZADOS

Art. 308 — Estão sujeitas ao desconto na fonte, à razão de 40% (quarenta por cento), as importâncias declaradas como pagas ou creditadas por sociedades anônimas, a título de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou a causa que deu origem ao rendimento e quanto o comprovante do pagamento não individualizar o beneficiário do rendimento (Lei n. 4.154, artigo 3.º, §§ 2.º e 3.º e Lei n. 4.357, art. 18).

Livro III

DA TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO BRASIL

Título I

DOS RENDIMENTOS SUJEITOS À DECLARAÇÃO

Livro VIII

DISPOSIÇÕES DIVERSAS

TÍTULO ÚNICO

Capítulo VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 502 — Ressalvados os casos previstos nos arts. 272 e 286, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo (Lei n. 4.154, art. 5.º).

Art. 272 — O aumento líquido do ativo imobilizado resultante da correção monetária, independente da sua incorporação ao capital, ficará sujeito unicamente ao imposto de 5% (cinco por cento), *como ônus da pessoa jurídica*, observado o disposto no § 4.º e ressalvado o disposto no art. 281 (Lei n. 4.357, art. 3.º, § 7.º e Lei n. 4.728, art. 68 § 1.º).

Art. 286 — Os aumentos de capital das sociedades em geral, com recursos provenientes de reservas ou lucros em suspenso ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte, à razão de 15% (quinze

Capítulo III

DOS CUSTOS, DAS DESPESAS OPERACIONAIS E DOS ENCARGOS

Seção XIII

DAS COMISSÕES, BONIFICAÇÕES OU GRATIFICAÇÕES NÃO INDIVIDUALIZADAS

Art. 181 — Não são dedutíveis as importâncias declaradas como pagas ou creditadas a título de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou a causa que deu origem ao rendimento e quando o comprovante do pagamento não individualizar o beneficiário do rendimento (Lei n. 3.470, art. 2.º).

Art. 161 — São custos as despesas e os encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria, tais como (Lei n. 4.506, art. 46);

d) os impostos, taxas e contribuições fiscais ou para-fiscais, *exceto o imposto de renda*;

Art. 164 — Somente serão dedutíveis como custo ou despesa ...

§ 1.º — *Não será dedutível o imposto de renda pago pela empresa, qualquer que seja a modalidade de incidência* (Lei n. 4.506, art. 50, § 1.º).

II — Não só por meio de artigos autônomos e *sem qualquer remissão entre eles*, mas pela própria estrutura sistemática, o Regulamento do Imposto de Renda separa e distancia nitidamente, como diferentes, as situações descritas pelos artigos 308/181 e 502.

por cento), *como ônus da pessoa jurídica*, observado o disposto no § 4.º deste artigo e o disposto no artigo 287 (Lei n.º 3.470, art.º 83).

Pode-se mesmo dizer que cada hipótese compõe uma categoria ou instituto, não só formal, mas substancialmente diferentes, senão vejamos.

III — Como se vê, o art. 308 pertence ao capítulo V, debaixo da rubrica “Dos rendimentos *não individualizados*” que está dentro do Título — Da incidência, no Livro V — *Da tributação dos rendimentos de residentes ou domiciliados no estrangeiro e dos casos especiais de arrecadação nas fontes pagadoras.*

IV — Concomitantemente pelas razões genéricas das rubricas do Título e do Livro e, específica em função da rubrica do capítulo, ou seja: “*casos especiais de fonte*”, “hipótese tipificada de incidência” e finalmente de rendimentos “*não individualizados*” (neste último caso fiscalmente semelhante aos casos do mesmo livro, pois o rendimento de residentes no exterior como o rendimento ao portador também não são mais atingíveis por outra tributação em mãos do beneficiário: um por estar fora do território, o outro por ser anônimo e o *não individualizado* por se tornar anônimo dentro da autorização expressa da própria lei fiscal).

É exatamente por isso que o art. 308 prevê uma *última* ou *única* e *elevada* alíquota, na contemplação de que não mais serão tributados esses rendimentos *em mãos dos respectivos beneficiários*. O caso do art. 308 é antes de mais nada *uma hipótese de incidência, tipificada inclusive com alíquota expressa e qualificada como caso especial de arrecadação na fonte.*

Já o art. 502 foi colocado no Cap. VII, sob a rubrica “Disposições finais” do Livro VIII — “Disposições diversas”.

Ora, disposições finais são geralmente exceções. Basta a leitura do próprio texto desse artigo 502 para, a contrário senso, ver-se que a regra é, cada contribuinte legal assumir o ônus do seu imposto, não a de assumir o ônus

do imposto devido por terceiro, especialmente dentro de um imposto tipicamente pessoal, como é o de renda.

Essa regra geral está mesmo no CTN, art. 123, permitindo todavia que o legislador ordinário estabeleça exceções, como a do art. 502*.

Portanto, o que o art. 502 veio permitir com oponibilidade à Fazenda foi uma exceção, isto é, que a fonte, além de pagar a renda ao *beneficiário do rendimento*, possa não fazer o desconto por fora, mas por dentro, isto é, responder pelo imposto devido pelo *contribuinte de fato* (chamado beneficiado) como mais uma vantagem ou rendimento e por isso mesmo esse *acréscimo* também incidirá no próprio imposto de fonte, por meio do reajustamento.

Veja-se que o art. 502 não denomina o contribuinte de fato de *beneficiário do rendimento* mas de *beneficiado* (ou seja, beneficiado do *quantum* do imposto no ato do desconto).

Esse beneficiado no art. 502 é um *identificado*, que por isso mesmo irá incluir na sua contabilidade fiscal (se pessoa jurídica) ou declaração (se pessoa física), não só o rendimento propriamente dito, mas também o benefício do imposto cujo *ônus* foi assumido pela fonte que não poderá deduzi-lo como despesa, mas que o *beneficiado* terá de incluir como rendimento *a ser tributado* e cujo imposto, não tendo sido por ele suportado, também não será por ele abatido.

V — Qual o tipo, natureza, e regime da elevada alíquota de 40% do art. 308?

É o da tão expressivamente chamada pela doutrina de “ALÍQUOTA CONDENSADA” ou também pela expressão la-

*. C.T.N. — Art. 123 — *Salvo disposições de leis em contrário*, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

tina “UNA TANTUM” (composta do adjetivo feminino, no caso nominativo singular una, seguido do adverbio *tantum*, que significa somente. A sua tradução fiel para o português é “*somente uma*” ou seja “*única*”, “*mais nenhuma*”).

VI — RAFAEL CALVO escreveu uma monografia precisamente com o título “*La determinazione dell’Aliquota Tributaria*”¹, e logo a partir da pág. 14 trata desse tipo de alíquota, tanto em “L’Imposta Generale sull’Entrata”, como na “Imposta sugli Scambi”.

VII — Na Espanha, a lei de 11 de junho de 1964, art. 193, n. 2, dispôs que esta alíquota (em espanhol “tipo”) corresponde à soma das alíquotas das demais operações que podem ser acumuladas em uma única, concluindo:

“El tipo máximo sera el resultado de la suma de los que por Ley corresponda a cada una de las fases acumuladas”.

VIII — O Prof. Francesco Forte esclarece que a conformidade com o princípio da *capacidade contributiva* exigido pelo art. 53 da Constituição italiana e o princípio da legalidade, nessa mudança de regime, não fere esses princípios, desde que seja *prevista em lei* e que essa alíquota “única” seja uma alíquota “condensada”, isto é, não permita outra tributação.

Se aplicada a final, será a soma das anteriores e se na fonte (“a priori”) libera a “situação” (renda, operação etc. tributada):

“può modificare il regime di imposizione, mediante l’applicazione di aliquote o quote condensate in rapporto al numero presunto di atti economici imponibili”.

1. Edição de 1969, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore.

... Il rispetto del canone di legalità viene assicurato ... questo metodo di prelievo è dalla legge autorizzato...”²

IX — FREDERICO MAFFEZZONI, em trabalho inserto nos *Studi in Memoria di Benvenuto Griziotti*, estuda especialmente o tema em relação à *Imposta Generale Sull'Entrata* (que tem certa afinidade com nosso Imposto de Renda) e esclarece em que consiste o poder de *condensar* a alíquota:

“Secondo tale concetto l'aliquota condensata è una somma di aliquote minori e precisamente di quelle che sarebbero altrimenti applicabili sui singoli scambi ed entrate che non si sono voluti colpire direttamente.

Il concetto di condensazione della prestazione tributaria è invece più ampio, poichè tale prestazione è un prodotto dell'aliquota per il valore imponibile a cui questa se applica. Condensare una prestazione tributaria significa perciò, non soltanto fisare un'aliquota che sia somma delle aliquote minnori applicabili ai singoli scambi ed entrate non direttamente colpiti, ma anche determinare un valore imponibile che, moltiplicato per l'aliquota condensata, dia luogo ad una prestazione tributaria uguale alla somma delle singole prestazioni tributare altrimenti dovute sui singoli scambi ed entrate non direttamente colpiti. Alla condensazione della prestazione tributaria deve dunque concorrere sia l'aliquato sia il valore imponibile e come l'aliquota vi concorrere, condensandosi a sua volta, così il

2. Note sulla nozione di tributo nell'ordinamento finanziario italiano e sul significato dell'art 53 della Costituzione, p. 282.

valore imponibile vi concorre mediante i criteri della sua determinazione”³

X — Na magnífica coleção *World Tax Series do “International Program in Taxation”* da “Harvard Law School”, no volume *Taxation in Italy*, sobre as alíquotas (the tax rates) no imposto sobre as entradas (General tax on receipts), também vemos que certas transações,

... “estão sujeitas a uma única fase de tributação (*una tantum*) pela qual uma alíquota consolidada é aplicada somente sobre uma transação cobrindo todas as anteriores e as subsequentes”...

... “are subject to single-stage collection (*una tantum*) under which a consolidated rate is applied only to one transaction covering all prior and subsequent ones”.. (4) (texto original, inclusive parenteses e grifo).

XI — A *base de cálculo* e a *alíquota* são, como se sabe, os elementos quantificadores da hipótese de incidência ou fato gerador. Alguns autores entre nós chamam-nas de “elemento financeiro”. Preferimos a denominação “quantificadores” como os autores espanhóis, porque esta expressão está mais próxima da função de determinação do “quantum”.

XII — A problemática da avaliação, estimativa, ou fixação do quantum, como ressaltam os mais destacados tradadistas, é das questões mais delicadas no fenômeno impositivo e por isso mesmo a última “ratio” do procedi-

3. *Contributo alla teoria giuridica del presupposto di fatto dell'imposta generale sull'entrata prelevata col sistema “una tantum”*, Edição da Università Di Pavia, A. Giuffrè, Milano, 1950, p. 264.

4. Edição da Commerce Clearing House, Inc. Chicago, 1964, p. 733, item 14/6.1.

mento ⁵. O erro na fixação do crédito contamina todo o fatigoso edifício da tributação jurídica e pode mesmo chegar não só a injustiças, mas até às raias do confisco, como veremos adiante com a absurda pretensão do auto lavrado.

XIII — Casos bastante melindrosos e diríamos, extremos, de critérios de apuração da base de cálculo, quando estes elementos são diretamente inatingíveis, temos como exemplo típico para a *base de cálculo* o que entre nós chamamos de *estimativa*. Veja se nesse sentido o art.º 148 do c.T.N. e especificamente no Imposto de Renda o caso do “lucro arbitrado” em que, a nosso ver, tanto o c.T.N. como a legislação empregam com impropriedade o verbo “arbitrar” e o adjetivo “arbitrado” quando se trata não de arbítrio, mas de *estimativa* mediante procedimento regular geralmente com descrição legal (ou técnico-legal).

XIV — Para se alcançar a mais juridicamente precisa *tributação em conformidade com o fato gerador* (Tatbestandmässigkeit der Besteuerung), nesses casos em que se tem de recorrer à estimativa da base de cálculo, surgiram até métodos como o do “forfait” em França ⁶, o do “concordato” na Italia ⁷, o da “Pauschbesteuerung” na Alemanha ⁸.

5. cfr., por exemplo: *As idéias básicas do Código Tributário da República Federal da Alemanha*, por SPITALER, na Introdução ao grande comentário, em 5 vols. *Kommentar zur Abgabenordnung un den Nebengesetzen*-Hübschman-Hepp-Spitaler. Einführung, seite 3/6, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.

Vide ainda nosso livro *Teoria do Lançamento Tributário*, 1965, “passim”, e especialmente item 54, p. 62.

6. cfr. LUCIEN MEHL, *Science et Technique Fiscales*, vol. I, p. 108 *Le forfait*, Presses Universitaires de France, 1959 e a bibliografia indicada.

7. cfr. *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, verbete *Concordato Tributario* escrito por BENEDETTO COCIVERA, vol. VII, 1961, e a literatura no final.

8. cfr., no *Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1972, no vol. II, pág. 827, os verbetes “Pauschalierung von”... e “Pauschsteuer” e a Literaturhinweise, p. 1342 e segs.

Mas precisamente em relação à alíquota, caso típico é o da *alíquota condensada* que nos serve, neste momento, como protótipo ou modelo de exemplo o próprio caso consultado.

Com efeito.

XV — Qual a natureza e objetivo do disposto no art.º 308?

Não seria possível um dispositivo mais explícito para permitir às *sociedades anônimas* o pagamento dos rendimentos aí especificados, sem indicar a causa e *sem identificar* o beneficiário do rendimento, pela compensação fiscal, de pagarem uma “alíquota condensada” ou “una tantum”, de 40%, como soma presumida da alíquota ou alíquotas que o rendimento iria ainda sujeitar-se em mãos do beneficiário do rendimento, ao qual a lei outorga em contra-partida a opção pelo anonimato.

É rigorosamente isso que está escrito no texto, “*ipsis litteris*”:

“Art.º 308 — Estão sujeitas ao desconto do imposto na fonte, à razão de 40% (quarenta por cento), as importâncias *declaradas* como pagas ou creditadas *por sociedades anônimas, a título de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou a causa que deu origem ao rendimento e quando o comprovante do pagamento não individualizar o beneficiário do rendimento.* (Lei n.º 4.154, art.º 3.º §§ 2.º e 3.º e Lei n.º 4.357, art.º 18).”

XVI — Veja-se que a característica fundamental dessa elevada alíquota *única* ou *condensada* de 40% *na fonte*, aí nessa hipótese de incidência visa, desde logo, e totalmente, entregar ao fisco (una tantum) o imposto que não terá mais possibilidade de receber do *beneficiário do rendimento*, pois que este, *legalmente*, opta pela sua não

identificação. Em substituição à expectativa do fisco (tornada impossível pelo exercício do direito de opção ao anônimo) de receber as alíquotas futuras, especialmente as progressivas, a lei também lhe outorgou, a ele fisco, a alíquota condensada ou verdadeira cobrança antecipada e integral.

XVII — O saudoso Mestre TRITO REZENDE, com a acuidade e prestreza com que analisava nossas leis fiscais, precisamente comentando a origem dessa disposição da lei n. 4.154, art. 3.º, sem citar o *nomen juris* dessa categoria de alíquota, já dissera:

“pois o que ela visa compensar ou substituir é o *imposto progressivo*”⁹,

e o § 2.º do art. 3.º dessa lei básica, consolidado no art. 308 do RIR,, esclarece mesmo:

“§ 2.º — O beneficiário dos rendimentos referidos neste artigo *poderá optar* pela não identificação, caso em que o imposto será cobrado à razão da taxa de 40% (já fora de 45% e até 60%), *não servindo essa tributação para base de reajustamento do imposto devido pelos residentes ou domiciliados no estrangeiro*”.

XVIII — Eis como o texto da LEI é até *mais explícito* que o de seu próprio Regulamento. O residente no estrangeiro, ao fazer a remessa, poderá vir a ser identificado, mas mesmo assim não haverá *reajustamento* nem pró nem a favor. Já ocorreu com a tributação única ou *una tantum* o que o Prof. ALBERT HENSEL, em uma das melhores obras já escritas sobre Direito Tributário e que integra grande Enciclopédia, ensina: o da chamada CONSUMIÇÃO do fato tributado.

9. *A Nova Legislação do Imposto de Renda*, 1963, Tomo I, p. 39.

Realmente, no caso, a tributação desse rendimento em mãos do beneficiário já chegou à *exaustão impositiva* do imposto de renda, assim julgada e fixada pelo critério da lei, por isso se aplica, neste ponto, o princípio tributário do limite do quantum para não exaurir o ganho do contribuinte, não destruir a produtividade, não atingir as raízes do *confisco*.

Eis a figura batizada pelo grande Mestre de Königsberg, aplicável ao caso:

“; hier muss ganz allgemein der Grundsatz der *tatbestandskonsumtion* des “*ne bisin idem*” gelten”¹⁰.

ou em vernáculo:

neste ponto tem de valer, de modo absolutamente geral, o princípio da *consumição do suporte fático (do fato gerador)*, do “*ne bis in idem*”¹¹.

XIX — Sem dúvida, o rendimento pago nas condições do art. 308, tendo sofrido o recolhimento da alíquota de

10. *Enzyklopädie der Rechts-und Staatswissenschaft*, vol. XXVIII, *Steuerrecht Dritte, Völlig Neubearbeitete Auflage*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1933, p. 136.

11. Com a instabilidade de expressões no Brasil, decorrente da influência das terminologias francesa e italiana, quer na doutrina como na legislação, tem sido chamado ora de fato gerador, de hipótese de incidência, de *fattispecie* etc. *Tatbestand* é a subjacência fática, o fato no caso é o rendimento. Fato gerador já é expressão integral, compreendendo o que *Teoria Tridimensional do Direito* de um modo integrativo, explica como “Fato-Valor-Norma” e que no alemão, com seu rigor verbal seria o “*Steuertatbestand*”, isto é, o fato descrito e valorado pela lei tributária. Vejam-se os verbetes “*Tatbestand*”, “*Steuertatbestand*” e “*Tatbestandmässigkeit*” no magnífico *Dicionário do Direito Tributário e das Ciências Fiscais* (*Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*), publicado há poucos meses por C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1972).

40% por falta de causa da operação e “a fortiori” *por não individualização do beneficiário do pagamento ou crédito*, em relação a este beneficiário do rendimento, para o imposto de renda, é ato jurídico consumado e fato econômico tributário consumido.

Nada tem a ver a hipótese de incidência e de arrecadação especial pela fonte de não identificado do art. 308 com o caso do art. 502 que trata, ao reverso, apenas e tão só, de contribuinte *identificado, individualizado* inclusive com as qualificações implícita de “*beneficiário do rendimento*” e explícitas de “*beneficiado*” pela assunção do ônus do imposto pela fonte pagadora, optada legalmente pelas partes. O caso do art. 502 é apenas o da comum *antecipação* de recolhimento na fonte e não hipótese de incidência.

XX — No caso do art. 308, além dessa situação liquidada *una tantum* em relação ao beneficiário do rendimento, a Sociedade Anônima vai sujeitar-se ainda às disposições do art. 181, ou seja, não poderá deduzir aquelas importâncias pagas ou creditadas sem causa e individualização, de modo a sofrer ainda a oneração de mais 30% na pessoa jurídica, além da não dedutibilidade de ambos pagamentos desses impostos, de modo a chegar à *desestimulante tributação* total do nível de 91%, como informa a exposição do fato.

XXI — Enquanto o art. 308, combinado com o art. 181, compõem a hipótese em que a sociedade anônima tem de recolher cerca de 91%, o art. 502 vem apenas permitir que a fonte assuma o ônus e que o beneficiário do rendimento o receba com o imposto por dentro, isto é, receba a quantia “*liquida*, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento *bruto*, sobre o qual recairá o tributo”.

O caso do art. 502 é comum e óbvio.

XXII — A jurisprudência administrativa vinha de longa data e sempre sem nenhuma relação com o caso do

art. 308, firmando o princípio de que, se a fonte pagadora assumia o ônus do imposto, deixando de retê-lo do rendimento pago, resultava daí um *aumento do rendimento* também sujeito ao imposto. A lei veio cristalizar essa solução em texto. Assim esclarecera logo TITO REZENDE, no já citado livro, à pág 47, sobre o hoje art. 502:

“Que quer dizer esse dispositivo?

.. se esta (a fonte) pagar o rendimento sem o desconto do imposto, a importância suportada pela fonte representa um *suplemento de rendimento*, também sujeito ao imposto de fonte, como *vantagem* ou *interesse* para o beneficiário” (grifos do original).

XXIII — Veja-se, por exemplo, que no sistema do Imposto de Renda da Alemanha, onde não existe nenhuma disposição semelhante à do art. 308, existe disposições semelhantes às do art. 502, com a mesma técnica de permitir que a fonte assuma o ônus do imposto e considera este como aumento do rendimento percebido.

No já citado Dicionário do Direito Tributário (abreviadamente HwStR), encontramos, dentro do amplo verbete Abzugsteuer (imposto retido), precisamente o esclarecimento de que se a fonte assume o ônus do imposto de renda, o quantum do imposto *se torna parte tributável dos rendimentos*, ou no original:

“die Steuer selbst wird dann zum stpfl. Teil der Einkünfte” (Parte C, item 4 1.^a coluna, p. 27 do 1.^o Volume).

XXIV — Ora, em nossa legislação o art. 502 também trata apenas do *reajustamento do imposto* cujo ônus é assumido pela fonte e recolhido pelas alíquotas normais, por exemplo 8%, se honorários da profissão liberal. No caso só é indicada a operação ou causa que deu origem

ao rendimento, mas é descrita a individualização do beneficiário do rendimento

As disposições dos arts. 308 e 502 são mesmo de conteúdos antípodas. Se ocorrerem os requisitos do art. 502, não poderão tais pagamentos ser incluídos nos *requisitos negativos* do art. 308 e vice-versa. Na verdade, ao revés de serem cumulativos ou remissivos, os casos desses artigos são respectivamente excludentes.

XXV — De resto, como informa a exposição do fato, a S/A fora sempre orientada neste sentido que é o tranquilamente praticado pela quase unanimidade da fiscalização. O ilustre Agente Fiscal que a autuou, talvez não tivesse conhecimento de que a própria Superintendência sob cuja jurisdição trabalha, no Estado da Guanabara, já decidirá no sentido exato e que esses precedentes são garantias elementares dadas às sociedades anônimas, como parte do chamado *estatuto do contribuinte*.

A Constituição e as leis garantem o *exercício regular do direito* e o CTN, no art. 100, item I, II, III e § único, resguardam o contribuinte que seguiu a orientação de atos normativos, decisões normativas e práticas reiteradas das autoridades fiscais, mesmo quando estes atos sejam errôneos ou venham a ser alterados.

É o princípio da lealdade da administração fiscal¹².

Mesmo se tivesse procedência a pretensão fiscal (que nenhuma tem, bastando ver que pretende simplesmente o confisco), ainda assim, pelo art. 146 do c. t. n., a *alteração do critério jurídico* só vigoraria para o futuro, jamais retroativamente.

XXVI — Como já vimos, a pretensão de aplicar cumulativamente as disposições dos arts. 308 e 502 é apenas um equívoco de fato e de direito, e bastaria consultar a própria jurisprudência fiscal para se ver que não só o

12. cfr. Os princípios da *oficialidade, vinculação e lealdade* do lançamento em nosso livro *Teoria do Lançamento Tributário*. Edição Revista dos Tribunais, 1965, itens 56 a 61.

bom direito, mas a boa e incontroversa jurisprudência fiscal está ao lado do que expusemos, senão vejamos.

XXVII — A Superintendência Regional da Receita Federal da 7.^a Região Fiscal da Guanabara, a que está subordinado o autuante, conforme se vê da decisão n. 50-70 publicada no D. O., Seção I, Parte I de 4/5770, na p. 3.205 já deixou decidido:

“capítulo 1.^o — A interpretação da não aplicabilidade do artigo 502 do R. I. R. tem inteiro fundamento, conforme esclarece o seguinte trecho do parecer.

“Preliminarmente ao estudo do contestatório sobre a tributação das parcelas acima, urge comentar a prática do disposto no artigo 502 do R. I. R. adotada no cálculo do imposto de arrecadação nas fontes objeto da presente lide.

1.12 — O art. 502 do Decreto número 58.400, de 10.5.66, revigorando disposição do artigo 5.^o da Lei número 4.154, de 28.11.62, estabelece:

Art 502 — Ressalvados os casos previstos nos artigos 272 e 286, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.

1.12 — Ora, a norma do artigo 502 restringe-se aos casos em que o contribuinte legal assume, ostensivamente, o imposto devido. Tanto assim é que o dispositivo se inicia ressaltando os casos típicos de assunção de ônus determinado por lei. Só se justificaria a aplicação do artigo 502 se admitido como válido o pagamento efetuado pela pessoa jurídica e a beneficiário identificado.

1.14 — Com a remessa dos pagamentos a beneficiário não identificado por causa ou operação “*juris tantum*” semelhante a gratificações, comissões ou bonificações, inexistentes a figura de contribuinte individualizado que autorizaria a transferência do ônus do tributo e, consequentemente, a aplicação do artigo 502 citado.

1.15 — Entendemos, assim, indevida a adoção da norma do artigo 502, bem como opinamos que os tributos devidos pela incidência da taxa especial do artigo 308 do R. I. R., sejam calculados como base na importância impugnada como despesa operacional, e não como foi feito, pelo valor reajustado na forma do artigo 502, também do R. I. R.

XXVIII — Também a mesma Superintendência na decisão n. 1289/71, processo n. 93.540/68, proferida no dia 30/12/71, deixou bem esclarecido:

“I — RENDA. FONTE. — Reclamação contra Auto de Infração e Notificação Fiscal por falta de retenção de imposto na fonte referente a caso semelhante ao previsto no art. 308 do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 58.400/66. Recurso de ofício a que se dá provimento em parte.”

A autoridade recorrente deu provimento, em parte, à reclamação do interessado, mandando excluir do crédito tributário o reajustamento previsto no art. 502 do R. I. R. e os percentuais relativos à multa de mora, 10% por semestre ou fração, e juros de mora, 1% ao mês, por não se aplicarem à espécie, recorrendo de ofício desta sua decisão.

Isto posto, e

CONSIDERANDO que o reajustamento de rendimentos de que trata o art. 502 do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 58.400, de 10.5.66, não se aplica ao presente caso por não se tratar de fato de a fonte pagadora ter assumido o ônus do imposto devido pelo beneficiário;

CONSIDERANDO tudo mais que do processo consta.

DOU PROVIMENTO, em parte, ao recurso *ex officio* para determinar que:

I — seja mantido o imposto na fonte sem o reajustamento do rendimento tributável previsto no art. 502 do R. I. R.;

XXIX — Veja-se ainda o acórdão n. 9.408 da Segunda Camara do Primeiro Conselho de Contribuinte, proferido na sessão de 16/11/71.

XXX — Portanto, sem sombra de dúvida o auto lavrado é simples e juridicamente impossível, pois levaria, como já se viu desde à exposição dos fatos, às raias do confisco: não só atingiria a 125, 3% do rendimento, mas não tem fundamento a aplicação cumulativa do art. 502. De resto, neste particular representa uma inconstitucionalidade pretendendo ferir mortalmente o Estado de Direito¹³.

13. Sobre o “confisco”, na *Encyclopaedia of the Social Sciencies* dirigida pelo grande mestre SELIGMAN, edição da Macmillan Company, 1948, New York, veja-se o verbete “confiscation”, escrito por Carl Friederich, págs. 183/187 do vol. IV, além dos verbetes correlacionados e a bibliografia indicados no término do mesmo verbete.

Adde, especificamente no *Direito Tributário Brasileiro* e nas *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, obras do nosso já clássico MESTRE ALIOMAR BALEEIRO: *Confisco tributário*.

Do ponto de vista da redação jurídica tributária, não é a só percentagem da alíquota que pode configurar o “confisco”.

Há casos em que a alíquota embora superior a 100%, em razão da natureza do tributo e da “base de cálculo” pode comportá-la (como é

Em conclusão, a cobrança pretendida pelo autor do auto de infração lavrado configura erro de fato contra a natureza das coisas e erro de direito contra a Constituição, as leis, o regulamento e a jurisprudência vigentes e está ao arrepio de toda a autêntica doutrina. É integralmente improcedente.

exemplo o IPI sobre cigarros) ou quando aplicada dentro do “poder de regular” (“police power”), tão desenvolvido na literatura jurídica dos EE.UU.).

Dentro da relação jurídica tributária tanto é confisco a tributação que absorva a totalidade do bem tributado, como qualquer parcela que exceda a *medida* fixada legalmente, pois o excedente ao legal será uma *confiscação* ou seja, cobrança sem legitimação, proibida até pelo art.º 316, § 1.º, do Código Penal, quando exigida com dolo.

Tratando da Contribuição de Melhoria, por exemplo, BALEIRO diz, a nosso ver com muita procedência, que “o fato gerador é a valorização ou benefício oriundo da obra. Não se pode admitir que isso autorizasse confisco do imóvel, pois a tanto equivale a contribuição maior do que o valor acrescido” (item X — Limites na C.F. de 1967, constante do comentário ao art.º 81 do C.T.N. Direito Tributário Brasileiro, 3.ª edição, p. 327).

Em síntese, podemos fixar, que a transferência para o Tesouro Público, do total ou de parte do patrimônio do indivíduo, sem base legal e sem compensação, constitui a figura constitucionalmente proibida, a que se dá o *nomen juris* de confisco.

Crime de Sonegação Fiscal*.

Manoel Pedro Pimentel

Catedrático de Direito Penal da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo e
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal
de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Considerações preliminares.* 2. *Análise dos dispositivos da Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965.*
3. *Ação Penal.*

1. Considerações preliminares.

A Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965 foi editada com o fito principal de fortificar o sistema de arrecadação dos tributos, coibindo a sonegação e a evasão mediante a imposição de sanções severas, com caráter específico, a comportamentos antes considerados puníveis somente com sanções administrativas. A rigor, como veremos no correr da exposição, todas as figuras contempladas nesta lei descrevem condutas típicas previstas em dispositivos do Código penal vigente. No entanto, a inação das autoridades responsáveis pela aplicação de tais normas ensejou o entendimento generalizado de que as fraudes fiscais, por sua natureza e objetivos, não se enquadram nos conceitos do Código penal relativos aos crimes de falsidade, constituindo-se em meros ilícitos administrativos, especial-

*. Trabalho apresentado no III Encontro dos Tribunais de Alçada em 1973.

mente em face da controvérsia doutrinária a respeito das diferenças entre simulação e fraude.

Por isso mesmo, ao incrementar a política tributária, a Revolução editou algumas leis definindo comportamentos e declarando-os assemelhados ao crime de apropriação indébita e de falsidade ideológica, previstos nos arts. 168 e 299 do Código penal vigente, como ocorreu, por exemplo, na hipótese do art. 347, do Decreto n. 60.501, de 14 de março de 1967, que aprovou nova redação do Regulamento Geral da Previdência Social, aperfeiçoando a sistemática dos dispositivos da Lei n. 3.807 e do Decreto-lei n. 66, de 21 de novembro de 1966.

Relativamente aos crimes de sonegação fiscal, o legislador entendeu insuficiente essa técnica, preferindo editar a Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, que define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Com isso ativou o mecanismo de defesa dos interesses estatais na arrecadação dos tributos, tornando manifesta a intenção do Governo de reprimir os comportamentos a eles lesivos.

2. Análise dos dispositivos da lei n.º 4 729, de 14 de julho de 1965.

O art. 1.º desta lei define o crime de sonegação fiscal, em diversos ítems, segundo as modalidades de condutas e está assim concebido: “Art. 1.º — Constitui crime de sonegação fiscal: — prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II — inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos à Fazenda Pública; III — alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de

fraudar a Fazenda Pública; IV — fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis. Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.”

A Lei n. 5.569, de 25 de novembro de 1969, acrescentou uma nova figura, sob o n. V, assim redigido: “V — Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.”

A análise destes dispositivos mostra que, em todos eles, o *sujeito ativo* e o *sujeito passivo* são os mesmos já estudados nos delitos contra os interesses do fisco, valendo aqui tudo o que já se disse a respeito da responsabilidade das pessoas jurídicas.

O *objeto jurídico* é a proteção conferida, com especificidade, aos interesses estatais na arrecadação dos tributos, visando a boa execução da política tributária do Governo. O *objeto material* varia em cada uma das figuras como se deduz da simples leitura dos incisos I a V. O crime, algumas vezes, consistirá em ações ou omissões que incidam sobre *documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais*, outras vezes em *declaração falsa ou omitida*, outras ainda consistirá em alteração de faturas e *quaisquer documentos relativos a operações mercantis*. A diversidade do objeto material impõe o cuidado de identificá-lo em cada uma das normas, o que é tarefa simples, sabendo-se que, doutrinariamente, *objeto material* do crime é aquilo sobre o que incide a conduta do agente.

O mesmo se dá quanto à *ação física*, diversificada nas condutas expressas pelos verbos *prestar declaração falsa*, *omitir declaração*, *inserir elementos inexatos*, *alterar faturas*, *fornecer* ou *emitir documentos*, *alterar despesas*, *exigir*, *pagar*, *receber*.

Os crimes, portanto, serão *comissivos* ou *omissivos*, conforme as hipóteses. E assumirão as formas de crimes *materiais*, *formais* ou *de mera conduta*, conforme a descrição do tipo.

O *elemento subjetivo*, comum às cinco figuras, é o *dolo específico*, consignado na exigência de uma particular intenção, em cada uma das figuras, elementos *subjetivos* ou *normativos* do tipo — convertendo-as em tipos anormais. Essas especiais intenções estão assim indicadas: I — “*Com a intenção de eximir-se*”; II — “*com a intenção de exonerar-se*”; III — “*com o propósito de*”; IV — “*com o objetivo de*”; e V — “*para si ou para o contribuinte*”.

Portanto, se a comprovada intenção do agente for diversa daquela requisitada pelo tipo respectivo, deixará de existir o crime. A *culpa* não foi contemplada em nenhuma das figuras.

O *concurso de crimes* é admitido, principalmente entre os delitos definidos nesta lei e os contemplados nos arts. 316 (concessão), 317 e seu § 2.º (corrupção passiva), 319 (prevaricação), 323, (corrupção ativa). E o *concurso de agentes* segue as mesmas regras já enunciadas no exame das figuras das leis anteriores, com o lembrete de que os crimes de mera conduta restringem o conceito de co-participação direta na ação ou na omissão.

A *sanção penal* é a pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo. Apesar de não se tratar de crimes contra o patrimônio, o legislador entendeu acertado acumular a pena pecuniária. Observa-se que esta multa penal não deve ser confundida com a multa administrativa, que eventualmente possa a vir ser imposta na esfera fiscal. A diferença está precisamente nisto: cominada como sanção a preceito de norma penal, a multa pode ser convertida em prisão, o que não ocorre com a multa administrativa.

A *ação penal* é pública e incondicionada. Será iniciada por denúncia do Ministério Público. Outras particula-

ridades a respeito serão examinadas mais adiante, quando analisarmos o art. 7.º e seus parágrafos desta lei.

Vejam, agora, algumas questões sugeridas pelos dispositivos em foco. Os incisos I e II cogitam de modalidades de falsidade ideológica, que se ajustam perfeitamente à descrição típica do art. 299 do Código penal. O inciso III descreve o crime de falsidade material de documento público, previsto no art. 297 do Código Penal, pois os livros mercantis são equiparados a documentos públicos. O inciso IV prevê modalidades de falsidade ideológica e de falsidade material. E o inciso V descreve comportamentos que se subsumem nos arts. 316 (concussão) e 317 e seu parágrafo 2.º (corrupção passiva) do Código penal.

O legislador se utilizou, na descrição desses tipos, de expressões de uso comum no Direito tributário, o que reforça a idéia de que esses tipos são *anormais*, porque além do *elemento subjetivo do injusto* exigido, há neles a integração de conceitos extrapenais, tais como agentes das *pessoas jurídicas de direito público interno, tributos, taxas, adicionais, faturas, parcela dedutível ou deduzida do imposto e incentivo fiscal*.

Tais expressões devem ser interpretadas, no dispositivo penal, com o rigor técnico conceitual que as caracterizam na área do Direito tributário, pois o legislador penal não ressaltou qualquer modificação em suas acepções, quando as integrou nos referidos tipos.

Quanto à expressão *operações mercantis*, constante do inciso III, deve ser igualmente entendida como a conceitua o Direito comercial.

Em bem elaborado artigo de doutrina, EDUARDO FREDERICO DE ANDRADE CARVALHO entende que “os dispositivos desta lei, de natureza repressiva, constituem *leis penais em branco*. Não apresentam definições completas de fatos delituosos, sendo preciso que textos extrapenais (em vigor ou porvindouros) disponham sobre seus exatos contornos. O legislador limitou-se a indicar certos modos de descum-

primento das obrigações tributárias.” (*Crime de sonegação fiscal: Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965*, “in” *Direito Tributário, 4.ª Coletânea*, J. BUSHATSKY Ed., São Paulo, 1971, pág. 304).

Não partilhamos integralmente dessa opinião. Parece-nos que somente algumas figuras podem ser consideradas incompletas: inciso II — *documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais* — e inciso V — *parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal*. As demais são tipos *anormais*, pela presença de elementos normativos, conforme anotamos, sem as características próprias das normas penais em branco.

Consoante ensinamento doutrinário mencionado neste trabalho, MEZGER diferenciou as normas penais em branco das *leis fragmentárias* e das *leis incompletas*, que são normas cujas partes integrantes não se editaram ao mesmo tempo. Todavia, como o legislador ordinário não tem necessidade de pedir ou de autoconceder-se autorização para legislar, os fragmentos ou complementos das normas se integram como produtos da mesma instância legislativa.

Nestes casos os tipos são *anormais*, mas os conceitos extrapenais são buscados em outra área, de direito positivo ou não, na dinâmica de um processo *interpretativo* e não *criativo* da norma. Conceitos de Direito tributário ou de Direito comercial, cujo sentido técnico-jurídico deve ser conservado e respeitado, mas incorporados na norma penal plenamente de modo a não deixar lacuna no tipo. Este fica sujeito à complementação conceitual, através de interpretação, e não à complementação material mediante a colação de outra norma administrativa.

Em aguda crítica, HELENO CLAUDIO FRAGOSO assinala que: “No inciso IV estão previstas outras fraudes destinadas a obter dedução nos tributos devidos. Considera-se aqui, porém, a ação de terceiro, ou seja, de quem fornece ou *emite* documento gracioso, para beneficiar o contri-

buinte. Este, utilizando o documento falso, praticará o crime previsto no inciso I ou no inciso II, conforme o caso. Todavia, independe o crime do uso efetivo do documento pelo beneficiário. Estamos assim diante de situação de perigo para o interesse tutelado.”

“A expressão *emitir documento* é imprópria. Emite-se uma fatura, um cheque, uma nota fiscal: o documento, forma-se ou prepara-se. Tecnicamente, porém, *emitir* significa *por em circulação*, não bastando, portanto, que o agente faça uma fatura falsa, se a guarda consigo. Isso será mero ato preparatório. Pune também o inciso IV a majoração de despesas, para o efeito de diminuir o lucro tributável, igualmente simples ato preparatório, aqui erigido em crime autônomo. O documento a que alude este último inciso é somente aquele idôneo à dedução do lucro tributável.” (*O Novo Direito penal tributário e econômico*, in “Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal”, n.º 12, 1966, pp. 69 e 70).

O inciso V é novidade trazida, como já dissemos, pela Lei n.º 5.569, de 25 de novembro de 1969. Visa, precipuamente, coibir comportamentos abusivos que se manifestavam à margem das parcelas destinadas à aplicação beneficiada pelo incentivo fiscal. Percebe-se que houve luta de interesses em torno da aplicação desse numerário conseguido através das parcelas dedutíveis ou deduzidas do imposto sobre a renda.

A especulação, em busca de vantagens à margem da lei, motivou a reação dos órgãos encarregados da execução da política financeira e tributária, com a providência legislativa reclamada, criando essas novas figuras delituosas.

Por elas são alcançadas as instituições financeiras, oficiais ou particulares, que arrecadam essas parcelas e também os intermediários que em nome delas praticarem as ações definidas na lei. No caso das sociedades, aplica-se tudo o que já dissemos a respeito da responsabilidade da pessoa jurídica. Omitiu o legislador o aumento

de pena que merecem os agentes investidos em função pública e os que, por lei, lhes são assemelhados, porque essa circunstância está prevista no art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 4.729, e se aplica também a este inciso V, posteriormente integrado no referido diploma legal.

A Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal elaborado por NELSON HUNGRIA, ofereceu o substitutivo constante do art. 362, reunindo os quatro incisos deste art. 1.º em um só, assim concebido: “Fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar qualquer outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, a pagamento de imposto ou taxa, se o montante do tributo sonegado ou a sonegar é superior ao salário mínimo da região.” Acolhida, a proposição foi convertida no art. 376 do Código penal de 1969, no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral.

Permanecemos na crença de que a matéria objetivada neste dispositivo já estava prevista, no Código penal vigente. No entanto não é despicienda a sua inclusão destacada no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, razão pela qual, neste passo, e dados os motivos que justificam a ênfase especial sobre o assunto, concordamos com a orientação seguida pelo legislador penal de 1969.

A pena foi reduzida, fixado em um ano de detenção o seu máximo, substituindo-se, quanto à multa, o critério do valor do tributo pela medida do dia-multa, fixado de vinte a cinqüenta dias-multa, com o esclarecimento de que a multa fiscal poderá ser imposta à parte. Como causa de aumento de pena foi adotada a sugestão da Comissão Revisora, feita no parágrafo único do art. 362 do Anteprojeto, que passou a ser o parágrafo único do art. 376 aludido, com a seguinte redação: “Se o montante do tributo sonegado ou a sonegar é superior a dez vezes o salário-mínimo: Pena — detenção, até três anos, e pagamento

de cinqüenta a cem dias-multa, sem prejuizo da multa fiscal.”

“Se o montante do tributo sonegado ou a sonegar for inferior a um salário mínimo serão aplicáveis apenas as sanções fiscais.” (HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *art. cit.*, p. 70).

O parágrafo 1.º do art. 1.º assim se inscreve: “Quando se tratar de criminoso primário, a pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo.”

Assinalam os comentaristas o enfraquecimento da disciplina penal concedido por este dispositivo. (HELENO FRAGOSO, *art. cit.*, p. 71. — EDUARDO FREDERICO DE ANDRADE CARVALHO, *art. cit.*, p. 306). Não foi feliz o legislador. *Criminoso primário* é aquele que nunca sofreu condenação criminal anteriormente. No entanto, pode tratar-se de elemento portador de periculosidade, multireincidente em infrações fiscais ou ainda não condenado na instância criminal, mas denunciado em vários processos. Tendo-se em vista a natureza e a finalidade da incriminação, não se percebe a razão dessa benignidade do legislador, especialmente porque a pena de detenção cominada possibilita a concessão dos benefícios legais já previstos para o criminoso primário no Código penal.

O parágrafo 2.º do art. 1.º soa: “Se o agente cometer o crime prevalecendo-se do cargo público que exerce, a pena será aumentada da sexta parte.”

Esta causa especial de aumento de pena é compreensível e inteiramente acertado andou o legislador quando a contemplou, de maneira especial, relativamente ao sujeito ativo, no parágrafo 3.º, com esta redação: “O funcionário público com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do crime de sonegação fiscal será punido com a pena deste artigo, aumentada da terça parte, com a abertura obrigatória do competente inquérito administrativo.”

Duas são as hipóteses: na primeira o agente comete o crime *prevalecendo-se* do cargo que exerce, seja qual

for; na segunda, trata-se de destinatário especial, porque somente se inclui na causa de aumento os funcionários ligados ao setor de arrecadação dos tributos, inclusive na fase do lançamento. É um dispositivo reforçador, na luta contra a corrupção dos funcionários desse setor, visando coibir a desonestidade, quer sob a forma de suborno, quer sob o manto da prevaricação, casos em que existirá concurso formal com os delitos previstos nos arts. 317 e 319 do Código penal.

O Código penal de 1969 não reproduziu, no art. 376, estas causas especiais de aumento de pena.

O art. 2.º estabelece: “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.”

Considerou o legislador ser mais importante o recolhimento do tributo do que a preservação do bem jurídico *in abstracto*. Tomando-se o dispositivo em toda sua expressão, verifica-se que a condenação eventual do remisso será uma forma de punição penal por dívida, o que é inconstitucional, como já vimos.

Houve alteração posterior deste artigo, mas somente em parte foi sanada a sua imperfeição.

O art. 18 do Decreto-lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967, assim dispôs: “Nos casos de que trata a Lei n.º 4.729, de 14.7.1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei n.º 62, de 21.11.1966, ou deste Decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo, depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em obrigações reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade de primeira instância.

§ 1.º — O contribuinte que requerer, até 15 de março de 1967, à repartição competente retificação de sua situação tributária, antes do início da ação fiscal, indicando as faltas cometidas, ficará isento de responsabilidade pelo crime de sonegação fiscal, em relação às faltas indicadas, sem prejuízo do pagamento dos tributos e multas que venham a ser considerados devidos.

§ 2.º — Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei n.º 4.729, de 14.7.1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo.”

O texto do art. 5.º do Decreto-lei n.º 1.060, de 21 de outubro de 1969, equiparou o crime de sonegação fiscal aos crimes de apropriação indébita, quanto à extinção da punibilidade, com a redação seguinte: “Aplica-se ao crime de sonegação fiscal, definido no art. 1.º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, as normas que regulam a extinção da punibilidade dos crimes de apropriação indébita, quanto à extinção da punibilidade, com a redação que segue: “Aplicam-se ao crime de sonegação fiscal, definido no art. 1.º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, as normas que regulam a extinção da punibilidade dos crimes de apropriação indébita previstos no art. 11 da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964 e no art. 2.º do Decreto-lei n.º 326, de 8 de maio de 1967. — Parágrafo único — O ressarcimento do dano não extingue a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando o infrator for reincidente, segundo definido na lei tributária.” (*Diário Oficial da União*, edição de 21 de outubro de 1969).

O art. 11 da Lei n.º 4.357 está assim concebido: “O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal.”

Como causa igualmente extintiva da punibilidade, o parágrafo 2.º desse mesmo art. 11 consigna: “Extingue-se a punibilidade do crime de que trata este artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante à Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos, excetuados os créditos restituíveis nos termos da Lei n.º 4155, de 28 de novembro de 1962.”

Ora, não ficou inteiramente sanada a inconveniência de se extinguir a punibilidade do agente, autor de crime doloso, pelo recolhimento do débito, ou em razão da compensação de créditos. Como diz SÉRGIO DO REGO MACHADO, o administrador quer receber do contribuinte o devido. Mesmo que se coloque o Direito Penal como cobrador. Para o jurista isto é imoral.” (*Direito penal financeiro*, in “Revista de Informação Legislativa”, julho-setembro de 1970, p. 178).

No mesmo sentido a opinião de HELENO C. FRAGOSO: “A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido antes do início da ação fiscal é medida que somente tem cabimento em infrações leves, não punidas com pena privativa da liberdade. É imoral que, em se tratando de *crime* e de fraude dolosamente praticada, o arrependimento após a consumação tenha o efeito de extinguir a punibilidade. Essa disposição compromete a eficácia intimidativa da lei e servirá para aumentar o preço da corrupção administrativa praticada pela fiscalização. A Comissão Revisora do projeto HUNGRIA, como é óbvio eliminou esse dispositivo.” (*Art. cit.*, p. 72). Impedindo a extinção da punibilidade desses crimes pelo ressarcimento do dano, relativamente ao infrator reincidente, minorou-se o defeito, mas não foi sanado.

A dificuldade que surge para a interpretação do texto está no fato de dizer “quando o infrator for reincidente, *segundo definido na lei tributária*, e não segundo o disposto na lei penal.”

O parágrafo único deste art. 2.º contém uma disposição que será, no mínimo, dispensável: “Não será punida com as penas cominadas nos arts. 1.º e 6.º a sonegação fiscal anterior à vigência desta lei.” Realmente, não se concebe que o legislador brasileiro, senhor de tantas tradições honrosas, se permita uma afirmativa destas, que parece esquecer a existência do princípio da reserva legal, inscrito no art. 1.º do Código penal, aplicável à legislação especial ou à complementar quando não disponham de forma diversa. Assim sendo, a lei especial só deveria fazer referência ao assunto para dispor expressamente de maneira contrária ao Código penal, conforme estatui o art. 10 deste diploma legal.

Observa-se, de passagem, que ao contrário do que entendeu SÉRGIO DO REGO MACHADO, não nos parece que a Constituição do Brasil vigente haja omitido o princípio da reserva legal, pois o art. 153, § 16 repete, de forma sintética, o que vinha disposto nos parágrafos 25 e 27 do art. 141 da Constituição Federal de 1946. (Na opinião do aludido comentarista, “mais uma vez está demonstrado o desconhecimento cabal do legislador quanto aos princípios que informam o Direito Penal. Desconhece ele o art. 1.º do Código Penal, recentemente omitido em nossa última Carta Magna rompendo velha tradição.”)

O art. 3.º desta Lei n.º 4729 é, pelos mesmos motivos, despiendo: “Somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal.” Nada há a acrescentar ao que ficou dito acima. Custa crer que o legislador o tenha incluído no corpo da lei, e que até hoje ali permaneça.

O art. 4.º é também um hino ao óbvio. Nada justifica a sua presença na lei: “A multa aplicada nos termos desta Lei será computada e recolhida, integralmente, como receita pública extraordinária.” Seria o caso de indagar-se das razões que teriam levado o legislador a incluir este artigo no texto de uma lei de caráter penal. Ou, então,

que outra qualificação se poderia dar à arrecadação dessa multa, senão a de receita pública, extraordinária. Mereceu o legislador esta crítica de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: “O art. 4.º da Lei n.º 4 729 é, igualmente, um texto perfeitamente inútil e decorativo, demonstrando o despreparo cruel do legislador.” (*Art. cit.*, p. 73).

O art. 5.º introduziu substitutivos aos parágrafos 1.º e 2.º do art. 334 do Código penal, criando novas figuras de contrabando e descaminho, com a seguinte redação: “§ 1.º — Incorre na mesma pena quem: a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2.º — Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercício em residências. § 3.º — A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.”

O Código penal de 1969, em seu art. 375 encampou as alterações, *ipsis literis*, tornando-se alvo das mesmas críticas que, a seguir, endereçamos ao texto do art. 5.º e seus parágrafos, da Lei n.º 4 729.

Mantendo as formas delituosas previstas nas letras “a” e “b”, do parágrafo 1.º, do art. 334 do Código penal, a Lei n.º 4 729 criou duas novas figuras, nas letras “c” e “d”.

Sub letra “c” estão previstos comportamentos progressivos da ação de introduzir clandestinamente no País ou de importar fraudulentamente mercadoria de procedência estrangeira, ou a prática das mesmas ações com relação a tal mercadoria que saber ser produto de introdução clandestina ou de importação fraudulenta por parte de outrem.

Ora, no caso de comportamentos progressivos, somente o último fato delituoso é punível, para que não haja o *bis in idem*. No caso de saber o agente a procedência ilícita da mercadoria o inculpa como autor de receptação dolosa, não devendo ser punido a outro título. Ou, como sustenta HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a ação final é um mero exaurimento do crime de contrabando, através do proveito, *fato posterior impunível* (art. cit., p. 73).

Sub letra “d” está descrito também, perfeitamente, crime de receptação. E a parte final desta alínea descreve um fato que pode não ser criminoso, mas que se torna tal em virtude da lei. Suponha-se que a mercadoria tenha entrado legalmente no país, mas esteja eventualmente *desacompanhada de documentação legal* pelo extravio desta. Ainda assim haverá o crime, segundo a letra da lei.

Embora a Comissão Revisora do Anteprojeto NELSON HUNGRIA houvesse expungido o erro, cancelando estas alíneas “c” e “d”, o legislador de 1969 as restaurou, como se viu, encampando as notórias impropriedades da lei especial.

O art. 6.º dispôs a respeito da responsabilidade, *in verbis*: “Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.”

Acreditamos que também aqui houve a introdução de um texto dispensável. A lei não precisava dizer o que é cediço na doutrina dominante. Mas, uma vez que o disse, merece encômios o legislador pela afirmação, nos parâ-

metros do direito positivo, do princípio da responsabilidade subjetiva, tomando a posição que entendemos correta.

A verdade é que o Direito tributário também prega este princípio e, no entanto, o Código Tributário Nacional, em seu art. 136 estabeleceu o princípio da responsabilidade objetiva, como bem observou RUY BARBOSA NOGUEIRA: “Entretanto, a nosso ver, em contradição com todos esses princípios o art. 136 do Código estabeleceu que “salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável”, admitindo assim a possibilidade da arcaica concepção de infração puramente objetiva dentro da legislação tributária.” (*Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário*, José Bushatsky Ed., 3.^a ed., São Paulo, 1971, p. 165).

Portanto, e uma vez que o legislador penal entendeu de se pronunciar a respeito, melhor que o tenha feito no sentido certo, repudiando a responsabilidade objetiva.

3. Ação penal.

A matéria relativa à ação penal foi tratada no art. 7.º da Lei n. 4.729, assim redigido: “As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta Lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal, cabível. § 1.º — Se os elementos comprobatórios forem suficientes o Ministério Público oferecerá, desde logo, denúncia. § 2.º — Sendo necessários esclarecimentos, documentos ou diligências complementares, o Ministério Público os requisitará, na forma estabelecida no Código do Processo Penal.”

A cabeça deste artigo impõe às autoridades administrativas o mesmo dever a que o art. 40 do Código de Processo Penal vigente sujeita os juizes ou tribunais. (Art.

40 — “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”).

Este dever é imposto sob pena de incidir o agente na prática da contravenção prevista no art. 66, n. I, da Lei das Contravenções Penais. (Art. 66 — “Deixar de comunicar à autoridade competente: I — crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública desde que a ação penal não dependa de representação;”).

Repetindo matéria já expressamente regulamentada por normas legais, parece que o art. 7.º da lei foi redundante. Por isso HELENO C. FRAGOSO o considera “inteiramente inútil”, (*Art. cit.*, p. 75). Pensamos de modo diferente, pois o legislador teve em mira apenas enfatizar o dever que incumbe às autoridades administrativas de zelar pela repressão aos crimes tributários. Alertados pelos dispositivos da lei especial, os responsáveis não se omitirão, como antes acontecia. Embora redundante, a recomendação tem o efeito prático suficientemente enfático para justificar a falta de técnica do legislador.

Os parágrafos 1.º e 2.º deste artigo dispõem sobre formas procedimentais, autorizando a dispensa do inquérito policial, no caso de serem suficientes os elementos carreados pela autoridade administrativa, ou a requisição de esclarecimentos, documentos ou diligências complementares pelo Ministério Público, na forma estabelecida pelo Código de Processo Penal, quando necessários.

A experiência tem demonstrado que, na prática, não deve ser dispensado o inquérito policial, mesmo nos casos em que a lei processual admite tal dispensa. Neste particular concordamos com a opinião de HELENO C. FRAGOSO de que “convém que se faça sempre o inquérito policial de modo a permitir que se apure a existência do delito,

em todas as suas características fundamentais.” (*Art. cit.* p. 76).

Embora a lei imponha às autoridades administrativas o dever de dar conhecimento ao Ministério Público dos elementos comprobatórios do delito em foco, não fica o particular impedido de fazê-lo, querendo, embora a isso não esteja obrigado.

O Decreto n. 57.609, de 7 de janeiro de 1966, regulamenta e disciplina a ação das autoridades administrativas federais em casos de crimes de sonegação fiscal, reiterando a obrigação de remeterem ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração.

O Projeto de Lei n. 1.457, de 1973, encaminhado com a Mensagem n. 260/73, visando a alteração de dispositivos do Decreto-lei n. 1.004/69, que instituiu o Código Penal, no seu art. 3.º declara suprimido, entre outros, o art. 376 que trata dos delitos de fraude fiscal, dizendo a Exposição de Motivos desse Projeto de Lei que a matéria “deve continuar a ser regida em lei especial”. As correções e melhorias a que nos referimos, relativamente à redação dada pelo art. 376 do Código Penal, de 1969, ficaram sem efeito, permanecendo as criticadas imperfeições da Lei n. 729/65. Entendemos, em conclusão, que mesmo fora do Código penal de 1969, a matéria deveria receber o tratamento que lhe fora dado pela redação aprimorada do art. 376 aludido.

Da Auto-Tutela Administrativa.

J. Cretella Junior

Professor titular de Direito Administrativo
na Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

SUMÁRIO: *A ação administrativa. O instituto da auto-tutela. Definição da auto-tutela. Auto-tutela sobre atos administrativos. Auto-tutela sobre bens públicos. Auto-tutela e auto-executoriedade. Natureza jurídica da auto-tutela: princípio ou instituto? Conclusões.*

1. A Administração caracteriza-se por seu dinamismo. E pelo poder de iniciativa. Está sempre vigilante. Fiscaliza os atos dos funcionários, dos administrado. E também se fiscaliza.

Dentro da esfera discricionária, que lhe é própria, a Administração exerce policiamento constante sobre seus *atos e bens*.

Editado o *ato administrativo*, é do interesse do Estado a perfeição da medida. Perfeito, o ato administrativo tem integral eficácia. Completou o ciclo de formação, atendeu a todos os requisitos anatómicos, aperfeiçoou-se. Garantem-se seus efeitos no mundo jurídico.

Fonte responsável pelo ato editado, a Administração tem interesse na perfectibilidade da medida. Prestigiados os efeitos do *ato*, *prestigia-se* quem lhe deu origem.

O *bem público*, por outro lado, é também do maior interesse para a Administração, pois para esse cenário converge grande parte da atividade administrativa, bem como a do cidadão, em geral.

A utilização do bem público, quer por parte da Administração, quer por parte do cidadão, precisa ser garantida, invocando-se para tanto o *poder de polícia* do Estado.

Cabe à Administração, por seus próprios meios, permitir a maior liberdade de movimentos por todo aquele, funcionário ou particular, que pretende utilizar-se do bem público, desde que não se destrua ou se desnature o bem, em decorrência daquele uso. A *proteção dominial* ou *polícia do bem público* está afeta à Administração.

Desse modo, os *atos administrativos* e os *bens públicos* são alvos constantes do policiamento da Administração. Ambos devem estar perfeitos, incólumes: os primeiros, prontos para imediata atuação no mundo jurídico; os segundos, aptos a serem utilizados por todos.

A ação vigilante da Administração ou é dirigida para os atos administrativos, com o intuito de protegê-los, recuperá-los ou destruí-los, caso tenham entrado, no mundo jurídico, respectivamente, perfeitos, mais ou menos perfeitos ou irremediavelmente imperfeitos, ou é dirigida para os bens públicos, visando-lhes o policiamento.

No primeiro caso, em nome da justiça ou da moralidade administrativa, a Administração (a) garante a eficácia do ato, quando perfeito, (b) procura recuperá-lo, quando apresenta defeito removível (ratificação, reforma, ou conversão), (c) retira-o da circulação, destruindo-o, quando é ilegal (anulação de ofício), inoportuno ou inconveniente (revogação).

No segundo caso, fundamentada no poder de polícia, a Administração garante a utilização mais completa possível do bem público, permitindo que todos e cada um dele se sirvam, sem desvirtuamento, como garante também a integridade do domínio público.

2. A Administração tem, pois, poderes tutelares, poderes de *auto-tutela*, mecanismos de proteção dirigidos aos *atos administrativos* e aos *bens públicos*.

O conjunto de normas de direito público que rege a ação administrativa dirigida à vigilância dos próprios atos e dos bens públicos recebe o nome de *regime jurídico da auto-tutela*.

Assim como o tutor fiscaliza a atividade e os bens do pupilo, mas aqui há um desdobramento entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da ação tutelar, assim também a Administração, reunindo em si o papel de sujeito ativo e passivo, exerce atividades tutelares sobre si mesma, policiando seus atos e seus bens.

A *auto-tutela*, exceção no campo privatístico, é regra no direito público. Neste campo, a atividade auto-tutelar é incessante. Dela não pode a Administração prescindir. A guarda dos direitos e dos interesses legítimos é função típica e exclusiva do Estado.

Ao contrário, quando exercida pelo particular, a auto-tutela dos próprios direitos e interesses é exceção.

Falha a Administração quando, compelida a exercer a *auto-tutela*, deixa de exercê-la; ao contrário, comete crime o particular, quando, a não ser em certos casos excepcionais (legítima defesa, turbação, esbulho, estado de necessidade), pratica a justiça com as próprias mãos, auto-tutelando seus direitos e interesses legítimos, destituidamente.

Regra, quando exercida pela Administração, apresenta-se como exceção, quando exercida pelo particular.

Daí, erigir-se a *auto-tutela* como *figura* ou *princípio* típico do direito administrativo, sem símile nos outros ramos da ciência jurídica, a não ser por exceção, quando é necessário e justo *vim vi repellere*, porque *id jus natura comparatur*.

3. Falta ainda, na literatura jurídica especializada, estudo monográfico de conjunto da *auto-tutela*. Os autores, em geral, ou estudam a *auto-tutela* sobre os *atos*

administrativos ou a estudam com referência aos *bens públicos*.

A figura, entretanto, tem alcance muito mais amplo, incluindo *atos* e *bens*. E *processos*. Coube à doutrina italiana a sistematização da *auto-tutela* administrativa, ora apresentada como *instituto*, ora como *princípio*.

“O princípio da executoriedade é a premissa de um outro princípio: a *auto-tutela* da Administração pública. Nas relações entre particulares, prevalece um princípio oposto, a saber, que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos. Ao contrário, do princípio de que os atos administrativos são executórios decorre a faculdade que tem a administração pública de poder tutelar diretamente as próprias razões, sem intervenção de outra autoridade” (ALESSIO Francesco, D'. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, vol. II, pp. 216-217).

“A supremacia da Administração ocorre não apenas na fase da *imposição* do comando, como também na fase sucessiva da *realização* coativa do comando, em caso de falta de cumprimento espontâneo, isto é, na fase da atuação prática, ocorrendo, da vontade administrativa. Nesta fase, a supremacia da Administração reporta-se aos institutos da *executoriedade* do ato administrativo e da *auto-tutela* da Administração” (ALESSI Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1953, p. 178).

“Para coordenar a ação desenvolvida pelos diversos órgãos no âmbito da própria administração, titular de idêntica competência funcional, a lei estabelece sua coordenação em um sistema hierárquico, que os vincula entre si por ordens sucessivas. O conceito de hierarquia tem relevância interna e externa e implica, antes de tudo, um poder de controle sobre a atividade do órgão inferior por parte do órgão superior. O conteúdo de tal poder pode ser mais ou menos extenso e profundo. Em geral, o órgão superior pode e deve (poder-dever) anular ou revogar, por iniciativa própria (auto-tutela), os atos de órgão in-

ferior que considere ilegítimos, inoportunos ou, em geral, contrários às normas de boa administração” (Bozzi Aldo. *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 283).

Com efeito, “independentemente dos recursos por via administrativa ou por via jurisdicional por parte dos interessados, a Administração, mediante própria e autônoma determinação, pode impedir que os atos administrativos viciados se tornem eficazes, negando, por meio de controle, o visto e o registro (por motivos de legitimidade) ou a aprovação (por motivos de mérito), ou retirando o ato ou interrompendo-lhe o processo de formação. Uma vez que o ato se tenha tornado perfeito e eficaz é igualmente permitido efetuar-lhe a anulação de ofício, podendo este ser pronunciado apenas por vício de legitimidade (incompetência, excesso de poder, violação da lei), sempre por obra da própria autoridade que editou o ato ou por autoridade hierárquica superior, em casos expressamente previstos pela lei” (Bozzi Aldo. *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 332).

Em sentido amplo, abrangendo os *atos administrativos* e os *bens públicos*, podemos definir o instituto da *auto-tutela* como “a faculdade discricionária da Administração que, espontaneamente, sem título fornecido pelo Judiciário, recai sobre os atos administrativos ou sobre os bens públicos, policiando-os, com o objetivo de proteger, recuperar os primeiros e de conservar os segundos, consultando, para tanto, apenas a oportunidade e a conveniência administrativas”.

Nosso estudo é, pois, dividido em duas partes: a *auto-tutela* sobre os *atos administrativos*; a *auto-tutela* sobre os *bens públicos*.

4. O ato administrativo, espécie do ato jurídico, é toda manifestação do Estado que tem por efeito imediato a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação ou a extinção de direitos, em matéria administrativa, determinando um efeito subjetivo. Trata-se aqui do ato

administrativo especial, que se contrapõe ao ato administrativo geral.

Para que tenha eficácia e atue validamente, no mundo jurídico, o ato administrativo deve ter anatomia perfeita, estruturando-se de tal modo que preencha todos os requisitos prescritos em lei. Além de legal, o ato administrativo deve ser *oportuno* e *conveniente*, ou seja, deve atender ao requisito do *mérito*.

A Administração tem o maior interesse que seus atos sejam legais, oportunos e convenientes.

Um ato administrativo pode ter nascido sob domínio da legalidade e, no futuro, ter surgido, depois um traço de ilegalidade. Ou ter nascido conveniente e oportuno e, mais tarde, ter ocorrido a inconveniência ou a inoportunidade da medida.

A Administração exerce constante policiamento sobre o ato administrativo. Há todo o interesse do Estado em que seus atos observem os requisitos de *legalidade* e de *mérito*.

O policiamento exercido pela Administração sobre os atos administrativos é revelado, na prática, por uma série de providências espontâneas do poder público.

Editado o ato administrativo, a Administração pode verificar que sua iniciativa se ressentiu de perfeição, culminando com a providência defeituosa.

Neste caso, o ato administrativo pode ser inexistente, nulo, anulável, revogável.

Como tutor de si mesmo, o poder público, *sponte sua*, “de ofício”, sem a intervenção de outro Poder, toma a iniciativa de policiar o ato, garantindo-lhe a eficácia, quando perfeito, recuperando-o, quando recuperável, suprimindo-o quando fere texto de lei ou não atende aos interesses da Administração.

A *auto-tutela*, num primeiro sentido, pois, é o *poder de polícia* da Administração, dirigido aos atos adminis-

trativos. É a atividade tutelar discricionária do Estado e, como tal, insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Submetido ao regime jurídico da auto-tutela, o ato administrativo pode ser convalidado, processando-se a sanatória, convalescimento ou terapêutica, que vai culminar com o delineamento das três figuras seguintes: a *ratificação*, a *reforma* ou a *conversão*.

Mediante o emprego de tais providências instrumentais depurativas, possibilitadas pela *auto-tutela*, procura a Administração salvar os efeitos do ato administrativo editado, mas com alguma anomalia que o afeta, ora apontando-lhe o vício anterior para considerá-lo sanado desde a origem, suprimindo a falha cometida — *ratificação* —, ora selecionando, de um ato, a parte incólume, não afetada de ilegalidade, para prestigiá-la, conservando-a — *reforma* —, ora, enfim, reaglutinando as peças válidas de ato ilegal para, com os elementos remanescentes, estruturar novo ato, mas legal — *conversão*.

O princípio da *auto-tutela*, tão só, fundamenta a estruturação dos institutos mencionados, *ratificação*, *reforma* e *conversão*, processos de que se vale a Administração para prestigiar os próprios atos, editando novos atos, vinculados aos primeiros, mas com integral e invulnerável potencialidade, porque alicerçados em requisitos, agora íntegros e inatacáveis, garantia do bloco monolítico do edifício público.

A atuação da Administração, ao invocar a *auto-tutela*, é informada pelo princípio clássico de que “a parte útil não é viciada pela parte inútil” (*utile per inutile non vitiatur*), isto é, a parcela do ato administrativo que, por ser vital, pode dele ser afastada, sem prejuízo, nem alteração, de modo algum não o contaminará. Afastando-se o inútil, a parte útil será aproveitada. (TRENTIN Silvio. *L'atto amministrativo*, 1915, p. 316, n. 1 e RANELLETTI Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, 108).

Pela *ratificação*, o poder público competente supre requisito ausente ou sana vício de ato anterior, considerando-o perfeito desde a origem (BIELSA Rafael, *Derecho administrativo*, 5.^a ed., 1955, vol. I, 94. CAETANO Marcelo, *Manual de direito administrativo*, 6.^a ed., 1963, 280). Não se admite a *ratificação* quando a lei estabelece a competência exclusiva de uma dada autoridade, o que dá como resultado a nulidade absoluta (BIELSA Rafael. *Derecho administrativo*, 5.^a ed., 1955, vol. II, p 95).

Concretiza-se a *ratificação*, quando o desaparecimento do vício depende unicamente da manifestação da vontade da autoridade competente e esta pode agir de acordo com a lei (CAETANO Marcelo, *Manual de direito administrativo*, 6.^a ed., 1963, p. 281), sendo indiferente, na hipótese, que se trate da mesma autoridade que editou o ato ilegal ou que se trate de autoridade que o deveria ter editado desde que se esteja diante de vício de incompetência.

Procedeu dentro da mais rigorosa técnica do direito público a Câmara Comercial de Buenos Aires, quando certa vez sustentou que a *ratificação* do ato administrativo pelo órgão competente tem a virtude de saná-lo, se o único vício que o inquinava era a incapacidade do agente de quem emanou o ato (*La Ley*, tomo 36, p. 318), não obstante a posição contrária e insustentável de Manuel María Díez, que afirma “não se poder ratificar ato inválido por vício de competência” (*El acto administrativo*, 1956, p. 369, n. 15). Assim também, tratando-se de ato da competência da Câmara de Vereadores, mas praticado apenas pelo Presidente da Edilidade, a falha pode ser sanada mediante *ratificação* da Câmara que supra a irregularidade, avocando a si a edição do ato (CAETANO Marcelo. *Manual de direito administrativo*, 6.^a ed., 1963, p. 281).

Desse modo, a *ratificação* do ato visa sanar os defeitos que o tornam suscetível de anulação. O seu efeito

principal é a revalidação do ato, retroagindo à data do ato ratificado. Assim, aquele praticado por autoridade incompetente, que não tinha poderes, está sujeito à *ratificação* pela autoridade superior competente, que dará vigor ao ato ratificado, revalidando-o. Não se trata, portanto, de novo ato, mas de mera revalidação, que retroage à data do ato revalidado. Este último é que subsiste em seus efeitos (CAVALCANTI Temístocles Brandão, *Tratado de direito administrativo*, 3.^a ed., 1955, vol. I, p. 289).

Pela *reforma*, o poder público repele o elemento ilegal de um ato administrativo, conservando os outros elementos estruturais do ato, não afetados de ilegalidade. Rejeita-se a parte inútil, aproveitando-se os elementos sadios.

Vantajoso é para a Administração semelhante proceder, em razão do princípio da economia dos valores jurídicos (FRAGOLA Umberto, *Gli atti amministrativi*, 1952, p. 142), pelo qual a Administração se exime de refazer o *iter* percorrido, editando novo ato. Reformando o ato, o Estado ganha tempo e poupa a atividade das autoridades administrativas.

Assim, o ato administrativo que conceda a funcionário público federal licença-prêmio de *doze meses*, ao invés de *seis meses*, como preceitua o Estatuto da União, será *reformado*, e não anulado, corrigindo-se apenas o elemento falho do ato e conservando-se a parte perfeita.

Pela *conversão*, enfim, o poder público procura reaproveitar os elementos deficitários de um ato administrativo anterior para com eles, depois de convenientemente tratados, compor novo ato, agora perfeito e válido (BODDA Piero, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, 1953; PAPPENHEIM, *Die Konversion fehlerhafter Staatsakte*, p. 12, n.º 4; VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, p. 442; ALESSIO Francesco *D'Istituto-*

ni, 4.^a ed., 1949, vol. II, p. 248; ROMANO Santi, *Corso*, 3.^a ed., 1937, p. 276; RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed. 1945, p. 109; FRAGOLA Umberto, *Gli atti amministrativi*, 1952, pág. 142, RAVÁ Paolo, *La convalida degli atti amministrativi*, 1937, p. 122; ALESSI Renato, *Sistema istituzionale*, 1953, p. 319; STASSINOPOULOS Michel, *Traité des actes administratifs*, 1954, p. 40).

Diversamente do que ocorre na *reforma*, quando se conserva a figura jurídica do ato, na *conversão* o ato é desfigurado, porque as peças desaglutinadas e aproveitáveis servem para a nova estruturação, que assegura direitos diferentes dos que emanariam, caso a primitiva figura tivesse tido eficácia por agrupar, íntegros, seus elementos constitutivos.

O ato de nomeação, em caráter efetivo, para cargo cujo provimento exija concurso pode ser *convertido* em ato de nomeação de caráter interino, desde que o nomeado não tenha prestado concurso, verificado o preenchimento de todos os outros requisitos exigidos para a ocupação do cargo público.

Mediante o instituto da *conversão* não se transforma ato inválido em ato válido, porque, se assim fosse, teríamos, no caso do ato *inexistente* ou do ato *nulo*, a res-existe para o direito. Na realidade, o que ocorre, na *con-*assegurando-se outra base aos efeitos, aos quais o primeiro visava. Só quanto aos efeitos, pois, é que se prestigia o ato inválido (RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 112).

Há dois tipos de *conversões*: a *voluntária*, acima definida e exemplificada, que se concretiza pela vontade de um ato administrativo, e a *legal*, operada diretamente pela lei.

Ocorre a *conversão* quando, antes de tudo, há um ato administrativo inválido, *nulo* ou *anulável*, ao qual fal-

tem elementos ou que se encontrem eivados de vício os elementos constitutivos essenciais, exigidos pela autoridade que fundamentou a edição do ato.

Nas duas hipóteses, *nulidade* ou *anulabilidade*, para que ocorra a *conversão* do ato administrativo é preciso, preliminarmente, que se verifique e se declare a *invalidade*, não se declarando, porém, em caso algum, a *nulivel*, porque tais medidas radicais e extremas eliminariam do campo do direito e ato administrativo anterior, impossibilitando-se a terapêutica pela falta do próprio ato a ser tratado.

Em segundo lugar, cumpre indagar se no ato inválido se encontram todos os elementos, substanciais e formais, exigidos por uma outra norma para a existência e validade de outro ato, que possa substituir o primeiro, para que se conserve eficaz o efeito jurídico que o primeiro pretendia alcançar. Para isso, é preciso que a competência para editar o segundo ato seja do mesmo órgão que produziu o primeiro, porque aquela autoridade, e não outra, quer agir nesse sentido (RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 109-110).

Cumpre analisar, de modo profundo, a volição administrativa, para que ocorra a *conversão*, ou seja, que o segundo ato seria exatamente a decisão tomada, caso a autoridade tivesse tido conhecimento da invalidade presente no primitivo ato. Se não há vontade, vontade manifestada, não pode existir ato administrativo, como, aliás, não pode haver nenhum ato jurídico. Se o ato administrativo não esteve nas cogitações do órgão administrativo, deve ser rejeitado, mas é possível e também necessário, *a contrario sensu*, que a *conversão* se opere por intermédio do mesmo órgão que pretendeu a edição do primeiro ato (RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 110).

Tal presunção da vontade do órgão administrativo pode admitir-se apenas quando o efeito jurídico prático do segundo ato seja o mesmo para o qual tendia o primeiro. Na realidade, apenas quando o efeito do segundo ato seja o mesmo do primeiro, é possível referir presuntivamente o segundo ato à vontade do ato que editou o primeiro, presumindo-se que teria sido adotado para atingir tal efeito, se tivesse tido ciência da invalidade do primeiro.

Cumpra que se reúnem, no primeiro ato, todos os requisitos de forma e de fundo — declaração da vontade nas formas prescritas, causa e motivo —, exigidos pela norma que o fundamenta para a constituição válida do segundo ato (RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 110).

Sendo o *contrato administrativo*, no fundo, uma espécie de ato, a *auto-tutela* administrativa é endereçada também aos acordos bilaterais da Administração. Desse modo, outorgando o poder público ao particular, para utilização, parte do bem público, mediante a figura da *locação de direito civil*, pode esse acordo transmutar-se em *concessão de uso de bem público* ou *permissão de uso de bem público*, pela intervenção do mecanismo tutelar, consubstanciado no instituto da *conversão* (SAYAGUÉS LASO Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, 1953, vol. I, p. 512, n.º 2).

Aquisição, pelo Estado, de terreno, mediante desapropriação irregular, pode ser transformada em aquisição a título privado de compra e venda, por acordo, invocando-se, na hipótese, o instituto da *conversão*, em decorrência da *auto-tutela* da Administração (VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. II, p. 442).

A supremacia da Administração, diante dos próprios atos, fica, pois, bem caracterizada, quando se observam os institutos da *executoriedade* e da *auto-tutela*, salientando-se pelos traços (a) da coercibilidade do comando admi-

nistrativo, (b) da potestade administrativa de agir *por si só*, isto é, sem precisar recorrer a órgãos do poder jurisdicional, pela imposição coativa da vontade administrativa, (c) pela inadmissibilidade de obstáculos, jurídicos ou materiais, que possam ser interpostos por parte do administrado ou por outras autoridades, à atuação coativa do comando administrativo (ALESSI Renato, *Sistema istituzionale*, 1953, p. 178).

Em suma, toda a *teoria da convalidação do ato administrativo* é fundamentada no *princípio da auto-tutela*, que permite à Administração a interferência direta na estrutura do ato já editado.

Outras vezes, porém, a *auto-tutela* culmina com a destruição do ato administrativo, suprimindo-o pela *anulação* ou pela *revogação*. A *anulação* e a *revogação* são espécies do gênero *desfazimento*. Pela *anulação* e pela *revogação* o Estado suprime do mundo jurídico o ato administrativo atuante. Desfaz-se o ato que entrou mal no mundo jurídico, ou por contrariar o texto legal (*anulação*) ou por ser *inoportuno*, *inconveniente* ou, ao mesmo tempo, *inoportuno e inconveniente* (nosso *Do ato administrativo*, 1972, p. 151).

Anular é *suprimir* ou *desfazer* o ato ilegal. A *ilegalidade* é o pressuposto necessário da *anulação*. A *anulação* é a providência para que se retire do mundo jurídico o ato administrativo eivado de ilegalidade.

A *ilegalidade* pode ser descoberta espontaneamente pela Administração ou pode ser denunciada pelo interessado, mediante recurso administrativo, interposto no próprio âmbito do Poder Executivo.

Anulação espontânea ou *de ofício* é a que decorre de iniciativa da própria Administração que, descobrindo *motu proprio*, a ilegalidade do ato administrativo editado, procura suprimi-lo do mundo jurídico. *Anulação provocada* é a que decorre de iniciativa de terceiro, funcionário ou não, prejudicado com os efeitos do ato.

“A expressão *de officio* indica que a Administração, pela qual o ato de remoção é editado, embora seja impedida por outras razões, e mesmo na hipótese em que proceda em seguida a denúncia dos vícios por parte dos interessados, não tem, todavia, nenhuma obrigação referente a um direito de um outro sujeito. Esta a diferença essencial entre a *anulação*, decorrente de recurso jurisdicional ou de recurso administrativo e a *anulação de officio*” (CODACCI-PISANELLI GIUSEPPE, *L'annullamento degli atti amministrativi*, 1939, p. 147). “A singularidade mais notável, não claramente expressa pela denominação sintética *de officio*, cujo objetivo, entretanto, é evidenciá-lo, é a possibilidade que tal espécie de anulação seja pronunciada pela própria autoridade que tenha editado o ato inválido. Um ato administrativo, portanto, pode ser declarado nulo não só por órgão do mesmo sujeito, diverso daquele que o editou — donde a identidade entre sujeito editor agente e sujeito que anula, constituindo já uma anomalia relativa que ocorre em qualquer outro ato jurídico, anomalia não eliminada, aliás, pela diversidade dos órgãos —, como também pode ser declarado nulo pela própria que editou o ato anulado” (CODACCI-PISANELLI Giuseppe, *L'annullamento degli atti amministrativi*, 1939, p. 148).

Em ambos os casos, a *auto-tutela* tem plena aplicação, ou seja, quer no caso da *anulação de officio* quer no caso da *anulação provocada*. Tudo depende, porém, do interesse ou não do Estado em usar o mecanismo auto-tutelar, que é uma *facultas* da esfera da discricionariedade.

A *anulação de officio* tem efeito retroativo, isto é, elimina a eficácia do ato desde o início, *ex tunc*, e não encontra obstáculo em direitos questionados ou situações consolidadas, pois de ato ilegítimo não poderiam ter surgido direitos inamovíveis: *quod nullum est nullum producit effectum*.

No entanto, para a *anulação de officio* de um ato não basta a verificação de sua ilegitimidade, mas deverá ocor-

rer interesse público específico, claramente exemplificado no decreto de anulação, que justifique a adoção da medida, ou seja, a exigência de mudar a situação atual. Evidentemente, tal interesse público deve ser tanto mais sério e profundo quando mais tempo tenha transcorrido a partir da emanção do ato viciado e tantas outras situações jurídicas se tenham aperfeiçoado com base nele. O limite que o Estado põe à *anulação de ofício* reside no fato de que esta não é um dever da Administração, mas sim que está situado no exercício do poder discricionário, que leva em conta a valoração de um interesse público específico (Bozzi Aldo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, pp. 332-333).

Revogar, por outro lado, é suprimir ou desfazer o ato inoportuno ou inconveniente. A inconveniência e a inoprotunidade constituem pressupostos necessários da *revogação*. A *revogação* é a providência para que se retire do mundo jurídico o ato administrativo com defeito no *mérito*, entendendo-se, por *mérito*, na técnica do direito administrativo, os aspectos contidos no binômio *conveniência-oportunidade* (nosso *O mérito do ato administrativo*, em RDA 79 e RF 209; ver ainda nosso: *Do ato administrativo*, 1972, pp. 35 a 56).

Revogação do ato administrativo é a manifestação unilateral da vontade da Administração que tem por finalidade desfazer total ou parcialmente os efeitos de ato administrativo anterior, editado pelo mesmo agente ou por seu inferior hierárquico, quando ocorrem motivos de oportunidade ou de conveniência. Havendo desfazimento total, temos a *revogação* propriamente dita; havendo desfazimento parcial, temos a *reforma* (ver: nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, vol. II, pp. 307-308).

A *revogação* nada mais é do que um verdadeiro ato administrativo desconstitutivo ou destrutivo que, atuando sobre outro ato administrativo anterior, faz cessar-lhe os efeitos.

Os motivos de *mérito* — *oportunidade* e *conveniência* —, fundamento do instituto revocatório, podem ocorrer ou no próprio instante da edição do ato (vícios de origem), ou podem ser supervenientes, quando as circunstâncias são outras. Há, portanto, *revogação* por vícios originários de mérito e *revogação* por vícios decorrentes de circunstâncias posteriores à edição do ato. A *revogação* por motivos originários opera retroativamente *ex tunc*, a *revogação* por motivos supervenientes tem efeito *ex nunc*.

Ao passo que a *auto-tutela*, no caso da *anulação*, tem área de ação muito ampla, no caso da *revogação*, a *auto-tutela* encontra inúmeros *limites*. Não são revogáveis, por exemplo, atos administrativos que impliquem valorização de mérito — certificados, atestados —, os que tenham feito surgir direitos subjetivos perfeitos — outorga de honrarias, de subsídios —, como também os que, uma vez editados, exaurem a sua função e o poder da autoridade editora — decisões em recursos administrativos, autorizações seguidas do ato autorizatório, pareceres (Bozzi Aldo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 333).

Em todo caso, a *auto-tutela*, endereçada ao ato administrativo, é sempre uma “potestas” da Administração, com o sentido intervencionista e discricionário, de alterar o ato, aproveitando-o (*reforma, ratificação, conversão*) ou suprimindo-o (*anulação, revogação*).

5. Além de incidir sobre os *atos administrativos*, a ação do Estado é dirigida de maneira constante aos *bens públicos*, ou seja, coisas materiais ou imateriais, que pertencem às pessoas jurídicas públicas, objetivam fins públicos e estão sujeitas a regime jurídico especial, exorbitante e derogatório do direito comum (ver: nosso *Dos bens públicos no direito brasileiro*, 1969, p. 18).

Ao privilégio excepcional que a Administração tem, de agir de modo direto, por si mesma, sem necessidade de recorrer à via judicial, mediante suas próprias resoluções

executórias se dá também o nome de *auto-tutela*. É a *auto-tutela* dominial.

Pelo instituto da *auto-tutela* a Administração, dispensando a existência de texto de lei autorizativo, ou de título hábil emitido pelo juiz, age diretamente, valendo-se dos meios comuns de defesa da propriedade, em geral, para a proteção da coisa pública, em especial.

Como se observa, tal faculdade, concedida à Administração, constitui especialíssimo *privilégio* ou *prerrogativa*, verdadeira exceção na ordem jurídica, o que advém da posição *sui generis* de desnivelamento que o Estado ocupa em relação ao particular.

Para que a *auto-tutela* dominial ocorra é preciso, antes de tudo, que seja incontrastável a natureza jurídica pública do bem tutelado, afastados, pois, quaisquer direitos de quem dê origem à atividade administrativa protetora. Em segundo lugar, é preciso que os bens tutelados sejam *bens públicos* de qualquer das três espécies (contra: MARIENHOFF Miguel S., *Tratado del dominio público*, 1960, pp. 274-275), que sustenta a impossibilidade da *auto-tutela* sobre bens do domínio privado do Estado, o que não se aplica ao direito brasileiro, em que o Estado *auto-tutela* os *terrenos de marinha*, as *terras devolutas*, etc..

Mediante a *auto-tutela* o Estado protege não só a *coisa*, em sua constituição física, impedindo-lhe a degradação, como também protege a coisa do mau uso ou desvirtuamento do uso por parte de terceiros que possam deteriorá-la. Vai além; procura reaver o bem público daquele que o detém ilicitamente. A proteção não se restringe aos imóveis, estendendo-se aos móveis, considerados pela melhor doutrina como integrando o domínio público. Realmente, “o domínio público é considerado como compreendendo todas as propriedades administrativas, móveis e imóveis, que são afetados diretamente a um serviço público determinado para serem utilizados e consumidos por ele

a fim de assegurar-lhe o funcionamento” (BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 433).

A peculiaridade do regime da *auto-tutela* dominial consiste no fato de que, enquanto os sujeitos privados tutelam a propriedade privada apenas por meio da ação judiciária, o Estado, ao contrário, tutela a propriedade dominial de maneira direta, mediante a atividade administrativa, pela *polícia dos bens dominiais* (ALESSI Renato, *Sistema istituzionale*, 1953, p. 405; TESAURO Alfonso, *Istituzioni*, 1951, vol. II, p. 448; BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 440).

Além da *auto-tutela*, meio normal de que dispõe a Administração para o policiamento dos bens públicos, há ainda outros meios tutelares, consistentes em ações determinadas, do direito comum, que o Estado pode propor para a proteção dominial. São as *ações possessórias*. A tutela jurídica da propriedade pública é obtida pelas normais ações petições e possessórias, postas à disposição da Administração, como proprietária e possuidora. Em segundo lugar, pelos atos declaratórios da dominialidade, como elencos, cadastros, inventários, delimitações. “A propriedade dominial é defendida diretamente por meio de medidas de polícia e, indiretamente, por atos declaratórios da dominialidade” (ROMANO Santi, *Corso di diritto amministrativo*, 1937, p. 191).

É claro que, regra geral, “a Administração não necessita recorrer às ações possessórias, porque pode recuperar a posse perdida dentro do ano de sua perda, por si mesma, administrativamente” (ÁLVAREZ-GENDIN Sabino, *Tratado General de derecho administrativo*, 1958, vol. I, p. 461 e BOZZI Aldo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 366).

Fica, pois, bem claro, o objetivo da *auto-tutela* dominial, ação administrativa do Estado dirigida à proteção da integridade material dos bens públicos, pela repressão, inclusive *manu militari*, a qualquer tipo de ocupação arbi-

trária ou modificação das coisas dominiais, ou qualquer atividade do administrado que seja danosa à integridade das coisas públicas, infringindo as normas que resguardam o domínio público (ALESSI Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*, 1953, p. 406).

Dirigem-se as atividades policiais, decorrentes da “potestas” auto-tutelar administrativa, a todo tipo de ação danosa do particular relativa à coisa pública, visando a ação do Estado a cessação da atividade danosa do administrado, bem como a volta do bem a seu estado anterior, a expensas do particular, despesas cobradas na forma e com os privilégios peculiares aos impostos. Enfim, ao eventual procedimento penal, por denúncia, de iniciativa dos agentes da polícia dominial (ROMANO Santi, *Corso di diritto amministrativo*, 1937, p. 191 e ALESSI Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*, 1953, p. 406).

Além da *proteção da coisa pública*, em si, impedindo-se que se danifique por atividades de terceiros, tutela-se também o domínio público por processos indiretos, criando-se condições para que possa ser utilizado pelos utentes, por qualquer pessoa do povo ou pela própria Administração. É a *proteção do uso*, proteção da utilização, conjunto de meios assecuratórios à fruição integral da coisa pública, tudo decorrente da prerrogativa auto-tutelar do Estado.

Justifica-se do modo mais amplo possível a *auto-tutela administrativa* no setor dominial.

Com efeito, o direito de uso de todos tem *limites*. Excedê-los significa apoderar-se da coisa pública. Ou perturbar-lhe o aproveitamento. O aspecto do poder público que se destina a repelir atentados desta natureza é conhecido pelo nome de *polícia da coisa pública* (MAYER Otto, *Derecho administrativo alemán*, 1951, vol. III, pp. 203, 204 e 205).

A *auto-tutela dominial* converge para o *uso comum dos bens públicos*, não no sentido de restringi-lo, em si e por si, mas sempre para, fazendo uma ressalva, permitir

a melhor utilização dos bens por parte do público. Sempre que o uso se suspenda por motivos estranhos ao interesse público ou por ação dos particulares, a autoridade administrativa deve intervir para fazer cessar a suspensão, óbice ou dificuldade (BIELSA Rafael, *Derecho administrativo*, 5.^a ed., 1956, vol. III, p. 204).

Ao passo que o particular pode proteger seus bens, ou omitir-se a respeito, sem que daí advenham maiores consequências, a não ser para si e para os seus, em decorrência direta ou indireta daquela inércia, as pessoas jurídicas públicas têm o poder-dever de conservar a propriedade pública, resguardando-a, auto-tutelando-a.

Se o dever do Estado é zelar por todos, o mau uso ou abuso do domínio público por parte de um vai prejudicar a utilização por parte de todos e a omissão do poder público, no tocante à tutela da dominialidade, colide com o princípio do interesse coletivo, com o direito que todos têm à utilização do domínio público.

O *direito privado* caracteriza-se pela *vontade*, o *direito público* é fundamentado no princípio da *finalidade*. O particular é proprietário, ou *dominus*; o Estado é *administrador* ou *fiscal* do bem público.

Ora, a *auto-tutela* dominial permitirá que a coisa pública, servindo a todos, preencha a finalidade que tem em mira. Sua proteção é a proteção do *fim* para o qual se dirige o *bem*. A omissão da entidade pública no exercício obrigatório da *auto-tutela* dominial terá consequências imprevisíveis.

Não estando a propriedade privada sujeita ao mesmo regime jurídico da propriedade pública, é bem de ver-se porque aquela fica na dependência da manifestação volitiva do *dominus*, ao passo que esta se subordina ao *dever* da Administração, a *imperativo* a que esta não se pode furtar.

A *utilização dos bens públicos* por parte dos administrados e da própria Administração revela o fundamento da *auto-tutela* dominial.

A propriedade pública serve a todos — *bens de uso comum* — ou à própria Administração — *bens de uso especial* — ou tem caráter serviente, instrumental — *bens dominiais* ou *do patrimônio privado do Estado* ou, ainda, por fim, é utilizada privativamente por uma parcela dos cidadãos.

“Não há propriedade pública que não tenha por objeto a coisa pública. Por isso, a *proteção da coisa pública* faz parte essencial de seu direito próprio, sem o qual não se compreende esse direito” (MAYER Otto, *Derecho administrativo alemán*, vol. III, p. 150).

Na realidade, a *polícia* não trata, a rigor, da conservação *das coisas*, mas concretiza-se em regras a serem observadas *pelas pessoas* a fim de prevenir-se a danificação dos bens públicos” (CAETANO Marcelo, *Manual de direito administrativo*, 7.^a ed., 1965, p. 679).

Por outro lado, é preciso observar-se que a propriedade privada se desenvolve “mediante um complexo de atos de administração e de gozo, baseados no princípio da igualdade e da paridade entre os sujeitos. A propriedade pública, ao contrário, dá lugar, no seu exercício, a verdadeira e própria atividade de administração pública, fundada em poderes de supremacia que competem ao Estado, relativamente a outros sujeitos. Note-se ainda que a defesa contra eventuais danos ou usurpações, que de terceiros podem provir aos bens, é diferente nos dois campos. Na propriedade privada, tal defesa não pode atuar senão com a ação judiciária, que é o meio normal da tutela dos bens privados, ao passo que, na propriedade pública, além de tais meios, a defesa pode realizar-se através de atos de soberania do mesmo ente proprietário, atos que, no conjunto, constituem a *polícia dos bens dominiais*” (ZANOBINI Guido, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol. I, p. 135).

Por isso é aceito de modo pacífico, na doutrina universal, que “o regime jurídico dos bens do domínio público não é o mesmo que o dos bens do domínio privado,

caracterizando-se aquele por uma proteção especial desses bens, contra as usurpações dos particulares por prescrição, ocupação ou depredação” (BUTTGENBACH André, *Manuel de droit administratif*, 1954, pág. 271).

A *tutela dos bens dominiais* é assegurada por órgãos competentes da Administração, quer procedendo diretamente por *via administrativa*, nos casos, modos e limites estabelecidos pela lei, quer valendo-se dos meios judiciais normais de defesa dos direitos reais (TESAURO Alfonso, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, *Diritto amministrativo*, 1961, p. 448).

Endereçada ao domínio público, a *auto-tutela* é, como no caso da fiscalização do ato administrativo, uma “potestas” da Administração (gênero próximo), mas não potestade discricionária, e sim vinculada, poder-dever do Estado, que, inexoravelmente, interferirá na propriedade dominial, protegendo-a (*diferença específica*), porque o mau uso da coisa pública traz prejuízos à ordem pública.

6 Há diferença entre a *auto-tutela* e a *auto-executoriedade*? Ou configurariam *institutos* (ou *princípios*) diversos?

Quer encaradas como *institutos*, quer como *princípios*, as figuras da *auto-tutela* e da *auto-executoriedade* tipificam situações diferentes. A *auto-tutela* é atributo ou prerrogativa da *Administração*. Sua natureza é de *potestade*, ora *discricionária* (relativa aos *atos administrativos*), ora *vinculada* (relativa aos *bens públicos*). A *auto-executoriedade* é “atributo” do *ato administrativo*. É a “qualidade” ou “traço” que apresenta o ato administrativo de concretizar-se coativamente, dispensado qualquer título fornecido, de antemão, pela autoridade judiciária. É a possibilidade de auto-execução do ato administrativo *sem título prévio fornecido pelo Judiciário*.

A *auto-tutela* emana da *Administração*, a *auto-executoriedade* emerge do *ato administrativo*. A *auto-tutela*

pode, inclusive, recair sobre a *auto-executoriedade* do ato administrativo, ou seja, depois de editado o ato, o mecanismo auto-tutelar pode movimentar-se para observar em que medida a providência tomada está sendo eficaz, atuando no mundo jurídico. A *auto-tutela* abrange *atos e bens*, a *auto-executoriedade* diz respeito apenas a *atos administrativos*. A *auto-tutela* reporta-se à *perfeição* do ato editado, a sua *anatomia*, bem como à *fisiologia* da medida; a *auto-executoriedade* converge para a *atuação*, para a *eficácia*, para a *execução*, para a *entrada em ação* do ato administrativo.

A *auto-tutela* é o *poder de polícia* da Administração sobre os próprios atos e sobre o cenário jurídico, formado pelos bens públicos; a *auto-executoriedade* é a propriedade, peculiar ao ato, de entrar em ação, assim que editado.

Além de recair sobre *atos administrativos* e sobre *bens públicos*, a *auto-tutela* pode ainda recair sobre os *processos administrativos* e sobre a *licitação pública*. Tanto o *processo* como a *licitação*, realizados no âmbito da Administração e dirigidos por agentes públicos, ou por delegados do poder público, em algumas de suas fases, devem ser imunes a irregularidades.

Os aspectos formais do *processo administrativo* e da *licitação pública* devem estar de acordo com a lei geral e com as leis especiais que os regem, cabendo, pois, ao Estado, mediante a *auto-tutela* verificar se foram cumpridos tais aspectos. Em caso contrário, ainda em consequência da verificação auto-tutelar, o *processo administrativo* e a *licitação* serão anulados internamente.

7. Indaga-se, nesta altura, a respeito da natureza jurídica da auto-tutela para saber se se trata de *princípio setorial* do direito administrativo ou se se trata de *instituto peculiar* a este ramo do direito.

Na realidade, a *auto-tutela administrativa* tanto pode ser considerada como proposição básica, fundamental, que informa extraordinário setor do direito administrativo, como também pode ser considerada instituto típico do direito público.

Se *princípio* é toda proposição que se põe, como pressuposto, na base de um sistema, informando-o legitimando-o; se princípio é ponto de referência necessário de uma série de proposições, corolários da primeira, premissa inicial do sistema construído, a *auto-tutela* pode ser apresentada sob a forma de sentença mandamental, enunciando-se, de modo sintético, assim: “A Administração fiscalizará continuamente os atos administrativos e os bens públicos, interferindo nos primeiros, quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes, zelando pela integridade dos segundos, quando ameaçados em sua utilização” (ver: nosso *Tratado de direito administrativo*, vol. X, 1972 — *Filosofia do direito administrativo* — parágrafo 35 e o artigo *Prerrogativas e sujeições da Administração Pública*, em RDA 103/27).

Se, por outro lado, *instituto jurídico* é “o feixe de normas jurídicas que incide nas relações de homem para homem, integrando-as na ordem jurídica”, ou se é “o conjunto de regras de direito que reciprocamente se interpenetram, a ponto de constituírem um todo orgânico, no qual se compreende uma série indefinida de relações de fato, logo transformadas em relações de direito”, a *auto-tutela* pode ser entendida como *instituto jurídico administrativo* típico, porque emerge de maneira direta da relação de administração.

Quer como *princípio*, quer como *instituto*, a *figura iuris* da *auto-tutela* é peculiar ao direito administrativo, sendo disciplinada por uma série de normas exorbitantes e derogatórias do direito comum, que lhe dão posição inquestionável na ala do direito público.

8. A presença da auto-tutela faz sentir-se a todo instante, na prática do direito administrativo brasileiro.

A cada passo, a Administração policia os próprios atos e fatos administrativos, fiscalizando-lhes de maneira contínua e rigorosa a *legalidade* e o *mérito*, para decidir pelo *desfazimento* ou pela *sanatória* da iniciativa anterior.

Processos administrativos, em todas as fases, concursos públicos, licitações, do mesmo modo, sofrem o impacto sensível do procedimento auto-tutelar e, como consequência, de modo contínuo, são expurgado de vícios que os inquinam, ou são anulados.

Assim também, a *dominialidade pública*, nos três aspectos distintos em que se desdobra — bens de uso comum, bens de uso especial, bens do patrimônio privado do Estado —, fica à mercê da auto-tutela que, fundamentada no *poder de policia*, se dirige, *a priori* e *a posteriori*, no sentido da preservação da *coisa pública*, impedindo a turbação, o esbulho, a má utilização, a deterioração e o desvirtuamento do uso, por quem quer que seja.

Em suma, a *auto-tutela* é vigilância, fiscalização, policiamento, condição precípua da própria vida administrativa.

Sem a *auto-tutela*, a Administração perderia a extrema flexibilidade de que é dotada, sua própria razão de êxito. Com a *auto-tutela*, a Administração age no momento exato, destitucionalmente, sem recorrer a providências oriundas do Poder Judiciário.

Interferindo em resolução anterior, consubstanciada no ato administrativo editado, a Administração, *sponte sua*, pode fazer cessar os efeitos danosos da medida tomada, reformulando ou desfazendo a manifestação da vontade da pessoa jurídica pública.

Intervindo nos bens públicos, ainda mediante a *auto-tutela*, a Administração consegue o máximo de utilização da coisa pública, por parte de *quisque de populo* e do

funcionalismo, ao mesmo tempo que protege o cenário sob sua responsabilidade, impedindo *depredações* e *desvios*, que minimizariam o uso e gozo daqueles bens.

A *auto-tutela* não se circunscreve ao âmbito do Poder Executivo, já que se reporta aos atos administrativos editados pelos outros dois Poderes, ou seja, aos *atos administrativos materiais*.

Onde quer que haja Administração surgem os poderes auto-tutelares.

Reafirmando o que dissemos em outro trabalho, “fica, desse modo, bem caracterizado o instituto da *auto-tutela* ou *tutela administrativa* dos bens públicos, cujo fundamento é o princípio setorial das *prerrogativas públicas*.”

Sem tal alicerce, a *auto-tutela* não subsistiria, visto erigir-se numa exceção, no cenário da polícia da propriedade, ou seja, numa iniciativa da Administração, desprotegida do respectivo título, expedido pelo Judiciário.

A Administração tem o direito e o dever de impedir que as *coisas públicas* pereçam, usando os próprios meios para a proteção policial do domínio público.

Corolário do princípio setorial das *prerrogativas públicas*, pois, a *prerrogativa auto-tutelar* é a faculdade que tem a Administração de impedir a destruição e o uso da coisa pública, bem como a de reaver, com os próprios meios policiais de que dispõe, os bens do domínio público que tenham passado, ilegalmente, para as mãos do particular” (nosso *Prerrogativas e sujeições da Administração Pública*, em RDA 103/27).

Relativamente aos atos administrativos é a faculdade que tem a Administração de rever os próprios atos editados, retirando-lhes a eficácia no mundo jurídico, mediante a anulação ou a revogação.

Reflexões Sobre Direito e Fato na Ordem Jurídica Internacional.

(Contribuição à Teoria da Efetividade)

Tarcísio Burity

Diretor da Faculdade de Direito
da Universidade Federal da Paraíba.

Ao nosso ver, é possível ao *cientista* do Direito encontrar o fundamento desta ciência, dentro da própria ordem jurídica positiva, e não fora de suas fronteiras epistemológicas, como sucedeu com as doutrinas do Direito Natural, do Sociologismo Jurídico e do Normativismo lógico-formal de HANS KELSEN.

O ponto de partida deverá ser a análise mesma da norma jurídica, sobretudo das condições de sua realização enquanto princípio normativo da conduta humana, o que significa enfocar um dos árduos problemas da teoria geral do Direito, a saber: a relação entre *validade* e *efetividade*.

Faz necessário também ressaltar, desde agora, que o conceito de efetividade, embora se apresente, para alguns autores, como um verdadeiro princípio a reger todo o campo do Direito Internacional, ainda não se libertou de certas conotações, dificultando, por isso, a apreensão clara de suas variadas funções na ordem jurídica externa. Em conseqüência, vale estabelecer as bases do referido princípio, dando-se, especialmente maior exatidão a seu conteúdo.

Concebendo a efetividade enquanto fato que é apenas “*factum*”, como algo emergindo do mundo do ser (Sein),

susceptível, por isso, de uma “constatação”, eminentes juristas, ao estudarem a relação entre *validade* e *efetividade*, crêem não poder fundamentar a validade última da ordem jurídica positiva em sua própria efetividade. Logicamente, seria impossível deduzir uma norma, que exprime um “dever-ser” (Sollen), partindo-se exclusivamente do puro “factum”, isto é, da esfera do “ser” (Sein). Conforme diretiz filosófica bastante conhecida, reafirmam esses autores o paralelismo irredutível entre as ordens do “ser” e do “dever-ser”. Nesse sentido, é o pensamento de HANS KELSEN, ao asseverar que a efetividade de uma ordem jurídica é a condição necessária para a validade de cada norma individual desta mesma ordem, relevando-se, entretanto, que é uma “*conditio sine qua non*” e de nenhuma maneira uma “*conditio per quam*”. É simplesmente condição e não a razão da validade das normas constituintes da mencionada ordem jurídica positiva.¹

Na mesma linha, encontra-se a opinião do erainente professor CHARLES DE VISSCHER que, embora não sendo kelseniano, afirma, por exemplo, em trabalho recente, ser íum “factum” a observância geral das normas jurídicas por aquêles a quem se destinam; e um fato apenas se constata, não se podendo encontrar nele mesmo o fundamento jurídico daquela observância. Sem querer, como ele próprio diz, abordar o assunto em toda sua plenitude, prefere secundar o prof. TRIEPEL, ao assegurar que o fundamento da validade do direito está situado fora (sic) do campo especificamente jurídico.²

1. H. KELSEN: *Théorie Pure du Droit* (tradução francesa da 2.^a edição da *Reine Rechtslehre*, por CH. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, p. 15 e “*Princípios de Derecho Internacional Publico*” (tradução espanhola de “*Principles of International Law*”, por HUGO e ERNESTO C. HERMIDA), Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 354.

2. CHARLES DE VISSCHER: “*Les effectivités du Droit International Public*”, Paris, Pedone, 1967, p. 10.

Entretanto, estamos convencido de que é possível fazer-se nova colocação da matéria, tendo-se em vista sobretudo as fecundas contribuições da corrente culturalista.

A chave da questão encontra-se, ao nosso ver, no estudo da natureza dos chamados objetos culturais, os quais se manifestam como objetos derivados e complexos, sínteses de “ser” e “dever-ser”. Devendo-se compreender por tais objetos não só as coisas criadas pelo homem, mas também a sua própria ação criadora enquanto especificamente humana.

Como veremos a seguir, o estudo da relação entre validade e efetividade nos conduz ao centro mesmo do problema que consiste na passagem daquilo que é meta-jurídico (ou antejurídico) àquilo que é especificamente jurídico. Equacioná-lo claramente equivale a traçar com rigor as fronteiras epistemológicas do Direito enquanto ciência positiva.

Com efeito, uma análise em profundidade do assunto nos revela que a idéia de efetividade, no sentido estritamente jurídico (e a efetividade só possui relevância para a ciência jurídica, nesse sentido exclusivo), não constitui fato que é somente “factum”, situado no mundo do “ser”, mas compõe, “ab initio”, um “factum juridicum”, algo já de “construído, de “qualificado”, possuidor de “estrutura categorial”, fato-no-sentido-da-norma, vale dizer, um “Sosein”.

Partindo-se desta idéia, chega-se à conclusão de que as ordens do “ser” e do “dever-ser” guardam entre si relação essencialmente dinâmica (dialética). Uma norma poderá nascer, assim, de um fato, não através de processo de causalidade, mas como diz a corrente culturalista, mediante processo valorativo. Fica definitivamente afastada, por isso, a hipótese de contradição lógica, ao assegurar-se que o fundamento último da validade de uma norma se encontra em sua própria efetividade. A força obrigatória, que possui, se origina, pois, de sua efetividade e na medida desta efetividade.

O nosso pensamento, no que diz respeito à fundamentação da ordem jurídica positiva, coloca-se em ponto de equilíbrio entre as duas concepções extremas de que fala MIGUEL REALE, a do direito-norma (racionalidade abstrata, expressão de atividade lógica, técnico-formal, desencarnada) e a do direito-conduta (esforço de captação de plenitude do “jus vivens”), porquanto toda uma gama de posições doutrinárias desenvolve-se nesse domínio conforme uma maior ou menor polarização do elemento validade ou do fator efetividade.

As considerações feitas acima levam-nos, finalmente, a concluir, secundando eminentes autores, que, na ordem jurídica internacional, ordem de certa maneira ainda primitiva, descentralizada, tecnicamente imperfeita, a regra “ex injuria jus non oritur” encontra, as mais das vezes, os limites de sua atuação na regra oposta “ex factis jus oritur”.

As considerações de existência da norma jurídica.

Acreditamos que a maneira mais segura para determinar o ser específico do Direito consiste em observá-lo tal como ele se nos apresenta intuitivamente, sem a utilização de nenhum processo técnico especial. Ou, no dizer de HUSSEL, lançando como que um “regard naïf” sobre o que ele possui de *geral*, e colocando “entre parênteses” tudo o que aparecer de *particular, accidental, provisório*, para não senão o que existe de *essencial*.

Ora, nessa tentativa de evitar os preconceitos de falsa construção intelectual, verificamos formar o Direito, antes de tudo, um *sistema de normas*, cujo conteúdo é sempre um “dever-ser”, as quais ordenam a conduta dos homens na sociedade. Entre as várias ações possíveis aos indivíduos que compõem determinado Estado, o Direito, mediante processo, valorativo que obedece às necessidades de convivência social, indica as que são obrigatórias à comunidade em questão.

Mais: esse “dever-se”, expresso pela norma jurídica, possui conotações essenciais, distinguindo, por isso, o Direito de outros sistemas normativos: *a sua natureza imperativo-atributiva, tendo por corolário a possibilidade de coação organizada pela própria ordem jurídica da sociedade em questão, na hipótese de ser infringida*. Em outros termos, significa que a norma jurídica implica sempre duas ou mais pessoas, dando a cada uma delas o poder de exigir da outra certo comportamento.

Pelo exposto, observamos que o Direito, ordem normativa por excelência, não constitui algo de pura abstração, que possa existir além das categorias de tempo e de espaço. Muito ao contrário, existe enquanto encarnado numa sociedade determinada. Fruto da criação humana, seu conteúdo é pleno de historicidade.

Entretanto, êsse mundo real e objetivo, onde a norma jurídica se efetua, é de natureza diferente do mundo do “dever-se”: neste, imperam nexos de finalidade; naquê (o mundo do “ser”), nexos de causalidade. São esferas que se complementam, através de nossa mente, no seu esforço de captação da realidade em tôda plenitude de suas significações. No caso particular do fenômeno jurídico, torna-se, desta maneira, totalmente impossível romper os laços essenciais e indestrutíveis que ligam a ação especificamente humana ao campo social e histórico, onde êle se objetiva; em outros termos: entre a norma jurídica *Sollen* e o fato da conduta humana se manifesta na realidade (*Sein*).

“Ser” e “dever-ser” formam, por isso, as duas janelas do espírito, em que nos debruçamos para observar a realidade.

Os conceitos de validade e efetividade.

Considerando que todo “dever-ser” tende, por natureza, a realizar-se no “ser”, o Direito, ordem normativa da conduta humana, sempre se concretiza numa sociedade

determinada. Cabe-nos, então, descrever as *condições* dessa realização, o que significa constatar, agora em plano menos abstrato, a mesma correlação dialética existente entre aquelas duas ordens; ou em outras palavras: equacionar, de maneira objetiva, o problema da relação entre a validade e a efetividade da norma jurídica.

A êsse respeito, faremos, inicialmente, considerações de ordem geral, dentro ainda das categorias kelsianas, porquanto ninguém mais do que o eminente professor da Escola de Viena, definiu, de maneira tão compactamente lógica, o assunto em estudo.

Assegurar, pois, que uma norma é *válida* é ter observado que ela preencheu todos os requisitos *formais* de sua existência, exigidos pela ordem jurídica a que pertence, visto que o Direito apresenta a *particularidade de êle mesmo regulamentar sua própria criação*. E afirmar que a norma é *efetiva* significa constatar que os seus destinatários se conduzem de fato na sociedade, como devem conduzir-se segundo a pauta jurídica em questão.

Todavia, vale ressaltar, desde logo, que essa obediência à norma pelos seus destinatários não pode ser absoluta ou de caráter necessário. Como KELSEN assinala, com muita razão, uma norma, por exemplo, que prescreve algo que todos sabem de antemão que vai acontecer necessariamente, em virtude de lei natural, não poderia ser considerada como norma jurídica. Conseqüentemente, faz-se mister que haja possibilidade de contrariedade entre o que a norma prescreve como devendo ser e o que se passa na realidade. Uma “tensão” existirá constantemente entre a *norma* e o *fato* real da conduta humana.

Por outro lado, um mínimo de *efetividade* é exigido a fim de que a norma jurídica seja *válida*. Uma norma que não seja jamais aplicada ou obedecida, não pode ser válida; é praticamente inexistente.

Validade e efetividade formam, assim, a roupagem, através da qual a norma jurídica se manifesta.

Embora guardando, cada um, a sua especificidade, os dois elementos se exigem mutuamente, para que a *situação jurídica* possa criar-se. Com efeito, esta poderá formar-se ou a partir do *polo estático* do Direito, isto é, da ordem jurídica enquanto puro esquema *interpretativo* da conduta humana, técnico formal, vazio de conteúdo fático (*hipótese em que a norma, definida de maneira abstrata, tenda efetualizar-se*), ou do seu *polo dinâmico*, constituído da massa de certos fatos susceptíveis de serem amoldados ao esquema interpretativo mencionado (*hipótese em que o fato se regulariza*).

A “tensão” que sempre existe entre a ordem normativa do Direito e o fato do comportamento humano tal como ele acontece na realidade, isto é, entre as regras jurídicas e a realidade social, apresenta-se, no campo do Direito Internacional, de maneira mais aguda, considerando-se a natureza ainda *primitiva* da comunidade das nações. Daí a importância decisiva que nela exerce a efetividade, opinando vários autores, como já dissemos, pela existência de um verdadeiro *princípio*, a reger todos os aspectos do Direito Internacional.³

3. A importância da efetividade e suas condições de existência no Direito Internacional podem inclusive ser facilmente verificadas, através de análise interpretativa da *jurisprudência internacional*, valendo a consulta sobretudo das seguintes decisões:

- a) *Affaire de l'île de Clipperton*, in: *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 1109 e 1110.
- b) *Island of Palmas Case*, in: *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 838, 839 e 840.
- c) *Tinoco Case*, in: *Recueil des sentences Arbitrales*, vol. I, p. 369.
- d) *Affaire du Groeland Oriental*, in: *Cour Permanente de Justice Internationale* (C. P. J. I.), série A/B, n.º 53, pp. 63-64 e ainda pp. 46 e 51.
- e) *Affaire du droit d'asile*, in: *Cour International de Justice* (C. I. J.), Recueil, 1950, p. 277 e 309.
- f) *Affaire des pêcheries*, in: C. I. J., *Recueil*, 1951, pp. 131, 139 a 192.

Vale ainda ressaltar que, na ordem jurídica internacional, há, de certo modo, um traço de união entre os chamados *polo dinâmico* e *polo estático* do Direito, a fim de que uma situação jurídica criada a partir da efetividade se *regularize*: o instituto do reconhecimento.

Podendo afirmar que, de maneira geral e em casos normais, uma “situação de fato” *se legitima* juridicamente, através da roupagem do *reconhecimento*.

Entretanto, em virtude da natureza primitiva da comunidade internacional, nem sempre os fatos se apresentam de forma tão lógica. Com efeito, existem casos de *reconhecimento sem efetividade*, como de *efetividade sem reconhecimento*. E, no estudo dessas hipóteses, observa-se haver uma *polarização do fator efetividade*, no que se refere à regularização das “situações de fato”. Na verdade, o reconhecimento prematuro de situações de fato, as quais não dispuseram de uma duração suficiente para consolidar-se de maneira efetiva, perde valor, não conseguindo manter-se juridicamente. E, por outro lado, situações de fato, não seguidas de reconhecimento, mas *constantes e efetivas*, produzirão efeitos jurídicos.

A respeito, ainda, da hipótese de efetividade sem reconhecimento, podemos imaginar o caso delicadíssimo de uma situação de fato, realmente constante e efetiva, mas que se manifesta, violando norma do direito internacional vigente.

GUGGENHEIM, estudando semelhantes situações, escreve: “*O Direito das Gentes, que é um direito primitivo, não dispõe de técnica bastante evoluída para poder contestar*

g) *Minquiers and Ecrehos Case*, in: C. I. J., *Recueil*, 1953, p. 65.

h) *Affaire Nottebohm*, in: C. I. J., *Recueil*, 1955, p. 3 e ss., p. 22.

i) *Case Concerning right of passage over Indian territory*, in: C. I. J., *Recueil*, 1960, pp. 39 a 40.

validade jurídica a um poder político criado em violação do direito, mas permanente e efetivo".⁴

Pelo que expusemos acima, vale ressaltar, por último, que a efetividade é *noção eminentemente jurídica*, não se confundindo com a *força bruta*, porquanto exprime, no dizer de alguns, algo que já reflete, de certa maneira, as tradições e a ética do meio social onde se produziu. Mediante análise interpretativa da jurisprudência internacional, principalmente dos casos já referidos, e da doutrina, podemos verificar a sua qualidade "categorial", de "construído" jurídico, exigindo certas conotações para sua completa caracterização. Assim, o problema relativo à *duração* das situações de fato, exigindo os caracteres de *permanência e estabilidade*, vale dizer, situações de fato *constantes e ininterruptas*, que afastam, em conseqüência, a noção de fato *isolado ou provisório*, embora não haja *prazo fixo* para que a constância da situação de fato possa transformar esta última em situação efetiva, o que demonstra que a duração, em si mesma, *não cria* a efetividade, mas constitui, tão-somente, a sua *prova*. Diferentemente do instituto da prescrição aquisitiva no Direito Civil, o Direito Internacional jamais estabeleceu prazo determinado, a fim de caracterizar as situações efetivas.⁵

Entretanto, o aludido princípio de efetividade não exerce função primordial apenas em relação aos variados aspectos do Direito Internacional, a que fizemos alusão,

4. *Le droit des gens, qui est un droit primitif, ne dispose pas d'une technique assez évolué pour pouvoir contester toute validité juridique à un pouvoir politique crée en violation du droit, mais durable et effectif.* (P. Guggenheim: *Traité de Droit International Public*, Genève, Georg, 1953, t I., p. 443).

5. Estamos convencidos também de que um exame atencioso da jurisprudência internacional mostra que o instituto da prescrição aquisitiva do Direito Civil é *desnecessário e supérfluo*, no domínio do Direito Internacional Público. O princípio de efetividade é *suficiente* para resolver os problemas em que a hipótese de prescrição aquisitiva é concebida.

os quais aparecem tão bem analisados nos trabalhos recentes de CHARLES DE VISSCHER⁶ e de JEAN TOUSCOZ⁷, mas, como demonstramos adiante, constitui o *fundamento* da própria ordem jurídica internacional.

O problema do fundamento da norma jurídica.

Feitas as considerações dos parágrafos anteriores, temos possibilidade de procurar traçar, com rigor, as fronteiras epistemológicas da *ciência* do Direito, o que vale tentar encontrar os fundamentos da ordem jurídica positiva. E nesse sentido, é imprescindível, em primeiro lugar, a análise das linhas básicas do pensamento jurídico de HANS KELSEN.

Acreditamos que nenhuma corrente jurídica contemporânea poderá ser bem compreendida sem o exame, em profundidade, das fecundas contribuições oferecidas por esse verdadeiro Kant da Filosofia do Direito, porquanto a sua doutrina, de uma precisão lógica excepcional, revolucionou as bases do pensamento jurídico de nossa época.

Ora, para o celebrado mestre da Escola de Viena, o fenômeno jurídico se manifesta essencialmente como *ordem normativa*. Estudando a relação que se estabelece entre as normas, ele concebe a imagem espacial da hierarquia, da chamada “relação de superioridade-subordinação” (Stufenbau). Por conseqüência, a ordem jurídica não seria um sistema de normas situadas todas elas no mesmo plano, mas, ao contrário, constitui uma espécie de pirâmide, onde cada norma jurídica de *ordem inferior* encontra o fundamento de sua validade em outra norma de *ordem superior*; esta, por sua vez, pode, ora determinar o processo mediante o qual a norma inferior deverá ser criada, ora indicar, até certo limite, o seu conteúdo. E a unidade da

6. CHARLES DE VISSCHER: *Les effectivités du Droit International Public*, Paris, Pedone, 1967.

7. JEAN TOUSCOZ: *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

ordem jurídica, cuja estrutura é, assim, de caráter hierárquico, resulta de uma *norma suprema*, considerada “suposta” ou “hipotética”, que é de natureza puramente lógica, e cuja função primordial consiste em dar o fundamento de validade suprema ao sistema jurídico em sua totalidade.⁸

O Direito Internacional Público, em virtude de seu caráter ainda primitivo, embrionário, de ordem tecnicamente descentralizada, oferece condições excelentes para um estudo aprofundado acerca da relação entre a *validade e a efetividade* da norma jurídica.

Nesse ramo da ciência jurídica, existe também, embora de maneira menos rígida em comparação com o direito interno de cada país, a mesma relação de “superioridade-subordinação”. Com efeito, observamos a existência de normas criadas pelos tribunais internacionais ou por órgãos análogos, cujo fundamento de validade se encontra numa ordem imediatamente superior, isto é, no direito internacional *convencional*; este, por sua vez, extrai sua força jurídica da regra “*pacta sunt servanda*”, que está colocada na ordem superior do direito internacional *costumeyro*. Esta regra situa-se, pois, no *primeiro plano* da hierarquia das normas jurídicas e possui caráter de norma totalmente *positiva*, porquanto constitui ainda produto do costume⁹.

8. H. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

9. É necessário esclarecer, desde logo, que a norma costumeira “*pacta sunt servanda*”, segundo KELSEN, não se confunde com a chamada “*norma fundamental*”. Ao contrário, são elas bem distintas. Diz ele a esse respeito: “*Si on doit considérer le droit international coutumier et le droit international conventionnel, deux complexes de normes juridiques constitutionnellement différents, et même deux degrés différents de l'ordre juridique international, il faut également écarter la tentative de voir la norme fondamentale du droit international dans la règle “pacta sunt servanda”.* (*Théorie du droit international coutumier*, in: *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1939, p. 273). E mais

Entretanto, qual é o fundamento de validade do direito internacional costumeiro? Em outros termos, de onde é que as normas costumeiras extraem sua força obrigatória?

A solução deste problema fundamental *não pode ser encontrado no campo específico do direito positivo*. Com efeito, na ordem hierárquica do Direito Internacional, a norma manifesta-se como sendo a base do edificio *positiva*, manifesta-se como sendo a base do edificio jurídico. Em razão de ela ser a *primeira* norma na ordem positiva, o fundamento de sua validade não pode ser encontrado em uma *outra* norma positiva, pois esta última não existe. Onde encontrar, assim, o fundamento da validade do costume? Talvez na própria realidade social? *Não*, responde KELSEN, pois enquanto a realidade social está situada na ordem do “ser”, a norma jurídica encontra-se na ordem do “dever-ser”, e a dedução de um “dever-ser” a partir do “ser” é logicamente impossível¹⁰. Conseqüentemente, o fundamento da validade da norma costumeira deve encontrar-se numa *ordem puramente lógica*, pois esta ordem lógica pode ser situada na esfera do “dever-ser”. Com efeito, há, segundo KELSEN, normas que constituem a significação de um ato de vontade — as normas *postas, positivas*; e outras que são fruto de um ato de conhecimento e não de um *ato de vontade*: as normas “supostas”. Ora, no que se refere à procura do fundamento da vali-

adiante: La théorie selon laquelle la règle “pacta sunt servanda” est la norme fondamentale du droit international, n’est que la nouvelle édition d’une théorie, abandonnée depuis longtemps en droit interne, de la théorie du contrat social” (*op. cit.*, p. 274).

10. *De l’énoncé que quelque chose existe, il ne s’ensuit pas et ne peut pas s’ensuivre que quelque chose devrait être, de même que de l’énoncé que quelque chose devrait être il ne s’ensuit et ne peut s’ensuivre que quelque chose est. Dans la nature nous constatons le fait que le gros poisson mange le petit, mais il ne s’ensuit pas que le gros poisson devrait manger le petit, ou que le gros poisson ne devrait pas manger le petit”* (KELSEN: “*Positivism juridique et doctrine du droit naturel*”, in: *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*. Paris, 1963, I, pp. 142-143).

dade do costume, é impossível que essa procura *continue ao infinito*: nossa razão exige necessariamente que se pare numa *norma suprema*, a qual não terá mais necessidade de ser fundamentada, visto que ela constitui justamente a norma *suprema*, a norma das normas, a “norma fundamental” (Grundnorm).

De natureza puramente lógica, esta “norma fundamental” situa-se fora do campo específico das normas jurídicas *positivas*. Ela não é uma norma *positiva, posta*, “posita”, mas uma norma “suposta”, “hipotética”. Sua importância consiste não somente em tornar possível a unidade e a coerência sistemática da *ciência jurídica*, mas também em situar o último fundamento das normas numa ordem de “dever-se” e não numa ordem de “ser”, o que demonstra uma perfeita coerência lógica.

Entretanto, qual é precisamente a significação desta “norma fundamental”? Esta norma, de natureza “suposta”, essencialmente lógica, “... est une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des Etats un mode de création de droit”¹¹. Seu conteúdo é assim o de instituir “.. l'état de fait de la coutume comme acte de création de droit”¹².

Esta referência à significação da norma fundamental, que consiste em instituir o “factum” do costume como ato criador de direito manifesta claramente a posição de KELSEN no que diz respeito ao problema primordial da relação entre a *validade e a efetividade* da norma jurídica. Vejamos:

Embora para KELSEN o que caracteriza a norma jurídica enquanto tal seja sua *validade*, ele não contesta entretanto a relação necessária que existe entre a *validade e a efetividade* da norma.

11. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, pág. 425.

12. *Theorie du droit international coutumier*, in: “Revue Internationale de la théorie du droit”, 1939, p. 259.

Com efeito, as normas de uma ordem jurídica determinada são dotadas de validade *não porque são efetivas*, mas pelo fato de que a norma fundamental (sobre a qual se baseia a ordem jurídica em sua totalidade) é “suposta” válida; e, por outro lado, a ordem jurídica só é dotada de validade *se* as normas são efetivas, “en gros et de façon générale”. A efetividade é conseqüentemente a *condição* (conditio sine qua non”) da validade e não sua *razão suficiente*. E, de um ponto de vista lógico, a condição e o condicionado não podem ser considerados como elementos idênticos.

Pelo exposto, poderíamos talvez concluir que o Prof. KELSEN tenta encontrar aquela posição de equilíbrio entre as duas concepções extremas do “direito-norma” e do “direito-conduta”, de que falamos no princípio deste trabalho. Entretanto, é preciso lembrar que, apesar de todo o esforço feito no sentido de mostrar a correlação entre a validade e a efetividade da norma, vale dizer, entre a sua abstração esquemática e a realidade social, KELSEN é guiado pelo postulado gnoseológico fundamental que forma o embasamento de sua “Teoria Pura do Direito”, a saber: o paralelismo irreduzível entre as ordens do “ser” e do “dever-ser” (entre “Sein” e “Sollen”). Isto consistiria, como veremos adiante, menos numa atitude de equilíbrio do que numa polarização do *direito norma*, que se manifesta como objetividade racional, ou conforme as diretrizes de num *normativismo lógico-formal, abstrato*.

Assim, temos conhecimento de que o princípio metodológico fundamental da “Teoria Pura do Direito” é delimitar, com exatidão absoluta, a *especificidade* do Direito enquanto *ciência*, vale dizer, enquanto *conhecimento*, tentando, por isso, não só desembaraçá-la de elementos subjetivos, mas também distingui-la de outros domínios especulativos como a Sociologia, a História, a Psicologia, a Moral. Para atingir esse objetivo, KELSEN começa por fazer uma distinção fundamental entre *norma jurídica* (Rechts-Norm) e *proposição de direito* (Rechts-Satz).

As “proposições de direito” constituem um “Sollen” porque são a descrição de outro “Sollen”: as “normas jurídicas”. Mas enquanto o “Sollen” das normas jurídicas, as quais são criadas e aplicadas pelos órgãos jurídicos, têm sentido *prescritivo*, caráter *imperativo*, o “Sollen” das *proposições de direito*, cuja finalidade consiste em descrever as normas jurídicas, possui apenas a significação de um *juízo hipotético*. Isto quer dizer que elas enunciam simplesmente que consequências determinadas poderão surgir, se certas condições definidas pela ordem jurídica se realizam; e isto não implica nenhum imperativo de ordem moral, nenhum comando, nenhum juízo de valor. Portanto, duas funções primordiais existem no que se refere ao fenômeno jurídico, a saber: a da *autoridade jurídica*, cujo objetivo é *criar* o direito, e a do *jurista* (aquele que faz *ciência* do direito), cuja finalidade é *conhecer* o direito, vale dizer, *descrevê-lo, analisá-lo*.

Pelo exposto, pode-se averiguar a importância da “norma fundamental”. Por ser uma norma “simplesmente pensada”, ela continua ser “conhecimento”, apesar de sua referência necessária ao “factum” do costume como ato criador de direito. E em razão disto, a *ciência* do Direito, constituída pelas *proposições de direito* (Sollen de caráter puramente *indicativo*) forma um todo coerente e sistemático em virtude da “norma fundamental” que existe como a condição lógica transcendental do fenômeno jurídico em sua totalidade.

Por uma nova solução do problema.

Como vimos, o pensamento kelseniano é de uma precisão lógica excepcional. A sua doutrina desdobra-se, a partir de determinados postulados, de forma harmoniosa e coerente, não deixando margem para interpretações duvidosas ou verificação de afirmações contraditórias, quando se tomam pontos da doutrina, em certas fases de sua evo-

lução. O seu grande mérito, reconhecido por todas as correntes, consiste em ter repensado os conceitos da linguagem jurídica, tentando delimitar, com exatidão absoluta, o campo *específico do Direito*, enquanto ciência, distinguindo-o, com bastante clareza, de outros domínios especulativos, como os da Sociologia, da História, da Psicologia e da Moral.

Entretanto, observamos também que o mestre da Escola de Viena elaborou a sua “Teoria Pura do Direito”, seguindo as grandes linhas do criticismo kantiano.

Na verdade, da mesma maneira que EMANUEL KANT procura as condições lógicas que tornam as ciências possíveis, assim também KELSEN tenta achar a condição lógica que torna possível a existência da Ciência do Direito¹³. E a hipótese da “norma fundamental” (Grundnorm), que evita uma procura de ordem infinita da “validade da validade” constitui a “condição lógico-transcendental”, única a permitir que se interprete a significação de certos fatos sociais como algo formando uma *unidade*, vale dizer, como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas.¹⁴

Mais: da mesma maneira que as formas “a priori” de KANT não determinam o *conteúdo* da realidade objetiva, assim também a “norma fundamental” não pode deter-

13. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, p. 144.

14. KELSEN: op. cit., p. 267 — A analogia com o pensamento Kantiano é perfeita. Vejamos, por exemplo, o que diz EMANUEL KANT: “*Un besoin de la raison pure dans son usage spéculatif ne conduit qu'à des hypothèses; le besoin de la raison pure pratique conduit à des postulats. Car, dans le premier cas, je m'élève du dérivé aussi haut que je veux dans la série des principes (Gründe) et j'ai besoin d'un premier principe (Ugrundes), non pour donner à ce dérivé (par exemple à la liaison causale des choses et des changements dans le monde) de la réalité objective mais seulement pour satisfaire complètement ma raison dans ses recherches sur ce sujet (Critique de la Raison Pratique, Livre II, Ch. II, § VIII*” — Tradução francesa de François Picavet, P. U. F., 1965).

minar o conteúdo das normas que formam a ordem jurídica positiva. E, assim como as formas “a priori”, embora logicamente anteriores à experiência, *não existem a não ser em função da experiência*, e a experiência não é possível senão enquanto é *condicionada* pelas formas “a priori”, assim também a *norma fundamental* só existe em função da massa de certos fatos sociais que formam a experiência jurídica positiva e, por sua vez, essa massa de fatos sociais não toma significação *especificamente* jurídica senão enquanto se refere à “norma fundamental”.

Ora, por motivos que mostraremos a seguir, não podemos aceitar essa visão do fenômeno jurídico, como algo de exclusivamente abstrato, simples expressão de uma atividade lógica, técnico-formal, desencarnada, ou em outros termos, segundo o enfoque do “direito-norma”, porquanto é de mediana clareza que o Direito existe não para satisfazer as necessidades da “razão pura”, mas às necessidades do *meio social* que ele tem por finalidade ordenar. Vale ressaltar que toda fenomenologia da conduta humana mostra que o agir do homem sempre se projeta no sentido de um determinado meio social, o qual, por sua vez, surge como limitação à sua liberdade criadora. O homem é um “jeté-là”, intensamente envolvido pela trama das múltiplas relações sociais; é um ser concreto, vivo, palpitante, que traz consigo “o peso de suas circunstâncias”. Seu existir é necessariamente um *co-existir*. Impossível romper esses laços essenciais, indestrutíveis.

Observamos, deste modo, o problema, segundo outras perspectivas, exatamente em virtude de serem também outros os pressupostos de nosso pensamento filosófico. Não nos situamos no campo do “idealismo” Kantiano, mas numa linha estritamente “realista”. Partimos do princípio de que a inteligência humana é feita de tal maneira que ela tende necessariamente para o que existe de modo *objetivo, real*, como algo que é situado *fora* dela e que se

“opõe” a ela (ob-jectus). Entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido existe uma *correlação dialética de completamentaridade*. E o ser humano utiliza a inteligência para transformar esse mundo objetivo (“um-naturalmente-dado”) às suas necessidades primordiais, criando, por isso, uma outra ordem de coisas, que é reflexo de seu espírito: *o mundo cultural*.

Não resta dúvida de que a ordem jurídica forma um todo coerente e hierarquizado: cada norma, conforme a esfera de ação, encontra o fundamento de sua validade em outra norma de ordem superior. Assim na ordem jurídica interna, as leis ordinárias, os decretos e os regulamentos têm o fundamento de sua validade na lei constitucional.

No plano do Direito Internacional, existe também, como vimos, semelhante ordem hierárquica de normas, embora de maneira menos rígida. O costume aparece na base da pirâmide jurídica. Entretanto, é no momento mesmo da tentativa de fundamentar a validade do direito internacional costumeiro que nos distanciamos do mestre de Viena. Com efeito, para KELSEN, a fonte primordial da validade de todas as normas que compõem a ordem jurídica é a chamada *norma fundamental* (Grundnorm). Ela constitui a “condição lógica transcendental” que possibilita a existência mesma da Ciência do Direito. Não possui caráter de norma jurídica *positiva*, mas de uma norma eminentemente *lógico-formal*.

O grande interesse, segundo KELSEN, da justificação do fenômeno-jurídico mediante a “norma fundamental” é que esta última não só evita uma procura de ordem infinita, da “validade da validade”, não apenas dá unidade e coerência sistemática à ordem jurídica, mas sobretudo fundamenta a *última* norma de caráter *positivo* (o direito costumeiro), que é um “dever-ser”, em outro “dever-ser” (a norma fundamental). Dessa maneira, evita-se a incoerência lógica daqueles que tentam fundamentar o “dever-ser”

do costume, não em outro “dever-ser”, mas no mundo do “ser”, como é o caso dos teóricos do sociologismo jurídico.

Isto posto, podemos verificar que a questão primordial, numa perspectiva essencialmente teórica, é a relação entre a esfera do “ser” e a do “dever-ser”.

Evidentemente, “ser” e “dever-ser” constituem duas ordens de natureza distinta, não se podendo, conseqüentemente, passar da primeira ordem à segunda, *mediante o simples princípio de causalidade*. Entretanto, isto não significa que as duas ordens acima citadas existam de maneira apenas superposta, sem possibilidade de comunicação entre elas.¹⁵ Ao contrário, elas guardam entre si uma relação essencialmente dinâmica, pois, como já tivemos ocasião de ver, todo “dever-ser” tende necessariamente a realizar-se no “ser”. E é precisamente no estudo dos chamados *objetos culturais* que podemos verificar a relação dinâmica supra mencionada.

Com efeito, os objetos culturais são o fruto da atividade especificamente humana, representando, por isso, a tentativa de realização de um valor (esfera do “dever-ser”), no mundo da natureza (esfera do “ser”). A estrutura desses objetos apresenta, geralmente, dois elementos: um “natural” e o outro “espiritual”, o qual nada mais é do que a *significação* de que estão revestidos. São, pois, objetos, como diz CARLOS COSSIO, que têm *existência*, que estão *na experiência* e que são *valiosos* positiva ou negativamente¹⁶. Manifestam-se em conseqüência, como objeto *derivados* e *complexos*, expressando a integração dialética

15. O problema da relação entre a ordem do “ser” e a ordem do “dever-ser”, merece, sem nenhuma dúvida, um estudo bastante aprofundado. Mas, tendo em vista a natureza do presente trabalho, somos obrigados a limitar a exposição do assunto a pontos que julgamos essenciais à nossa dissertação.

16. CARLOS COSSIO: *La teoria egológica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 55-56.

das duas ordens mencionadas. Caracterizam-se exatamente por constituírem objetos que “são enquanto devem ser”¹⁷.

É necessário ressaltar ainda que fazem parte dêste mundo cultural não só os *produtos* que o homem deixa criados, como também *sua própria atividade, enquanto especificamente humana*. Daí a descrição do mundo cultural em dois planos, como fez CARLOS COSSIO: o constituído pelos *produtos* do fazer humano, os quais permanecem subsistindo com autonomia ôntica em face de seu criador (“objetos mundanales”), e o formado pela “vida plenária viviente” isto é, pelo fazer humano enquanto tal, o que constitui o *próprio Ego atuante* (objetos egológicos)¹⁸.

Ora, o Direito forma um objeto cultural, pois é produto da liberdade criadora do espírito humano. Suas normas exprimem justamente o resultado de uma *opção*, de uma *escolha* entre as ações possíveis aos indivíduos constituintes de uma sociedade determinada, implicando, por isso, em *juízo de valor*. Ao exprimir a “tensão” contínua existente entre o dever-se dos valores jurídicos e o ser de uma sociedade humana historicamente determinada, precisa, concreta, a norma jurídica representa uma *integração* entre “Sein” e “Sollen”. Ela adquire plena relevância *na medida em que se insere numa realidade objetiva determinada*, deixando de valer como um dever-ser de natureza puramente abstrata, lógico-formal, para ser, conforme escreve MIGUEL REALE, o “momento” relevante de todo um “processus” cuja origem se encontra na relação entre a atividade valorativa do espírito humano e uma determinada realidade factual.

Diremos, em razão do que foi exposto acima, que o fundamento de validade da norma costumeira e, consequen-

17. MIGUEL REALE: *Filosofia do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1962, vol. I — p. 169.

18. CARLOS CÓSSIO: *Problemas escogidos de la Teoria Pura del Derecho*, Buenos Aires, Kraft, p. 107.

temente, de todas as normas que formam o Direito Internacional, não se baseia sobre uma “norma fundamental”, condição lógico-transcendental que possibilita a existência da ciência jurídica. Ele deve encontrar-se na *realidade social mesma* que forma a trama das relações internacionais¹⁹.

Entretanto, a questão não se limita aí. Com efeito, não basta afirmar que a norma costumeira extrai sua força obrigatória, quer dizer, sua validade, das necessidades e das exigências da vida internacional, porquanto é meridianamente claro que todas essas noções, como também as de interesse social, segurança comum, justiça, etc., são conceitos difíceis de serem definidos com precisão lógica. E a vida jurídica como sabemos, mesmo a que é situada no plano internacional, não pode prescindir de um mínimo de certeza em seu elemento formal. Faz-se mister, em conseqüência, encontrar, na medida do possível, um critério eficaz, a fim de possibilitar maior precisão às noções vagas acima referidas.

Como demonstraremos adiante, esse critério só pode ser a *efetividade*.

Sem admitir o *princípio de efetividade*, aquelas noções vagas de “necessidade e exigência da vida internacional”, as quais, em última análise, repousam em dados *subjetivos*, não oferecem, como escreve JEAN TOUSCOZ, critério *objetivo*, a fim de que um determinado estado possa contestar a conformidade a elas de uma suposta regra costumeira e, por conseqüência, de seu caráter obrigatório.

A *maneira efetiva* como as normas costumeiras internacionais se manifestam é a demonstração clara de que elas estão atendendo aos requisitos de interesse social, segurança comum, necessidade coletiva.

19. Situamo-nos, assim, no que se refere à Teoria do Conhecimento, nos caminhos de certos filósofos contemporâneos, como HUSSERL, SCHELER e HARTMANN, os quais revalorizam o “objeto”, ao analisarem o ato do conhecimento. Ademais, todo conhecimento *está condicionado por fatores sociais e históricos*. Ver nesse sentido, G. GURVITCH: *Les cadres sociaux de la connaissance*, Paris, P. U. F., 1966.

Enfim, vale assegurar que a efetividade é a *objetivação*, no plano do direito internacional costumeiro, desse processo valorativo que todo ser humano exerce, no momento da construção de uma norma jurídica. E, no que se refere ao *resultado* desse ato valorativo, diremos com o Professor MICHEL VIRALLY que “para a Ciência do Direito como para a História, os valores só têm relevância na medida em que favorecem os movimentos sociais. A seus olhos, os que sobrelevam não são os mais elevados, mas os que foram impostos à sociedade por aqueles que combatiam em seu nome”²⁰.

O princípio de efetividade como fundamento da Ordem Jurídica Internacional.

Vimos, nos parágrafos anteriores, que as normas *costumeiras* aparecem como sendo o *primeiro degrau* desse edifício jurídico. O problema surge precisamente no momento em que se procura indagar dos fundamentos desse direito costumeiro.

As duas soluções mais lógicas dadas ao problema foram apresentadas por KELSEN, através da “norma fundamental”, e pela corrente do sociologismo jurídico que vê a razão da obrigatoriedade do costume nas “necessidades e exigências das relações internacionais”.

Ora, é fácil verificar que as aludidas teorias, como também a do Direito Natural, apesar de seu grande esforço lógico, apresentam soluções *metajurídicas*, isto é, soluções que não mais se colocam *no campo específico da ciência do direito*. Com efeito, a chamada “norma fundamental” é de

20. “ .. pour la science du droit, comme pour l'histoire, les valeurs ne comptent qu'autant qu'elles animent les mouvements sociaux. A ses yeux, celles qui l'emportent ne sont pas les plus élevées, mais celles qui ont été imposées à la société par ceux qui combattaient en son nom” (MICHEL VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L. G. D. J., 1960, p. 219).

caráter puramente lógico-formal, norma “suposta”, “hipotética”, e não uma norma jurídica positiva. E o sociologismo jurídico, quando se refere aos conceitos de “necessidade e exigências das relações internacionais” coloca a solução do problema no domínio exclusivo da ciência sociológica e não da ciência jurídica.

Mostramos também que a “teoria pura do direito” de HANS Kelsen parte de um postulado *discutível*, que não podemos aceitar: o paralelismo irreduzível entre a ordem do “ser” e a ordem do “dever-ser”. Ora, tentamos demonstrar que, se é certo que não podemos passar da ordem do “ser” para a ordem do “dever-ser”, obedecendo-se exclusivamente a um processo de *causalidade*, podemos, entretanto, fazê-lo, mediante um *processo valorativo*. A norma jurídica não se manifesta, pois, na frieza de esquemas puramente lógico-formais, abstratos, vazios de conteúdo fático, mas, ao contrário, ela traz, na sua roupagem, a marca indestrutível de historicidade das “situações” humanas. Entretanto, não queremos, com isso, aceitar uma posição sociológica, tipo simplista, porquanto esta, além de colocar a solução do problema fora da órbita específica da ciência do Direito, apresenta-se de maneira bastante *vaga*, o que não pode constituir um campo *preciso e suficiente* de análise jurídica. Como poderia um Estado, por exemplo, negar obediência à determinada norma costumeira alegando que esta contravém aos princípios de “necessidade e exigência” das relações internacionais? — Vale ressaltar, aliás, ser lugar comum repetir que, no plano das relações internacionais, cada Estado costuma julgar que o que é bom para êle é em consequência, bom para todos; que a satisfação dos *seus* interesses é a satisfação dos interesses de *toda a comunidade internacional*... E critérios assim tão subjetivos não podem constituir a base comum sobre a qual deva basear-se uma análise essencialmente científica.

Ao nosso ver, o único critério realmente objetivo, vale dizer, *científico*, para a solução do problema, é o *princípio*

de efetividade. Somente ele possui, no que se refere ao fundamento da validade da norma costumeira e conseqüentemente de toda a ordem jurídica internacional, a importância primordial de fornecer uma solução que é situada *estritamente dentro do campo específico da ciência jurídica*. E é escusado lembrar ser o conceito de efetividade fornecido, como vimos anteriormente, pela *jurisprudência internacional*. É noção eminentemente *jurídica* e não *meta-jurídica*.

Isto posto, cabe-nos agora aprofundar a natureza do princípio de efetividade e sua função enquanto fundamento último da ordem jurídica positiva.

O conceito de efetividade como “Sosein”.

Acreditamos ser necessário fazer, desde logo, uma distinção fundamental entre a noção de *conduta efetiva* e a da *efetividade da norma jurídica*.

A primeira é bastante vaga, exprimindo a idéia geral de *conduta que existe de fato, realmente*, e que se opõe, em razão disto, à idéia de *conduta fictícia, imaginária*. Ao contrário, a noção de *efetividade da norma* significa algo de bem determinado, alguma coisa já de “categorizado”, de “qualificado juridicamente”; não exprime apenas a idéia de uma conduta efetiva, mas algo que vai além disso: o conceito de *norma efetiva* traduz, na verdade, uma conduta real que já é *imantada por um valor*, por uma significação bastante precisa — a *significação especificamente jurídica*. Não constitui, assim, um puro “Sollen” de caráter abstrato, sem relação com o mundo objetivo, nem um puro “Sein”, existindo na esfera dos fatos.

O conceito de norma jurídica efetiva significa *um-fato-no-sentido-da-norma*, vale dizer, um “Sosein”.

Essa verificação revela, sem dúvida, novo enfoque do problema que diz respeito às condições de realização do

Direito enquanto ordem normativa da conduta humana, isto é, uma nova perspectiva rica em sugestões para a solução do problema consistente na relação entre *validade* e *efetividade*. Atingimos, desta maneira, as fronteiras que dividem o domínio daquilo que é *metajurídico* (ou *antejurídico*) do campo daquilo que é *especificamente jurídico*.

Além disso, o conceito de norma jurídica efetiva enquanto “Sosein” possibilita, como dissemos anteriormente, fundamentar o direito positivo *dentro da própria ordem jurídica positiva*, o que não acontece com as teorias existentes. Vejamos.

Na linha do formalismo kelsiano, a efetividade é um mero *fato*, situado inteiramente no mundo de “Sein”. Dai, segundo ele a impossibilidade de fundamentar nela a *validade* da norma jurídica, pois esta participa da natureza de um “dever-ser”²¹.

Ora, já mostramos que a chave do problema da relação entre “ser” e “dever-ser”, ou, em plano menos abstrato, entre “efetividade” e “validade”, se encontra na análise fenomenológica da ação humana, *enquanto objeto cultural*. Nesse sentido, a conduta especificamente jurídica não é puro “factum” social, mero fato “bruto”, sujeito apenas ao princípio de *causalidade*. A análise fenomenológica nos mostra que é certamente um “Sein”, mas já imantado por um valor, por uma significação eminentemente jurídica, *fato categorial*, de “estrutura significativa”. Vale, por isso, ressaltar, aqui, aquela valiosa distinção, de que fala GUIDO

21. “*Ces faits extérieurs* (as ações humanas) *qui représentent, selon leur signification objectives, des actes de droit* (Rechtsakte) — *ou des actes contre le droit, des actes illicites* (Unrechtsakte) — sont toujours des événements perceptibles par le sens, qui se déroule dans le temps et dans l’espace: ils appartiennent donc au règne de la nature et sont comme tels régis par le principe de causalité. *Seulement en tant qu’événements, c’est-à-dire considérés comme des éléments du système nature, ils ne sont pas objet d’une connaissance spécifiquement juridique et, par suite, ne sont en aucune manière quelque chose de juridique*”. (H. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, pp. 4-5).

CALOGERO, entre *fato físico* (realidade “observada”) e *fato jurídico* (realidade “operada”): “Um é fato que é somente fato, o outro é um fato que é também um ato; um é um *factum*, que não pressupõe nenhuma *faciendum*, o outro um *factum* que nasceu de um *faciendum*, pois não teria ocorrido se um *factor* não o houvesse sentido como *faciendum*”²².

Ora, se a noção de *efetividade*, no que se refere ao mundo jurídico, não significa um simples “Sein”, mas alguma coisa de “construído”, vale dizer, um “Sosein”, não haverá por conseqüência contradição lógica, se afirmamos que, no plano do direito *positivo* (e é unicamente este direito que tem relevância para a ciência jurídica), a *validade* da norma, em última análise, encontra-se em sua própria *efetividade*. Esta constitui, assim, não só a “*conditio sine qua non*” da validade, mas também sua “*conditio per quam*”; *a norma jurídica tendo força obrigatória pelo fato de ser efetiva*.

Mais. Todas as considerações que tecemos tomam grande importância, se fizermos uma análise da manifestação mais espontânea do Direito, que é a *norma costumeira*. Na verdade, é sabido que as dificuldades, no que se refere ao costume, nascem a partir da análise da “*opinião juris*”, entendida como a convicção de que determinado uso corresponde à execução de uma obrigação jurídica. Entretanto, como escreve MICHEL VIRALLY, a convicção de que certos atos constantes respeitam determinada regra *anterior* a eles exclui a hipótese de que esses atos sejam os primeiros a estabelecerem-na como norma jurídica. Portanto, admitir o elemento “*opinio juris*” como indispensável à formação do costume é cair na contradição lógica de afirmar que a norma costumeira é *preexistente* aos atos mesmos que constituem a sua própria razão de ser.

22. Apud MIGUEL REALE: *O Direito como experiência*, S. Paulo, Saraiva, 1968, p. 203, in fine.

A questão só poderá ser solucionada, mediante uma análise fenomenológica. Com efeito, se observarmos atentamente a formação do costume, verificaremos que ele resulta de *duas práticas*, que convergem uma em direção à *outra*, a saber: de um lado, a prática constituída da *repetição constante de certos atos*, e, do outro, a que é constituída da *coação* efetiva, cada vez que a primeira prática é violada. São estas duas práticas em questão que formam o elemento material do costume. Este resulta, pois *de um uso cuja força obrigatória se consolida espontânea e progressivamente, à medida que a efetividade da coação se materializa, numa intensidade crescente, cada vez que esse uso é violado.*

Por conseqüência, a prova de que há o *fato objetivo* da reciprocidade na observância de uma prática determinada, de tal maneira que sua violação traz como resultado atos de coação, é perfeitamente *suficiente* para mostrar o caráter especificamente jurídico da prática em questão, isto é, de sua força obrigatória. Aliás, esse *fato objetivo* constitui apenas uma conduta que se manifesta, pondo em presença duas ou mais pessoas, e dando a cada uma delas o poder de exigir da outra um certo comportamento. E, por essa razão, ela forma uma conduta que tem relevância para o Direito.

Pelo fato assim de ser impossível provar a existência da “opinio juris”, a efetividade do elemento material do costume, formada pelas duas práticas acima referidas, é *suficiente* para manifestar o caráter obrigatório da norma em questão. Além disso, esse “fato objetivo”, a que fizemos alusão, não é um puro fato situado na esfera do “Sein”, mas um fato de “estrutura significativa”, fato-no-sentido-da-norma, um “Sosein”.

Validade e efetividade aparecem, desse modo, como dois elementos que guardam, entre si, *uma correlação dialética de complementaridade*, no que diz respeito à noção de *norma jurídica efetiva*.

E nesse sentido que entendemos o pensamento de P. GUGGENHEIM, quando escreve:

“A validade de uma norma deve corresponder à sua efetividade, sua falta de efetividade à sua nulidade”²³.

O conceito de efetividade na ordem jurídica interna e na ordem internacional.

As nossas considerações estariam ainda incompletas, se não analizássemos os aspectos da *efetividade* comparativamente no *Direito interno* e no *Direito Internacional*, de vez que a noção geral do Direito deve abranger o Direito primitivo (no caso, o Direito Internacional) e o Direito mais evoluído (o Direito interno).

Na ordem jurídica interna de cada país, pelo fato de ser uma ordem jurídica centralizada, cuja técnica é bastante desenvolvida, a *validade* e a efetividade de suas normas podem não coincidir. Com efeito, *é possível que existam normas que entrem em vigor* (por conseguinte, que sejam válidas), *antes de serem efetivas*.

Entretanto, faz-se mister precisar que, *mesmo nessa hipótese*, não há uma validade totalmente abstrata, sem nenhuma realização objetiva (uma validade em *si*, “per se stante”). Preferimos dizer que, nesse caso, existe uma norma efetiva “em potência”, em vez de uma norma *simplesmente válida*. Na verdade, essas normas para que possam existir enquanto normas simplesmente em vigor (isto é, sem serem efetivas), *devem pertencer a uma ordem jurídica de fato efetiva*. Dessa ordem jurídica, *necessariamente efetiva*, extraem sua qualidade de normas efetivas *em potência*, vale dizer, de normas simplesmente em vigor, porquanto *sua natureza é de tornar-se realmente efetivas*.

23. “La validité d’une norme doit correspondre à son effectivité, son ineffektivité à sa nullité”. (Guggenheim, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux” in: Academie de Droit International, Recueil, 1949 — I, p. 231.

Ora, o Direito Internacional Público, em virtude de ser uma ordem jurídica embrionária, conseqüentemente *descentralizada* e cuja técnica é ainda primitiva, não pode comportar normas que sejam simplesmente *válidas sem serem efetivas*. Em outros termos: o Direito Internacional Público não comporta normas que sejam “*efetivas em potência*”, mas tão-somente normas que se manifestam *realmente efetivas*, isto é, efetivas “e mato”. Aliás, não é demais lembrar que os atos humanos são revestidos de significação *subjéctiva* (a que é associada pelo indivíduo ao próprio ato) e *objectiva* (a que lhe é dada pelo direito). Apenas a significação de natureza objectiva pode ser apreciada *cientificamente*, possibilitando a existência dos caracteres de *certeza e segurança* próprios a toda norma jurídica enquanto tal. Ora, a *efetividade* é justamente o *padrão de valor objectivo* a fim de que, por exemplo, na ordem internacional, um Estado possa não só apreciar a conduta de um outro Estado, mas também exigir dele, como já dissemos, o cumprimento de suas obrigações jurídicas. Através, assim, da efetividade, conseguimos fundamentar a norma de direito no “*factum juridicum*”, sem entretanto cair no simplismo de certas posições do Sociologismo Jurídico, o qual tenta sustentar que a norma costumeira extrai sua força obrigatória das necessidades e exigência da vida social. A solução só pode, ao nosso ver, ser dada mediante o conceito de efetividade. A maneira efetiva como as normas se manifestam é a demonstração palpável de que elas estão precisamente atendendo aos requisitos de interesse social, segurança comum, necessidade coletiva.

Por tudo quanto foi exposto, cremos agora poder afirmar que a *efetividade* da norma costumeira, por ser a integração de uma conduta determinada (um “*Sein*” em si) e de uma “*significação*” (um “*Sollen*” em si), conforme uma dialética de complementaridade, ou, em outros termos, por ser a efetividade da norma jurídica um *fato-no-sentido-*

-da-norma, um *Sosein*, ela constitui o fundamento da validade da norma costumeira, e, por via de consequência, da própria ordem jurídica positiva enquanto tal.

Conclusão .

O objetivo do presente tabalho consistiu em demonstrar que podemos encontrar o fundamento da ordem jurídica *positiva, nela mesma*, sem ter necessidade de recorrer a princípios que estão colocados *fora* de suas fronteiras epistemológicas, como é o caso do Sociologismo Jurídico, do Normativismo Lógico-formal de KELSEN, ou da doutrina do Direito Natural.

Vimos também que a chave do problema se encontra no estudo da natureza dos *objetos culturais*. As *coisas* criadas pelo homem e a *sua própria ação criadora* são objetos culturais, isto é, objetos derivados e complexos, sínteses de “ser” e “dever-ser”.

Na corrente do culturalismo, aproveitamos, para a elaboração de nossa tese, as contribuições fecundas do Egoologismo de CARLOS COSSIO e do Tridimensionalismo de MIGUEL REALE, embora não aceitando inteiramente todas as consequências implícitas nas doutrinas dos eminentes jusfilósofos.

Para atingir o objetivo mencionado, tivemos que partir da análise do conceito de efetividade, porquanto o estudo da relação entre *validade* e *efetividade da norma jurídica* nos conduz ao núcleo do problema que consiste na passagem daquilo que é *metajurídico* (ou ante-jurídico) àquilo que é *especificamente jurídico*. Assim fazendo, chegamos à conclusão de que a efetividade não se confunde com a pura força material, mas é uma idéia cujas conotações são fornecidas pelo próprio Direito Internacional.

Com efeito, uma análise aprofundada do problema nos revela que a *efetividade da norma* não é um puro fato de “Sein”, situado no mundo do “ser” e regido unicamente

pelo principio de causalidade, mas, ao contrário, constitui, “ab initio”, um “factum juridicum”, algo já de “qualificado, de “construído”, vale dizer, um fato de estrutura *categoria*l ou *significativa*, integração dialética de “ser” e “dever-ser”. Ou, em outras palavras: a efetividade, para a Ciência do Direito, é um *fato-no-sentido-da-norma*, isto é um “Sosein”. E, em sendo assim não existirá contradição lógica, se afirmamos que, em última análise, o *fundamento de validade* da norma jurídica é a sua própria efetividade, a norma jurídica tendo força obrigatória porque é efetiva e na medida em que é efetiva.

No direito *positivo* (e é unicamente este direito positivo que interessa à Ciência do Direito enquanto tal), *validade e efetividade* apenas *se distinguem*, mas não *se separam*. E demonstramos isto, inclusive mediante um estudo comparativo entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional.

O direito positivo não comporta a noção de *validade* puramente abstrata, sem realização efetiva. Mesmo as normas simplesmente em vigor, na ordem jurídica interna, constituem antes normas “efetivas em potência”, porquanto elas tiram sua existência da ordem jurídica a que pertence, *a qual deve necessariamente ser efetiva*. Formam, assim, normas cuja natureza é de tornar-se “efetiva em ato”.

Neste sentido (e tão-somente neste sentido), podemos também afirmar que a *positividade* do Direito se confunde com sua *efetividade*.

Bibliografia

- AGO, R. *Il requisito dell'effettività nell'ordinamento internazionale*, in: Annuário di diritto comparato e di studi legislativi, vol. XXVII, 3.º fasc., p. 72.
- idem: *Il requisito dell'effettività dell'occupazione in diritto internazionale*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934.

- AMSELEK, P.: *Methodé phénoménologique et théorie du Droit*, Paris L. G. D. J., 1964.
- BELLINI, V.: *Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale*, in: *Annuário di diritto comparato*, Roma, 1951, p. 225.
- CARBONNIER: *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in: *L'Année Sociologique*, 1957, 1958, 3.^a série, p. 3.
- CAVAGLIERI, A.: *Il decorso del tempo, suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali*, in: *Rivista di diritto internazionali*, 1926, p. 169.
- COSSIO, C.: *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- idem: *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Kraft, 1952.
- GUGGENHEIM, P.: *Traité de Droit International Public* (2 vols), Geneva, Georg, 1953.
- idem: *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, in: *Académie de Droit International, Recueil*, 1949 I, pp. 195 — 268.
- idem: *Les deux éléments de la coutume en droit international*, in: *Mélanges en l'honneur de G. Scelle*, t. I, p. 257.
- idem: *L'origine de la notion de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume, dans l'histoire du droit des gens*, in: *Mélanges en l'honneur de J. Basdevant* p. 258.
- idem: *Contribution à l'histoire des sources du Droit des Gens*, in: *A. D. I.*, *Recueil*, 1958 — II, pp. 5 — 84.
- GURVITCH, G.: *Les cadres sociaux de la connaissance* Paris, P. U. F., 1967.
- idem: *Dialectique et Sociologie*, Paris, Flammarion, 1962.
- KELSEN, H.: *Théorie Pure du Droit* (Trad. da 2.^a ed. da Reine Rechtslehre, por Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962.
- idem: *Positivism juridique et doctrine du droit naturel*, in: *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 140.
- idem: *Théorie du droit international coutumier*, in: *Revue Internationale de la théorie du Droit*, 1936, p. 253.
- Idem: *La transformation du droit international en droit interne*, in: *R. G. D. I. P.*, 1936, t. 43, p. 1.
- idem: *Principles of International Law*, New York, 1952.
- KUNZ, J.: *The nature of Customary international law*, in: *The American Journal of International Law*, 1953, p. 662.
- REALE, M.: *Filosofia do Direito* (2 vols.), S. Paulo, Saraiva, 1962.

idem: *O Direito como experiência* (Introdução à Epistemologia Jurídica), S. Paulo, Saraiva, 1968.

TUCKER, R. W.: *The principle of Effectiveness in International Law*, Berkeley, 1953.

VERDROSS: *Le fondement du Droit International*, in: A. D. I., 1927.

VIRALLY: *La pensée juridique*, Paris, L. G. D. J., 1960.

VISSCHER, Ch.: *Théories et réalités en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1960.

idem: *Les effectivités du Droit International Public*, Paris, Pedone, 1967.

O Direito Penal dos Povos Primitivos*.

João Bernardino Gonzaga

Professor Adjunto de Direito Penal na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

1. O estudo do Direito Penal dos povos primitivos revela o homem em seu estado quase natural, sem o invólucro dos hábitos, necessidades, psicologia, advindos da civilização. Por isso, imersos como estamos em nosso estágio de cultura, nos é difícil compreender uma mentalidade tão diferente da que possuímos, estruturada em moldes totalmente distintos.

Falamos do primitivo de qualquer época ou lugar. Está claro que a imensa variedade de condições em que vive cada agrupamento cria um número incontável de particularidades nos respectivos modos de se organizar, de pensar e de agir. Não importa. O que procuramos fixar são certas notas próprias dos estágios iniciais da evolução social e que, por isso mesmo, se encontram na generalidade das coletividades arcaicas¹.

Muitos desses sinais, diluídos embora, persistem ainda, abrigados no fundo da alma dos homens, humildes do nosso meio. Será bom que o compreendam, sobretudo os que vão desempenhar funções de Justiça dentro das camadas inferiores do povo.

*. Do curso de pós-graduação sobre História do Direito Penal, ministrado na Faculdade de Direito da U.S.P

1. Sobre o que ocorria com o brasilíndio, ver nosso livro *O Direito Penal Indígena*, à "Época do Descobrimento do Brasil", S. Paulo, 1972.

2. *Desnecessidade de Governo e fatores de conservação da ordem social.* Peculiaridade inicial a anotar é a escassa importância que apresenta a existência de um Governo e de uma Justiça formalmente constituídos, a ponto de não possuí-los inúmeros grupos selvagens. Habituaados como estamos a ver a ordem e a segurança coletivas como produtos de todo um complexo aparelhamento preventivo-repressivo, mantindo pelo Estado, custa-nos conceber sociedades que disso prescindam, e, sem embargo, se conservem dentro de satisfatória disciplina.

Confirma-se por exemplo ROBERT LOWIE, quando descreve a organização política de várias coletividades da África, Oceania e América do Norte (*Traité de Sociologie Primitive*, p. 351 e segs.). As variações que aponta são muitas: se há agrupamentos, sobretudo africanos, submetidos a chefes estáveis e alguns vivendo mesmo em regime de extremado despotismo, outros existem em que falta qualquer tipo de autoridade.

Fatores de múltipla natureza contribuem para esse último fenômeno.

O primeiro é que, realmente, as comunidades harmônicas e de âmbito restrito têm menor necessidade de organismos de supervisão. Nelas há uma vida mais rotineira, que se processa dentro de esquemas singelos e constantes. O passado orienta o presente, num apego ao tradicionalismo que desde logo gera a atrofia sobretudo do Poder Legislativo. As normas de cultura, os interesses são em linhas gerais comuns a todos os membros, de sorte que os princípios de convivência, em que estão mesclados Direito e Moral, também se revestem de maior simplicidade. São princípios que brotam naturalmente, por necessidades de todos sentidas, que se infiltram na consciência coletiva, e se torna fácil a sua comum aceitação. Dispensável, pois, é a presença de uma entidade que crie regras, impondo-as de cima para baixo. Os líderes que aí apareçam, em caráter permanente ou em momentos excepcionais, só se podem manter enquan-

to coerentes com os padrões convencionais e dispõem de limitada margem de ação. Ou então, substituindo o maquinismo governamental e sem ser recebido nessa qualidade, o que freqüentes vezes se encontra é a presença de um Conselho integrado por pessoas que por qualquer motivo se destacam (geralmente a idade avançada, a maior experiência), que se incumbem de orientar as atividades do grupo, resolver de acordo com a tradição os seus problemas e ajustá-los às normas de convivência.

Acresce que em ambientes assim formados existem poderosas forças naturais de contenção, porque tudo se passa ante os olhos de todos. A opinião pública cerceia estreitamente o individuo e, como este depende em forte medida do bando, assume particular eficácia a reprovação social incidindo sobre aquele que se desvie dos padrões usuais de conduta. Encontra-se aqui, em diferentes condições, aquela mesma autoridade “anônima”, “invisível”, de que fala ERICH FROMM (*Psicanálise da Sociedade Contemporânea*, p. 153 e segs.), que constringe cada um a manter maior docilidade aos modelos coletivos.

São exatamente enfim a simplicidade, o isolamento, a homogeneidade do grupo que mantêm o seu equilíbrio interno. Se, em vez, na comunidade, mesmo restrita, prevalece o antagonismo entre seus membros, a camada dominante só se pode manter à força da severidade e abundância dos meios coercitivos.

Quando se trata, ademais, de gente primitiva, outras circunstâncias se acrescentam.

Já tem despertado a curiosidade dos estudiosos a aparente incoerência existente no fato de que, a despeito de lhes faltar uma autoridade formalmente organizada e leis escritas que lhes imponham certo modo de vida; apesar do acentuado individualismo que nelas se encontra, as sociedades bárbaras, em vez de caírem na anarquia, se contêm dentro de forte disciplina e apego aos seus mores. Como escreve LOWIE, “de modo geral, pode-se dizer que

os indígenas observam mais facilmente as leis não escritas do Direito costumeiro que nós os artigos dos nossos códigos” (*obra cit.*, p. 319; também GIOVANNI LOMBARDI, *Sociologia Criminale*, pp. 53-4).

Não será difícil enumerar algumas razões do fenômeno. Há no homem primitivo forte tendência ao fracionamento em pequenos grupos e, quanto menor o grupo, mais estreitos serão os liames sociais que cercam o indivíduo.

Ele permanece, outrossim, enredado em confuso labirinto de temores. Liga-se muito fortemente ao bando, porque a vida, fora deste, se lhe torna geralmente impossível. Sente-se envolvido por elementos hostis: perigos, reais ou imaginários, da natureza, onde não pode viver isolado; riscos encarnados nas hordas vizinhas, em regra adversas, onde seria mal recebido.

Vigorando embora um regime de individualismo democrático, não se forma a noção de personalidade individual, que é substituída pela consciência social; e, pondera KELSEN, “a falta de autoconsciência, unida a uma forte consciência coletiva, dá lugar a sensibilidade muito aguda sobre o juízo da sociedade, em particular a vivíssimo temor da desaprovação pública” (*Società e Natura*, p. 53). Nessas circunstâncias, as prescrições costumeiras se tornam irresistíveis, porque nada se lhes contrapõe. “Os homens primitivos acreditam em magia, não porque ela dê resultado, mas a despeito do fato de que muitas vezes ela não dá resultado”: é que “os mores os fazem impermeáveis à experiência”. Assim, “quando os homens vivem numa comunidade em que os mores são dominantes, não podem eles nem resistir, nem criticar”. “A única oportunidade que temos de ser críticos é-nos dada quando há alguma escolha entre uma formulação dos mores que contradiz outra”².

2. ELLSWORTH FARIS, *A Natureza e Significação dos Mores*, pág. 376. Nesse sentido, também RECASÉNS SICHES: “Afirma-se geralmente que os povos primitivos são os mais conservadores. O costume primitivo indiferenciado — que é ao mesmo tempo regulação religiosa, moral,

De particular importância também, como força conservadora, são as exigências da reciprocidade, fruto sobretudo da interdependência que imperiosamente une os membros de um ambiente restrito. O princípio do mutualismo, escreve MALINOWSKI, “proporciona a sanção de cada regra. Em cada ato há um dualismo sociológico: duas partes que se permutam serviços e funções, do que decorre que cada uma delas cuide para que a outra cumpra sua parte do compromisso e se conduza com honradez” (*Crime e Costume na Sociedade Selvagem*, p. 40).

Nas descritas condições, em suma, o ser coletivo impregna e absorve a consciência do indivíduo, impondo-lhe naturalmente a fidelidade.

Adicione-se que, numa sociedade do tipo em exame, são entes sobrenaturais que regem os atos do indivíduo, em todos os pormenores. Os mortos lhe acompanham os passos, exigindo rígido conservadorismo. O que se vê agora não é apenas o simples hábito de manter por inércia os usos e costumes do passado (fenômeno que avulta na medida do isolamento de certo agregado humano), mas algo muito mais forte, de caráter sagrado, em que os espíritos dos que já se foram deste mundo ainda por tudo velam, a fim de impor, com prêmios e sanções, a obediência aos mores.

A religião costuma ser pobre de valores positivos, nela quase só avultando os aspectos negativos, ameaçadores. Por efeito de crenças animistas, o silvícola sente forças vi-

jurídica, política, do trato social, técnica, etc. — domina de fato com extraordinário vigor. Às vezes nem sequer é sentido como algo normativo, mas como um modo necessário de vida, até o ponto de que apenas chega a surgir a idéia de que possa ser infringido, e muito menos criticado. Desse modo, tal costume do grupo primitivo cria na mente de seus membros uma espécie de intenso preconceito contra a mudança. Aparece como algo sacrossanto e definitivo. Se alguém se atreve — coisa rara — a julgar criticamente as regras desse costume, é considerado ímpio, e se expõe ou à expulsão da tribo ou à morte” (*Tratado de Sociologia*, I, pp. 325-6).

vas nos elementos da natureza, contra os quais também cumpre acautelar-se. Sufoca-o cerrada rede de tabus, a prometerem sanções inexoráveis contra aquele que os violar. Já na infância o submetem aos chamados “ritos de iniciação”, tendentes a impregnar sua inteligência, para induzi-la a mística sujeição aos antepassados e a todo o universo sobrenatural.

Não é fácil para a nossa formação cultural alcançar a eficácia que terão na mente indígena esses fatores ocultos, a exercerem permanente fiscalização e que se supõe irão operar de modo imediato, em resposta a quaisquer desvios.

Tudo se passa de modo mágico, condensado em rígido mecanismo: infringida a regra, se segue *ipso facto* a condenação. A má conduta e a desgraça se apresentam como o verso e o reverso da medalha.

A lei da compensação domina toda a existência do homem bárbaro. E este, pobre de juízo crítico, não tem fáceis meios para fugir aos rígidos esquemas da sua vida social. Eis porque, diz LÉVY-BRUHL, “o indígena observa as prescrições tradicionais como obedece às regras, muitas vezes bastante complicadas, da língua que fala: sem dificuldade, como sem reflexão. Não imagina que elas possam ser diferentes” (*La Mentalité Primitive*, p. 301).

A vista desses dados, já se encontra uma parte da explicação para certos fenômenos próprios das coletividades incultas: o escasso número de violações contra a ordem social interna; a desnecessidade de um Governo e de uma Justiça formalmente constituídos, bem como da cominação de sanções para inúmeros atos reprováveis; a indiferença para com procedimentos lesivos a interesses de outros grupos; a indispensável reação vindicativa contra pessoas que violem os mores, mormente se estranhas ao bando.

3. *A mentalidade primitiva.* Em sua obra acima citada, que já se tornou clássica sobre o assunto, LÉVY-BRUHL faz observações, que em seguida resumimos, acerca da psi-

ciologia dos primitivos: eles vivem, pensam, sentem, se movem e agem num mundo que em numerosos pontos não coincide com o nosso. Sua vida compreende tão poucos incidentes, suas ocupações, pensamentos e cuidados são restritos a tão pequeno número de objetos que, necessariamente, as idéias se tornam também muito reduzidas e limitadas. Traço que sobretudo os caracteriza é a incapacidade de fazer abstrações. Assim, sempre que possível, o primitivo substitui o raciocínio pela memória. Por isso, não formula julgamentos de valor fundados sobre a comparação positiva de idéias e objetos.

Essa inaptidão para as construções lógico-abstratas, acrescentamos — que constituem o alicerce do pensamento jurídico, é um dos motivos do profundo atraso de todas as instituições bárbaras que dependam de tal tipo de raciocínio. E, quando consegue algum povo alçar-se nesse domínio, inclusive concatenando o seu Direito, aí está o sinal seguro de que começa a emergir do estado bruto.

Ademais, prossegue o referido autor, enquanto o homem moderno concebe o universo regido pela lei da causalidade, a mente selvagem é, em vez, essencialmente mística e pré-lógica; ou seja, constantemente orientada para as forças ocultas e com a maior freqüência indiferente à contradição. O primitivo nada se preocupa com a procura de ligações causais que não sejam de persi evidentes. Em lugar disso, recorre a poderes místicos, de tal sorte que em suas representações se confundem o mundo sensível e o mundo espiritual. Se se interessa por certo fenômeno, não pesquisa, como os civilizados, a sua origem natural, mas imaginará de imediato, como por reflexo mental, um poder oculto e invisível, de que esse fenômeno é a manifestação.

Logo, o que chamamos de *causa* não passaria de mera *ocasião*, ou, dizendo melhor, um instrumento a serviço do sobrenatural. Eis porque, da doença e da morte aos simples acidentes, a transição é insensível. Os rústicos não vêem diferença entre a morte sobrevinda por velhice ou

por moléstia e a morte violenta, já que nem a doença, nem o ataque de um animal, por exemplo, são as verdadeiras causas do resultado, mas estão simplesmente a serviço da força invisível que quis essa morte e que, para alcançar seus fins, teria perfeitamente podido escolher algum outro instrumento.

4. *A infelicidade desqualifica.* Em conseqüência do exposto, o infortúnio sempre tem, para o selvagem, um valor moral. A seus olhos, a infelicidade desqualifica. Quem é por ela atingido ao mesmo tempo decai moralmente. Objeto da cólera dos poderes invisíveis, torna-se um perigo para os seus e para o grupo social. Todos se afastam dele. Assim, exemplifica LÉVY-BRUHL, em certa tribo da África, já catequizada por missionários, os indígenas que padeciam qualquer sofrimento não comungavam, por entender que isso representaria uma profanação.

Igualmente VON HENTIG, lembrando o provérbio oriental que diz: “Não tenhas nenhum negócio com o que padece desgraças”. O aforisma não revela oportunismo ou falta de misericórdia, mas repousa numa crença, muito antiga, segundo a qual todo fracasso do homem encerra um sentido ético (*La Pena*, I, p. 111).

Lembre-se, a propósito, a importância simbólica que sempre teve sobretudo a lepra, em inúmeros povos da Antigüidade. Era doença, a um só tempo, física e moral, qual marca divina que apontava à execração seu portador.

Concomitantemente, a formação mística gera no primitivo um conformismo fatalista, que o leva a aceitar passivamente a má sorte. A desgraça equivale a uma ordália e, portanto, querer subtrair-se o paciente ao seu destino gera o risco de provocar a cólera dos espíritos. Assim, *v.g.*, cair nas mãos do inimigo, ser feito prisioneiro, é mal comparável à moléstia, ao naufrágio, à queda de um raio, etc. Revela o rancor das forças invisíveis, sem dúvida irritadas por alguma falta da vítima. O prisioneiro escravizado, se

fugir, não poderá reconquistar a sua antiga posição na própria tribo. Em vez, os seus o tratarão com prudente desprezo.

5. *Misticismo e lei da causalidade.* O fato de estar o mundo selvagem tão impregnado de misticismo é forçosamente fértil de conseqüências no campo penal.

Enquanto o homem civilizado dispõe de grande massa de informações (ou no mínimo tem meios de suspeitar a sua existência), que lhe dão nítida e tranquilizadora compreensão da trama causal que governa os fenômenos naturais, — o primitivo vive perdido entre mistérios e perigos, efetivos ou supostos, para os quais não dispõe de explicações racionais. Falta-lhe outrossim segurança, porque não tem consciência das próprias forças. De conseguinte, sua formação de imagens se rege pela afetividade; e, para satisfazer o instintivo anseio de esclarecimentos, o pensamento se volta para o fantástico. O fenômeno, aliás, ainda hoje pode ser comprovado. “Todas as vezes que o psiquismo é dominado pela afetividade — emoção, paixão, psicoses, — o pensamento regride à sua fase mágica” (ALVES GARCIA, *Princípios de Psicologia*, p. 86). O mesmo sucede na infância, em que predomina a fantasia na representação da realidade.

Não será correto, todavia, pretender que ele possua mentalidade pré-lógica, no sentido de falta de harmonia e síntese na sua cultura, nem que viva à margem da lei de causalidade. Nestes pontos, acreditamos que LÉVY-BRUHL mal interpretou os dados analisados em sua obra.

Magia e ciência não se justapõem numa relação de começo e fim, isto é, de sucessivos graus de conhecimento, a segunda representando um desenvolvimento da anterior. São, ao contrário, dois moldes culturais, duas estruturas de pensamento distintas, ambas intrinsecamente coerentes e completas, que trabalham em posições paralelas. Assim, o rústico, com sua fantasia criadora, concebe também um uni-

verso harmônico e lógico, do mesmo modo que o cientista. Universo regido por ligações causais, ainda que ilusórias. É que, não dispondo de meios para localizar o encadeamento real das coisas — só possível de compreender através de dados que não lhe estão ao alcance, — sua afetividade o leva a conceber o mundo à imagem e semelhança dos próprios sentimentos, das suas emoções projetadas no ambiente externo. O ponto de partida da cultura primitiva está, pois, nessa afetividade, sobre a qual entretanto repousa um raciocínio que se desdobra coerentemente. As conclusões que tira são logicamente válidas. As premissas de que partem é que se revelam falsas.

Em razão disso, mais, talvez, do que a inteligência do indivíduo moderno, o pensamento mágico sente exigências deterministas. No caso de um raio que mata certa pessoa, o homem de hoje sabe que o fato se deve ao acaso, e se satisfaz com a apreensão do curto vínculo de causa e efeito que se exaure entre os dois fenômenos. Para o selvagem, tal explicação não basta, porque é levado a procurar outras, escondidas por detrás do acontecido, nas névoas do sobrenatural. E assim como o civilizado tem consciência de que, se operar de certo modo sobre uma força geradora, se altera o curso da concatenação evolutiva, também o homem arcaico supõe que pode influir nas leis do determinismo através de uma operação mágica, ou ritual.

Aquela projeção afetiva do primitivo se torna particularmente explícita através do animismo, que acarreta a espiritualização de toda a natureza. Em cada coisa, viva ou não, se pode esconder uma alma; a qual, ademais, dispõe de amplas possibilidades de transmigração. Não há, portanto, diferença essencial entre os seres, menos ainda entre aqueles dotados de movimentação — homens e animais.

Disso decorre toda uma peculiar formação mental, cujos raciocínios e conclusões se tornam totalmente desconcertantes, se apreciados dentro da lógica moderna. KELSEN,

por exemplo, refere que os indígenas australianos, ao verem pela primeira vez um homem a cavalo, supuseram que este fosse a mãe daquele. Porque, em sua tribo, as mulheres costumavam carregar os filhos atados às costas (*obra cit.*, p. 52). Fato semelhante ocorreu no Sul do Brasil: quando lá chegaram os espanhóis, manifestaram os habitantes muito medo dos cavalos, “e rogavam ao governador lhes dissesse que não se aborrecessem” (CABEZA DE VACA, *Naufragios y Comentarios*, p. 178).

Como pouco se preocupa com as vinculações objetivas, o indivíduo inculto facilmente substitui o real pelo imaginário, sendo capaz de sinceramente admitir como verdadeiro algo cuja inexatidão esteja diante dos seus olhos. É o que explica, entre outras curiosas atitudes, certos gestos de absurda cortesia: quando alguém lhe pede uma informação, muitas vezes não responde aquilo que sabe ser correto, mas o que supõe mais agradará ao interlocutor (hábito que ainda mantém vestígios em nosso caboclo atual).

De igual maneira, a firme crença num sobrenatural permanentemente imiscuído nos negócios humanos justifica a absoluta confiança que os povos primitivos têm nas ordálias, de que sempre fizeram freqüente emprego. Tão arraigada foi essa prática, que se projetou por muitos séculos da nossa civilização³.

O mesmo se pode dizer quanto à chamada morte por encantamento. Modernamente não se duvida da eficácia de certas práticas malignas, em que o desfecho letal efetivamente sobrevém por efeito de mecanismo psico-fisiológicos que sofre o paciente, em decorrência da sincera per-

3. Consiste a ordália, ou julgamento de Deus, em a Justiça provocar a manifestação divina, a fim de saber se é ou não culpado por crime alguém que, suspeito embora, afirma sua inocência. Por exemplo, atirava-se o sujeito às águas, de pés e mãos atados: se sobrevivesse, aí estaria o seguro sinal da ausência de culpa. Sobre o assunto, ver o minucioso estudo feito por LADISLAO THOT, em *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal*, “Arqueología Criminal”, La Plata, 1940.

suasão sobre o valor da magia, de que estão imbuídos ele, o agente do malefício e toda a cultura em que se acham imersos.

Também se coaduna com a descrita formação mental a ausência de gratidão, muito comum entre gente rude e que tanto choca o devotamento de missionários: a cura de moléstias, ou qualquer ajuda, não representam mérito pessoal do benfeitor, que apenas age como instrumento de poderes ocultos.

6. *Os tabus*. Como estamos vendo, “contrariamente ao que durante muito tempo se acreditou, a alma primitiva não é uma alma simples, mas cheia de complicadas relações e pressupostos” (SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, I, p. 92).

Outro produto direto da formação psíquica do selvagem são os tabus que governam o comportamento individual-social. Os tabus, para FREUD, *constituem* “uma série de restrições a que se submetem os povos primitivos; isso e aquilo são proibidos, nem eles mesmos sabem por que, nem se preocupam sequer com investigá-lo e, considerando tudo perfeitamente natural, submetem-se às restrições e estão convencidos de que a violação lhes atrairia automaticamente os piores castigos” (*Totem e Tabu*, p. 42). Tais restrições, adverte, “são algo muito distinto das proibições puramente religiosas ou morais. Não emanam de nenhum mandamento divino, mas proibem por si próprias”. Assim, “carecem de todo fundamento; são de origem desconhecida; incompreensíveis para nós, parecem lógicas para aqueles que vivem sob o seu domínio” (pp. 37-8).

Originariamente, a punição ligada à sua infringência foi “entregue a uma força interior que havia de atuar de modo automático. O tabu violado vinga-se a si mesmo. Mais tarde, quando começa a constituir-se a representação da existência de deuses e demônios, com os quais o tabu entra em relações, espera-se do poder divino uma punição auto-

mática. Em outros casos, e, provavelmente, em consequência de um desenvolvimento ulterior dessa noção, torna a sociedade a seu cargo o castigo do atrevido, cuja falta atraiu o perigo sobre os seus parceiros. De modo que — conclui FREUD — os primeiros sistemas penais da humanidade se ligam ao tabu” (p. 40). Certo é que “a transgressão de certas interdições do tabu significa um perigo social e constitui um crime que deve ser castigado ou expiado por todos os membros do grupo, sem o que virão a sofrer todos as suas consequências” (p. 62).

O citado autor dá, para o fato, interpretação puramente psicanalítica: o perigo que emana da quebra de um tabu será, a seu ver, entendido se “substituírmos os desejos inconscientes por impulsos conscientes”. Está esse perigo “na possibilidade de uma imitação que teria por consequência a dissolução do grupo. Deixando os outros impune a violação, confessariam sem querer o desejo de fazer o mesmo que o culpado fez” (pp. 62-3).

VILFREDO PARETO, a seu turno, lembra que, ao depararmos com certo tabu, lhe queremos desde logo atribuir alguma razão lógica, quando em verdade ele pode não ter nenhuma, ou ser diferente daquela que imaginamos (*Traité de Sociologie Générale, I*, p. 592).

Haverá, nessas opiniões, alguma coisa a retificar ou acrescentar. O tabu, é exato, se pode apresentar tanto como algo que encerra uma utilidade visível (ainda que só correta dentro da mentalidade dos que nele crêem), como se revelará qual imperativo puramente gratuito, que cumpre obedecer, por motivos não racionalizados, mesmo porque é sempre garantido o castigo emergente da sua violação. Mas, como pano de fundo dessa rede de mandamentos estão solicitações emotivas calcadas no sobrenatural. Por isso, ligam-se de preferência a fenômenos mais carregados de caráter afetivo (nascimento, morte, puberdade, casamento, procriação, etc.).

São os entes espirituais que os tutelam e velam pela sua observância. Neste sentido, os tabus se apresentam como

imposições do mundo invisível, ou, se se quiser, a sua inspiração será “divina”. Muitos deles são imperativos somente em decorrência da sua índole mística. Outros terão a sua fonte geradora na sabedoria intuitiva acumulada durante gerações, em que a experiência foi sentindo o caráter prejudicial ou vantajoso de certas atitudes, aos poucos transformadas em regras, negativas ou impositivas, de conduta. Paulatinamente, assim, penetram e passam a integrar os mores do grupo, compondo a sua filosofia social.

Mas o aspecto que mais importa realçar, numa apreciação do valor jurídico do fenômeno, é este.

Enquanto para o pensamento civilizado existem planos — o mundo natural e o mundo normativo; a ordem lógica e a ordem moral — superpostos, interligados, mas que se apresentam inconfundíveis, — para o homem primário há completa e substancial interpenetração de concepções.

Se o mundo não está regido por leis puramente naturais, neutras, de causalidade cega; se o inteiro universo, inclusive em pormenores, é manipulado, orientado, tangido por idéias-valor que se inserem num planejamento que em tudo se revela, — daí se segue a total confusão entre os mundos físico e normativo, entre as ordens natural, moral e social.

A própria natureza, com suas forças ocultas e inteligentes, se apresenta como legislador e ministrador da “justiça”. Aquilo que se acredita representar sua vontade fica transformado em tabu, que não pode deixar de ser obedecido.

Aqui, portanto, encontramos inserido todo um Direito Penal enigmático, místico, para nós incompreensível. A quebra de certo tabu acarretará conseqüências inexoráveis e automáticas para o agente. Mas pode também suceder que sobrevenha um risco para toda a coletividade, sobre a qual recairá a vingança dos espíritos ofendidos. E então é preciso punir o culpado, ou porque criou a possibilidade de um mal generalizado, ou porque, tomando-se a iniciativa do seu castigo, se aplacam as iras da divindade ultrajada.

Também em razão do exposto decorre a enorme dificuldade de fazer-se o catálogo dos procedimentos puníveis, numa comunidade bárbara, porque o seu campo é muito flutuante, sobretudo no amplo setor em que a noção de “crime” se liga à de desobediência a tabus.

É que, primeiro, varia de grupo para grupo esse campo, na dependência das respectivas condições de vida, dos costumes, das crenças existentes, etc. A seguir, por outra ordem de consideração. Hoje, tendo como fonte inspiradora certos valores *a priori* reconhecidos, o legislador indica as ações típicas que merecem pena. Algo equivalente também faz o silvícola, admitindo que determinadas maneiras de proceder representam ofensas a algum tabu, ou aos mores do grupo, e que, portanto, justificam um castigo. Mas, freqüentemente, ele segue caminho inverso. Isto é, presente um infortúnio (seca, escassez de caça, derrota em combate, etc.), acredita que tal seja resultado de alguma conduta reprovável, que procura identificar através de critérios empírico-supersticiosos. Assim, em inúmeros casos encontramos o que em linguagem modernizada chamaríamos de tipos criminais completamente abertos: será delituosa qualquer ação que eventualmente, em certa conjuntura, se reputar responsável pelo desencadeamento das forças mágicas.

7. *O problema da responsabilidade penal.* Atualmente, só se justifica a aplicação da lei penal quando se apresenta algum malefício na realidade objetiva; e a responsabilização pelo mesmo descansa em juízo de censura que depende do preenchimento de rigorosos requisitos: haver pessoa mentalmente capaz de merecer reprovação, na hipótese vertente (imputabilidade). A seguir, pessoa ligada ao mal ocorrido, em regra por duplo vínculo — de causalidade física, estabelecendo um nexó entre alguma sua conduta livre e aquele evento; de causalidade psíquica, que faça aparecer a ofensa como projeção de certa atitude espiritual, traduzida em dolo ou culpa (culpabilidade).

Logo, o Direito moderno só se interessa por ações humanas; e exclusivamente o ou os efetivos responsáveis podem pagar por um crime, jamais terceiros inocentes (princípio da personalidade da responsabilidade criminal).

Tudo isso parece hoje elementar, porque representa, para a nossa formação cultural, postulados intuitivamente justos, de que se deve impregnar a ordem jurídica; e o progresso da nossa disciplina tem precisamente consistido no contínuo aperfeiçoamento das citadas exigências. Espanta ver, no entanto, o quão recente é o domínio dessas idéias na história da humanidade.

Se recuarmos algumas poucas centúrias, já encontraremos a Justiça organizada em estruturas lógicas mui distintas. Imiscuia-se com largueza o Poder sancionador nos domínios da estrita consciência individual, enveredando por extremado subjetivismo. Ou, ao inverso, o fato de se ter apresentado algum dano justificava formas aberrantes de responsabilização. Alheava-se a Justiça às idéias de imputabilidade, culpa, causalidade objetiva. O fenômeno se explica por uma série de razões morais, religiosas, culturais, políticas, etc., que não importa averiguar aqui. Mas pôde persistir e teve aceitação popular porque representava também a sobrevivência de formas arcaicas de reação contra o crime, profundamente enraizadas em imemoriais costumes e nos instintos humanos. Notadamente, como resíduo da vingança privada, da lei de compensação e de primitivas concepções místicas.

A vingança privada tende fatalmente à responsabilidade objetiva; assim como à responsabilidade comunicante, transmissível a terceiros, e chega sempre à responsabilidade coletiva. Por motivo de um dano sofrido, a reação se exerce, se possível, contra aquele que o produziu. Mas pode também resvalar pelo causador do mal e alcançar diferentes pessoas, a ele ligadas por laços de solidariedade familiar, totêmica, social, etc. Impera a lei da compensação, a funcionar meca-

nicamente, como regra absoluta, indispensável e cega. Pouco importa averiguar se houve ou não culpa moral por parte do sujeito contra o qual ela se executa.

Eis porque, assinala FAUCONNET, “a instituição da *vendetta* não pode atuar, desenvolvendo todas as conseqüências de seu princípio, senão em sociedades de determinada estrutura: é preciso que os grupos domésticos, fortemente integrados, sejam completamente independentes uns dos outros, ou muito tenuamente federados. Porque, de um lado, a *vendetta* é uma obrigação essencialmente doméstica e, de outro lado, toda organização política forte tende necessariamente a destruir um regime endêmico de guerras privadas: o desencadeamento de vinganças ilimitadas ameaçando constantemente de dissolução a federação de famílias que elas põem em confronto. A limitação da *vendetta* é, pois, uma das manifestações principais do progresso político” (*La Responsabilité*, p. 122).

A supressão, todavia, não se faz com facilidade. Resíduos do seu sistema persistiram em manter-se ocultos, e atravessaram os séculos.

Também as sanções penais por faltas de índole religiosa nasceram em ambiente de responsabilidade objetiva, do que só aos poucos e mui arduamente a humanidade lutou por libertar-se. A sua origem está no primitivo pensamento místico, em que se impunha apaziguar a divindade ultrajada, investindo contra o portador de determinada impureza. Em certos casos, a infringência de algum tabu representava como que infecção contagiosa, que se podia propagar àqueles que com o seu portador mantivesse contato, ou que com ele possuíssem determinados vínculos. Sobrevivência disso, por exemplo, é a passagem em que, preso ainda à concepção divina do soberano, o Livro V das nossas Ordenações Filipinas compara o crime de lesa-majestade à lepra, de modo, acrescenta, que não só condena o que o comete, mas “empece e inflama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa”.

Assim, será remontando à mentalidade primitiva, onde se vão encontrar as matrizes das quais se originaram essas concepções, que compreenderemos muita coisa do que se passou com o Direito Penal em sua longa trajetória.

Se penetrarmos no pensamento bárbaro, para aí localizar as fontes primeiras da atividade repressiva, nos encontraremos em outro mundo, totalmente diverso do nosso. O mundo da magia, que tudo encobre e por tudo se infiltra, qual denso nevoeiro.

A magia, consoante FRAZER, repousa sobre dois erros lógicos principais: a) imitando o efeito desejado, se pode produzir esse efeito (“magia homeopática, ou de imitação”); b) as coisas que estiveram em contato num certo momento podem, quando separadas, agir uma sobre a outra, como se o contato não houvesse cessado (“magia de contágio”). Os resultados produzidos por essas crenças sempre foram lamentáveis. “Entre os povos primitivos, particularmente na África, uma morte natural foi geralmente, ou mesmo regularmente atribuída aos efeitos de magia malfezeja e de ordinário se vingou essa morte sobre um culpado imaginário, na realidade inocente (*Magie et Religion*, p. 195).

Para a mentalidade primitiva, a ocorrência de qualquer mal, individual ou coletivo, inclusive oriundo de fenômenos da natureza, induz a procurar o responsável. “O homem primitivo faz decorrer os eventos que quer compreender não de elementos da mesma espécie, mas de elementos de espécie diversa, não de um objeto, mas de um sujeito, não de uma coisa, mas de uma pessoa. Quando quer explicar algo, não pergunta: “Como ocorreu isto?”. Mas: “Quem o fez?”. Por exemplo, em épocas de seca, não procura *o que*, mas *quem* impede a chuva de cair. “Toda vez que o homem primitivo quer explicar um novo acontecimento, que antes lhe era desconhecido, começa por atribuí-lo a uma pessoa, ou, se esta não é visível, a um espírito” (KELSEN, *obra cit.*, pp. 75-6).

Apega-se em regra a alguma destas três hipóteses: a) alguém produziu o dano por meios mágicos; b) ou certa pessoa, ao causá-lo materialmente, agiu como simples instrumento de forças ocultas, oriundas diretamente dos espíritos ou de processos mágicos desencadeados por terceiros; c) ou, ainda, o malefício teve imediata origem no mundo scobrenatural (quicá devido à infringência de algum tabu), hipótese em que pode ser necessário propiciar os entes superiores, punindo o suposto culpado, ou oferecendo-lhes algo em holocausto, como um animal ou um ser humano.

Seja como for, primeira conseqüência dessas crenças é permanecer sempre abandonado na sombra o problema do vínculo de causalidade material, que se apresenta com escassa significação. De início, por ser em muitos casos irrelevante a visível circunstância de que certa pessoa tenha produzido a lesão, já que o verdadeiro responsável pode não ser esse causador, mas outrem que dele se valeu como intermediário. A seguir, porque mesmo quando nenhuma ação humana se vislumbra como razão direta e material da ofensa, daí não se segue a inexistência de responsáveis.

Outro fator a influir decisivamente na solução que o selvagem dá ao assunto é o princípio da compensação, que envolve e contém a idéia de vingança. A mancha de sangue unicamente se extingue com sangue. Impõe-se sempre uma reação expiatória — contra o autor, efetivo ou suposto, do mal, ou contra terceiros a ele associados. Tal irresistível anseio de anulação da ofensa talvez se possa explicar pela inconsciente necessidade de manter o equilíbrio na natureza. Mas geralmente é racionalizado pelo primitivo como imposição do mundo espiritual, que orienta e fiscaliza os negócios humanos.

Esse princípio tudo domina, por tudo se insinua. Caracteriza-o a convicção de que toda lesão exige lesão equivalente. Sua natureza aliás é dupla: não só significa que uma perda sofrida por alguém deve ser compensada com outra perda igual, mas, num segundo momento histórico, passa

também a abranger a idéia de que qualquer vantagem recebida deve ser paga com outra vantagem correspondente. Ele aparece pela primeira vez ao homem bárbaro na drástica forma da “lei de talião”. São observações de KELSEN (*obra cit.*, p. 97 e segs.), que, à p. 108 e segs., mostra como a inteira vida individual, social, religiosa, etc., dos ambientes arcaicos é sempre regida por essas regras. “O homem primitivo age com base no princípio da compensação em todos os casos em que recebe o bem ou o mal ou o inflige a outrem, e o seu comportamento é perfeitamente igual quando se dirige a um membro do próprio grupo ou a membro de grupo estranho, a um homem ou a um animal, a planta ou a objeto inanimado, ou a uma divindade” (p. 108).

Para atuar a compensação, basta que, aos olhos do paciente, a ofensa tenha sido injusta. Por esta deve pagar alguém, mas a escolha do responsável precinde dos requisitos da causalidade objetiva e da culpabilidade. Só importam a realidade do dano e o seu vulto. A direção, já advertia STEINMETZ, não é elemento essencial à vingança. A idéia que a orienta é só a de neutralizar o mal sofrido.

Assim, entre uma infinidade de exemplos, esta ocorrência aludida por LOWIE: em determinada povoação indígena, um menino morreu queimado pelo fogo que certa mulher acendera a fim de esquentar a água de limpeza. Embora a mulher nenhuma culpa tivesse, exigiu-se em troca a vida do seu filho (*obra cit.*, p. 392).

8. *Imputabilidade e culpabilidade.* Não se preocupa pois o homem primitivo com a verificação da culpabilidade. Em regra, a reação expiatória se faz em termos estritamente objetivos.

Como escreve LÉVY-BRUHL, a infração gera suas conseqüências independentemente das intenções do agente, de maneira pode-se dizer automática. A chuva não cai, sobrevém uma tempestade, a caça desaparece, não porque, *v.g.*,

certa gestante provocou o abortamento, mas porque, sobrevivendo este, ela não observou os tabus necessários. Pouco importa que o seu ato tenha ou não sido intencional.

Melhor ainda. “A ausência de intenção, por parte daquele que se torna culpado de uma infração, constitui mais propriamente circunstância agravante do que escusa. Nada sobrevém por acaso. Logo, como se pode ter dado que tal homem haja sido assim conduzido a praticar sua falta sem querê-la e sem o saber? Seguramente ele já será vítima de um poder oculto, ou objeto de certa cólera que se deve amansar, salvo — hipótese ainda mais grave — se esconde em si próprio, à sua revelia, algum princípio malfazejo. Em lugar pois de se sentir tranquilizado pelo fato de que ele não podia conhecer sua falta no momento em que a cometeu, e que esta, em consequência, era inevitável, sua inquietação redobra. Torna-se indispensável, agora, procurar (em geral pela adivinhação) o motivo pelo qual ele foi colocado em situação tão perigosa” (*obra cit.*, pp. 308-9).

Mesmo quando se patenteia a causa de um crime, o pensamento rude o interpreta de maneira surpreendente. As razões — fome, cólera, ciúme, amor, etc. — saltam aos olhos. Os homens primitivos as percebem, como bons observadores que são. Mas, a seu ver, tais motivos não passam de condições secundárias, que nada explicam. Se alguma árvore cai esmagando alguém, não foi essa queda a verdadeira causa da morte. A árvore matou porque algum feiticeiro a havia “condenado”, de sorte que ela se apresenta como mero instrumento para a execução do malefício. Igualmente, o indivíduo que assassina seu rival obedece a uma paixão, mas aí não estará a real origem do ato. Esta deve ser procurada alhures: “A verdadeira causa pertence sempre ao mundo invisível. O homem é ao mesmo tempo culpado e vítima (as duas noções não se distinguem na mentalidade primitiva, como sucede para nós). Se aquela causa consiste num princípio que habita nesse homem, ele é um portador

de azar, feiticeiro, e a acusação fatal não tardará a formular-se” (idem, pp. 309-10).

Independendo pois a condenação criminal de se verificarem os nexos de causalidade objetiva e subjetiva; visto que quase tudo se pode resolver através de relações mágicas vinculantes e geradoras da responsabilidade, — *a fortiori* nenhuma relevância deverá ter o requisito da imputabilidade. Nenhuma atenção merecerá o fato de se achar o agente eventualmente, no momento do crime, privado de discernimento e vontade. Melhor, em casos tais, isso até mesmo irá talvez confirmar as suspeitas existentes a seu respeito.

O estado de coação, a embriaguez, os distúrbios emocionais, não podem, via de regra, constituir motivos de desculpa. Nem as anomalias mentais, que se apresentam, para o homem primitivo, plenas de misteriosas significações. Sequer o sono importa, porque leva o individuo a entrar em contato com o mundo espiritual e, assim, se supõe que mais facilmente conseguirá induzir outrem a praticar algum malefício.

De igual modo, em princípio nenhuma diferença existe com fundamento no sexo ou idade do agente responsabilizado pela falta. É comum, entre povos rudes, cercar-se a mulher de valor místico, por suas funções geradoras, o que às vezes constitui motivo para nela ver maior fonte de perigos. Também as crianças sempre foram normalmente responsabilizadas nas sociedades pré-letradas, inclusive devido à suposição de que nelas podia estar encarnado algum adulto já falecido. O menor é alcançado pela reação vindicativa, ou como responsável direto do crime, ou porque envolvido nas malhas da responsabilidade coletiva.

Por fim: a vingança do selvagem se exerce até contra animais, plantas e quaisquer coisas inanimadas. Exige-o a lei da compensação, reforçada neste passo por naturais impulsos reativos oriundos dos subterrâneos da mente, e pelas crenças animistas, mercê das quais tudo, na natureza,

pode ter uma alma. Aliás, interessante é que, em vez de definir, o fenômeno aumentou com o progresso da civilização: a responsabilização penal de animais, sobretudo, não só foi comum entre os povos cultos da antigüidade, mas continuou mesmo a crescer depois, até atingir o apogeu no Ocidente já cristianizado.

9. *Responsabilidade coletiva.* Sob a égide dessas idéias todas, forçosamente o primitivo se vê tanguido para os domínios da responsabilidade coletiva, em que se nivelam num mesmo tratamento culpados e inocentes.

A falta de consciência da personalidade individual; os vários laços que estabelecem forte coesão social; coesão inclusive de natureza mágica, totêmica; fatores vários, enfim, fazem com que cada membro se confunda com o grupo a que pertence. Não é concebível um homem isolado na própria individualidade. O indígena é sempre indistacável do seu grupo. Há círculos concentricos de coletividades que se superpõem — a família, a aldeia, o clã, a tribo, o totem, — cada uma delas apresentando-se qual massa uniforme, em que se dissolvem as pessoas. Sente-o também o indivíduo, com respeito a si próprio, ligando-se à comunidade e aderindo à consciência social.

Convencido, diz KELSEN, “de que as qualidades morais sejam substância, o homem primitivo chega a crer que o mal, como a moléstia, é contagioso. Logo, a culpa de um indivíduo assume caráter coletivo, porque necessariamente se estende àqueles que vivem com o culpado ou com ele mantêm estreitos vínculos sociais. Por esse motivo a responsabilidade coletiva tem tanta importância para a ordem legal primitiva. Um homem primitivo acha absolutamente óbvio que a vingança se exerça sobre todo o grupo, não obstante o delito tenha sido cometido por um só membro, e considera justo que os filhos e netos paguem o tributo pela culpa dos ascendentes. Isso porque o pecado, como a moléstia, é uma substância, e se torna portanto con-

tagioso e hereditário” (*obra cit.*, pp. 37-8). Prova-o, continua, referindo-se inclusive a algumas tribos sul-americanas, o costume que às vezes se encontra de submeter ao mesmo tratamento, em caso de moléstia, não só a pessoa doente, mas também todos os membros da sua família.

Atua assim a solidariedade grupal, profundamente arraigada na mentalidade bárbara, tanto no sentido ativo como no passivo: a ofensa dirigida a uma pessoa alcança a inteira comunidade a que ela pertence, de sorte que a vingança se deve exercer por todos; e responsáveis, à sua vez, serão tanto o autor da lesão quanto os do seu grupo. A única exceção está forçosamente constituída pela hipótese de se defrontarem dois sujeitos de um mesmo círculo, caso em que o problema se torna só individual: ou o chefe acaso existente naquele ambiente interno pune o culpado, ou tudo se resolve entre as duas pessoas interessadas.

A sanção coletiva se infiltra por toda a história da humanidade, inclusive porque representa tendência irracional do ser humano, que a civilização a custo sufoca. Ainda hoje, sempre que se encara algum ofensor na sua qualidade de membro de certo grupo, o ímpeto natural é fazer com que a reação alcance terceiros a ele ligados. Às vezes, tal poderá ocorrer pela latente suspeita de que o malefício a todos aproveitou, ao menos moralmente, de sorte que todos devem por ele pagar. Mais comumente, todavia, essa propagação da vindita se apresenta de forma puramente automática.

10. *Sanções.* Após tudo quanto já foi visto, pouco será preciso acrescentar sobre o sentido da repressão penal no tipo de sociedade que nos importa.

Entende-se modernamente que na pena se devem coordenar os seguintes escopos: justa retribuição pelo fato reprovável, em obediência aos imperativos éticos que devem ser mantidos e reforçados na consciência coletiva; a prevenção geral, que visa, através da cominação e aplicação

de sanções, atemorizar a generalidade dos membros do agregado, convencendo-os a se absterem da prática de crimes; a prevenção especial, com o objetivo de neutralizar as tendências malfazejas acaso existentes em certo condenado — afastando-o definitiva ou temporariamente da vida social, amedrontando-o, para que de futuro não mais viole a lei, ou (finalidade superior) corrigindo-o efetivamente.

Com exceção da última, a de obter a regeneração do faltoso, todas essas idéias também se encontram nas comunidades primitivas, de modo explícito ou implícito. Como declara DURKHEIM, “entre a pena de hoje e aquela de antigamente, não há um abismo”, porque se equivalem suas funções e elementos essenciais (*De la Division du Travail Social*, p. 52 e segs.).

De parte do indivíduo, existe o instinto de reação contra atos prejudiciais aos seus interesses. Não só a mera auto-defesa própria de todos os seres vivos e que ALIMENA confunde equivocadamente com a origem da Justiça Penal (*Principii*, I, p. 71), — mas reação que se volta também contra as agressões passadas, quicá em obediência a inato senso de justiça ou que, psicologicamente, poderá talvez ser explicada pelo sentimento de inferioridade de que fica tomado o ofendido e que só pode ser anulado mediante a colocação do ofensor em equivalente ou pior situação.

Encarado o fenômeno da perspectiva da comunidade que autoriza, incentiva, obriga e, conforme o grau de adiantamento, disciplina essa reação, aí encontraremos sempre presente a consciência do seu valor social.

Alega-se que a vingança privada não pode considerar-se a primeira manifestação de um Direito repressivo, porque “é puramente pessoal e a sociedade permanece estranha e indiferente a ela” (*v.g.*, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, p. 55). O asserto não é, pelo menos, inteiramente correto. A moral primitiva, em boa parte envolvida por toda uma roupagem mística, impõe a vindita, às vezes até como imperativo sagrado. A opinião pública constrange a vítima e

os seus a reagirem, porque sente que a impunidade do ofensor representaria uma ameaça para o equilíbrio, a paz, a integridade sociais. A praxe estabelece as hipóteses, as modalidades, os limites da reação cabível em cada caso. Ai está a ordem jurídica calcada nos costumes, nas crenças religiosas, brotando da consciência de todos e que exige a própria conservação. Simplesmente, por força das limitações do Poder porventura existente, ou devido à sua falta, deixa-se a cargo dos lesados a tarefa repressiva.

O Direito assim constituído será forçosamente esquemático, nebuloso, mas nem por isso deixa de representar um instrumento de conservação da ordem pública. A reação não fica entregue ao inteiro alvedrio da vítima, porque resulta de imposição do pensamento coletivo. Em consequência, o que a História mostra existir em toda comunidade primitiva não é a simples *faculdade* de vingar-se o ofendido ou seu grupo, mas o *dever* de fazê-lo.

O que varia é o modo de realizar-se a vingança. Se, num primeiro momento, permanece em larga margem entregue à discrição da vítima, o progresso neste terreno consiste em restringir-se cada vez mais a liberdade com que é exercida: na medida em que se aperfeiçoa a organização coletiva, da anárquica vingança privada, emotiva e geradora de excessos, o aparecimento de um Poder central leva inevitavelmente ao seu cerceamento. Evolui-se para o talião, para a composição pecuniária; opõem-se limites à intensidade da reação, indicam-se aqueles que poderão sofrê-la; e chega-se afinal à substituição da vingança pela pena, a cargo exclusivamente do Poder Público.

Esse, em linhas gerais, o processo seguido pela repressão criminal dentro de cada grupo. O que permanece incontroladas são as relações vindicativas entre grupos diferentes, porque as recíprocas ofensas e as consequentes respostas participam do crônico estado de beligerância que entre eles normalmente se mantém.

11. *Direito Penal, Direito Civil.* Resta verificar, por derradeiro, se tudo isto que vimos descrevendo poderá compor o conteúdo de um autêntico Direito Penal.

“Desde a origem das sociedades”, lembra JULES LOISELEUR, “encontram-se em toda parte castigos aplicados às faltas individuais, como meio de preservação para a família humana” (*Les Crimes et les Peines dans l'Antiquité et dans les Temps Modernes*, p. 2). Devemos acrescentar mesmo que o Direito repressivo constitui historicamente a primeira manifestação jurídica dos povos. E aqui entramos em tema assaz delicado, que só abordaremos de passagem.

Nota-se, de fato, que as regras consuetudinárias dos povos pré-letrados se apresentam carregadas de sanções e que outrotanto sucede nos primeiros corpos legislativos escritos que conhecemos, onde avulta o teor punitivo.

Não se pode explicar o fenômeno, como pretendem alguns, pela maior brutalidade do homem primitivo, o que o levaria à fácil prática de atos ofensivos; nem com o supostamente elevado número de casos de indisciplina social que caracterizaria a má organização das sociedades bárbaras, como querem outros, pois verificamos que nada disso é exato.

O que sucede é que, quanto mais incipiente se revela uma cultura, menos ensejo há para declarar-se o que hoje chamariamos Direito Civil: devido à pobreza dos seus esquemas de relações pessoais, uns poucos costumes se revelam suficientes para disciplinar a vida do agregado. São tradições, convencionalismos, tabus, que têm como pano de fundo concepções místicas ou que se originam da experiência. Transformam-se em mores, que, sob a forma de usos e ideologias prescritivas, impregnam a consciência geral e aos quais todos prestam natural e inconsciente obediência. A regulamentação da vida, assim, se estabelece com independência de diretrizes criadas pelo Poder central ou para que existam, precindem de qualquer expressa

declaração da coletividade. É nesses usos e costumes que se acha o Direito Civil, de modo latente.

No momento, porém, em que certa comunidade evolui e as suas formas de coexistência se vão tornando mais complexas — troca de utilidades, compra e venda, partilha de heranças, relações de trabalho, etc., — cresce a necessidade de se editarem normas que as regulamentem, inclusive estatuinto os correlatos direitos e obrigações (cfr. MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, livro XVIII, caps. XI a XIII).

Nos graus inferiores de civilização, quase só se compreende uma tomada de posição do grupo quando os mores são infringidos. Então, sim, — inclusive por motivos “religiosos”, ou místicos, — cumpre que a entidade governamental, quando existe, ou os membros do bando estabeleçam concretamente a solução do problema, o que fazem impondo as correspondentes sanções. Daí o fato histórico de que os primeiros rudimentos de atividade jurídica apenas venham a manifestar-se, ou o façam prevalentemente, com escopo punitivo.

Além disso, no mundo jurídico arcaico se torna relativamente extenso o papel reservado ao Direito Penal porque assuntos dos mais corriqueiros, desde que amparados pela tradição, ou por tabus, se transformam em obrigações seríssimas.

Nas sociedades com algum adiantamento, faz-se outrossim a divisão entre crimes de natureza pública e de natureza privada (parte dos quais vem depois a integrar o campo civil). Os delitos públicos justificam a interferência de um órgão superior, para julgar e impor penas, enquanto a reação contra os de qualidade privada costuma ficar a cargo da vítima.

Nos casos menos graves, a reação consistirá em mera sanção moral, gerando difusa reprovação da coletividade. Nos mais sérios, poderá haver uma sanção ritual, que torne o indivíduo impuro, com perigo para si próprio e para os

que com ele mantenham contato, o que gera às vezes o seu apartamento da comunhão social; ou se chegará a verdadeiros castigos, de variada qualidade, como sanção retaliatória. Em se tratando de delitos privados, os povos mais atrasados deixam à discrição da vítima responder à ofensa, e até mesmo a compelem a assim proceder, sob pena de desonra. Quando, porém, se firma a posição do Poder Público como intermediário, a sanção nessas hipóteses assume a forma compensatória, ou restitutiva: como vingança equivalente ao mal sofrido (talião) e, depois, como ressarcimento pecuniário.

Obras consultadas

- ALIMENA, Bernardino, *Principii di Diritto Penale*, vol. I, Nápoles, 1910.
- BALESTRA, Carlos Fontán, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, B. Aires, 1966.
- BARNETT, James H. e BROWN, G. Gordon, *Organização Social e Estrutura Social*, em Donald Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- CALÓN, Eugenio Cuello, *Derecho Penal*, tomo I, 9.^a ed., Barcelona, 1948.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Delito*, trad. esp., Madri, 1941.
- CARREL, Alexis, *O Homem, esse Desconhecido*, trad. port., Porto, s/d.
- COOLEY, Charles H., *A Sociedade e o Indivíduo*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- *Grupos Primários*, idem.
- DURKHEIM, Émile, *De la Division du Travail Social*, 6.^a ed., Paris, 1932.
- FARIS, Ellsworth, *A Natureza e Significação dos Mores*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- *Atitudes Sociais*, idem.
- *Grupos Primários: Essência e Acidente*, idem.
- FAUCONNET, Paul, *La Responsabilité*, Paris, 1928.
- FERRI, Enrico, *Principios de Derecho Criminal*, trad. esp., Madri, 1933.
- *Sociología Criminal*, trad. esp., Madri, s/d.
- FLORIAN, Eugenio, *Trattato di Diritto Penale*, vol. I, Milão, 2.^a ed.
- FRAZER, James, *Magie et Religion*, em *Histoire Générale des Religions*, public. sob direção de Maxime Gorce e Raoul Mortier, tomo V, Paris, 1951.

- FREUD, Sigmund, *Totem e Tabu*, trad. port. de J. P. Porto-Carreiro, Rio, s/d.
- FROMM, Erich, *Psicanálise da Sociedade Contemporânea*, trad. port., Rio, 1970.
- GARCIA, J. Alves, *Princípios de Psicologia*, 3.^a ed., Rio, 1964.
- GAROFALO, R., *La Criminologia*, trad. esp., Madri, 1912.
- GOLDENWEISER, Alexander, Totemismo, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- HENTIG, HANS VON, *Criminologia*, trad. esp., B. Aires, 1948.
— *La Pena*, trad. esp., Madri, 1967.
- HOLLINGSHEAD, A. B., *Controle Social*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- JUNG, C. G., *Tipos Psicológicos*, trad. port., Rio, 1967.
- KELSEN, HANS, *Società e Natura*, trad. it., Turim, 1953.
- KIMBERG, OLOF, *Les Problèmes Fondamentaux de la Criminologie*, trad. franc., Paris, 1959.
- KROEBER, A. L., *Casta*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Anthropologie Structurale*, Paris, 1969.
— *La Pensée Sauvage*, Paris, 1969.
- LÉVY-BRUHL, LUCIEN, *La Mentalité Primitive*, 14.^a ed., Paris, 1947.
- LINTON, RALPH, *O Homem: uma Introdução à Antropologia*, trad. port., S. Paulo, 1970.
- LISZT, FRANZ VON, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. port., Rio, 1899.
- LOISELEUR, JULES, *Les Crimes et les Peines dans l'Antiquité et dans les Temps Modernes*, Paris, 1863.
- LOMBARDI, GIOVANNI, *Sociologia Criminale*, Nápoles, 1944.
- LOMBROSO, CESARE, *L'Uomo Delinquente*, vol. I, Turim, 1896.
- LOWIE, ROBERT, *Traité de Sociologie Primitive*, trad. franc., Paris, 1935.
- LOWIE, ROBERT H., *Organização Social*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- MALINOWSKI, BRONISLAW, *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, trad. esp., Barcelona, 1969.
— *Estudios de Psicologia Primitiva*, trad. esp., B. Aires, 1949.
- MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, trad. port., S. Paulo, 1962.
- PARETO, VILFREDO, *Traité de Sociologie Générale*, trad. franc., Paris, 1932-33.
- PARMELEE, MAURICE, *Criminologia*, trad. esp., Madri, 1925.

- PEÑA, FEDERICO PUIG, *Derecho Penal*, vol. I, 5.^a ed., Barcelona, 1959.
- PIERSON, DONALD, *Estudos de Organização Social*, trad. port., S. Paulo, 1970.
- QUIRÓS, CONSTANCIO BERNALDO DE, *Criminología*, México, 2.^a ed., 1955.
- RADCLIFFE-BROWN, A. R., *Direito Primitivo*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- *Estrutura Social*, idem.
- *Sanções Sociais*, idem.
- RAGLAN, LORD, *Le Tabou de l'Inceste*, trad. franc., Paris, 1935.
- REDFIELD, ROBERT, *A Sociedade de Folk e a Cultura*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- SICHES, LUIS RECASÉNS, *Tratado de Sociologia*, trad. port., Porto Alegre, 1968.
- SOLER, SEBASTIAN, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, B. Aires, 1967.
- SOROKIN, PITIRIM A., *Sociedade, Cultura e Personalidade*, trad. port., Porto Alegre, 1968.
- SUMNER, WILLIAM GRAHAM, *Folkways, Mores e Instituições*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.
- THOT, LADISLAO, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal (Arqueología Criminal)*, La Plata, 1940.
- WARNER, W. LLOYD, *Casta e Classe*, em D. Pierson, *Estudos de Organização Social*, S. Paulo, 1970.

O M.M.P.I. e Suas Aplicações em Criminologia*.

(The Minnesota Multiphasic Personality Inventory)

Odon Ramos Maranhão

Professor Adjunto de Medicina Legal na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

RESUMO. I. *O inventário de Minnesota.* II. *A aplicação do teste.* III. *Escalas de avaliação.* IV. *Relação das "respostas significativas".* V. *Interpretação clínica.* VI. *Aplicações em Criminologia.* VII. *Resultados de 50 observações em delinqüentes.* VIII. *Conclusões.* IX. *Indicações bibliográficas.*

I. O inventario de Minnesota.

Os questionários, de variada natureza, para exploração dos traços de personalidade não têm merecido a confiança dos especialistas. Isto se deve não só à problemática envolvida na construção do teste, como à não desprezível importância que as simulações e dissimulações apresentam. São excepcionais os questionários que resistam à crítica, por oferecerem resultados realmente confiáveis. Daí o valor enorme que vem adquirindo o M.M.P.I. (Minnesota

*. Trabalho agraciado com o Prêmio "Oscar Freire" de Criminologia — Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo. O autor foi anteriormente psiquiatra do Manicômio Judiciário e do Instituto de Biotipologia Criminal.

Multiphasic Personality Inventory). O número sempre crescente de pesquisas, estudos, monografias e manuais que têm aparecido nos últimos anos abordando temas relativos a êsse teste psicológico faz supor que num futuro próximo a sua importância seja comparável a outras técnicas mundialmente difundidas e aceitas. É mesmo de se supor não seja êle facilmente sobrepujado por qualquer outro questionário, que em forma simples e prática, rápida e segura possa recolher tantos informes a respeito da personalidade.

HATHAWAY e MACHINLEY publicaram em 1940 resultados de pesquisas com um inventário de personalidade integrado por 550 itens. Em noventa minutos, em média, uma pessoa pode responder a essas questões e em meia hora um avaliador treinado chega a conclusões diagnósticas. Instruções simples, claras e sucintas permitem a auto aplicação por parte dos observandos e métodos para aplicação coletiva chegarem a ser descritos.

Inicialmente foram descritas quatro chaves para aferir a confiabilidade oferecida pelo teste e nove de natureza diagnóstica.

Verificou-se, posterior e experimentalmente, a possibilidade de novas escalas serem descritas, várias delas já bem reconhecidas e aceitas.

Seria possível a utilização desse precioso material de estudo da personalidade em nosso meio? As possibilidades amplas oferecidas pelo método seriam válidas entre nós, como no exterior? Com essas questões assim propostas, temos estudado as aplicações do M.M.P.I. nas atividades clínicas e no estudo da personalidade de delinqüentes.

Nêste trabalho procuramos apresentar os principais aspectos do teste considerado, sua avaliação e sua aplicações

As questões foram criteriosamente selecionadas e se agrupam em vinte e seis categorias:

1. saúde em geral	9
2. questões neurológicas	19
3. nervos craneanos	11
4. motilidade e coordenação	6
5. sensibilidade	5
6. vasomotores, fala, secreções	10
7. sistema cárdio-respiratório	5
8. aparelho gastro-intestinal	11
9. aparelho gênito-urinário	5
10. hábitos	19
11. vida familiar e marital	26
12. ocupacionais	19
13. educacionais	12
14. atitudes sexuais	72
15. atitudes religiosas	19
16. política-lei-ordem	46
17. atitudes sociais	72
18. depressão psicológica	32
19. reações maníacas	24
20. estados obsessivo-compulsivos	15
21. ilusões, alucinações, delírios e idéias auto-referentes	31
22. fobias	29
23. tendências sado-masoquistas	7
24. questões morais	33
25. masculinidade e feminilidade	55
26. sugestivos de tentar colocar-se em <i>situação pouco aceitável</i>	15

II. Aplicação do teste.

As questões do M.M.P.I. podem ser propostas ao examinando de duas formas bem diversas. Cada frase pode estar escrita num cartão e, nesse caso, a tarefa do probando consiste em distribuir os 550 cartões em três grupos: (a)

respostas positivas (sim); (b) respostas negativas (não); (c) respostas duvidosas (não sei-?). Outra forma de aplicação consiste em se apresentar as questões num livreto, que se acompanha de uma folha especial para o registro das respostas. No primeiro caso as respostas precisarão ser transferidas para uma folha de apuração, enquanto no segundo o examinando já fornece pronto o mapa para a avaliação final. Folhas transparentes contendo marcas referentes a cada escala deverão ser usadas na primeira eventualidade e “mascaras” servirão para a contagem das respostas na segunda. Vários modos de marcação dos cartões podem ser postos em uso:

- a) corte no canto inferior, a direita ou a esquerda, permitirão o descarte pronto das respostas não significativas, conforme estejam na série positiva (sim) ou na negativa (não). Para isso é preciso dispor de uma tabela de quais as questões que devem estar em cartão cortado à direita e quais à esquerda.
- b) código de notações no verso do cartão, dispondo-se as marcas em duas colunas, uma de respostas positivas (sim) e outra de respostas negativas (não).
- c) cartões com furos, de acôrdo com o método de McBee. Isto possibilita não só a contagem rápida, com o auxílio de varetas, como permite o uso de computações eletrônicos.
- d) folhas com colunas para anotação direta das respostas.

Em média, o tempo de uma hora e meia é suficiente para a tomada do protocolo. Tem havido controvérsia a respeito das vantagens e desvantagens de um método, quando comparado com o outro. Temos preferido o registro direto por ser feito pelo próprio examinando, que as-

sim deixa um registro de próprio punho. A aplicação pode ser individual ou coletiva e, na clínica, pode-se — em certos casos — permitir que o paciente leve a tarefa para casa e traga a folha de aplicação já pronta. Esta prática é proscrita em casos de perícia e exames com finalidades forenses ou de seleção de pessoal. A confiabilidade da execução da tarefa pode ser aferida na avaliação do teste, conforme se expõe em lugar adequado. O tempo empregado na avaliação varia com a técnica usada. Entretanto, não se trata de um teste que exige excessivo trabalho com sua avaliação, se o examinador conhecer convenientemente o método de apreciá-lo.

III. Escalas de avaliação.

São inúmeras as escalas descritas para a avaliação do M.M.F.I. As principais estão dispostas em duas séries: as escalas de validês e as escalas clínicas fundamentais. Consideremos somente as principais.

a) *Escala de validês.*

Estas são as que permitem aferir, desde logo, se o examinando entendeu a tarefa proposta para a realização do teste e se não procurou, de alguma forma, falsear os resultados. Tratando-se de questionário, poderia ocorrer a eventualidade do observando procurar fornecer respostas conscientemente orientadas. Nessa hipótese, as escalas que aqui analisamos permitem um diagnóstico seguro. São em número de quatro:

- 1 — duvidosas (?) respondidas “não sei”.
- 2 — falsas (L = “lie”).
- 3 — confiança (F)
- 4 — correção (K).

1ª escala “?”.

Trata-se do número de questões que não obtiveram respostas. É evidente que se êsse número for elevado, haverá uma distorção completa dos valôres da avaliação final do teste. Por isso, um elevado número de respostas “não sei” invalida todo o perfil psicológico que o teste oferece. Pode indicar atitude defensiva ou evasiva, bem como uma incompreensão das questões propostas. Ocorre em freqüência alta nos psicastênicos e nos deprimidos do tipo melancólico. O limite máximo é de 50 questões não respondidas, pois acima disso o teste é nulo.

2ª escala “L”

O símbolo “L” é a primeira letra de “lie”. São quinze tens: J 41 a J 55. A quase totalidade das pessoas (95%). — responde “sim” a essas questões.

Os pacientes cooperativos podem dar duas respostas negativas. Coeficientes altos ocorrem os casos de histeria, nos paranóicos e nas personalidades psicopáticas.

3ª escala “F”.

Quando se obtém coeficiente alto nesta escala, pode-se dizer que o observando foi displicente na realização do teste e cometeu enganos no registro das respostas. Em número absoluto o valor “F” varia muito. Em média 4 a 10 são os valores usuais, mas podem subir até 20 sem invalidar o teste. Os valores 10 a 20 indicam tratar-se de examinando desinibido. Quando êsse valor é ultrapassado (F maior que 20) duas hipóteses precisam ser examinadas: (a) o resultado está falseado por incompreensão do testando, que tem quociente de inteligência muito baixo, e (b) trata-se de anomalia psquica bastante grave e tanto mais grave quanto mais alto o valor de “F”.

4ª escala “K”

Trata-se, em termos estatísticos, da variável de Horst. Serve para dar o “fator de distorção”. Quando o valor é alto indica ter o paciente procurado exagerar a sua “normalidade”. Se, ao contrário, ocorre em examinando portador de quadro psicopatológico, o valor alto de “K” indica bom prognóstico.

A diferença F-K em número absoluto tem grande valor para se pesquisar o desvio voluntariamente introduzido na elaboração do psicograma. Trata-se de alteração consciente e essa diferença pode permitir que se faça o diagnóstico de simulação. Os estudos de Gough permitem estabelecer:

- a) valor normal: de +11 a -12
- b) média : -9
- c) duvidosas : de +4 a +7
- d) suspeitos: de +7 a +11
- e) quase certa a simulação: igual ou maior que 12.

A análise destes resultados (as quatro escalas de validês) deve preceder a avaliação das escalas clínicas.

b) escalas clínicas.

1ª escala — *Hs-hipocondria* — Serve para indicar uma tendência a superestimar os males físicos, com exagerada preocupação com a saúde corpórea. Há nítida diferença com o histérico, pois os sintomas hipocondríacos são mais vagos e não guardam nexos causais com o desejo ou necessidade emocional de se livrar o paciente de situações difíceis ou aflitivas. O verdadeiro hipocondríaco fornece respostas ao M.M.P.I. que alcançam valores altos na escala Hs e simultaneamente na escala D. Quando os valores de Hs e Hy são mais altos que D, deve-se suspeitar de síndrome psicossomática. Quando um hipocondríaco se submete

a um bom tratamento, os valores Hs baixam, mas o perfil global se conserva.

2ª escala — D — depressão — Esta escala é sintomatológica (i.e. indica apenas sintoma ou síndrome depressivo) é bastante sensível para evidenciar a depressão, mesmo quando presente em graus mínimos. Chega mesmo a desmascarar os dissimuladores tanto de idéias autodepreciativas como verdadeiras idéias suicidas. Associada às escalas Hs e Hy forma a tríade neurótica no perfil psicológico do M.M.P.I. Os valores “D” se influenciam bastante pelos tratamentos e podem baixar sob a influência de estados emocionais transitórios.

3ª escala — Hy — histeria — A escala Hy serve fundamentalmente para evidenciar os temperamentos histeróides e os pacientes com sintomas de conversão. Trata-se de escala de caráter e indica um traço temperamental. Pessoas que alcançam valores altos em Hy podem jamais apresentar sintomas de uma típica conversão histérica, porém certamente reagirão a conflitos emocionais por meio de reações orgânicas.

4ª escala — Pd — desvio psicopático — Aqui se tem referência à personalidade psicopática em particular. Trata-se de uma escala caracterológica e como tal não indica que o paciente apresente real conduta patológica, mas apenas que é susceptível de apresentá-la. Para sua elaboração foram levadas em conta as seguintes características de personalidade:

- a) falta de respostas emocionais profundas
- b) incapacidade de aprender pela experiência
- c) falta de respeito pelas normas sociais.

Valores altos em Pd são de mau prognóstico para a psicoterapia. Quando está associado a alcoolismo é índice de reincidência criminal. Essa escala é de grande valor em

clínica e é dificilmente falseada. Níveis altos e associados de Pd e Pa indicam caráter agressivo, hostil e hipersensível. Se se tratar de Ma a Pd, faz-se diagnóstico de personalidade delinqüente.

5ª escala — MF — masculinidade-feminilidade — É escala de interêsse sexual a foi inspirada na escala de Terman e Miles (modificação e ampliação). Valôres altos indicam desvio do padrão básico de interesse próprio do sexo do examinando. Homens com MF alto podem ter: (a) dsposição homossexual por punição masoquista; (b) homossexualidade “impulsiva” sem qualquer experiência efetiva; (c) personalidade psicopatica com tendência à homossexualidade sem ligação efetiva ao parceiro ou (d) homossexuais “verdadeiros” com personalidade feminina constitucional. Mulheres com MF alto não serão obrigatòriamente homossexuais, mas terão predisposições psicológicas do tipo masculino.

Homens homossexuais manifestos podem apresentar MF baixo. Os detidos pela polícia geralmente apresentam associação de MF com Pd a Ma (todos altos). Quando se encontra Pd-MF-Ma altos há suspeição de homossexualidade masculina. As mulheres com MF alto são agressivas, dominantes e pouco inibidas. Esta escala tem grande importância em orientação profissional.

6ª escala — Pa — Paranóia — É escala caracterológica. Os traços fundamentais que pesquisa são: (a) desconfiança em relação a terceiros; (b) hipersensibilidade; (c) idéias persecutórias; (d) com ou sem idéias de grandeza. Logo, pesquisa clinicamente o sensitivo. Valôres de 70 a 80 já indicam suspeição. Mas valores absolutos de 30 a 35 associados a L alto já mostram nítida tendência paranóica. Se o valor de T nesta escala ultrapassar 80, o examinando é certamente paranóide. Pode ser incluído em um de três grupos:

- a) sensibilidade acima do normal
- b) moralidade excessiva, de colorido racional
- c) desconfiado, susceptível e com idéias persecutórias.

7ª escala — Pt — *psicastenia* — Não tem relação alguma com os conceitos de Pierre Janet. Refere-se esta escala a fenômenos de natureza fóbica e obsessiva. É escala sintomática. É a pior do ponto de vista clínico, como diagnóstico. Valores altos de Pt indicam ansiedade e aparecem em quase todas as neuroses. Há correlação negativa com K e positiva com D e Sc.

8ª escala — Sc — *esquizofrenia* — As pessoas que se caracterizam por pensamentos e atitudes desusados e bizarros alcançam valores altos na escala Sc. A elaboração desta foi baseada em sintomas próprios de esquizofrenias precoces, hebefreno-catatônicas, paranóides e pseudo-neuróticas. É sensível a ponto de assegurar o diagnóstico de esquizofrenia em 60% dos portadores desses quadro psicopatológico. Os esquizofrênicos que evoluem para a paranóia apresentam Sc baixo e Pa alto. Valores altos de Sc podem *indicar*:

- a) neurose grave
- b) introversão intensa
- c) processo esquizofrênico

Se Pt é maior que Sc e ambos altos, trata-se de neurose grave, exigindo cuidado na avaliação.

9ª escala — Ma — *hipomania* — Esta escala avalia a personalidade de pessoas hiperprodutivas em idéias e em ações. Pode medir expansibilidade. Entre adolescentes encontramos a associação Ma-Pd (é normal). Valores altos são clinicamente melhores do que Pd e Pd-Pa.

IV. Respostas significativas*

tabela para as escalas descritas.

Série A.

- | | |
|------------------|------------------|
| 1) +Hs+D+Hy | 25) +F+Sc |
| 2) +Hs+D+Hy | 26) +Sc |
| 3) —K—D—Hy+Pa | 27) +D+Pt+Sc |
| 4) +Hs+D+Pd | 30) +Sc |
| 5) +Hs+Hy | 31) +Hs+Hy |
| 6) +D+Pt | 32) +Hs+Hy |
| 8) +D | 35) +F |
| 9) +Mf+Pa | 36) +Hs+Pa+Sc+Si |
| 10) +Hs+Hy | 37) +Sc+Ma+Si |
| 11) +Hy | 38) +Sc+Si |
| 12) +Hs+Hy | 40) +Hs+D+Hy |
| 13) +Hs | 41) +Sc |
| 14) +Hs | 42) +Hs+Hy+Sc |
| 15) +F+Hs+D+Hy | 43) —Mf+Sc |
| 16) +Hs+Hy | 44) +Hs+Hy+Sc |
| 17) +Hy | 45) +Hy |
| 18) +D | 46) +Hs+Hy |
| 19) +F+Sc+Ma | 47) +Hs |
| 20) +Ss+Ma | 48) +Hs+Sc |
| 21) +Sc+Ma | 50) +Hs |
| 22) +Pa+Pt+Sc+Ma | 54) +F |
| 23) +D+Hy | 55) +Hs+Hy |
| 24) +D | |

Série B.

- | | |
|-------------|------------|
| 1) +Hy+Sc | 7) +F |
| 2) +D+Pt+Sc | 8) +Hs—D |
| 3) —D+Ma | 9) +Hs+Hy |
| 4) —D | 10) +Hs+Hy |
| 6) —D+Si | 11) +Hy+Pt |

* O sinal + significa resposta “sim” e o sinal — resposta “não”. Somente os integrantes da tabela são significativos para a avaliação do teste.

- | | |
|---------------|--------------|
| 12) +Hs+D+Hy | 35) +F |
| 15) +Hs | 36) —D+Sc |
| 16) +Hs | 37) +Ma |
| 17) +Hs | 38) +F |
| 18) +F | 40) —Hy+Ma |
| 19) +F | 42) +F+Pd |
| 20) +Hs | 47) +F+Pd |
| 21) +Si | 48) +Hy+Pd |
| 22) +Si | 49) +Pd |
| 25) +Mf | 50) +Sc+Ma |
| 27) +Hs+Hy+Pt | 51) +Pd |
| 28) +Hs+D+Hy | 52) +Pd+Del. |
| 30) +D+Pt | 53) +F+Pd |
| 31) +D | 54) +Pa |
| 32) +F | 55) —K+Pd |
| 33) —Pt | |

Série C.

- | | |
|------------------|------------------------------------|
| 3) +Mf+Ma | 29) +F |
| 5) +Sc | 31) —D+Ma |
| 6) +Pd+Sc+Ma+Del | 33) —K—D—Hy—Mf |
| 7) +Pd | 35) +Pd—Del |
| 9) +F | 36) +Mf |
| 10) +Mf+Sc | 41) +F+Pt |
| 11) +Sc | 42) —Hy |
| 12) +Pd+Mf | 43) +Hy |
| 13) +F+Sc | 45) —Mf |
| 14) +F+Sc | 46) +F |
| 15) +F+Sc | 47) +F+Pd+Sc |
| 16) +F+Sc | 48) —D—Si+Del |
| 17) +Hs+D+Hy | 49) +Del |
| 18) —K—Sc | 50) +Mf (masc.) —Mf (fem.) |
| 20) +Si | 51) +Hy+ Mf (masc.) —Mf (fem.) +Sc |
| 24) +Ma+Si | 52) +Sc |
| 25) —Hy | 53) +Mf (masc.) —Mf (fem.) +Sc |
| 27) —K—Ma | 55) +Si |
| 28) +K | |

Série D.

- | | |
|-----------------------------------|---------------------|
| 2) —Pd+Mf (masc.)—Mf
(fem.)—Si | 34) +Ma—Si+Del |
| 5) +Mf (masc.) —Mf (fem.) | 35) +Pa+Ma—Si |
| 6) +F | 36) —Mf |
| 7) +Ma+Del | 37) —Si |
| 8) +F | 38) +Hy+Pd |
| 10) +D | 39) +F+Mf |
| 15) +F | 42) +F |
| 16) +Mf | 43) +F |
| 17) +F+Mf | 44) +Hy+Pd+Ma |
| 18) +D | 45) —Si |
| 19) +F | 46) —Pa |
| 22) —D | 47) —Mf |
| 23) +F | 48) +K+Hy |
| 26) +Ma | 49) —D+Ma |
| 27) +Del | 50) —Mf—Pa+Si |
| 29) +F+Del | 51) —K—Pd |
| 30) +Pd+Del | 52) —Hy—Pa |
| 32) +Pd+Sc+Del | 53) —K—Pa+Si |
| 33) +Pa+Sc+Ma | 54) —K—Hy—Pa+Si+Del |
| | 55) —Pa |

Série E.

- | | |
|----------------|------------|
| 1) +Ma+Del | 21) +F |
| 3) +Hy+Mf | 22) +Sc |
| 5) +Del | 23) —Hy+Si |
| 6) +Del | 24) +D+Sc |
| 7) +Ma+Del | 26) +Si |
| 9) —Mf+Del | 27) +Si |
| 11) +Ma—Del | 28) +Si |
| 12) +Pd+Pa—Del | 29) +Si |
| 15) +Mc | 30) +Si |
| 16) —Mf | 31) +Ma |
| 17) +Pd+Sc | 32) +Si |
| 18) +Si | 33) +Mf+Si |
| 20) +F+Sc | 34) +Mf+Si |

- | | |
|---------------------|--------------------|
| 35) +Mf+Si | 44) —K—Hy—Pd—Ma+Si |
| 36) +D+Si | 46) +Pd+Si |
| 37) +Pd+Pa+Sc | 47) +Si |
| 38) +Sc+Si | 48) +Ma |
| 39) +F | 49) +Mf+Si |
| 40) +Sc | 50) +Pd+Pt |
| 41) +D | 52) —K+Si |
| 42) +Sc | 53) —Hy |
| 43) —K—Hy—Pd—Ma+Si— | 54) —Hy |
| —Del | 55) +Si |

Série F.

- | | |
|----------------|--------------------|
| 1) +F+Sc | 33) —K—Hy |
| 2) +Si | 34) —K+D+Si |
| 3) +Pt+Si | 35) +Pa+Pt+Sc |
| 4) +Pt | 36) +D+Pd+Pt+Si |
| 5) —Hy—Pd+Si | 38) +D |
| 6) +Si | 39) +D+Hy+Pd+Pt+Sc |
| 7) +K+Hy+Pd | 41) +Si |
| 8) —K—Pd—Ma+Si | 42) +D+Sc |
| 9) —Hy+Si | 43) —K |
| 10) +Pa+Pt | 44) +D+Pt+Sc |
| 14) +Ma | 45) +D+Si |
| 15) +Mf | 46) —K+Mf+Pt |
| 18) +Sc | 49) +Hy+Pt+Sc |
| 20) +K | 50) +Pd+Pt |
| 25) —Hy | 51) +D+Pa |
| 30) —Si | 52) +Mf |
| 31) +Pt+Si | |

Série G.

- | | |
|----------|------------------|
| 1) +Pt | 9) +F+Pa+Sc |
| 3) +F | 10) +Sc |
| 4) +Pd | 11) +F+Sc |
| 6) +Pa | 12) +D+Hy+Pd++Pa |
| 7) +D+Sc | 16) +Fa+Ma |

- | | |
|------------------|-----------------|
| 18) +K+D+Pd+Si | 36) +Pt |
| 19) +Ma | 37) —D+DMA |
| 20) =Pt=Sc+Ma | 38) +D |
| 21) +Hy+Pt+Sc+Ma | 40) —Hy—Mf |
| 22) +Pt | 41) +Pt |
| 23) +F+K+D | 42) +Pt—Si |
| 24) —Si | 43) +Pt |
| 25) —D—Pd | 44) +F |
| 26) —Ma | 45) +Pt |
| 27) +Del | 47) +Sc+Ma |
| 29) —K—Hy | 48) +F |
| 30) +K+Pd—Mf—Ma | 50) —Hy—Pa+Ma |
| 31) —K—D | 51) +Sc |
| 32) —D | 52) +Pa |
| 33) +F+Del | 53) +F+Pd+Pa+Sc |
| 34) +Pa+Sc | 54) Pd+Pa |
| 35) +Pt+Si | 55) +Pd+Pa+Sc |

Série H.

- | | |
|-------------------|---------------|
| 2) +Ma+Si | 20) +Sc |
| 3) +Pd+Pa | 21) +F |
| 4) +F+Pa | 22) +F |
| 6) +F+Pa | 24) +F |
| 7) +F+Pa | 25) +F+Pa |
| 8) +F++Pa+Ss | 26) +Pd+Pa+Ma |
| 9) +Pa | 27) +F+Sc |
| 10) +Hy | 28) +Pt |
| 11) +F+Pa+Sc | 30) +Pt+Sc |
| 12) +Pd+Sc—Si+Del | 31) +Pd |
| 13) +Pt+Sc | 32) +Pt+Sc |
| 14) +F+Pa | 33) +F |
| 15) +F | 38) +Mf |
| 16) +Pa+Sc | 43) +D+Del |
| 17) +F | 47) +Ma+Del |
| 18) —Si | 49) +Pa |
| 19) +Ma | 51) +Si |

52) +Pt+Si

53) +Sc

54) +Hy

55) +D+Pt+Sc

Série I.

1) +F+Del

2) +Sc

3) +Sc

4) —D—Mf

6) +F

7) +F

8) +F

9) +F

12) +Pd

13) +Pd+Pt

21) —Si

22) +K

23) +Pt+Sc

25) +Pt+Si

26) —Pd+Si

27) +D+Hy+Pd+P+Sc+
+Si

28) +Si

29) +Si

30) +Pd

31) —K

32) +Pt

34) +D+Ma

35) +Pt+Sc

37) —K+D+Pt

38) —K+Si

39) +D+Pt

40) +Mf+Del

41) +Si

44) +Mf

45) +Mf

49) —Mf

50) +Mf

51) —Mf+Del

53) +Mf

Série J.

1) +Mf

2) +Del

5) +Mf

7) —Mf

10) —Mf

11) +Mf

12) +Mf

18) +Mf

19) +Mf

23) +Mf

24) +Mf—Si

25) +Mf

26) +Mf

29) —Mf

31) +Mf

32) +Mf—Si

33) +Si

34) +Mf

40) +Mf

41) +L—Pa—Pt—Sc

42) +L

43) +L+F

44) +L+Ma	50) +L+D
45) +L	51) +L+K+D+Hy
46) +L	52) +L
47) +L	53) +L
48) +L	54) +L+Mf+Ma
49) +L	55) +L

V. Interpretação clínica.

Anotadas as respostas em folha apropriada, passa-se à contagem dos itens de cada escala de avaliação. Para folhas com colunas marcadas com as letras A a J e números de 1 a 55, pode-se usar as matrizes transparentes descritas nos trabalhos originais da Universidade de Minnesota. Se nos servirmos de folhas do tipo de mapa, podemos preparar grades de correção do teste do tipo que a linguagem usual convencionou chamar de “máscaras”.

Essa contagem bruta deve ser corrigida de acôrdo com o valor de K, que deve ser acrescentado: na escala Hs (0,5); na Pd (0,4); na Pt (1); na Sc (1) e na Ma (0,2). O valor assim obtido deve agora ser convertido em “valor padrão” (T) por meio de tabelas apropriadas. Estes serão transferidos para um gráfico e teremos o perfil psicológico do observando.

Cada perfil pode ser expresso por meio de uma fórmula. Foi possível, dessa forma, catalogar casos clínicos, tendo sido organizado um atlas de perfis do M.M.P.I. Para se obter essa fórmula procede-se do seguinte modo:

- 1.º — Escreve-se, em primeiro lugar, o número da escala com valor T mais elevado.
- 2.º — A seguir, em ordem decrescente de valores T, os números das escalas em que o nível 54 seja ultrapassado.

- 3.º — intercala-se um apóstrofe (') depois do algarismo correspondente à última escala com T maior que 70.
- 4.º — Coloca-se um hífen (-) e depois escreve-se o número da escala com o valor T mais baixo de todo o perfil.
- 5.º — A seguir, acrescentam-se os números das escalas com valor T maior que 46, em ordem crescente.
- 6.º — À direita e à distância desta série de algarismos, escrevem-se os valores brutos de F-L e K.
- 7.º — Se F for igual ou superior a 16 e se L for igual ou superior a 10, coloca-se um X entre os valores das escalas clínicas.

Exemplo.

Escalas	L	F	K	Hs	D	Hy	Pd	Mf	Pa	Pt	Sc	Ma
1	2	3	4	5	6	7	8	9				
1	2	3	4	5	6	7	8	9				
45	55	54	72	52	56	46	48	69				
45	55	54	72	52	56	46	48	69				

Fórmula 4'962—1 x 10:4:21

Com essa fórmula fica fácil a consulta aos atlas de perfis.

A interpretação, porém, não é mecânica e não consiste apenas em acrescentar os sinais e símbolos das escalas aos valores achados. Vários elementos devem ser aqui considerados.

A-Elevação — De um modo geral quanto mais alto o valor alcançado na tabela considerada, tanto mais grave o desvio da normalidade. Existem reservas a essa regra. Assim nos quadros psicopatológicos crônicos a curva tende a cair, aplainando-se o gráfico. Uma elevação pequena coexistente com síndrome psicótico de longa duração indica

prognóstico sombrio. É sempre necessário que se leve em consideração o aspecto global do perfil, analisando-se o gráfico no seu conjunto. A elevação numa escala pode estar seguida por declive numa próxima. Dessa forma o gráfico pode se apresentar:

- (a) inclinado da esquerda para a direita;
- (b) descendente da esquerda para a direita e
- (c) plano

B-Caráter da curva — As três primeiras escolas Hs-D-Hy formam um conjunto que tem sido denominado “triade neurótica”. As escalas Pd e Mf são o centro do gráfico e indicam ajuste social e adequação à sexualidade. Na metade esquerda aparecem as escalas Pa-Pt-Sc-Ma. Alguns considerem as três (Pa-Pt-Sc) como formando uma “triade psicótica”, enquanto outros autores preferem falar em “tétrade psicótica”. Por vêzes a curva é nitidamente bifásica, com uma baixa no centro e valôres altos nas duas triades; em outras oportunidades mostra-se elevada só no centro; outros casos oferecem um gráfico em forma de “plateau”, com quase todos os valôres acima do T 70; em outras oportunidades a representação gráfica parece “dentes de serra”. Esses aspectos são importantes para a análise dos perfis.

C-Perfis fundamentais

- 1.º — *neuróticos* — Neuroses simples, de menor gravidade se traduzem no perfil do M.M.P.I. por uma elevação dos valôres da “triades neurótica”: Hs-D-Hy entre T 70 e T 80. Indica simplesmente angústia, especialmente se D é maior que Hs e Hy. Às vêzes aparece um valor alto à direita e na escala Pt; contudo, geralmente com T menor que 70. Esse perfil é o encontrado na neurose de angústia, nos quadros histeróides e nas depressões simples. A fórmula geralmente é do tipo 213'7.

Quando toda a tríade neurótica está acima de T 80 e Pt é maior que T 70, então trata-se de neurose grave, que tende a estruturar-se. A fórmula desvia-se para 132'.

Esses casos geralmente são quadros clínicos de perturbações psicossomáticas. Se ocorre diminuição na escala D, simultaneamente elevam-se Hs e Hy.

2.º — *psicóticos* — Dois tipos de curva podem ocorrer no gráfico dos psicóticos. Um primeiro se qualifica pelo caráter difásico da curva. Nota-se elevação da “tríade neurótica” à esquerda, com valores altos em Hs-D-Hy e igual elevação da “tríade psicótica” à direita com valores altos em Pa-Pt-Sc. As escalas intermediárias alcançam valores dentro da normalidade. Neste caso o valor T mais alto situa-se frequentemente na escala Pt. fórmula geral é do tipo 768213'. Ocorre aqui também a elevação de Sc, que se torna maior e inverte a fórmula para 867213'. Isto é particularmente válido nos quadros delirantes. O outro tipo de gráfico é monofásico, com desvio para a esquerda, em que se observam valores altos na “tríade psicótica” isoladamente. As fórmulas gerais são dos tipos 768' e 867'.

3.º — *personalidades psicopáticas* — O gráfico típico de personalidade psicopática é o que apresenta elevação isolada na escala Pd, com valores T em torno de 70 e às vezes menos. A fórmula geral é do tipo 4'. Às vezes ocorrem associações. Três casos têm grande importância prática:

a) Pd associado a Ma, do tipo 49'.

Ocorre nos perfis de adolescentes. Em pessoas adultas é índice de distúrbio grave do comportamento.

- b) Pd associado a Pa, do tipo 46'. São casos de mau prognóstico, em geral.
- c) Pd associado a Mf e às vezes Mf e Ma, dos tipos 45' a 459'. São casos suspeitos de homossexualidade e são fórmulas encontradas entre os detidos pela polícia.

4.º — *Paranóicos* — Alguns autores consideram o caso de valor alto isolado na escala Pa—6— à parte. Dizem que êsses perfis se referem a pessoas com dificuldades profissionais e têm caráter paranóico característico. O teste se prestaria, de certa forma, para diferenciar o esquizo-paranóide (VII b de classificação de doenças mentais) do paranóico, em sentido restrito. A fórmula geral dos esquizofrênicos paranóides seria do tipo 46' e a dos paranóicos 6'. O paranóide, além disso, apresenta valor de L alto e isto raramente ocorre nos quadros de paranóia.

VI. Aplicações em criminologia.

O Inventário de Minnesota pode ser usado com vantagens na observação criminológica, desde que se forneça ao observando uma conveniente explicação do teste e de sua finalidade. Sobretudo é necessário que lhes assegure o sigilo em relação a cada questão proposta e que o teste será apreciado no seu conjunto, bem como que o relatório final só se baseará no perfil que o teste fornece.

Os exames psicológicos e psiquiátricos são feitos em todas as fases do processo criminal. Assim, já anteriormente ao julgamento pode haver indicação de que se avalie o grau de imputabilidade do agente; no início da execução da pena é preciso conhecer as características pessoais do sentenciado para um conveniente planejamento do processo reeducativo penal; para se conceder qualquer benefício ju-

diciário ao condenado, impõe-se um prognóstico criminológico em que dados psicológicos e psiquiátricos terão grande valor; e isso mesmo ocorre ao término das medidas de segurança. Em todas essas oportunidades o teste aqui considerado pode se mostrar de grande interesse e oferece informes de valor técnico e prático.

A — *personalidade* — Para se fazer uma observação bem elaborada a obter-se adequada descrição dos traços de personalidade do examinando, o M.M.P.I. constitue auxílio precioso. Permitindo apurar quadros clínicos, índices de comportamento e disposições básicas, ajuda em muito o exame da personalidade. Entre delinquentes encontraremos elevação grande na escala Pd (4) seja isoladamente, seja associada a valores altos em Ma (9), Pa (6) e Mf (5). As fórmulas gerais iniciam-se por 4' — 49' — 46' — 45'. Os casos mais graves são 49' e 46'. Isto ocorre por conta dos desvios que tais personalidades apresentam, quando são comparadas com a população comum. De um lado estarão enquadrados aqui os agentes usualmente considerados “personalidades psicopáticas”. Estarão basicamente caracterizadas por: (a) imaturidade afetiva; (b) incapacidade para aprender pela experiência; (c) instabilidade emocional; (d) acentuados defeitos de julgamento; (e) reações impulsivas. Podem ser tidos por portadores de distúrbios constitucionais e irreversíveis, como pretendem os adeptos da motivação biogênica da conduta humana. Aqui, de outra parte, irão se colocar aqueles cuja evolução vital foi totalmente desfavorável e particulares processos psicológicos levaram ao resultado de uma personalidade defeitosamente estruturada. Serão as chamadas “personalidades delinquentes”, “delinquentes primários”, “delinquentes de estado” ou “delinquentes essenciais”, como preferem os adeptos da prevalência dos fatores psicogenéticos no comportamento do homem. Caracterizam-se por apresentar: (a) persistência do princípio do prazer; (b) exacerbação do narcisismo primário; (c) dificuldades nas identificações

construtivas; (d) insatisfação emocional; (e) defeituosa integração do “super-ego”.

Outras vezes o maior valor T ocorrerá em outras escalas e teremos o diagnóstico adequado, que a interpretação global do teste oferece: quadros de histeria, de hipocondria, de neuroses de variados graus, de síndromes psicóticas, etc. É bem verdade que não se tem indicações a respeito do nível mental do examinado, mas não é esse o objetivo do método.

B — *simulação* O perito tem sempre uma árdua tarefa diante de si, pois, se por um lado precisa, por dever do ofício, prestar informes exatos aos juristas, por outro, não conta usualmente com a colaboração dos examinados. Estes, por variados motivos, e às vezes influenciados por aconselhamentos de terceiros, procuram seja a ocultação de dados fundamentais ou sintomas de capital importância diagnóstica ou prognóstica, seja a apresentação de outros elementos que levem o perito a uma conclusão mais favorável dos interesses próprios do paciente. Assim, cabe ao perito cercar-se de cuidados, tendo sempre diante de si a lembrança de que pode estar lidando com um simulador ou com um dissimulado.

Nestes casos o M.M.P.I. presta bom auxílio. As escalas de confiabilidade não só indicarão se o probando entendeu o teste, como se realizou a tarefa proposta e, mais ainda, se procurou exagerar a sua “normalidade” ou falsar resultados. A análise das quatro tabelas de provas associada à apreciação do coeficiente de Gough permitirá o diagnóstico de simulação, conforme analisamos em lugar próprio.

C — *ajuste social* — A escala Pd — 4 — permita uma apreciação do ajuste social do examinando. É bem verdade que as conclusões ali oferecidas se robustecem bastante com o auxílio de outros informes, como os da investigação so-

cial, os dados do inquérito policial e os obtidos por outros psicotestes. Quanto mais discrepante e mais isolado o valor Pd, tanto maior o desajuste social. A associação a valores altos de Pa Ma e Mf já foi discutida. As aplicações de outras escalas: de “introversão social” (Si) e “status social” (St) são bastante controvertidas. De outra parte, o ajuste social está influenciado pelas características básicas da personalidade e isto já foi acima considerado no diagnóstico de personalidade.

D — *prognóstico* — Pretendeu-se fazer prognóstico por meio do M.M.P.I. Para isso foi escrita a “escala de delinquência” (Del). Os resultados obtidos não foram absolutamente convincentes. Pelo contrário, chegou-se mesmo a não poder correlacionar reincidência e valores altos na escala “Del.”. De outra parte foi possível observar correlação direta entre valores altos de Del e Pd. Em outros termos, estas duas escalas parecem derivar-se uma da outra, sem uma individualização perfeita da escala de delinquência. Para fins prognósticos, preferimos a utilização de outros dados, tais como os enumerados numa lista de “índices de periculosidade”. A utilização do M.M.P.I. aqui seria apenas indireta, pois o perfil global da personalidade é que influiria em tal apreciação prognóstica.

VII. Resultados de cinquenta observações de delinquentes.

Para obtermos informes a respeito da possibilidade da utilização do M.M.P.I. em nosso meio, procuramos obter um grupo de exames que ilustrassem a técnica descrita e fornecesse um perfil do delinquente nacional. Seleccionamos cinquenta delinquentes com várias características em comum:

- a) delitos patrimoniais
- b) fortes índices de desajuste social

- c) sem perturbação de natureza psicótica
- d) considerados “personalidades psicopáticas” ou “delinquentes essenciais”
- e) idades entre 20 e 40 anos
- f) submetidos a vários psicotestes
- g) que desejassem efetuar a prova voluntariamente.

Os resultados obtidos podem ser resumidos nos quadros seguintes:

I. *Questões não respondidas.*

N.º de ?	Freq.
0	38
1 — 5	6
6 — 10	2
11 — 15	0
16 — 20	2
+ 20	2
Total	50

II. *Atitudes de Oposição = L.*

N.º de L	Freq.
0 — 3	15
4 — 7	28
8 — 11	6
12 — 15	1
Total	50

III. *Valôres "F" — Fator de confiança.*

Valor F	Freq.
0 — 19	10
20 — 39	39
+ 40	1
Total	50

IV. *Índices de simulação de Horst (F—K)*

Dif. F—K	Freq.
— 4 a — 7	5
— 1 a — 3	4
0 —	1
+ 1 a + 3	8
+ 4 a + 7	10
+ 8 a +11	11
+12 a +15	7
+15	4
Total	50

V. *Escala de delinquência — Valôres da contagem bruta.*

Contagem	Frequência
até 8	5
9 — 12	22
13 — 16	16
17 — 20	5
21 — 24	2
25 — 28	0
29 — 32	0
Total	50

VIII. Conclusões.

Podemos estabelecer, agora, algumas conclusões.

I. Apesar das limitações e dos defeitos inerentes à natureza dos inventários de personalidade, o M.M.P.I. mostra-se útil na elaboração do exame psicológico e psiquiátrico em criminologia.

II. A avaliação do desajuste social pode ser feita com facilidade pelo M.M.P.I., permitindo obter informes para predição do provável comportamento do sentenciado no meio penitenciário.

III. O M.M.P.I. diferencia bem os delinquentes eventuais dos que apresentam elevada carga criminógena, seja por se tratar de personalidade psicopática, seja personalidade delinquente essencial.

IV. O prognóstico criminológico pode se utilizar dos dados do M.M.P.I., mas não tem sido possível — obter uma escala específica.

V. simplicidade da aplicação e a não muito demorada avaliação dos resultados, indicam a conveniência do seu uso rotineiro em exames criminológicos.

IX. Indicações bibliográficas.

A literatura a respeito do M.M.P.I. é vasta. Um dos manuais contem cêrca de mil referências. Aqui, fornecemos uma relação do essencial para compreensão e uso desse interessante inventário de personalidade.

I. Livros e manuais

1. DAHLSTROM, W.G. — WELSH, G.S. — DAHLSTROM, D., *An M.M.P.I. Handbook*, vol. I, *Clinical Interpretation*, Cap. Clarck Publ. Co. Toronto, 1972.

2. HATHAWAY, S.R. — MCKINLEY, J.C., Minnesota Multiphasic *Personality Inventory* (Manual for the) The Univ. of Minn. Press, 1943. Nova edição: 1950.
3. HATHAWAY, S.R. — MEEHL, P.E., *An Atlas for the Clinical use of the M.M.P.I.*, The Univ. of Minnesota — Press, 1957.
4. HATHAWAY, S. — MONACHESI, E.D., *An Atlas of Juvenile — M.M.P.I.*, N. Central Publ. Co. St. Paul, 1961.
5. HATHAWAY, S.R. — MONACHESI, E.D. — *Adolescent Personality and Behavior*, The Univ. of Minn. Press, 1963.
6. ANASTASI, A., *Testes psicológicos*, Ed. Herder, S. Paulo, 1965.
7. DELAY, J. PICHOT, P. — PERSE, J., *Méthodes psychométriques en clinique*. Masson, 1955.

II. Artigos e resumos

8. CORSINI, R.J., *A time and motion study of hand scoring the individual Minnesota Multiphasic Personality Inventory*. J. consult. Psychol 13 (1) 62-3-1949. Faz um estudo comparativo para demonstrar que a aplicação por meio de cartões cortados não requer muito tempo para serem feitas as contagens das respostas. Mostra também que o número de erros é praticamente igual a zero.
9. COTTLE, W.C., *Card versus booklet forma of the M.M.P.I.*, J. appl. Psychol 34 (4) 255-59-1950. Contrariamente a CORSINI, conclue favoravelmente ao método dos cadernos, como tendo vantagens sobre o método dos cartões.
10. GOUGH, M.G., *The F minus K dissimulation index for the M.M.P.I.* J. consult. Psychol 14 (5) 408-13-1950. Estabelece como nível crítico o valor + 9. Confirma os trabalhos iniciais de HUNT, H.F. in J. consult Psychol 12 396-1948.
11. JURJEWICH, R.M., *Normative data for the clinical and additional M. M.P.I. scales for a population of delinquent girls*. J. gen. Psychol 69 (1) 143-46-1963. Faz um estudo comparativo, analisando 170 casos ao todo e empregando todas as escalas do M.M.P.I. para concluir pela possível diferenciação dos grupos por meio do teste. Resumo in *Excerpt. Criminol.*, 4 (2) 180. (Abstr. 387)-1964.
12. JURJEWICH, R.M., *Interrelationships of anxiety indices of Weschler intelligence scales and M.M.P.I. scales*. Aplicou os testes de Weschler e M.M.P.I. em adolescentes delinquentes e não obteve correlação significativa entre os dois psicotestes. Resumo in *Excerpt. Criminol.*, 4 (2) 162 (Abstr., 348) 1964.

13. JURJEWICH, R.M., *Relationships among the M.M.P.I. and H.G.I. hostility scales*, J. gen. Psychol 69 (1) 131-3-1963. Conclue pela não aplicabilidade dêstes métodos na previsão da delinquência. Resumo in *Excerpt. Criminol 4* (2) 163 (Abstr., 349) 1964.
14. KRIPPNER, S., *The identification of male homosexuality with the M.M.P.I.* J. Clin. Psychol 20 (1) 159-161-1964. Foram examinados 72 colegiais e o teste foi eficiente em diagnosticar homossexualidade em 75% dos casos. Outras escalas não foram eficientes. Resumo in *Excerpt. Criminol 4* (6) 697 (Abstr. 164) 1964.
15. LAWTON, M.R., *Deliberate faking on the psychopathic deviate scale of the M.M.P.I.* — J. Clin. Psychol., 19 (3) 327-330-1963. Os níveis de escolaridade e inteligência podem influir na escala Pd. Resumo in *Excerpt. Criminol 4* (1) 46 (Abstr. 94) 1964.
16. MACANDREUW, C., GEERTSMA, R.H., *A critique of alcoholism scales derived from the M.M.P.I.* Quart. J. Stud. Alcohol 25 (1) 68-76, 1964. Mostra que os resultados de experiências com o M.M.P.I. em casos de alcoolismo são muito controversos. Resumo in *Excerpt. Criminol 4* (5) 60 (Abstr. 1417) 1964.
17. MARTIN, C.V. — CHANNEL, L.H., *Personality and social history characteristics of delinquents and their parents.* Correct. Psychiat. J. Soc. Ther. Embora esclareça pouco o prognóstico criminológico, a aplicação do M.M.P.I. em delinquentes e ao mesmo tempo em seus pais oferece preciosas informações. Resumo in *Excerpt. Criminol 4* (5) 555. (Abstr. 1318) 1964.
18. MILLER, W.G., HANNUM, T.E. — *Characteristics of homosexuality in incarcerated females*, J. cons. Psychol 27 (3) 277-1963. Aplicou uma bateria de psicotestes e fez comparações entre êles para verificar a possibilidade de apurar traços de homossexualidade feminina. O M.M.P.I. não ofereceu diferenças significativas entre o grupo de prova e o grupo testemunha. Resumo in *Excerpt. Criminol 4* (1) 108 (Abstr. 263) 1964.
19. SILVER, A.W., *T.A.T. and M.M.P.I. psychopath deviant scale differences between delinquent and non delinquent adolescents.* J. cons. Psychol 27 (4) 370-1963. Compara adolescentes com história criminal e forte desajuste social com grupo de contrôle. A escala Pd estabelece nítida diferença entre os grupos estudados. Resumo in *Excerpt. Criminol., 4* (2) 163 (Abstr. 350) 1964.
20. SINES, L.K., SILVER, R.J., *An index of psychopathology derived from clinicians judgments of M.M.P.I. profiles.* J. clin. Psychol 19 (3) 324-326-1963. Procurou estabelecer uma escala de graduação de comportamento psicopático e descreveu a escala Tp. Mostrou

que pode oferecer resultados comparáveis com a avaliação clínica. Resumo in *Excerpt. Criminol*, 4 (1) 22 (Abstr. 32) 1964.

21. STOTT, D.H., *The measurement of maladjustment*. Glasgow Med. Off. 109 59-62-1963. Usou o M.M.P.I. ao lado de outros psicotestes para avaliar o desajuste social. Evidencia a necessidade de estudos mais acurados para conclusões seguras. Resumo in *Excerpt. Criminol* 4 (5) 542 (Abstr. 1287) 1964.
22. TAYLOR, A.J.W., MCLACHLAN, D.G., *M.M.P.I. profiles of six transvestites.*, *J. clin. Psychol*, 13 (3) 330-332-1963. A escala 4 evidenciou delinquência e as 2 e 8 forneceram dados adicionais. Na escala 5 os resultados foram controvertidos. Resumo in *Excerpt. Criminol* 4 (1) 55 (Abstr. 120) 1964.

Codificación de Derecho Civil y Teoría de los Sistemas de Derecho*.

(Algunas Consideraciones acerca de un futuro
sistema del Derecho Civil).

Hermann Eichler

Catedrático de la Historia del Derecho y
Derecho Comparado (Universidad de Linz —
Austria).

SUMARIO:

1.^a Parte: LA SISTEMÁTICA EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

I. *Esquemas de clasificación existentes.*

1. *Introducción.*

2. *Métodos de la clasificación.*

- a) El “sistema de los tres-libros”.
- b) El “sistema de los cuatro libros”.
- c) El “sistema de los cinco libros”.
- d) El “sistema de los seis libros”.

II. *Consideraciones “políticas” acerca de las ideas clasificadorias legales del derecho civil.*

- A) Protección legal de las personas y de bienes.
- B) La esfera jurídica personal (Persönlicher Rechtskreis).
- C) La esfera jurídica social (gesellschaftlicher Rechtskreis).

*. La versión original del manuscrito preparado del Prof. Hermann Eichler, para la Conferencia de las Universidades Latinoamericanas a celebrarse del 15 al 20 de agosto de 1973 en Córdoba (Argentina) fue posteriormente completada para esta publicación mediante las notas explicativas correspondientes por el Dr. WALDEMAR HUMMER, Universidad de Linz (Austria).

D) Orden contractual (Vertragsordnung).

E) Adquisición y pérdida de derechos.

2.^a Parte: SISTEMA DE DERECHO PRIVADO Y TEORÍA DE
LOS SISTEMAS DE DERECHO.

I. *La dogmática de la teoría de los sistemas de derecho.*

II. *Consideraciones finales.*

1.^a PARTE

La sistemática en la codificación del derecho civil.

I. *Esquemas de clasificación existentes.*

1. Introducción.

Desde hace mucho tiempo se encuentra el derecho privado en un estado de modificaciones continuas, dentro de un proceso aún no concluido. Las instituciones del derecho privado tradicionales permanecen aún pero con otro sentido y espíritu, pues las bases sociales se han modificado más y más en el transcurso del tiempo. Por ello, las codificaciones del derecho civil del siglo XIX y principios del siglo XX no satisfacen más el estado de desarrollo alcanzado de la sociedad.

Estas codificaciones son expresión de la concepción de la sociedad de su época,¹ sea el concepto de “división por profesiones” basado en un orden social según los princi-

1. Si hay una carencia de determinación histórica, y asimismo de una adaptación continua del derecho a los hechos sociales modificados en el transcurso del tiempo, se modifica también la relación del objeto a regular respecto al contenido de la norma. Esto significa que el contenido normativo debe ser “dinamizado”, es decir, adaptado a la realidad social modificada. Comp.: KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik* in: *Festschrift für K. Engisch* (1969) I t., p. 243 ss.; LAMPE, *Rechtsanthropologie I t. Individualstrukturen in der Rechtsordnung* (1970) p. 188; HUSSERL, *Recht und Zeit* (1955) p. 10 ss.; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (1961) p. 86. La ciencia jurídica es, contrariamente a esta constatación, “secular-contingente”: para esta relativización de la “historicidad” de la ciencia jurídica puede

pios de libertad e igualdad o el concepto de “sociedad burguesa declinante” de la Europa “continental” pero superaron estas corrientes de época porque su forma y carácter permitieron la adaptación a una realidad transformada, pese a que el modelo social concebido originariamente ya había sido superado por las tendencias de cada época.

A ello se agrega que tanto las ciencias jurídicas como el desarrollo de la jurisprudencia contribuyeron a que las instituciones y principios del derecho civil se modificaran o adaptaran como consecuencia de su relación con la vida socio-económica en proceso de desarrollo.

En el transcurso del tiempo deben someterse por ello las antiguas codificaciones a un nuevo sistema ya que el tradicionalmente recibido no responde más a la variedad y nuevas formas de las situaciones y hechos jurídicos.²

Encontrar un sistema tal para el futuro es por ello una tarea urgente aunque parezca aún demasiado temprano para desarrollar un sistema de derecho privado común a todo Europa.

Quizás es un modelo unificado, con vigencia en todos los países europeos, en el momento sólo una ilusión.³ Pero

citarse a CONSTANTINESCO, quien afirmó apodicticamente: “Die Rechtswissenschaft bleibt außerhalb der Bewegung zur Anpassung an die zeitlich-vertikalen Koordinaten”. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung* (1971) I t., p. 25; véase también REICHER-FACILIDES, *Betrachtungen über vergleichendes und geschichtliches Rechtsdenken* in: JBL. (1973) p. 393 ss.

2. Como introducción general en los sistemas jurídicos del mundo, véase especialmente: WIGMORE, *Panorama of the World's Legal Systems* 3 vol. (1928); DERRETT, (ed.) *An Introduction to Legal Systems* (1968); DAVID-BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today* (1968).

3. En este contexto llama CONSTANTINESCO con razón la atención al hecho de que es necesario actuar con gran prudencia para la enunciación de sistemas de derecho, los que tendrían para la ciencia jurídica la misma importancia que los sistemas culturales dentro de la etnología: “Diese Rechtssysteme würden dann die Grundlage einer Universalgeschichte des Rechts bilden. Ein solches Unterfangen ist kühn und aller Voraussicht nach nicht zu verwirklichen”. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung* II t. *Die rechtsvergleichende Methode* (1972) p. 298.

sin embargo es posible sustraer algunas ideas básicas de la historia de la codificación, que ayudarían la investigación de sistemas comparativos. A continuación comenzaremos primero con la presentación simultánea de algunos sistemas de derecho civil, en forma de una apreciación superficial, para realizar luego el intento de señalar en rasgos generales una sistemática supranacional, surgida de esta comparación, que debe servir de modelo básico para la posterior derivación de una clasificación nacional,⁴ lo cual sería igualmente de interés para los estados latinoamericanos, dado que ellos pertenecen también a la familia del Derecho romano-germánico.

2) *Métodos de la clasificación.*

a) El “sistema de los tres-libros”.

En el Code Civil de Francia de 1894, el más antiguo de los códigos civiles aún en vigencia, no solo exteriormente no se encuentra ninguna *Parte General*, sino que también materialmente está lejos de todo tipo de principios jurídicos generales.

Al primer libro *Les personnes* (Artículos 7 — 514) le precede *Titre Préliminaire*, que trata de la publicación, de efectos jurídicos y de la aplicación de las leyes en general.

El segundo libro *Des biens, et des différentes modifications de la propriété* (Artículos 516 — 710) tiene como contenido la distribución de bienes, la propiedad, el usufructo, el derecho de uso y vivienda, la servidumbre y las servidumbres inmobiliarias.

A este le sigue el tercer libro *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (Artículos 711 — 2281), el que a juzgar por el título trata acerca de los diferentes modos

4. Con respecto a la comparación jurídica como método para la enunciación y precisión de sistemas clasificativos por categorías, véase especialmente: SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (1966) p. 62 ss.

de adquisición de propiedad (par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations) pero en su contenido incluye otras materias de derecho, especialmente el derecho obligatorio y prendario.

El código civil austriaco trata en los parágrafos 1 — 14 “*De las leyes civiles en general*” y recién en los parágrafos 15 — 284 incorpora la primera parte *Del derecho de las personas*. Esta parte considera en cuatro secciones principales de los derechos que se refieren a condiciones y relaciones personales (§§ 15 — 43), del derecho de matrimonio (§§ 44 — 136), de derecho entre padres e hijos (§§ 137 — 186) y por último del tutelaje y curatela (§§ 187 — 284). Una parte general en el sentido del código civil alemán no aparece.

La segunda parte trata (en los parágrafos 285 — 1341) del *Derecho de cosas* que bajo el título *De los derechos inmobiliarios* (§§ 309 — 858) considera tanto estos como también el derecho hereditario y bajo el título *De los derecho de cosas personales* regula tanto los contratos y negocios legales como el derecho de indemnización y satisfacción (§§ 859 — 1341). En la tercera parte se unem disposiciones comunes de los derechos de las personas y de cosas (§§ 1342 — 1502).

b) *El “sistema de los cuatro libros”.*

Como ejemplo puede citar-se el código civil español de 1889, cuyo primer libro *De las personas* (art. 17 — 332) tiene una estructura similar a la del Code Civil.

En el segundo libro está contenido el derecho de cosas bajo el título *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones* (Art. 333 — 608). El tercer libro *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (Art. 609 — 1087) presenta estas diferentes formas según su título lo indica. El cuarto libro trata *De las obligaciones y contratos* (Art. 1088 — 1976).

El Código Civil argentino comprende también cuatro libros: libro I *De las personas* (Art. 30 — 494), libro II *De los derechos personales en las relaciones civiles* (Art. 495 — 2310), libro III *De los derechos reales* (Art. 2311 — 3261) y libro IV *De los derechos reales y personales — disposiciones comunes* (Art. 3262 — 4051).

El Código Civil argentino tiene a primera vista una cierta relación con el Code Civil pero se desarrolló luego en forma independiente.⁵ El derecho civil alemán presenta una sistemática distinta basada en la doctrina del derecho de los *Pandekten*.

c) *El “sistema de los cinco libros”.*

El código civil alemán y las codificaciones surgidas bajo su influencia como por ejemplo el código civil de Grecia incorporan una “parte general” antes de las cuatro partes principales.

El segundo libro tiene como tema *El derecho de las obligaciones*, el tercer libro *El derecho de cosas*. *El Derecho de familia* no se encuentra como en otros códigos en el primer libro bajo el título *Derecho de personas*, sino que está regulado en el cuatro libro, al cual le sigue inmediatamente como quinto libro *El derecho de la herencia*.

El derecho suizo que divide el derecho civil en dos codificaciones, el código civil de 1907 y el derecho de las obligaciones de 1911 se basa también en el “sistema de los cinco libros”, pero evita la antelación de una parte general.

El nuevo código civil portugués de 1967 se clasifica también en cinco libros conforme con el código alemán.

El código civil brasilero adoptó el sistema alemán. A ello se debe que el código brasilero difiere de los demás códigos civiles sudamericanos.

PONTES DE MIRANDA caracterizó el carácter y esencia de los códigos civiles en la manera siguiente: “en el código

5. Comparese con nota 30.

civil alemán predomina el carácter educativo y didáctico. La terminología es novedosa y abundante. Frente al mismo, el código civil suizo es más breve, práctico y popular. El código civil argentino reúne en sí la mentalidad sudamericana con la antigua mentalidad francesa reflejada por el Code Civil.

El nuevo código civil brasileiro — así reza en su introducción de la edición comentada — es un poco individualista, vacilante, y menos político”⁶

d) *El “sistema de los seis libros”.*

Algo particular tiene vigencia para el derecho civil italiano. Imitaba el “Codice Civile” 1865 esencialmente el Code Civil, en el Codice Civile de 1942 encontró su fin la evolución orientada según la ciencia de los *Pandekten*, con notables divergencias sin embargo del sistema del código civil alemán.

El primer libro *Las personas y la familia* (Art. 1 — 455) está repartido en catorce títulos. El segundo libro *El derecho de herencia* (Art. 456 — 809) contiene en los títulos 1 — 5 junto a las disposiciones generales sobre la herencia, la reglamentación de la herencia legal, de la herencia testamentaria, de la repartición hereditaria y de las donaciones.

Al tercer libro con el título *La propiedad* (Art. 810 — 1172) le sigue como cuarto libro *De las obligaciones* (Art. 1173 — 2059). El quinto regula *el trabajo* en los Artículos 2060 — 2642, al cual le sigue como último libro *La protección legal* (Art. 2643 — 2696).

II. Consideraciones “políticas” acerca de las ideas clasificatorias legales de derecho civil.

Las precedentes clasificaciones del material legal a dividir⁷ presentan en los códigos de Europa occidental, pese

6. PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: HEINSHEIMER* (Ed.), *Brasilien, Código Civil* (1928) p. 21 y 22.

a notables divergencias, amplias coincidencias desde un punto de vista básico. En todos los casos se encuentran en principio las mismas ideas básicas, basadas en la división tripartita de las instituciones en “personae”, “res”, actiones”. De acuerdo a ello y llevado a una fórmula básica común tenemos tres sectores principales: el derecho de las personas, el derecho de las cosas y una tercera parte, que comprende “disposiciones comunes o “adquisición de la propiedad”. El derecho de las obligaciones se deduce entonces de los derechos personales.

No se plantea hoy la cuestión si el enfrentamiento tradicional del derecho de las personas y el derecho de las cosas refleja aún las expresiones diferenciadas de las formas jurídicas del presente, sino se trata mucho más de acontecimientos sociales determinados y necesidades de la vida individual y social, los que dominan el sistema en primero línea. La antropología jurídica ha desarrollado un sistema de necesidades fundamentales en la existencia del sujeto del derecho.

En el fondo la denominación indiferente del “derecho de las personas” tinene un alcance tal que bajo la misma pueden resumirse todas las relaciones personales y las cualidades de las personas en cuanto estas sean jurídicamente relevantes. Todos estos criterios subjetivos son determinados sin consideración de un objeto formal unitario. Las otras materias jurídicas, como por ejemplo el derecho de las cosas, parten del objeto, de modo tal que la clase del objeto determina la sistematización de la materia jurídica correspondiente. Por el contrario, ele derecho de las personas es un sector jurídico sin un “objeto formal nitario”.⁸ La persona es mucho más el sujeito del derecho en

7. Comp. básicamente: EICHLER, *Gesetz und System* (1970) p. 95 ss.; PONTES DE MIRANDA, *Prólogo le la obra de: HEINSHEIMER* (Ed.), Brasilien. Código Civil (1928) s. 41.

8. SZACHULOWICZ, *Der Gegenstand des polnischen Zivilrechts en: Jahrbuch für Ostrecht* (1960) p. 169.

en sistema de los derechos subjetivos, en el cual la persona “natural” y la “persona jurídica” (*personne morale*) son igualadas básicamente como “portadores de derecho”.

Desde este punto de vista aparece el individuo como “portador de derechos”.⁹

En consideración de la necesidad de protección del ser humano de nuestra época y sociedad debería partirse no de la persona como sujeto de derecho sino más bien del hombre y de la necesidad de su protección jurídica. Esta idea protectora grava también el principio de la solidaridad.¹⁰ En el centro del sistema del derecho queda — en su realidad humana — el hombre como sujeto del derecho.

El individuo necesita la protección del orden jurídico privado en la totalidad de su esfera de vida y en el transcurso de sua existencia, no sólo por si mismo, sino también por la sociedad de la cual es miembro, si bien también la sociedad y cada uno de sus miembros debe responsabilizarse por la existencia social (más y más también por el bienestar) de cada uno de los otros miembros de la sociedad. Con la seguridad de cada uno por medio del derecho privado se tiende al mismo tiempo hacia la seguridad social.

A) *Protección legal de las personas y de bienes.*

a) desde este enfoque aparece digno de consideración dedicar en un futuro código civil una “Primera parte” a la seguridad y orden generales. La idea protectora debe entenderse como respeto y defensa de la esfera jurídica de cada uno, tal como lo exige el término: “*neminem laedere*” traducido aquí bajo la fórmula: protección contra per-

9. Respecto a la tensión entre derecho subjetivo y ordenamiento jurídico objetivo o entre individuo y comunidad, véase: SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, II t. 2.^a ed. (1961) p. 418 ss., y especialmente las consideraciones básicas en: LAMPE, *Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, I t. *Individualstrukturen in der Rechtsordnung* (1970).

10. Véase: WIEACKER, *Vom römischen Recht*, 2.^a ed. (1961) p. 621.

juicios delictivos. En esta consideración se separa el derecho delictivo del derecho de las obligaciones para tomar su lugar en el sector jurídico a denominar-se protección jurídica privada individual o protección jurídica dela persona.¹¹

En el sistema tradicional del derecho de las obligaciones aparece el derecho delictivo junto con el derecho contractual dentro del mismo “paréntesis” delante del cual se encuentra aún la parte general del derecho de las obligaciones.

Según el orden de la sistemática legal aparece en primer término el derecho contractual con una reglamentación especial y luego — en forma relativamente resumida — el derecho delictivo, casi podría decirse como añadido en forma similar como el derecho de las condiciones (véase por ejemplo las *Konditionen* en los Parágrafos 823 y ss. del Código Civil alemán).¹²

En contra de este orden de las cosas aparecen dudas desde el punto de vista legal, porque el elemento puente es simplemente el “concepto de referencia” de “obligación” como marco común para todas las obligaciones. Pero si se parte de la esencia de la cosa, es decir de la motivación básica de derecho delictivo y con ello de la ratio de la protección delictiva, aparece una diferencia notoria y profunda de ambas raíces. La protección contra perjuicios delictivos se basa — frente a la responsabilidad contractual — en un principio general por que ella asegura la totalidad de la esfera jurídica individual contra “daños imputables” (Larenz).

Este punto de partida permite también incluir la protección del derecho general de la personalidad en el derecho delictivo y garantizar con ello — al que en el código

11. Comp. también: SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, 2.^a ed. II t. (1961) p. 427 s.

12. Véase SCHNITZER, *op. cit.*, p. 632 ss..

civil portugués nuevo — el derecho al respeto de la dignidad humana y al desarrollo individual de la persona, todo ello dentro del orden del derecho privado.

La protección es también de carácter general en tanto no se limita a relaciones jurídica contractuales existentes entre determinadas personas, sino comprende de manera absoluta todas las lesiones, de cualquier lado que ellas provengan.

Frente al protegido se encuentra el “responsable”. La “responsabilidad delictiva” debe dividirse según el principio de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad por peligro. El aumento continuo del “elemento de peligro” obliga nuevamente desde el punto de vista de la protección a la intensificación de la responsabilidad por peligro.

b) El concepto de la protección jurídica privada de la seguridad y orden generales tiene por otra parte consecuencias en el derecho de las cosas, más precisamente en la protección de la propiedad.¹³

La idea protectora encuentra aquí su forma jurídica privada junto a la garantía contitucional de la propiedad.¹⁴ En primer plano jurídico-político aparece la pretensión defensiva negatoria del propietario. La extensión de la “actio negatoria” a cada inmisión en los bienes protegidos legalmente, no solo en el derecho absoluto, significa al mismo tiempo una ampliación de la protección de la esfera jurídica individual según analogía similar permitida.

En consideración de la propiedad inmobiliaria ejerce el catastro una función protectora de primer grado. En lo que hace a los esfuerzos dirigidos en algunos lugares hacia la eliminación de este instrumento debe protegerse esta institución especialmente.

13. Respecto al problema de la relativización del concepto de propiedad y a la “elasticidad” causada por la misma dentro del mismo concepto, véase en especial: LAMPE, *Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, I t. *Individualstrukturen in der Rechtsordnung* (1970) p. 114 ss.

14. Comp.: EICHLER, *Gesetz und System* (1970) p. 107.

Mano a mano con la protección de la propiedad se encuentra la protección de la posesión, en ello se encuentra incluido la protección de derecho de vecindad, que hace aquí realidad también la servidumbre en sus formas de aplicación vecinal.

Parece increíble que bajo la rúbrica “protección de la persona” se encuentren instituciones de derecho de las cosas. La justificación la da el hecho de que en última instancia el derecho de propiedad es no sólo un derecho de dominio sobre una cosa, sino la pertenencia legal de una cosa a una persona.

B) *La esfera jurídica personal* (persönlicher Rechtskreis).

La “Segunda parte” entonces aparecería bajo la rúbrica: “La esfera jurídica personal”. Se refiere a la esfera legal del individuo, en especial en aquellas relaciones de la realidad que desde el punto de vista de la convivencia de los hombres dentro de la comunidad jurídica determina su orden existencial.

En este sentido deben limitarse en primer lugar tres sectores

- 1) el sector del derecho de la familia
- 2) el sector del derecho de vivienda
- 3) el sector profesional, por una parte en su forma jurídico-comercial, por la otra en su forma del derecho laboral.

Debe mencionarse si futuras codificaciones de derecho laboral deben incorporarse “en bloc” en el Código Civil o permanecer como Código de Trabajo independiente. Desde el punto de vista de nuestras consideraciones tiene predominancia la primera alternativa, porque el individuo mediante su trabajo hace realidad en forma especialmente determinante su personalidad.

El que una u otra disposición sean de naturaleza de derecho público no es obstáculo porque en todos los casos

la base de partida, que es el contrato de trabajo es de naturaleza jurídica privada.

C) *La esfera jurídica social* (gesellschaftlicher Rechtskreis).

La esfera jurídica del individuo incluye en sentido amplio también aquellas relaciones de derecho que lo unen mediante una fusión con otras personas y con el ambiente desde el punto de vista de su posición legal es su participación la que le garantiza los correspondientes derechos y le otorga obligaciones según el carácter legal de la organización.

Si se basa esta organización en una constitución corporativa, predomina en primer término las relaciones legales entre la asociación o sus órganos respectivos por una parte y el miembro por la otra. En el caso de que se obliguen los socios recíprocamente a la consecución de un fin común, la asociación carece de un todo ente puesto como unidad independiente. La unión legal está enraizada exclusivamente en el contrato societario. También en la esfera jurídica social surte efecto el principio de protección del individuo.

El concepto de empresa y empresario debe incluirse tanto en la esfera legal profesional como en la social. El derecho italiano trata el derecho de las empresas de comercio antes que el derecho de la sociedad (compárese los artículos 2188 ss.).

D) *Orden contractual* (Vertragsordnung).

En el centro de todo se encuentra el orden contractual, que incluye aquellos tipos de contratos que en su entrelazamiento y totalidad representan el proceso económico total tal como está determinado por el derecho privado.

El sistema contractual se convierte bajo estos aspectos generales en una base normativa del desarrollo económico del individuo en el marco de la totalidad. Pero este orden se deriva no sólo de sucesos a procesos económicos. En su

base dogmática-jurídica se funda en una sistemática de los contratos orgánicamente desarrollados en el curso del tiempo y que alcanza en sus orígenes al derecho romano. Se trata simplemente de establecer la relación del orden contractual con el sistema general de la economía del sistema del derecho civil y de entender la función contractual bajo la idea de la “justicia contractual”.

Con ello es al mismo tiempo el principio de la “libertad contractual” — que está más cerca del derecho público que del privado — reemplazado por el concepto de la adecuación contractual”. En primer lugar se debe tratar la relación entre el contrato individual y las condiciones generales de contrato. En general el orden de los contratos se basa en el principio de la confianza, que es una estructura antropológica de cada orden de derecho moderno.

E) *Adquisición y pérdida de derechos.*

El orden contractual representa un sector de las “actividades legales”, el otro se encuentra bajo la rúbrica “Adquisición y pérdida de derechos”.

Aquí pueden resumirse los siguientes capítulos

1. *Capítulo:*

- a) transmisión de bienes inmuebles
- b) transmisión de bienes muebles
- c) adquisición legal de propiedad

2. *Capítulo:* Derecho a la adquisición de la propiedad (derecho de tanteo)

3. *Capítulo:*

- a) Cesión
- b) contrato a favor de terceros
- c) asignación
- d) asunción de deudas
- e) asunción de bienes
- f) asunción de deudas de terceros

4. *Capítulo*: Cumplimiento y No cumplimiento
5. *Capítulo*: Enriquecimiento indebido
6. *Capítulo*: Donación, fundación, bienes comunes
7. *Capítulo*: Derecho de herencia
8. *Capítulo*: Prescripción

2.^a PARTE

Sistema de derecho privado y teoría de los sistemas de derecho.

I) *La dogmática de la teoría de los sistemas de derecho.*

Las estructuras del derecho privado de las legislaciones europeas enraizan en la sistemática del derecho romano y son el resultado de un pensar jurídico propio del ámbito de influencia jurídico romano-germano. CONSTANTINESCO demostró no hace mucho que las grandes categorías sistemáticas no se encuentran en círculos jurídicos de otra procedencia y fundamentación, o sea ni en círculos jurídicos anglo-americanos ni islámicos.¹⁵ En la jurisprudencia soviética se encuentran “desdibujadas” de manera característica.¹⁶ En el siglo 19 se consideraban las divisiones básicas en todos los órdenes legales como invariables, aún cuando las instituciones legales de uno a otro ordenamiento legal se diferenciaran.

En cierta forma se relaciona este modo de pensar con la “amplia propagación mundial” del Code Civil, que marca también las codificaciones del derecho civil sudamericano,

15. Véase las obras de este autor en las anotaciones No 1 y 16 de este trabajo.

16. Comp. especialmente: CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, II t., *Die rechtsvergleichende Methode* (1972) p. 129 ss.; LOEBER, *Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung* in: Rabelsz (1962/63) p. 201 ss.; EICHLER, *Gesetz und System* (1970) p. 78 ss.; DAVID-GRASMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart* (1966) p. 161 ss.; JAKOBS, *Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Gesellschaftsordnungen* in: *Osteuropa-Recht* (1963), p. 108 ss.

que se deducen en modo diferente de los modelos europeos.¹⁷

Según ZWEIGERT es la codificación chilena la “producción más independiente y original del arte legislativo sudamericano”;¹⁸ La estructura de esta obra supera incluso la del Code Civil. Posteriormente fue adoptado este código por Ecuador y Colombia. DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD basó su proyecto del Código Civil Argentino también en lo esencial en el Code Civil, pero al mismo tiempo utilizó el Código Civil chileno,¹⁹ leyes españolas²⁰ y algunos trabajos previos de la codificación brasilera. TEIXEIRA DE FREITAS Y BEVILAQUA utilizaron para los esbozos brasileros además del Code Civil, entre otros el portugués y el italiano,

17. Respecto a la forma de adopción de los modelos europeos por parte del derecho sudamericano, véase: SCHWARZ, *Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte* in: SCHWARZ, *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (1960), p. 149 ss., 152; *La Semaine internationale du droit* (1954); SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I t., 2.^a ed. (1961), p. 209 ss.; PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: HEINSHEIMER (Ed.) Brasilien. Código Civil* (1928), p. XXI; véase también: MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (1949), p. 8 s.

18. ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t. Grundlagen (1971), p. 127. Para el Código Civil chileno de 1855, véase especialmente: ARNOLD, *Das chilenische Zivilgesetzbuch vom 14. Dezember 1855* en: JZ (1956), p. 773 ss.

19. CASTÁN VÁZQUEZ, *El Sistema de Derecho Privado Iberoamericano* en: *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Vol. VI (1969), p. 173.

20. Véase: CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, I t. *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1971), p. 48 s. Para el aspecto del derecho conflictivo véase: GARCÍA ARIAS, *El derecho internacional privado español anterior al Código Civil de 1889, y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español* en: *Temis* (1967), p. 63 ss.; para los trabajos previos pertinentes de Esteban de Ferrater, véase BERNAD ALVAREZ DE EULATE, *El sistema de derecho conflictual español en Esteban de Ferrater* en: *Temis* (1967), p. 101 ss.; comp. también BONET NAVARRO, *El sistema conflictual del proyecto de Código Civil Español de 1869* en: *Temis* (1967), p. 137 ss.

pero también los modelos alemán y suizo,²¹ los cuales por otra parte también fueron tomados en consideración por el código portugués de 1967.

El mundo jurídico sudamericano se formó pues en forma decisiva sobre esta difusión del derecho francés, ya que a principios del siglo 19 el derecho español — como derecho del antiguo poder colonial — quedaba excluido.²² Además, el código español se apoya, en lo que a denominación se refiere, en el Code Civil dentro del derecho de obligaciones, pero en lo que hace al derecho de familias guarda la tradición legal española.

El revolucionario derecho francés era en cambio, en aquellos momentos de las guerras de la independencia hispano-americana, el suelo apropiado para los derechos latino-americanos. En el siglo 20 disminuyó la influencia francesa con la aparición de “conceptos legales” italianos, alemanes y suizos. Por cierto hay que hacer una diferenciación por grupos, tal como lo ha hecho recientemente ZWEIFERT. Gran similitud con el Code Civil guardan las codificaciones de derecho civil de Haití, Bolivia y las República Dominicana.

El segundo grupo lo forman el código civil chileno y argentino, recién en 1916 se suma Brasil como tercero a este grupo.

La relación total de las codificaciones sudamericanas con las europeas es evidente para el derecho civil, aún

21. Una descripción concisa de este proceso se encuentra en: PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra* de: Heidesheimer (Ed.), Brasilien. Código Civil (1928), p. 37, ss.; véase también: CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, I t. *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1971), p. 131 s.

22. Con respecto a la influencia de la Madre Patria sobre el desarrollo jurídico y socio-económico de las colonias españolas y portuguesas en Latinoamérica, véase: VRIES-RODRÍGUEZ-NOVÁS, *The Law of the Americas. An Introduction to the Legal systems of the american Republics* (1965), p. 161 ss.; véase: SCHNITZER, *Die Annäherung der Völker und ihrer Rechte* en: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (1963), p. 228.

cuando no sea lo mismo para el derecho constitucional.²³ JOSÉ CASTRAN TOBEÑAS en su obra *Los sistemas jurídicos-contemporáneos del mundo occidental*, reúne en un grupo independiente dentro de los derechos latinos los sistemas de origen ibérico, grupo éste que se encuentra junto a los sistemas francés e italiano.

Dentro de este orden de origen ibérico distingue GASTÁN TOBEÑAS²⁴ el sistema español, el portugués y los sistemas ibero-americanos, así como aquellos influenciados por el "Common Law" como son Puerto Rico y las Filipinas.²⁵

Por su parte el grupo latino se une nuevamente con el germánico en la familia jurídica romano-cristiana. Toda la estructura de los "sistemas jurídicos" se apoya en primera línea en una diferenciación según criterios ideo-

23. Sobre la limitación de este intento clasificatorio, manifiesta con razón SCHLESINGER: "it seems that those, who seek to classify legal systems, frequently pay exclusive attention to the area of private law. The classificatory labels thus produced are apt to be uninformative regarding the character of a nation's public law. This is exemplified by the 'civil law' label generally pinned on the Latin American systems". SCHLESINGER, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 3.^a ed. (1970), p. 254, nota 13.

24. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (1956), I t., p. 23.

25. Véase al respecto la interesante afirmación de SCHLESINGER: "The Spanish and Portuguese conquerors introduced legal systems rooted in the civil law; most of the nineteenth and twentieth century codes, thought adopted after emancipation, continued this tradition by following European models. The legal systems of Latin America thus are generally classified as belonging to the civil law orbit. ... Even in the field of private law, it seems that common law influences are not lacking, and in fact are growing of late.. " SCHLESINGER, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 3.^a ed. (1970), p. 254 s. Con respecto a las formas de las instituciones adoptadas de la esfera del "common law" y gravadas según las ocasiones de manera diferente, véase especialmente: KARST, *Latin American Legal Institutions: Problems for Comparative Study* (1966), p. 637 ss.; EDER, *The Impact of the Common Law on Latin America en: Miami Law Quarterly* (1950), p. 437; EDER, *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law* (1950).

lógicos y culturales, así como según criterios de origen histórico y morfológico.

A nosotros esta diferenciación nos motiva nuevamente a ordenar los sistemas legales “de filiación ibérica” dentro de una jurisprudencia independiente que queremos denominar iberoamericana y que es en cierto modo comparable al círculo anglo-americano. La similitud la vemos por sobretodo en el hecho de que, así como el “common law” se extendió de Inglaterra a Norteamérica, así pasaron los derechos francés, español y portugués a Latinoamérica. Tanto en uno como en otro caso surgieron lentamente culturas legales comunes sobre la base de una comunidad de lenguas²⁶ y la concepción del derecho.

En la publicación conmemorativa *Estudios de derecho civil*, en honor del Prof. GASTÁN TOBEÑAS encontramos una notable *Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en las clasificaciones de los sistemas jurídicos* de JOSÉ MARIA CASTÁN VÁZQUEZ que trata la clasificación de DAVID.²⁷ Este autor destaca entre las familias jurídicas con-

26. Sobre el problema de la comunidad de lenguas y de las “familias lingüísticas y de derecho” así constituídas compárese mi argumentación en: *Gesetz und System* (1970), p. 92; tal como lo argumenté en mi contribución a la publicación en honor de CASTÁN TOBEÑAS: “Die Rechtskreise der Erde”, la comunidad de lenguas es también un elemento típico derecho (p. 307). CASTÁN VÁZQUEZ apoya la misma idea para la futura unificación de derecho dentro de la esfera latinoamericana. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano en: Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. VI (1969), p. 183.

27. Los sistemas se clasificaron en: del Derecho francés del anglo-americano, del germánico, del eslavo y del musulmán. Véase: DAVID, *Tratado de derecho civil comparado* (1953), p. 214; incluso el trabajo más reciente y completo de habla alemana en el campo de la comparación de derecho, de ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t. *Grundlagen* (1971), no distingue ningún sistema de derecho latinoamericano calificable como genuino y menciona solamente los sistemas de derecho romano, germano, anglo-americano, nórdico, socialista, del Lejano Oriente, musulmán e hindú.

temporáneas, en primer lugar la romano-germánica, la cual abarca todos los países en los que la ciencia jurídica se basa en el derecho romano. Debe su nomenclatura, como el dice, a la comunidad de esfuerzos científicos de las Universidades de países latinos y germanos.

En segundo lugar figura el sistema del “common law”. Es un sistema de las decisiones precedentes que originariamente se recopilaban en anuarios. De acuerdo con el carácter de las decisiones judiciales, la consecuencia jurídica de cada sentencia es considerada en principios como vinculante para el futuro en casos semejantes.

La tercera familia está constituida por el grupo de los países de derecho socialista. A pesar de su semejanza con ciertas características de los ordenamientos jurídicos romano-germánicos, se diferencia bastante uno de otros. La familia de los ordenamientos jurídicos socialistas tiene su origen en la Unión Soviética y en la situación social establecida por la Revolución de 1917, que determinó un cambio profundo en la concepción del derecho dentro del Estado y mediante la ocupación de otros países.

En el cuarto grupo incluye DAVID los sistemas filosóficos y religiosos. Evita el empleo de la expresión “familia jurídica” al tratar de los sistemas religiosos, entre los cuales el del Islam es prácticamente el más importante. En segundo lugar se encuentra el derecho Hindú, y como tercer sistema de carácter religioso figura el derecho hebreo.

Para DAVID está claro como VÁZQUEZ dice que los países que fueron colonias españolas en América (como las que constituyeron colonias portuguesas, holandesas o francesas), pertenecen a la familia romano-germánica de derechos, porque aceptaron de modo natural las concepciones jurídicas de dicha familia y no han repudiado nunca esa tradición; la única cuestión que se plantea es saber en que medida las condiciones propias de América, muy diferentes de las del medio europeo, deben conducir en el plano del Derecho práctico, a reconocer o conferir una cierta ori-

ginalidad a los Derechos de América en relación con los Derechos europeos de la familia romano-germánica”.²⁸

Dentro de la teoría de los sistemas de derecho²⁹ puede considerarse hoy como una sentencia asegurada internacionalmente, que los ordenamientos jurídicos latino-americanos presentan rasgos característicos en comparación con los de Europa Occidental. Esta particularidad está justificada de antemano por la diversidad de condiciones de desarrollo y existencia de los países europeos por una parte y los de América del Sur y Central por la otra. Aquí se trata no sólo de condiciones políticas, económicas y sociales, es decir, la influencia del medio ambiente, sino también de una originalidad jurídica, de una particularidad de la cultura jurídica.³⁰ La investigación es de igual interés, tanto histórica como dogmáticamente.

Sobre el fundamento de una historia jurídica común surge en el transcurso del tiempo una “comunidad jurí-

28. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano*, en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, VI t. (1969), p. 159 ss..

29. Respecto a la problemática de la doctrina de los “sistemas de derecho”, desarrollada en la teoría de derecho comparado, véase especialmente: ZWEIFERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t. *Grundlagen* (1971), p. 76 ss.; EICHLER, *Gesetz und System* (1970), p. 66 ss.; EICHLER, *Die Rechtskreise der Erde* en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. IV (1969), p. 293 ss..

30. Sobre la originalidad, en especial del Código Civil argentino, véase: PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: Heinsheimer* (Ed.), *Brasilien, Código Civil* (1928), p. 21; respecto a la formación y unificación genuina y continuada de los derechos civiles latinoamericanos (también en el campo del derecho conflictivo), compárese en especial: PHILLIPS, *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung* (1965), p. 112 s., 131 s.; SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I t. (1961), p. 86; NADELMANN, *Multilateral conventions in the conflicts field: an historical sketch* en: *Netherlands international law Review* (1972), p. 144; CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema del derecho privado iberoamericano* en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. VI (1969), p. 164 ss. 179.

dica” iberoamericana. La difusión del derecho hispano-portugués durante la colonización de América del Sur y Central, la influencia del derecho francés, la posterior utilización de los derechos nativo y extranjero en las “audiencias” y no en última instancia la codificación del Derecho civil, formaron una base común, pese a toda la diversidad de orígenes. En este sentido cabe citar los tratados básicos de HAROLDO VALLADÃO y RENÉ DAVID sobre la “Originalité des droits de l’Amérique latine”.³¹

Fuera de ello se produjo con el tiempo y como consecuencia de la legislación nacional una cierta “dispersión” dentro del derecho. Los esfuerzos dirigidos a una igualación y unificación del derecho se basan en diversos programas y finalidades. En primera línea se concentran en torno al Código Bustamante,³² instrumento básico del derecho conflictivo en el ámbito de los estados sudamericanos.

Otra expresión similar es la “unificación legislativa ibero-americana” que incluye también la península ibérica.

Finalmente también el movimiento panamericano se une a estos esfuerzos. La dificultad consiste en que el derecho norteamericano pertenece a las áreas del “common law”. Cada unificación legal se ve interrumpida de continuo por corrientes individuales y nacionalistas, pero en su totalidad se la juzga como con gran porvenir.

Merece destacarse que en el caso de la unificación legal sudamericana no se presentan las dificultades que aparecen por diferencia de idioma o gran divergencia de los sistemas legales. Mas que antes está a disposición del proceso de unificación el método de derecho comparativo. En primera línea se trata de una comparación jurídica siste-

31. VALLADÃO, *Le Droit Latino-Américain* (1954); DAVID, *L’Originalité des Droits de l’Amérique Latine* (sin fecha de edición).

32. Sobre el “Código Bustamante” véase: MAKAROV, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, II t., 2.^a ed. (1960), p. 2 ss.

mática, no de las leyes escritas sino de todos los elementos comparables que entren en consideración. En este sentido cuentan no sólo las condiciones políticas, económicas y sociales, sino también las humanas, morales y religiosas.

La comparación jurídica moderna distingue aquí los elementos determinantes de los fungibles y cuenta entre los primeros la concepción jurídica y las ideologías o doctrinas que la dominan,³³ así como la interdependencia entre realidad social y norma legal. Estas características se orientan a su vez en la concepción y rol del estado y en la posición legal básica del individuo. No en última instancia son las diferenciaciones básicas de concepto y de categoría legal, las que pertenecen a los elementos determinantes. Constantinesco cuenta entre ellos también la condición económica, que comprende la problemática de la propiedad, del derecho de herencia, del derecho contractual y otras instituciones jurídicas. Queda a la vista que, dentro del campo jurídico latinoamericano, los ordenamientos jurídicos contienen en mucho los mismos elementos determinantes.

Al fin encuadramos la familia jurídica ibero-americana dentro de los sistemas de nuestra concepción:

Nos parece que hay tres tipos de áreas jurídicas en el mundo: como primer grupo los sistemas jurídicos de asociación lingüística en un sentido de una historia común, constituido por cuatro subgrupos: anglo-americano, ibero-americano, de habla alemana y escandinavo.

El segundo grupo de áreas jurídicas se caracteriza por la ejemplaridad de ciertos ordenamientos jurídicos, en cuanto sirven de ejemplo por la sistemática jurídica o por

33. Es especial debe destacarse aquí la posición de la teoría de interpretación dominante en cada caso: "Eine vergleichend Untersuchung der Interpretationsmethode als determinierendes Element in den wichtigsten Rechtskreisen wäre sehr aufschlussreich": CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, II t. *Die rechtsvergleichende Methode* (1972), p. 231.

la técnica de codificación, o bien porque la concepción de la sociedad y del derecho proyecta su influencia en otros lugares o países.

Desde este punto de vista cabe agrupar dos familias jurídicas en el tipo de las áreas formadas por sistemas ejemplares.

En primer lugar la familia jurídica francesa, la cual se basa en la obra de codificación napoleónica bajo cuya influencia se encontró también Italia. No obstante, el Codice civile (1942) se distingue del tipo de codificación tradicional francés, de manera tal que el derecho civil italiano mantiene una postura particular, sobre todo en vista a una aproximación a la “familia centro-europea”. A pesar de esto, Italia se mantiene en el grupo romano o, en un sentido más amplio, francés.

En segundo lugar está la familia jurídica ruso-soviética, formada según la pauta de la ordenación jurídica socialista.

Finalmente existe como tercer tipo un grupo de sistemas de carácter transcendente. Este grupo abarca sobre todo los derechos hindú, islámico y chino no-comunista. Este grupo se forma teniendo en cuenta la existencia de influencias religiosas y de la concepción del mundo en los sistemas jurídicos.

Así se da el cuadro siguiente:

1. Areas jurídicas de comunidad idiomática:

- a) familia jurídica anglo-americana
- b) familia jurídico ibero-americana
- c) familia jurídica de habla alemana
- d) familia jurídica escandinava

2. Areas jurídicas formadas por sistemas ejemplares

- a) familia jurídica francesa
- b) familia ruso-soviética

3. Areas jurídicas formadas por sistemas de carácter transcendente.

- a) Derecho de los hindúes
- b) Derecho islámico
- c) Derecho de los chinos no comunistas

Queda por responder una última pregunta acerca del valor científico de las teorías expuestas.

En primer lugar, facilitan el trabajo de la dogmática jurídica mediante el derecho comparado.

La investigación de las instituciones jurídicas y de los preceptos jurídicos del derecho comparado favorece la comprensión de la ordenación jurídica nacional.

En segundo lugar, la teoría expuesta contribuye a la delimitación de la nacionalidad e internacionalidad del Derecho, y con ello a la asimilación jurídica. Aunque los conceptos fundamentales son los mismos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, cada unidad jurídica contiene un elemento nacional, el cual ha de averiguarse conforme a los hechos naturales, los precedentes históricos y del espíritu de la época, según la formulación del conocido autor suizo GUTZWILLER.

Finalmente la teoría expuesta responde a una actitud eminentemente humana y a la vez filosófica, en cuanto intenta descubrir la comunidad de vida y la unidad del espíritu humano tras la variedad de las formas de existir y de los ordenamientos jurídicos de los pueblos.

Pese a esta coincidencia básica, ha sufrido daños la homogeneidad de los sistemas de derecho privado en el campo sud — y centroamericano. Así por ejemplo, el concepto del derecho de la propiedad — que se encuentra dentro del derecho privado — ha adoptado contenidos diversos, especialmente cuando se parte de la condición económica del ordenamiento jurídico correspondiente.

La irrupción en la idea de la propiedad privada partió de la jurisprudencia soviética,³⁴ pues los ordenamientos jurídicos de Europa Occidental, de la familia jurídica romano-germana se basan en un concepto de la propiedad jurídico-individual.

Es notorio que las jurisprudencias comienzan a entrecruzarse cuando las características dispositivas de una institución jurídica marcan las de la otra. De ello se deduce que las jurisprudencias comienzan a vacilar.

Desde el punto de vista de esta teoría es contrario al sistema, que las ideas de propiedad transmitidas por la jurisprudencia soviética influyan en la forma notoria estructuras jurídicas de una jurisprudencia de forma totalmente distinta.

II. Consideraciones finales.

Al fin renumamos los siguientes resultados metodológicos y de sistemática legal:

1. Es notorio que las consideraciones de codificaciones sólo conducen a estructuras formales, porque un debate técnico-legal del sistema, en el sentido de una división de la totalidad de la materia de derecho civil, es en mayor o menor medida sólo exterior. Así se trata de la comparabilidad de los elementos determinantes que mar-

34. Compárese básicamente: JAKOBS, *Das Eigentum als Rechtsinstitut im deutschen und sowjetischen Recht* en: *RabelsZ* (1965), p. 694 ss.; HASTRICH, *Das persönliche Eigentum der Sowjetbürger in der Übergangszeit zum Kommunismus* en: *Osteuropa-Recht* (1963), p. 26 ss.; ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t., *Grundlagen* (1971), p. 370 s., 390 ss.; SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I t. (1961), p. 259; DAVID-GRASMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart* (1966), p. 267 ss. La mayoría de los juriconsultos del sistema de derecho soviético afirma que solamente es posible comparar los derechos burgueses y los derechos socialistas entre sí: SZABÓ, *Comparative Constitutional Law: its Possibility and Limits* en: *Özör* (1971), p. 156.

can los ordenamientos jurídicos comparables. Dentro de una misma jurisprudencia presentan las instituciones jurídicas a considerar, especialmente dentro de la familia jurídica latinoamericana, una cierta similitud, pese a las diferencias de los sistemas y a la influencia europea, y esto facilita una unificación. En relación a la situación del presente, disminuyen las diferencias de origen determinadas históricamente.

2. Las cadenas de la jurisprudencia se ven interrumpidas en los últimos tiempos por influencias ajenas al sistema. La doctrina jurídica se ve sometida a factores de intrusión extranjera, que ponen en duda las teorías de jurisprudencia desarrolladas. El fenómeno del círculo cultural está referido más que nunca al presente.

3. Por todo ello, el ordenamiento del derecho privado del futuro no puede erigirse ni por medio de los sistemas transmitidos ni por conceptos jurídicos, sino que debe surgir de la concepción jurídica viviente dentro de una comunidad jurídica y debe ser dirigida por las instituciones jurídicas en ella enraizadas, que mantienen vivo este conocimiento a través del tiempo.

La igualdad o similitud existentes entre uno y otro ordenamiento exige una mirada en la forma futura de un ordenamiento de derecho privado, como puede verse en el ejemplo del concepto de esencia de la independencia y dependencia de los miembros de una familia y con ello la forma del derecho de familia.

4. El sistema de derecho privado debe así desprenderse de las codificaciones fosilificadas de los siglos 19 y 20. La sistemática de los derechos subjetivos, entendida como forma de comunicación, ya no es apropiada como base transportadora de la dogmática del derecho privado.

Un nuevo sistema se construye sobre las necesidades sociales, según mandamientos y postulados de derecho co-

mún e individual. Desde el punto de vista de una consideración actual, tal como lo hemos visto, tiene preponderancia el mandamiento de la seguridad y el orden comunes.

Este principio es naturalmente supranacional, pero está dentro del marco de la misma jurisprudencia.

Sobre este fundamento se basa en la familia jurídica romano-germana la esfera jurídica-individual. Esta construcción se lleva a cabo por un lado según el principio de la independencia y autodeterminación del individuo, y por otro, según el principio de la dependencia económica y social del individuo, tal como se manifiesta de manera característica en su actual relación jurídica familiar, en su posición jurídica habitacional, laboral y social dentro de la totalidad.

El tráfico “jurídico-social” será regulado por un ordenamiento contractual que satisfaga las necesidades económicas y sociales y por una regulación unificadora de la adquisición y pérdida de derecho en las instituciones a considerarse.

Observações sobre os Cursos de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da USP.

Henny Goulart

Livre Docente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Os cursos de Pós-graduação, regulamentados pelo Estatuto da Universidade de São Paulo e seu Regimento Geral e pelas Portarias ns. 885, de 25.8.1969, 1.211, de 25.6.1970, 1.538, de 19.7.1971, surgiram em decorrência do estudo altamente valioso consubstanciado no Parecer n. 977, de 1965, elaborado pelos eminentes membros do Conselho Federal de Educação, cujo texto analisa profundamente a origem, necessidade, conceito e características dos Cursos em questão.

Em resumo, o referido parecer mostra que a Pós-Graduação

- a) “tem sua origem próxima na estrutura da universidade norte-americana, embora seu desenvolvimento sistemático possa ser considerado como produto da influência germânica”;
- b) “que o sistema dos Cursos de Pós-Graduação impõe-se hoje em todos os países “como consequência natural do extraordinário progresso do saber em todos os setores, tornando impossível proporcionar tratamento completo e adequado para muitas carreiras nos limites dos cursos de graduação”;
- c) “conceituando tais estudos como “o ciclo de cursos regulares em seguimento à graduação, sistematicamente organizados, visando desenvolver e aprofundar a formação adquirida no âmbito da graduação e conduzindo à obtenção de grau acadêmico”;

- d) e fixando, como características, entre outras, o escalonamento da Pós-Graduação em dois níveis, mestrado e doutorado; o mínimo de um ano para o mestrado e de dois anos para o doutorado; programa de estudos compreendendo um elenco variado de matérias; flexibilidade desse programa; assistência e orientação de um diretor de estudos; rigorosa seleção intelectual dos candidatos etc.

Estabelecido em nossa Faculdade no segundo semestre de 1971, teve continuidade no segundo semestre de 1972, após ter sido reorganizado pelo eminente Professor GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR. Essa reorganização revestiu-se da maior importância, não só pela ordenação dos serviços gerais da secretaria, base indispensável à própria vivência dos Cursos, como pela expedição de numerosas “Instruções”, interpretativas daqueles diplomas legais, a fim de que professores e candidatos pudessem ter uma nítida visão do seu valor, conteúdo e desenvolvimento.

Os Cursos de Mestrado e Doutorado se completam quando os respectivos candidatos são aprovados na defesa de suas dissertações ou teses. Esses resultados decorrem da aquisição dos créditos necessários, obtidos mediante frequência às aulas e seminários, além da produção de trabalhos e provas, indicativos do aproveitamento dos interessados, levando-os até ao exame de qualificação, fase preparatória daquela defesa.

De acôrdo com as referidas “Portarias”, cabe ao orientador — denominado diretor de estudos pelo Parecer 977 “fixar e acompanhar o programa de estudos do candidato”. E a segunda edição da “Instrução n. 1”, elaborada também pelo Coordenador dos nossos Cursos, Professor GOFFREDO TELLES JUNIOR explicou, em seu item 4) que “todo candidato terá um Docente orientador. Após escolher sua área de concentração, o candidato elegerá o seu orientador, dentre os professores Titulares, Adjuntos e Livre-Docentes dessa mesma área. Caberá ao orientador o programa de estudos

do candidato, assistir ao candidato em seus cursos e aconselhá-lo na elaboração da sua dissertação de mestrado e da sua tese de doutorado”.

Dessa forma, a primeira preocupação do candidato a esses cursos deve ser, necessariamente, a escolha de uma área de concentração de estudos e de um professor orientador.

A Portaria 1.211, citada, em seu artigo 5.º, § 1.º, definiu a área de concentração como sendo “o campo científico escolhido pelo candidato, dentro do qual deverá desenvolver as suas atividades de pesquisa, para a elaboração da dissertação ou da tese”. Diante dessa definição, dando-se ao candidato inteira liberdade de eleição da área de estudos em que deseja concentrar-se, e do seu orientador, não deveria haver possibilidade de modificação dessa área durante o seu Curso de Mestrado ou Doutorado. Embora com essa mudança tenha o candidato de sujeitar-se à nova seleção — que é feita pelo orientador em relação aos candidatos que se inscrevem na disciplina que ministra — o seu trabalho de pesquisa torna-se-á dispersivo, sem continuidade lógica e, portanto, sem o aproveitamento que poderia ser alcançado se fosse mantida a escolha inicial.

Por outro lado, estabelecendo o referido artigo 5.º que “para cada área de concentração, o Conselho do Departamento definirá as disciplinas obrigatórias e eletivas; entendendo o respectivo § 2.º por área complementar “o conjunto de outras matérias consideradas necessárias ou convenientes para completar a formação do candidato”, e cabendo ao orientador, como vimos, fixar o programa de estudos do candidato, não se deveria deixar totalmente à disposição do candidato eleger as disciplinas dessa área.

É verdade que o mencionado Parecer 977 entendeu que “os processos de aprendizagem se caracterizam pela grande flexibilidade, atribuindo-se aos candidatos larga margem de liberdade na seleção dos cursos”; mas afirmou, também, que devem ser “assistidos e orientados por um diretor de estudos”.

É certo, ainda, que, por ofício de 3 de abril de 1972, a nossa Coordenadoria indagou dos Conselhos dos Departamentos se concordavam em considerar todas as disciplinas dos Cursos de Pós-Graduação como conexas às de cada Departamento, de maneira que o Estudo de qualquer uma pudesse ser tido como complemento cultural do estudo daquelas, pois esse entendimento “além de confirmar a unidade da ciência do Direito, daria ao programa de estudos do Mestrado e Doutorado a grande flexibilidade recomendada pelo Conselho Federal de Educação”. E essa anuência foi obtida.

Melhor seria, entretanto, que o Curso fôsse iniciado pela disciplina escolhida em determinada área de concentração e, durante o transcorrer do mesmo, de acôrdo com a dedicação e aplicação do candidato, o orientador fizesse com este o plano de estudos a ser realizado, escolhendo-se as disciplinas complementares, que maior afinidade e interesse representassem em relação à área de concentração eleita, além do tema da dissertação ou tese, a fim de que o interessado iniciasse, desde logo, as pesquisas necessárias e fosse obtendo do professor as indicações e conselhos indispensáveis.

Nos nossos Cursos, o candidato elege, de início, uma ou mais disciplinas em determinada área de concentração e o respectivo professor orientador, e uma ou mais disciplinas complementares em área diversa. Devendo cada orientador ter sob sua responsabilidade apenas vinte candidatos em área de concentração e dando-se preferência, no tocante ao preenchimento das vagas respectivas, aos alunos aprovados no semestre anterior, ocorre que os novos candidatos, menos felizes nas provas de seleção, não aguardam nova oportunidade de matrícula, passando a inscrever-se em áreas de concentração onde exista maior disponibilidade de vagas e elegendo, como disciplinas complementares — para as quais não há seleção — aquelas em que foram recusados.

Nessas condições, afastam-se muitos candidatos do verdadeiro objetivo dos Cursos, pois passarão, em tese, a se de-

dicar muito mais às disciplinas complementares do que as das suas áreas de concentração, das quais esperam obter créditos, mas cujos estudos, na verdade, não se interessam aprofundar.

O orientador, por sua vez, não poderá fixar um programa de estudos para o candidato, assistindo-o e aconselhando-o, pois não contará com o seu real interesse. E ainda que o candidato apresente algum aproveitamento, estudando o mínimo para ser aprovado e obter os créditos, é evidente que sua atenção não estará voltada para a escolha do tema, nem para as pesquisas, visando a elaboração de dissertação ou tese naquela área de concentração.

Tem ocorrido, também, que alguns candidatos inscrevem-se em mais de uma disciplina da área de concentração. É, sem dúvida, um direito que lhes assiste. Se considerarmos, porém, que os interessados nos Cursos de Pós-Graduação são profissionais atuantes nos mais variados setores, dispondo, na maioria dos casos, de pouquíssimo tempo livre, chegaremos à conclusão de que, salvo raras exceções, não terão oportunidade suficiente para aprofundar seus estudos em várias matérias, concomitantemente.

A solução para esses problemas que já se fazem notar e parecem tomar impulso, desvirtuando as finalidades precípuas dos Cursos de Pós-Graduação, poderia ser, eventualmente, encontrada na adoção de novas medidas que compreendessem:

- a) a eleição pelo candidato de uma área de concentração, a que teria de se dedicar especialmente durante o seu curso e que não poderia ser modificada até que completasse o seu Mestrado ou Doutorado;
- b) não aceito pelo professor orientador escolhido, quando das provas de seleção, deveria o candidato aguardar novas oportunidades de inscrição, o que implicaria em maior atenção e responsabilidade da sua parte na definição da área de concentração;

- c) escolhido o orientador entre os professores da área de concentração eleita, o candidato, sob a orientação deste, fixaria o seu programa de estudos e pesquisas, com vistas à dissertação ou tese, e escolheria as disciplinas complementares, não ficando excluída a consideração no tocante ao seu interesse e vocação;
- d) esgotados um ou dois semestres sem que o candidato tomasse essas providências e demonstrasse, segundo parecer do professor orientador, dedicação e aplicação condizentes com o espírito dos Cursos, seria desligado.

Como se verifica por este roteiro, os candidatos continuariam a ter ampla liberdade na eleição das suas áreas de concentração de estudos; a partir desta definição, entretanto, aceitariam a obrigação correspondente, de estudos aprofundados e pesquisas, consubstanciados em programa fixado e aceito pelos orientadores escolhidos, embora a colaboração daqueles fosse também considerada; de fixação das disciplinas complementares; e da escolha do tema para início do preparo, durante os cursos, da dissertação ou tese, evitando que esse trabalho, que constitui o ponto alto do programa a ser elaborado, sejam totalmente realizados sem orientação, ou com orientação dispersa e indireta, após a obtenção pelos candidatos do número suficiente de créditos.

A elaboração da dissertação ou tese pode, sem dúvida, ser feita após o exame de qualificação, quando os candidatos disponham de mais tempo para meditar e trabalhar. Não há obrigatoriedade, segundo as normas que regem os nossos Cursos, no sentido de que tais trabalhos sejam realizados durante a primeira fase do Pós-Graduação, que é a fase preparatória, das aulas e seminários. O certo, porém, é que, levada a efeito na primeira ou na segunda fase do Pós-Graduação, a dissertação ou tese deve ser elaborada sob a orientação efetiva do professor escolhido.

Nessas condições, tais trabalhos deveriam ser, pelo menos, iniciados, pois se os candidatos programarem e trabalharem suas dissertações ou teses somente no final de seus cursos, não estarão, daí por diante, em contato direto e contínuo com seus respectivos orientadores. Estes, a seu turno, terão aceito novos candidatos, o que se repetirá a cada novo período letivo, aos quais deverão dedicar-se com maior atenção.

Outro ponto favorável a ser obtido com essa orientação seria o melhor equacionamento dos candidatos nas várias áreas complementares — algumas já com número bem elevado — pela efetivação dos mesmos em áreas de real interesse do seu plano de estudos, afastando a possibilidade de, eventualmente, termos de enfrentar problema semelhante ao dos cursos de graduação, que apresentam turmas muito numerosas, onde a dedicação do professor, por maior que seja, não consegue suprir as deficiências do aproveitamento.

Tópico importante a ser também ressaltado é a realização dos seminários, obrigatórios em cada área de concentração, nos quais são levados a efeito os “trabalhos conduzidos”.

Na verdade, o ensino, em qualquer grau, vem, cada vez mais, apresentando um caráter acentuadamente técnico e prático. Daí a necessidade dos seminários, com a oportunidade do aluno aprender a trabalhar, debatendo os assuntos, obtendo conclusões e pondo em prática conhecimentos teóricos. Bem realizados, os seminários apresentam a grande vantagem de treinar o espírito numa especialidade, colocando-o, ainda, em contato com as especialidades conexas.

Para bem desempenhar sua alta finalidade, entretanto, não pode um seminário prescindir de instalações adequadas, como sala própria, convenientemente mobiliada, dotada de publicações e textos legais indispensáveis à atuação do professor e dos seminaristas, embora o ideal fôsse uma biblioteca privativa. A esse problema também deverá

ser dada atenção especial na continuidade e aperfeiçoamento dos nossos Cursos, pois, embora os nossos Departamentos disponham de boas instalações e bibliotecas especializadas, nem sempre é possível a realização dos seminários em suas dependências, dada a freqüência, para estudos e consultas de livros, dos alunos dos cursos de graduação.

Por todo o exposto, parece da maior necessidade incutir profundamente nos interessados o verdadeiro espírito dos Cursos de Pós-Graduação.

Embora seja norma geral falar-se na formação de docentes como objetivo único desses Cursos, a sua finalidade precípua é a formação de docentes e de pesquisadores nas diversas áreas de estudos a que forem aplicados.

Anteriormente, o Decreto 11.530, de 18 de Março de 1915, que reorganizou o ensino secundário e o superior, estabeleceu em seu artigo 136 que a defesa de tese nas Faculdades de Medicina ou Direito seria facultativa e regulada pelos respectivos Regimentos.

Em seguida, o Decreto 16.782 A, de 13 de Janeiro de 1925, artigo 60, mandou conferir o título de doutor em Direito ao bacharel em ciências jurídicas e sociais, que fosse aprovado, em defesa de tese, ou em concurso para professor catedrático, ou docente-livre, sem estabelecer a forma como deveria ser realizada essa defesa, o que a tornava variável na conformidade dos regimentos internos das Faculdades de Direito.

Esta situação perdurou até o advento do Decreto 19.852, de 11 de Abril de 1931, que, dispondo sobre o ensino superior no Brasil, tornou possível a realização de “cursos de aperfeiçoamento e de especialização”, os quais, segundo o artigo 39, poderiam “ser organizados e realizados pelos professores catedráticos, ou pelos docentes-livres, cabendo ao Conselho Técnico Administrativo autorizar esses Cursos, aprovar os respectivos programas e expedir instruções relativas ao seu funcionamento”. Estipulava, ainda, no artigo 90, que “os institutos universitários de que trata o artigo 5.º, item I (entre eles, a Faculdade de Direito), expedirão

diplomas de doutor quando, após a conclusão dos cursos normais, técnicos ou científicos, e atendidas outras exigências regulamentares dos respectivos institutos, o candidato defender uma tese de sua autoria”, exigindo, no § 1.º do mesmo artigo, que essa tese constituísse “publicação de real valor sobre assunto de natureza técnica ou puramente científica” e, no § 2.º, que a defesa respectiva seria feita “perante uma comissão examinadora, cujos membros deverão possuir conhecimentos especializados da matéria”.

Tratando, porém, da seleção dos professores catedráticos e docentes-livres, não exigia dos candidatos a concursos apresentação do título de doutor (artigos 51, 52 e 75).

A Lei 6.032, de 4 de Abril e respectivo Regimento, aprovado pela Congregação da Faculdade de Direito em 4 de Maio do mesmo ano, regulamentou, posteriormente, o “Curso de Especialização”. Em seguida, a Portaria GR 351, de 25 de Abril de 1967 dispôs sobre o Regimento do processo de Doutoramento, estabelecendo o período mínimo de um ano, a contar da inscrição, para apresentação de dissertação ou tese.

Finalmente, a Portaria GR 432, de 24 de novembro de 1967, reformulou aquele “Curso”, fundamentando-o na citada Lei 6.032, fixando sua duração em dois anos e estabelecendo que sua finalidade era “a sistematização filosófica e o desenvolvimento aprofundado dos estudos jurídicos, promovendo, mediante investigações científicas, a formação de técnicos nas diversas especialidades e de professores para a docência universitária”.

Atualmente, a referida Portaria 1.211, que aprovou o Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da nossa Faculdade, diz, no artigo 1.º, que seu objetivo é “a sistematização filosófica e o desenvolvimento aprofundado dos estudos jurídicos, promovendo, mediante investigações científicas, a formação de docentes e de pesquisadores nas diversas áreas do Direito”. O Professor Goffredo da Silva Telles, na Instrução que fez expedir em Novembro de 1972, expressou-se

da seguinte forma a respeito: “Os Cursos de Pós-Graduação foram criados para ministrar ensino científico avançado. Objetivam a formação de especialistas abalizados. Visam o adestramento requintado de técnicos. Procuram propiciar o aparecimento de profissionais criadores. Seu fim essencial é preparar pesquisadores docentes, que sejam capazes de fazer da Universidade um grande centro de cultura humana, uma instituição verdadeiramente universitária, onde a qualidade do ensino infunda, no espírito dos que a freqüentam, acendrado amor ao saber”.

Em suma, como nos disse o dedicado mestre, os nossos Cursos devem objetivar a formação de “gente”, no seu mais alto e relevante sentido, de pessoas de formação científica aprimorada, de espírito de iniciativa, de amor ao estudo, dedicadas ao trabalho que realizam, de seres que possam, realmente, servir bem aos vários setores da comunidade. E isto não se obtém sem um trabalho metódico, sem um programa orientado e sem real dedicação, quer de professores, quer de candidatos.

Fala-se muito hoje em dia em crise da educação em geral e, principalmente, do preparo universitário. Condena-se, e com razão, o aumento indiscriminado de faculdades sem que, paralelamente, estejam os responsáveis em condições de oferecer aos estudantes, em termos quer de administração, quer de ensino teórico e prático, a suficiente base para que possam tornar-se profissionais competentes. Há cada vez mais, uma procura exigente de cursos de especialização, visando menos o aperfeiçoamento do que sanar, em parte, as lacunas do ensino recebido. Diante disso, programas novos tem sido elaborados e a prática constante dos seminários ativada.

É indispensável, porém, que, o aluno colabore, efetivamente, com o professor, para a real eficiência do seu aprendizado ou do seu aperfeiçoamento, animando-se de um desejo sincero de aprender, dedicando-se com empenho à realização das tarefas programadas, entre as quais se des-

tacam as práticas dos seminários e as pesquisas dirigidas à elaboração dos trabalhos e provas e, especialmente, de uma dissertação ou tese. Acima de tudo, deverá compreender que o professor, embora desempenhe decisivo papel na arte de educar, apresenta-se, nos Cursos de Pós-Graduação, mais que em outros, tão somente como iniciador das renovadas atividades escolares do candidato, como transitório guia que, em pouco tempo, não estará mais ao seu lado, devendo, por isso mesmo, esforçar-se o máximo para, cada vez mais, aprender e enunciar seus conhecimentos sozinho.

Aspectos interessantes a respeito do que comentamos são mostrados no relatório de VANDICK L. DA NÓBREGA, sobre *As Novas Universidades Alemãs*, declarando que o objetivo maior das universidades na Europa é a pesquisa, bem como o ensino nela apoiado e a ela vinculado. No tocante às inovações que apresentam, traz a orientação dominante na Alemanha, no sentido de não dedicar-se o professor apenas ao ensino, mas tornar-se, alternada e obrigatoriamente, professor e pesquisador. Por isso, durante um período letivo, o professor ministra cursos, profereindo preleções e executando, ainda, outras atividades peculiares ao ensino; e no período seguinte irá dedicar-se, exclusivamente, à pesquisa. Os temas objetos dessas pesquisas são indicados pelos próprios professores, de acordo com as observações colhidas no período de sua atividade docente. E para que esta seja bem realizada, cada professor não terá mais do que trinta estudantes sob sua orientação.

Dessa forma incentiva-se, sobremaneira, a pesquisa, e também a formação de novos docentes, necessários a cada disciplina, pela redução do número de alunos em cada turma.

Outro ponto que tem sido considerado nas Universidades Alemãs é a criação de setores especializados em cada Instituto, o qual formula programas de pesquisas a serem realizados por comissões, integradas por docentes con-

vocados nos vários Departamentos. Tais convocações não impedem, nem restringem as funções dos pesquisadores isolados, pois, conforme o tema e a qualidade das pesquisas que estejam a realizar, os resultados obtidos poderão ser incorporados ao trabalho de equipe da comissão.

Por fim, a continuidade desse tipo de trabalho, poderá levar à criação de Centros de Pesquisas, constituído por docentes de diversos Institutos ou setores especializados, com programação de relevo para a ciência e prestação de serviços à comunidade, como vem sendo realizado com inteiro êxito em várias universidades americanas.

Em plano mais genérico, poderiam ser instalados, nos diversos Institutos, cursos de especialização, aperfeiçoamento e extensão universitária, que atenderiam a demanda de numerosos candidatos que reclamam o aprofundamento de conhecimentos em áreas restritas de investigação teórica, ou da atividade profissional; a atualização ou aprimoramento de conhecimentos ou técnicas de trabalho; a difusão de conhecimentos e técnicas de trabalho, para elevar a eficiência técnico-profissional e os padrões culturais da comunidade em geral, respectivamente. Esta conceituação está inserta na “Deliberação” 5-73, aprovada pelo Conselho Estadual de Educação e homologada pela Secretaria da Educação do Estado de São Paulo.

Esperamos, muito firmemente, que todas essas idéias se tornem realidade em breve entre nós. Só poderemos concretizá-las, no entanto, se desde já encaminharmos os nossos Cursos de Pós-Graduação para esses objetivos, se conseguirmos que um número cada vez maior de professores se dediquem, exclusivamente, ao ensino e à pesquisa, ao mesmo tempo em que os Poderes Públicos oferecem às Universidades as condições necessárias à consecução dessas tarefas tão relevantes.

São Paulo, 1/5/1973.

Crítica à Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil.

Antonio Junqueira de Azevedo

Assistente doutor na regência da Cadeira de Teoria Geral de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução.

O presente artigo é de crítica ao Anteprojeto de Código Civil apresentado pela Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, ao Ministro da Justiça, em 23 de maio de 1972.

Cingir-nos-emos à Parte Geral, cuja elaboração coube ao professor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, jurista que prima pela precisão de conceitos e clareza das classificações doutrinárias.

Quanto à estrutura da Parte Geral, tendo sido mantida, falta nela, a nosso ver, um livro. A existência de um livro, após o tratamento das pessoas, bens e fatos jurídicos, eliminaria muitas das contradições e deficiências existentes no Código de 1916 e agora repetidas. Queremos nos referir a um *livro sobre os direitos subjetivos*. Essa, pois, a nossa principal crítica à Parte Geral do Anteprojeto: falta, nela, o livro sobre os direitos subjetivos. Em consequência, os preceitos sobre este assunto estão espalhados, e de forma incompleta, pelos outros livros, com prejuízo da segurança das relações jurídicas e da lógica que deve predominar justamente na Parte Geral, reflexo das mais altas sistematizações científicas, cúpula normativa de todo o Direito.

Desenvolvimento da crítica fundamental.

Depois do tratamento das pessoas, como sujeitos de direito, dos bens, como objetos de direito, e dos fatos jurídicos, como causas da aquisição, modificação ou extinção dos direitos, nada mais natural que se tratasse dos próprios direitos. Dir-se-á que é exatamente deles que trata a Parte Especial do Código; ora, não é bem assim. Em primeiro lugar, nossa sugestão é para que haja um livro sobre *os direitos subjetivos em geral*, e não, evidentemente sobre os direitos subjetivos em espécie. Em segundo lugar, é preciso deixar claro que a própria Parte Especial não trata somente dos direitos subjetivos; muitos e muitos de seus preceitos dizem respeito a fatos jurídicos (fatos jurídicos especiais) e, apesar disso, há, na Parte Geral, o livro *Dos Fatos jurídicos*.

Aliás, a esse respeito já dizia o grande TEIXEIRA DE FREITAS (*Introdução à Consolidação das Leis Civis*, Garnier Livreiro — Editor, 3.^a edição, Rio, 1896, p. CXIX): “a parte especial de um Código Civil descreve os direitos por suas diferenças, regula as relações jurídicas como engendradas, o que supõe os fatos, que lhes tem dado origem, e regula também alguns desses fatos”. Justamente porque os fatos estão ligados aos direitos, o ilustre jurista brasileiro, por ocasião da feitura da *Consolidação*, se opunha à colocação dos fatos jurídicos na Parte Geral, “in verbis”: “alguns escritores adicionam este terceiro elemento sob denominação de *factos, factos jurídicos, actos jurídicos*, de que tratam também na parte preliminar das matérias de Direito Civil. Não nos conformamos com esse método”. Agora, veja o leitor o seguinte: mais tarde, aquele, que é reconhecidamente um dos maiores juristas brasileiros do século passado, não teve dúvidas em mudar de idéia e, por ocasião da elaboração do *Esboço*, colocou, na Parte Geral, uma seção, a Terceira, com o nome *Dos Factos*, e ainda acrescen-

tou em nota (nota ao art. 431): “Esta Seção 3.^a, que trata dos *atos*, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil, não estava em meu primeiro plano, como se pode ver na *Consolidação das Leis Civis* — Introdução, pp. 106, 107 e 108. Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem esse método será impossível expor com verdade a síntese das relações de Direito Privado...” E mais adiante: “É verdade, como se disse na citada Introdução (à Consolidação), que a parte especial de um Código Civil regula as relações jurídicas como engendradas, o que supõe os fatos que lhes tem dado origem. E bastará regular somente essas relações engendradas? Não, por certo, e tanto assim que ali também reconheci que se regula, como sempre se tem regulado, alguns dos fatos que produzem essas relações, quais são os *contratos* e *testamentos*, dispondo-se sobre as suas condições essenciais, seus vícios e suas formas, embora (minhas palavras) *algumas dessas disposições sejam suscetíveis de uma aplicação comum*. Pois bem: essas disposições suscetíveis de uma aplicação comum e que em todos os Códigos tem sido particularizadas à matéria dos *contratos* e *testamentos* são as que agora, em seu caráter próprio de onicompreensão, tenho coligido nesta Seção 3.^a da Parte Geral do Projeto”.

Ora bem, o mesmo argumento, de que se serviu TEIXEIRA DE FREITAS para mudar de idéia sobre os fatos jurídicos, é que, agora, deveria servir à douta Comissão para colocar, na Parte Geral, o livro sobre os direitos subjetivos. Isto é, como, hoje, em doutrina, há, sabidamente, proposições suscetíveis de aplicação comum a essas situações jurídicas, que convencionalmente se chamam direitos subjetivos, o futuro Código Civil, a fim de se manter no mesmo plano da Ciência Jurídica, deveria receber, transformadas em normas, aquelas proposições.

Antes de passarmos a demonstrar as contradições e deficiências que, com essa providência, seriam eliminadas, lembramos que praticamente todas as mais recentes obras

de Direito Civil tratam dos direitos subjetivos em sua parte preliminar. (Nas citações, que seguem, a ordem obedecida é a cronológica pela data de publicação da primeira edição). Alguns autores, por seguirem de perto o Código Civil, preferem versar o assunto em poucas palavras, comparando-o ao direito objetivo e sem lhe dedicar capítulo especial; é o que acontece com WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil*, 1958) e SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil*, 1962). Outros dedicam ao direito subjetivo todo um capítulo, examinando sua conceituação, com as várias teorias a respeito, seus elementos e sua classificação, assim: JOÃO FRANZEN DE LIMA (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1952), ORLANDO GOMES (*Introdução ao Direito Civil*, 1957), CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, 1961), VANDICK L. DA NÓBREGA (*Compendio de Direito Civil*, 1971), e ANTÔNIO CHAVES (*Lições de Direito Civil*, 1972). Outros ainda vão mais longe. PAULO DOURADO DE GUSMÃO (*Elementos de Direito Civil*, 1969) trata do direito subjetivo em extenso capítulo e, no restante da exposição, realça sobremaneira a sua conceituação. RUBENS LIMONGI FRANÇA (*Manual de Direito Civil*, 1966) centraliza toda a segunda parte da exposição sobre as noções gerais de Direito Civil, na idéia de direito subjetivo, denominando-a mesmo de *Doutrina Geral dos Direitos Subjetivos*. Finalmente, há quem dedique ao direito subjetivo em geral, não propriamente um capítulo, mas vários, apresentando-o ao final da Teoria Geral do Direito Civil; é o que faz PONTES DE MIRANDA no seu monumental *Tratado de Direito Privado*; aí, o direito subjetivo está examinado no chamado “plano de eficácia”, que vem após o plano de existência (onde se examinam as pessoas, os bens e os fatos jurídicos) e do plano de validade (validade, nulidade e anulabilidade). Realmente, é esta a posição certa; direito subjetivo é efeito de fato jurídico (plano de eficácia), devendo, assim, seu estudo, bem como sua posição na lei, vir após o fato jurídico, que lhe dá origem.

A ordem, que nos parece melhor, para a Parte Geral do Código Civil (precedida das regras sobre o direito objetivo), é, pois: em primeiro lugar, o sujeito de direito; depois, o objeto de direito; ambos são elementos jurídicos (elemento pessoal e elemento real), adotada a palavra “elemento” em seu sentido lexical, como diz CARNELUTTI (*Teoria Generale del Diritto*, Soc. Ed. del “Foro Italiano”, Roma, 1951, 3.^a ed. pp. 11), ou seja, “principia omnium rerum, ex quibus reliqua omnia componuntur et in quibus resolvuntur”; em terceiro lugar, o fato jurídico, isto é, o fato do mundo real, que coincide com a hipótese prevista na lei e sobre o qual a lei incide, atribuindo-lhe efeitos; através do fato jurídico, os elementos do direito (estática jurídica) põem-se em movimento (dinâmica jurídica). Em quarto e último lugar, deveria haver as regras aplicáveis aos direitos subjetivos em geral, como efeitos de fatos jurídicos, completando-se, assim, o “lucidus ordo” da Parte Geral.

Poder-se-ia dizer que, como os direitos subjetivos não são os únicos efeitos dos fatos jurídicos, o quarto livro, que estamos sugerindo, não deveria ter seu nome, e sim, o mais amplo de “efeitos jurídicos”. É idéia que não nos repugna mas então, também o livro *Das Pessoas* deveria ter seu título mudado para *Dos Sujeitos de Direito*, já que pessoa é conceito menos amplo que sujeito de direito, havendo sujeitos de direitos, como o nascituro, o espólio, o condomínio em edificações, as sociedades de fato, etc., que, por lei, não são pessoas. O mesmo se diga ainda sobre o livro *Dos Bens*, em face da noção de objeto de direito.

Por outro lado, o fato de haver um livro sobre o direito subjetivo, não envolve, em princípio, nenhuma tomada de posição doutrinária sobre as várias teorias a respeito. Um livro, na lei, sobre o direito subjetivo, não traz sequer, embora isto possa parecer uma afirmação tola, a consequência de que, cientificamente, o direito subjetivo exista. Realmente, o “Papa” das teorias negativistas, HANS KELSEN, não

se limita a negar o direito subjetivo; nega também a pessoa jurídica, apesar de esta estar consagrada, há séculos, nas diversas legislações. Com muito de verdade, o citado autor vê, em ambos (pessoa jurídica e direito subjetivo), apenas, *fórmulas* destinadas a expressar a realidade jurídica, que dentro de uma teoria pura do direito, podem perfeitamente ser dispensadas. Aliás, a célebre “superação do dualismo de Direito em sentido objetivo e Direito em sentido subjetivo”, pela recondução do segundo ao primeiro (*Teoria Pura do Direito*, trad. de J. BAPTISTA MACHADO, Armenio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1962, 2.^a edição, pg. 361), vem, exatamente, depois de tratar da pessoa jurídica e dentro do capítulo sobre o sujeito de direito. Basta isso para verificarmos que, sob o ponto de vista de Kelsen, a admissão, pela lei, de um conceito, ainda que de forma expressa, não tolhe, nem impede, à Ciência do Direito, uma negação doutrinária do mesmo conceito (à ciência, pertence a esfera do “verdadeiro” e, à norma jurídica, a esfera do válido).

Sugestões para o livro “Dos Direitos Subjetivos”.

O livro *Dos Direitos Subjetivos* deveria conter, pelo menos, três títulos: *Dos Limites e das Diferentes Classes dos Direitos, Da Aquisição, Perda e Transferência dos Direitos e Da Ação, da Prescrição e da Decadência.*

Limites dos direitos.

O primeiro título abriria com a regra sobre os limites da existência dos direitos, assim formulada: “*os direitos somente existem nos limites de seus fins econômicos e sociais*”. Segue daí que o titular de um direito somente pode exercê-lo dentro desses limites; fora disso, qualquer ato, ainda que, aparentemente, seja exercício de direito, já é ato contra direito e, se causar dano, será ato ilícito. O

Anteprojeto consagra essa idéia, mas, em lugar errado e de forma defeituosa. Realmente, no art. 187, define o ato ilícito como sendo, em síntese, o ato que viola direito e causa dano; depois, no art. 188, diz que o titular de um direito, que, ao *exercê-lo*, excede “os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, também comete ato ilícito. Ora, ou o titular de um direito tinha direito a agir como agiu, ou não tinha; se tinha, o ato é lícito e nenhum desses dois artigos se aplica; se não tinha, o ato é ilícito e se aplica somente o art. 187 (o ato violou direito e causou dano). O art. 188, portanto, sobre o dito exercício excessivo de direito, não se aplica nunca, e, numa lógica jurídica rigorosa, é inútil. Percebe-se que a intenção da Comissão é ajudar a jurisprudência, fornecendo-lhe uma muleta (a do chamado “abuso de direito”) para certos casos limítrofes entre o ilícito e o lícito, mas melhor seria que se evitasse a lamentável contradição que o art. 188 encerra em seu bojo. Afinal, não é possível que ocorra o que diz esse artigo, ou seja, que alguém, *ao exercer um direito*, cometa simultaneamente um ato ilícito; se comete ato ilícito, é porque direito não tinha. “Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod jus non habet” (D. 50, 17, 151, *Paulus*, LXIV, ad Edictum). A regra, a ser formulada portanto, há de ser sobre os limites dos direitos. “Os direitos somente existem nos limites de seus fins econômicos e sociais”.

Direitos registráveis e não registráveis.

Viria, depois, a grande classificação dos direitos. O Anteprojeto, na determinação de quais sejam os bens móveis e imóveis (arts. 78 e 83) mantém a mesma *insuperável contradição* existente no Código atual e *consistente em enumerar, ao lado de objetos de direito, os próprios direitos*. São considerados imóveis o solo, tudo que se incorpora ao solo (plantações e construções, por exemplo) e materiais de

construção provisoriamente separados do prédio (arts. 78 e 80); tudo isso, evidentemente, é objeto de direito; são coisas sobre as quais incide, em geral, o direito de propriedade de alguém. É ilógico enumerar, depois, ao lado desses bens, também, por exemplo, o próprio direito de propriedade sobre os imóveis (art. 79, I). A mesma confusão ocorre a respeito dos móveis; tanto são bens móveis os semoventes (“bens suscetíveis de movimento próprio”, art. 81), quanto os direitos sobre eles (art. 82, II).

A contradição não escapou, nem à lei atual, nem ao Anteprojeto, pois ambos, depois de determinarem, quanto aos objetos, quais os que são móveis e quais os que são imóveis, acrescentam quanto aos direitos, que estes serão móveis ou imóveis, “para os efeitos legais”. Esse “remendo”, porém, não elimina a contradição, pois, evidentemente, também os objetos (e, não apenas, os direitos) serão móveis ou imóveis para os efeitos legais (seria inconcebível que assim não fôsse).

Na verdade, o que o legislador brasileiro está fazendo é repetir, sobre móveis e imóveis, o mesmo, exatamente o mesmo, erro da classificação romana das coisas em corpóreas (os objetos palpáveis) e incorpóreas (os direitos). Essa classificação é sempre citada e sempre criticada, justamente por confundir o objeto de direito com o próprio direito, ou seja, por colocar, lado a lado, entidades heterogêneas (Confirmam-se, o *Esboço*, de TELXEIRA DE FREITAS, nota ao art. 317; as *Instituições*, de ROBERTO DE RUGGIERO, trad. do Dr. ARY DOS SANTOS, Edição Saraiva, São Paulo, 1971, 3.^a edição, p. 263, do Vol. II; e *Direito Romano* de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, Forense, Rio, 1971, 3.^a edição, p. 155, do Vol. I). Este último, a quem, embora com independência de espírito, citamos com admiração, diz: “a classificação das coisas em corpóreas e incorpóreas tem sido muito criticada (daí, não ter sido, em geral, admitida nos Códigos modernos) porquanto se a coisa é objeto de direito, como classificá-la em coisas e direitos? Os direitos não podem ser capitulados en-

tre as coisas que são seu objeto”. No entanto, é isto que está no Anteprojeto sobre os bens móveis e imóveis.

A solução que damos é a seguinte: a classificação dos bens em móveis e imóveis, fundamental na ordem jurídica atual, tira sua importância, não, do fato de que há coisas com mobilidade e coisas sem mobilidade, como poderia parecer à primeira vista, e sim, de que há *direitos*, que são mais importantes perante a ordem econômica e social, e direitos que o são menos, fazendo o legislador coincidir os primeiros com as coisas que não tem mobilidade e os segundos, com as que tem mobilidade. No fundo, o que realmente é fundamental para a ordem jurídica é que há “*direitos classe-A*” e “*direitos classe-B*”. Os primeiros, pela sua grande importância na ordem econômica e social, exigem atos solenes de transferência e aquisição, quando objeto de atos “inter-vivos”; a segurança das relações jurídicas impõe, para esses direitos, qualquer que seja o ordenamento jurídico, uma série de formalidades (para nós, atualmente, o registro; no Direito Romano clássico, a “*mancipatio*” e a “*in jure cessio*”). Já para os “*direitos classe-B*”, em virtude de sua menor importância, os negócios “inter-vivos” feitos sobre eles são mais simples; basta a tradição, ou o título, para a sua transferência e aquisição; as exigências de economia para as partes e as do próprio comércio se sobrepõem às de segurança, impondo menor número de formalidades.

Nesse sentido, isto é, entendidos como direitos “*classe-A*” e “*classe-B*”, a atual classificação dos bens em móveis e imóveis é tão *universal*, quanto a romana, em “*mancipi*” e “*nec mancipi*”. Tomada, porém, ao pé da letra, leva a absurdos; na legislação vigente, por exemplo, os rios e as quedas d’água, figuras clássicas para expressar a mudança constante das coisas e da própria vida, são imóveis (art. 43, I, do Código Civil e art. 145 do Código de Águas); o gado de uma fazenda, desde que “intencionalmente empregado na exploração industrial, aformoseamento

ou comodidade” é, enquanto vivo, bem imóvel, mas, depois de morto, passa, justamente, a ser móvel. É quase um surrealismo jurídico, de que o Anteprojeto procurou fugir, sem, porém, o conseguir totalmente.

A solução está em, no livro *Dos Bens*, classificar os objetos de direito em móveis e imóveis, sem se referir a direitos. Depois, no livro *Dos Direitos Subjetivos*, aí sim, classificar os direitos em duas classes, de acôrdo com sua importância na ordem econômica e social; os mais importantes poderiam ser ditos “direitos registráveis” e os menos importantes, “direitos não registráveis”. *Essa passaria a ser a classificação fundamental dos direitos para a ordem jurídica nacional.*

Isto evitaria as contradições acima apontadas (confusão entre direito e objeto de direito; inclusão de coisas obviamente móveis entre os imóveis, e vice-versa), e ainda traria as seguintes *enormes vantagens*, resultantes da maleabilidade da nova categoria: a) os direitos reais sobre determinados bens móveis, que tem, atualmente, grande importância, passariam a se submeter, sem maiores problemas, a regime jurídico compatível com a situação; queremos nos referir aos direitos sobre automóveis, caminhões, aviões, navios, motocicletas, etc. Seriam todos “direitos registráveis”, exigindo o registro para a sua efetiva transferência; b) determinados direitos reais sobre bens imóveis, que, por sua vez, deixaram de ter, atualmente, grande importância, passariam a se reger por regras mais simples; assim, os direitos reais resultantes de promessas de compra-e-venda sobre imóveis de valor inferior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país (ou seja, Cr\$ 31.200,00), e respectivas cessões, portanto, compromissos sobre pequenos apartamentos, casas populares, lotes não muito grandes e respectivas cessões não precisariam de qualquer registro, podendo se provar a titularidade do direito real pela posse, somada ao título ou ao simples pa-

gamento das prestações. (Evidentemente a aquisição da propriedade teria que ser registrada).

A “*summa divisio*” dos direitos seria, pois, direitos registráveis (direitos reais sobre imóveis em geral, e ações que os asseguram, direitos reais sobre móveis automotores e respectivas ações, e direito à sucessão aberta) e direitos não registráveis (direitos reais sobre móveis em geral e ações correspondentes, direitos reais resultantes de promessa de compra-e-venda sobre imóveis de valor inferior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, suas cessões, e respectivas ações, e direitos pessoais de caráter patrimonial e as ações que os asseguram). Os primeiros seriam os direitos que teriam como fato jurídico de aquisição, quando transferidos por atos inter-vivos, o registro, e os segundos os que teriam como modo de aquisição, nas mesmas hipóteses, a tradição ou o título. Essa providência colocaria a lei em posição de paridade com a realidade, pois, quanto aos direitos citados na letra “a” supra, já é esta, na mentalidade geral, a situação atual; e também quanto a letra “b”, é preciso sentir o povo mais simples que promete comprar (“compra”), a prestações, seu lote de terreno, compra-e-venda e, até mesmo, muitas vezes, deixando as parcelas mensais, raramente registrando a promessa de compra-e-venda e, até mesmo, muitas vezes, deixando as duas vias do contrato nas mãos do promitente vendedor (loteador ou incorporador), ou perdendo a sua via de contrato, ou ainda sem contrato absolutamente.

Haveria muito a dizer sobre o assunto; por exemplo, são questões a estudar: a) a inclusão, desde logo, entre os direitos registráveis, das ações nominativas, da chamada propriedade industrial, dos direitos autorais de conteúdo patrimonial e do direito ao nome com caráter econômico; b) a extensão, aos direitos registráveis, de outras aplicações hoje ligadas aos bens imóveis, assim, a exigência de outorga uxória (parecendo-nos, porém, que a melhor solução, pelo menos por enquanto, é a de manter a situação atual,

isto é, tais exigências somente seriam feitas para os atos sobre imóveis, excetuados, naturalmente, os casos de direito reais sobre imóveis não registráveis). Entretanto, o presente artigo já se estende e há que tratar, rapidamente, das outras disposições que o livro sobre os direitos subjetivos poderia conter. Acrescentamos, apenas, que, considerando o relêvo cada vez maior que os bens móveis adquirem na economia moderna, a manutenção, no Anteprojeto, da classificação dos bens em móveis e imóveis, com o caráter confuso de divisão simultânea de objetos de direito e de direitos, corre o risco de se transformar em “verdadeiro fóssil no sistema jurídico”, para empregarmos as expressivas palavras do prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (*obra citada*, pg. 164) falando sobre a classificação das coisas em “mancipi” e “nec mancipi”, ainda existentes na época de Justiniano.

Complexos de direitos.

Poderiam vir, ainda no mesmo título, em seguida à grande classificação dos direitos, *outras classificações (direitos principais e acessórios, absolutos e relativos, etc.) e, pelo menos, uma norma sobre os complexos de direitos, as “universitates juris”*. Realmente, a universalidade de direito é “complexo de relações jurídicas”, como diz o art. 90, do Anteprojeto; ora, porque é “complexo de relações jurídicas”, e não, conjunto de objetos, o lugar certo da regra não pode ser no livro *Dos Bens*. Ainda, aqui, portanto, a separação rigorosa entre objeto de direito e direito (no caso, complexo de direitos) se impõe, devendo trazer o deslocamento da regra do art. 90 para a “sedes materiae” correta; a leitura atenta do parágrafo único, do art. 89, e do artigo 90 mostram claramente o que acabamos de dizer. Em segundo lugar, a regra sobre a universalidade de direito não pode ficar apenas na sua definição; salvo melhor juízo, parece-nos que não basta dizer teóricamente que a univer-

salidade de direito é constituída pelo “complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotada de valor econômico”. O que há aí é apenas uma definição (aliás, mais apropriada a patrimônio, do que a todas as universalidades de direito; confira-se CLÓVIS BEVILÁQUA, *Com. ao C. Civil*, art. 57). A norma deveria ser completada pelo princípio dito da sub-rogação real no universal, segundo o qual, ao indivíduo, fica subrogado o respectivo valor, e vice-versa.

Transferência de direitos.

No segundo título do livro *Dos direitos Subjetivos*, deveriam vir as regras sobre suas vicissitudes (*Da Aquisição, Perda e Transferência dos Direitos*).

O Código atual traz regras sobre a *aquisição* e a *perda* dos direitos (arts. 74 a 80), algumas das quais, aperfeiçoadas, poderiam ser aproveitadas, ao invés de serem puramente eliminadas como aconteceu no Anteprojeto. Nesse título, ficariam também as regras, já referidas, sobre a aquisição, por atos inter-vivos, dos direitos registráveis e não registráveis. Indispensável, porém, nos parece um artigo sobre a *transferência* dos direitos; a regra poderia ser: “ninguém transfere a outrem mais direitos do que tem” (“nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet” — D. 50, 17, 54 — Ulpianus XLVI ad edictum). A única exceção, colocada em parágrafo, seria para os casos em que o transmitente, embora não seja o titular do direito, tenha, por força da lei ou negócio jurídico, o poder de disposição (por exemplo, o Poder Judiciário, ao alienar os bens penhorados; o credor pignoratício, ao promover venda amigável; o exequente nos casos de execução extrajudicial; etc.).

Sobre o mesmo assunto (aquisição e transferência de direitos), para eliminar dúvidas e resolver questões que até hoje não encontraram solução definitiva na doutrina e

jurisprudência brasileiras, poder-se-ia acrescentar artigo que dissesse que, embora o título de transferência do direito, fornecido por quem, para tanto, não tinha poderes, não seja eficaz para realização da transferência, pode, entretanto, somado a outras circunstâncias (onerosidade do negócio, boa-fé e diligência normal) e através do fato jurídico peculiar, servir à aquisição por outrem.

A regra poderia ser assim formulada: “*Embora o título de transferência, quando passado por quem do direito não tinha o poder de disposição, não seja eficaz para realizar a transferência, pode, somado à onerosidade do negócio jurídico, à boa-fé e à diligência normal do adquirente, levar este, através do fato jurídico peculiar, à aquisição do direito*”. De fato, uma coisa é a transferência por alguém, e outra, a aquisição por outrem; o título de transferência pode não ser eficaz para o fim exato para o qual surgiu, mas, ainda assim, ajudar a compor a hipótese legal de aquisição do direito (ele “entra no suporte fático” de aquisição do direito). Em outras palavras, se o título não é eficaz para a transferência, não haverá *aquisição derivada* do direito; isto, entretanto, não impede que haja *aquisição originária*, ou seja, que o título, juntamente com onerosidade do negócio, mais a boa-fé e a diligência normal do adquirente, levem, através do fato jurídico de aquisição, à aquisição. Uma norma desse tipo resolverá, de vez, o tormentoso problema das vendas “a non domino”. Se A aliena a B imóvel, que não lhe pertence, B não o adquire; mas, se B obtiver o registro em seu nome e, depois, vender o imóvel a C, que examinou o registro, comprou de boa-fé e, por sua vez, também obteve o registro em seu nome, acaso C não se torna proprietário? A doutrina e a jurisprudência hoje hesitam na resposta; a norma sugerida resolve o problema: C será o proprietário por aquisição originária; ao título, que, por si, não bastaria, terá somado o registro (fato jurídico de aquisição, no caso, modo de aquisição), mais a onerosidade do negócio, a boa-fé e a dili-

gência normal. A aquisição do direito se dará sem que tenha havido transferência originária, dita “*prescription acquisitive momentanée*” pelos franceses, por se assemelhar a um usucapião imediato; cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, § 592.

Ação de direito material.

Finalmente, o último título do livro *Dos Direitos Subjetivos* deveria conter as normas sobre a ação de direito material, a prescrição e a decadência. A regra sobre a ação poderia ser: “*A todo direito, quando violado, corresponde direito de ação que o assegura*”, fórmula que não se afasta muito do art. 75, do atual *Código Civil*, e que tem a virtude de não deixar direito algum desprotegido; a “ação” aí salvaguardada é um novo direito dado ao prejudicado (direito material a agir, direito de arrastar o réu a juízo). Considerando-se que o direito de ação é autônomo em relação ao direito subjetivo, havendo mesmo inúmeros casos de direito de ação sem que haja, antes dele, qualquer direito subjetivo (por exemplo, nas ações de contestação de paternidade, nas ações de nulidade de negócios jurídicos, etc.), o artigo proposto precisa ser bem entendido; ele, de nenhuma forma, interferirá nessas situações de direito de ação, sem direito subjetivo anterior; seu alcance é somente o de atribuir esse outro direito, que é o direito de ação, ao titular de um direito subjetivo violado; isto, evidentemente, não impede que a mesma atribuição seja feita também em outras circunstâncias. Por outro lado, o próprio titular do direito subjetivo violado pode vir a perder seu direito de ação (por exemplo, por prescrição ou preempção), o que demonstra, muito bem a autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo, e, com a qual, repetimos, o artigo proposto não interfere. Visa ele apenas, evitar que, sob qualquer pretexto, um direito subjetivo

violado fique sem proteção, de forma a não poder seu titular agir (ou reagir) processualmente.

Terminariam o livro ora sugerido os artigos sobre prescrição e decadência, que, no Anteprojeto, se encontram no livro *Dos Fatos Jurídicos*. Acreditamos que essa nova colocação, até mesmo sob o aspecto estético, seria melhor, de vez que especialmente a prescrição, como forma de extinção da ação, dá uma idéia de fim, com a qual se encerraria, tal e qual acontece no *Código de 1916* (mas não no Anteprojeto, toda a *Parte Geral*).

Conclusão

Aliás, concluindo, podemos dizer, dentro da mesma ordem de idéias, que a sugestão, que acabamos de fazer para a inclusão de um livro, na Parte Geral, sobre os direitos subjetivos, traria a esta maior *harmonia*. O livro *Dos Fatos Jurídicos*, não ficaria tão grande quanto está no Anteprojeto, em desproporção com os *Das Pessoas* e *Dos Bens*. Os assuntos estariam mais bem distribuídos e o próprio pensamento humano não ficaria interrompido, já que, depois de ter examinado as pessoas, os bens e os fatos jurídicos, que põem as pessoas em relação umas com as outras, atribuindo-lhes *direitos*, não sentiria ele a falta do tratamento destes, como se o curso do raciocínio tivesse sido cortado antes do fim.

O Convênio Internacional do Café*.

Celso Lafer

SUMÁRIO: 1. *Modalidades de intervenção no mercado internacional do café.* 2. *Origens dos acordos intergovernamentais de produtos primários e suas atuais relações com o GATT.* 3. *Antecedentes do Convênio Internacional do Café de 1962.* 4. *Objetivos e estrutura do Convênio Internacional do Café de 1962 e 1968.* 5. *Normas que tratam das medidas de curto prazo: o mecanismo de quotas e suas exceções.* 6. *Normas que tratam das medidas de curto prazo: os sistemas de controles.* 7. *Normas que tratam de medidas de longo prazo sobre:*

- (a) *Superprodução* (controles de produção, política de estoques e Fundo de Diversificação do Café)
- (b) *Subconsumo* (promoção do café e remoção dos obstáculos ao seu consumo).

8. *O poder decisório na Organização Internacional do Café (problema do voto) e a aplicação das medidas de curto e longo prazo.* 9. *A controvérsia entre os EUA e o Brasil sobre o café solúvel.* 10. *Conclusões preliminares.*

1. O café, que depois do petróleo é atualmente um dos principais produtos básicos do comércio internacional,

* Este estudo é uma versão revista, em dezembro de 1972, do trabalho apresentado na 3.^a Reunião do Grupo Interamericano de Estudos Jurídicos da Carnegie Endowment for International Peace, realizada em setembro de 1972 na Venezuela. Apesar de sua autonomia enquanto estudo, convém dizer que ele se insere numa pesquisa mais ampla do Grupo sobre Direito Internacional Econômico, cujos primeiros resultados foram publicados no volume organizado por FRANCISCO

não foi uma mercadoria que neste século permaneceu apenas sob império das leis da economia de mercado. Pelo contrário, a história do comércio internacional do café, no Século XX, é fundamentalmente a história de diversas modalidades de intervenção e controle deste produto no mercado internacional. Estas modalidades incluem: (i) *intervenção unilateral* de um país para estabilizar o preço internacional do café, da qual o exemplo relevante é a do Brasil — iniciada em 1906 com o Convênio de Taubaté e continuada com intermitências nas décadas subseqüentes. Basicamente, o mecanismo de intervenção unilateral do Brasil se resumia no controle da oferta de café no mercado internacional e o seu relativo sucesso a curto prazo redundou, a longo prazo, no crescimento da produção e exportação de café no resto do mundo. Esta situação fez com que o Brasil perdesse a sua capacidade monopolística de manobrar o mercado internacional amortecendo, conseqüentemente, as suas possibilidades de intervenção unilateral; (ii) *acordos regionais entre produtores e consumidores* como o *Convênio Interamericano do Café*, firmado em Washington a 28 de novembro de 1940, pelo qual os Estados Unidos estabeleceram para os países latino-americanos um regime de quotas básicas anuais de exportação. Este acordo, que foi provocado pelas circunstâncias da guerra — desaparecimento do mercado europeu para os países latino-americanos e conseqüente desproporção entre

ORREGO Y VICUÑA — *América Latina y la Cláusula de la Nación más Favorecida* (Santiago de Chile; Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1972).

1. Cf. ANTONIO DELFIM NETTO, *O Problema do Café no Brasil* (2.º imp.), S. Paulo: Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas — Universidade de S. Paulo, 1966; RONALDO COSTA, *Esforços Intergovernamentais de Ordenamento do Mercado Internacional do Café*, in Instituto Brasileiro do Café, *Curso de Economia Cafeeira*, tomo II, 1962, pp. 562-574; SÉRGIO ARMANDO FRAZÃO, in *United Nations Coffee Conference 1962 — Summary of Proceedings*, N. York: United Nations (E/Conf. 42/8) 1962, pp. 40-42.

produção e consumo, interesses políticos de segurança dos EUA na ocasião, que aconselharam um acordo com a América Latina — apesar dos seus aspectos positivos trouxe dificuldades para os países produtores em função da rigidez do preço-teto para o café imposto pelos EUA e que vigorou de 1942 a 1946²; (iii) *acordos entre produtores*, como o Acordo da Cidade do México, de outubro de 1957, entre o Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México e Nicarágua, que fixou quotas de exportação; Convênio Latino-Americano do Café, de outubro de 1958, do qual faziam parte 15 países e que estabeleceu o princípio da retenção; Acordo Internacional do Café, de outubro de 1959, que foi um acordo de curto prazo que abrangia, além dos signatários do Convênio Latino-Americano, os então territórios africanos da França e de Portugal e, posteriormente, Quênia, Tanganica e Uganda quando a Grã-Bretanha assinou o convênio, que fora prorrogado, por estes territórios. Estes acordos entre produtores, cujo escopo foi-se ampliando, pois a partir de 1959 passaram a incluir territórios Internacionais do Café de 1962 constituem os antecedentes imediatos do convênio Internacional do Café de 1962 (3).

Este rápido elenco de algumas modalidades de intervencionismo econômico no mercado internacional de café

2. Cf. RONALDO COSTA, *Esforços Intergovernamentais de Ordenamento do Mercado Internacional do Café*, in *loc. cit.*, pp. 576-580.

3. Cf. RONALDO COSTA, *Esforços Intergovernamentais de Ordenamento do Mercado Internacional do Café*, in *loc. cit.*, pp. 601-611; MARCOS CAMACHO DE VICENZI, *Café* in *Revista Brasileira de Política Internacional* (Ano XIII, n.º 51/52, set/dez., 1970, n.º sobre produtos de base), pp. 77-79; STANLEY P. HAAR, *US-Brazilian Relations and the International Coffee Agreement*, The American University, Washington, D. C., May 17, 1971 (unpublished paper); *Organização Internacional do Café, Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café*, Londres, março/1971, pp. 5-6; Brasil, *Ministério das Relações Exteriores, Gestão do Ministro Lafer na Pasta das Relações Exteriores* (de 4/agosto/1959 a 31/janeiro/1961), Departamento de Imprensa Nacional, 1961, pp. 40-43.

registra a percepção de uma instabilidade da economia cafeeira mundial onde o equilíbrio entre oferta e procura, a preços razoáveis para produtores e consumidores, não seria obtido pelos mecanismos de livre concorrência. Basicamente, esta percepção da economia do café salienta problemas de instabilidade a curto prazo dos preços de mercado e problemas a longo prazo de superprodução, em função daquilo que o mercado seria capaz de absorver a preços adequados⁴. É por esta razão que normalmente não se cogitou de aplicar ao café soluções do tipo da cláusula de nação mais favorecida, como as contidas no sistema do GATT, que partem do pressuposto que a liberação do comércio traz um adequado equilíbrio entre oferta e procura.

2. O Acordo Internacional do Café, que será objeto deste trabalho, é um acordo intergovernamental sobre um produto primário. Estes acordos tiveram a sua origem na Conferência Econômica Mundial de 1927, realizada em Genebra, e foram a seguir considerados em diversas conferências internacionais realizadas durante a década de 30, quando a depressão econômica mundial e a fricção econômica internacional trouxeram tanto grandes flutuações de preços dos produtos de base quanto o acúmulo de estoques gravosos. Basicamente, existem três modalidades originais de acordos deste tipo, que admitem por sua vez combinações: (i) *estoques reguladores* (“buffer stocks”), onde os excedentes temporários são retirados do mercado através de um mecanismo financiado de estoques que permite que o mercado opere livremente apenas dentro de dois limites pré-estabelecidos — o preço máximo e o preço mínimo; (ii) *acordos multilaterais de compra e venda*, que se efetivam quando os preços ultrapassam limites máximos ou

4. RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation, Law and Contemporary Problems*, vol. 28 (Spring/1963), p. 333.

mínimos prefixados, e (iii) *acordos de quotas*, que estabelecem, através de quotas, limitações físicas a exportações⁵.

Na década de 40, no segundo após-guerra, estes acordos vieram novamente à baila quando as propostas para a criação da Internacional Trade Organization — I.T.O. — contemplaram acordos intergovernamentais para produtos primários. Naquele contexto, a discussão e a análise destes tipos de acordo foram uma tentativa de conciliar os interesses, sobretudo norte-americanos, que visavam naquela ocasião simultaneamente uma liberação dos entraves ao comércio internacional com uma política protecionista para produtos agrícolas. Neste sentido, o capítulo VI da *Carta de Havana* (artigos 55 a 70), que regulamentava o assunto, constituía uma exceção à política comercial preconizada pela I.T.O. e chancelada posteriormente pelo GATT. Pode-se mesmo dizer que os acordos sobre produtos primários seriam incongruentes com uma visão tradicional do sistema do GATT — pré-parte IV — que os encararia como uma espécie de cartelização de um segmento da economia onde os vendedores restringiriam as vendas para elevar o preço de mercado do produto⁶.

5. Cf. ANTONIO DELFIM NETTO, *O Problema do Café no Brasil*, cit., pp. 313-328; OCTAVIO AUGUSTO DIAS CARNEIRO, *Desenvolvimento Econômico e Comércio Internacional de Produtos de Base*, — *Curso de Economia Cafeeira*, tomo II, cit., pp. 452-458; RONALDO COSTA, *Mercado Internacional de Produtos de Base — Principais Linhas de Ação do Brasil*, *Revista Brasileira de Política Internacional* (ano XIII, n.º 51/52, set/dez., 1970, n.º sobre produtos de base), p. 13; HARRY G. JOHNSON, *Economic Policies Towards Less Developed Countries*, London: Allen and Unwin, 1967, cap. V; MAURO MOITINHO MALTA e JOÃO FRANCISCO A. MILANEZ NETTO, *Os Acordos de Produtos de Base — O Acordo Internacional do Café*, in *A Economia Brasileira e suas Perspectivas*, julho/1969, ano XIII (APEC), pp. 199-214.

6. Cf. JOHN J. JACKSON, *World Trade and the Law of the GATT*, Indianapolis: The Bobbs Merrill Co., 1969, pp. 722-724; — KENNETH W. DAM, *The GATT — Law and International Economic Organization*, Chicago: The University of Chicago Press, 1970, pp. 245-246; US

O insucesso da I.T.O. não trouxe, no entanto, a desuetude da regulamentação da *Carta de Havana* a respeito dos acordos sobre produtos primários. O Conselho Econômico e Social da ONU criou em 1947 um comitê provisório para a coordenação de acordos sobre produtos primários, cujo objetivo era facilitar as consultas intergovernamentais sobre problemas referentes a produtos primários. Os acordos realizados sob o patrocínio deste comitê seguiriam os princípios estabelecidos pela *Carta de Havana*, mesmo depois de seu malogro, e não constituiriam uma violação de obrigações assumidas no GATT, que contempla expressamente esta exceção no seu artigo xx, § H e respectiva nota interpretativa⁷.

3. Em 1954, na Reunião dos Ministros de Finanças e Economia do C.I.E.S., em Quitandinha — Brasil, foi proposta pela primeira vez a criação de um *Convênio Internacional do Café* que incluísse tanto países produtores quanto importadores. Posteriormente a esta proposta e aos estudos sobre ela desenvolvidos pela secretaria geral da O.E.A., foi criado, em 1958, o Grupo de Estudos sobre o Café (Coffe-Study Group), com sede em Washington e composto de vinte países produtores e consumidores. O grupo de Estudos sobre o Café se propunha a examinar os problemas de curto prazo do declínio dos preços do café e os problemas de longo prazo das tendências ao desequilíbrio da economia cafeeira. Do seu estudo resultaram propostas visando a criação de acordos internacionais sobre o café.

Congress Senate, Hearings before the Committee on Foreign Relations: International Coffee Agreement, 1962, Washington, D.C.: Government Printing Office, 1963, pp. 62-63.

⁷ Cf. JOHN J. JACKSON, *World Trade and the Law of the GATT*, cit., pp. 722-723; RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation*, in *loc. cit.*, pp. 341-342; *General Agreement on Tariffs and Trade, Basic Instruments and Selected Documents*, vol. IV — text of the General Agreement 1969, Genève, 1969.

Entre as medidas sugeridas, que foram postas em execução, se encontram o já mencionado *Acordo Internacional do Café*, de outubro de 1959, que era um acordo entre produtores, de curto prazo, que foi prorrogado em setembro de 1960. Esta experiência reforçou a convicção dos membros do “Coffee-Study Group” que os problemas da economia cafeeira internacional só poderiam ser encaminhados através de um acordo global, que incluísse tanto produtores quanto consumidores e que contivesse medidas relacionadas com alguns problemas de longo prazo como a superprodução e o subconsumo. A posse do Presidente Kennedy abriu a possibilidade dos EUA estudarem o seu ingresso e adesão a um acordo deste tipo — perspectiva levantada no discurso sobre a Aliança para o Progresso (março de 1961) e confirmada na Conferência de Punta del Este, de agosto de 1961 — e o “Coffee-Study Group”, cuja composição se fora ampliando, começou a preparar em setembro de 1961 minutas para um acordo de longo prazo. Com base nestes estudos e minutas, o “Coffee-Study Group”, em março de 1962, solicitou ao secretário-geral da ONU que convocasse uma conferência para tratar do assunto. Esta solicitação foi encaminhada, nos termos das resoluções 296 (XI), 373 (XIII) e 557F (XVIII) do Conselho Econômico e Social ao já mencionado Comitê Provisório para a Coordenação de Acordos sobre Produtos Primários, o que a subordinou às regras da Carta de Havana sobre o assunto. Estas implicavam, entre outras coisas, na igualdade de participação de países produtores e consumidores e na necessidade de revisão periódica de um acordo aprovado. O patrocínio da ONU a esta conferência, que se realizou em N. York de 9 de julho a 25 de agosto e no dia 28 de setembro de 1962, deu a ela um caráter global e dela resultou o Acordo Internacional do Café de 1962⁸.

8. Cf. RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation*, in *loc. cit.*, pp. 336-344; MARCOS CAMACHO DE VICENZI, *Café*, in *loc. cit.*, pp. 77-79, *United Nations*,

4. O *Convênio Internacional do Café* de 1962 passou a ter vigência provisória no dia 1.º de julho de 1963, quando foram preenchidos os requisitos do seu artigo 61. Entrou definitivamente em vigor no dia 31 de dezembro de 1963, quando foram cumpridos os requisitos do seu artigo 64. O Convênio de 1962 chegou a ter 67 membros: 42 exportadores e 25 importadores, que representavam 99,8% das exportações mundiais de café e 96,2% das importações. O Convênio, nos termos do seu artigo 71, foi renegociado em 1967 e desta renegociação surgiu o Convênio Internacional do Café de 1968, que, nos termos do seu artigo 72, é uma continuação do Convênio Internacional do Café de 1962. O Convênio de 1968 deverá permanecer em vigor até 30 de setembro de 1973, podendo ser prorrogado, renegociado ou terminado (artigo 69, §§ 1.º, 2.º e 3.º)⁹. O Convênio de 1968 tem 41 membros exportadores e 22 membros importadores¹⁰, e convém repetir que o café é, depois do petróleo, o principal produto básico do comércio internacional, atingindo as transações anuais com este produto valor superior a US\$ 2 bilhões. Ele é fonte de trabalho de 20 milhões de pessoas em 50 países produtores e fonte de 40% ou mais das receitas de divisas estrangeiras de 6 países latino-americanos e 5 africanos. Além disso, o café é o produto básico que reflete mais nitidamente a divisão do mundo em dois grupos econômicos, pois os países produtores podem em geral ser classificados como países em desenvolvimento, ao passo que os importadores situam-se na categoria de países desenvolvidos¹¹. Estas rápidas observações sobre a dimensão do universo econômico abrangido pelo Convênio

United Nations Coffee Conference, 1962 — Summary of Proceedings, cit., p.1.

9. Cf. JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café*, — Guatemala: 1970, pp. 15-21, 199-217.

10. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO CAFÉ, *Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café*, Londres: março de 1971, *cit.*

11. *Idem*, *ibidem*.

Internacional do Café entreabrem o peso dos interesses por ele regulados e permitem que se diga que o Convênio constitui, antes de mais nada, um esforço de composição de muitas pretensões e conveniências, tendo como finalidade a cooperação internacional para atingir os seguintes objetivos, mencionados no seu artigo 1.º:

- “(1) Alcançar um equilíbrio razoável entre a oferta e a procura de café, em bases que assegurem fornecimentos adequados aos consumidores e mercados para o café, a preços equitativos, aos produtores, e que resultem, a longo prazo, no equilíbrio entre a produção e o consumo;
- “(2) Minorar as sérias dificuldades acusadas por onerosos excedentes e excessivas flutuações dos preços do café, prejudiciais tanto a produtores como a consumidores;
- “(3) Contribuir para o desenvolvimento dos recursos produtivos e para elevar e manter os níveis de emprego e de renda nos países membros, estimulando, desse modo, a obtenção de salários justos, padrões de vida mais elevados e melhores condições de trabalho;
- “(4) Ajudar a elevar o poder aquisitivo dos países produtores de café pela manutenção dos preços em níveis equitativos e pelo incremento do consumo;
- “(5) Estimular o consumo do café por todos os meios possíveis; e
- “(6) Em geral, reconhecendo a relação entre comércio de café e a estabilidade econômica dos mercados de produtos industriais, incentivar a cooperação internacional com respeito aos problemas mundiais do café.”

Para alcançar estes objetivos, o Convênio Internacional do Café foi estruturado em torno de algumas características básicas, entre as quais cabe mencionar: um sistema de quotas de exportação e um sistema de certificados de origem e de reexportação e outros mecanismos de controle para fiscalizar o cumprimento das quotas. Quotas e seus controles compõem um elenco de medidas configuradas para atender os problemas a curto prazo da economia cafeeira. Elas são complementadas por medidas que visam cuidar dos problemas a longo prazo da economia do café, regulamentados por normas que tratam de controles de produção, política de estoques, fundo de diversificação do café, promoção do consumo do café e remoção dos obstáculos ao seu consumo. Para garantir institucionalmente a aplicação das medidas de curto e longo prazo, foi criada uma organização internacional incumbida de zelar pelo funcionamento do Convênio que as estabeleceu¹². Estas características básicas têm entre si uma conexão lógica muito grande e as soluções jurídico-institucionais delas resultantes, detalhadas no Convênio e efetivadas ou não pelo seu funcionamento, foram alcançadas através de negociações onde se procurou conciliar diversos interesses. Estes interesses foram e são muitas vezes conflitantes, razão pela qual o esforço de cooperação internacional, contido no esquema de um acordo, no qual são partes a esmagadora maioria dos países importadores e exportadores de café, e que regula a economia mundial deste produto, comporta elementos ponderáveis de tensão. É por esta razão que se procurará, na análise do assunto, salientar a simultaneidade dos elementos de conflito e cooperação, inerentes a uma regulamentação jurídica deste tipo, pois esta perspec-

12. Cf. US CONGRESS SENATE, *Hearings before the Committee on Foreign Relations: International Coffee Agreement — 1962*, cit., p. 44; ALEXANDRE F. BELTRÃO, *O Convênio Internacional do Café*, resumo da palestra proferida pelo Dr. ALEXANDRE FONTANA BELTRÃO, Diretor-Executivo da Organização Internacional do Café no Simpósio sobre Comercialização do Café, S. Paulo: setembro/1971, pp. 2-8.

tiva parece ser a mais fecunda para se ajuizar da positividade do Convênio, isto é, na terminologia de MIGUEL REALE, da correlação entre a sua vigência — entendida como sua estrutura lógico-normativa — e a sua eficácia — entendida com a capacidade da estrutura lógico-normativa de atuar sobre a realidade social dentro da qual se insere. De fato, e sobretudo no campo do Direito Internacional — onde a positividade de qualquer regulamentação jurídica depende fundamentalmente de consenso, em virtude da multiplicidade dos centros de poder — esta perspectiva é indispensável, pois os contraditórios (conflito e cooperação) não se anulam mas permanecem e, permanecendo, explicam na sua tensão dialética a interpretação que se deve dar ao direito em vigor. Acrescente-se também a utilidade desta orientação não só para se sentir as tendências futuras, neste momento de debates sobre a renegociação do Convênio, como também para se aferir em que medida os acordos internacionais deste tipo constituem uma alternativa real às inconveniências da cláusula de nação mais favorecida previstas em sistemas tipo GATT¹³.

5. A primeira decisão importante, na conferência que levou ao Convênio Internacional do Café de 1962, foi aquela que definiu o tipo de acordo de produto primário a ser adotado. Esta decisão foi relativamente fácil e não requereu grandes negociações, pois a escolha de um sistema de quotas pareceu a todos o mais adequado. De fato, esta solução se impôs não só porque os antecedentes da cooperação internacional em matéria de café tinham sido deste tipo como também porque a experiência anterior havia mostrado a operacionalidade de um sistema de quotas. Em verdade, praticamente não se pensou num acordo multi-

13. Cf. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito* (4.^a ed.), S. Paulo: Saraiva, 1965, e *O Direito como Experiência*, S. Paulo: Saraiva, 1968; sobre os problemas da cláusula, cf. FRANCISCO ORREGO Y VICUÑA, ed., *América Latina y la Cláusula de la Nación más Favorecida*, Santiago de Chile: Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1972, *passim*.

lateral de compra e venda, que não seria adequado para um produto cujos problemas são a tendência à superprodução e a preços declinantes, nem se cogitou longamente de estoques reguladores que teriam requerido, para poder funcionar, enormes recursos financeiros em virtude das quantidades de estoques de café existentes na ocasião¹⁴. De mais a mais, a análise econômica parece demonstrar que, para o caso do café, estes dois tipos de acordo não têm efeitos estabilizadores a longo prazo¹⁵, o que, portanto, não os tornaria instrumentos hábeis para a consecução de um dos objetivos almejados pelo Convênio. Porém, se a opção por um acordo de quotas foi fácil, a fixação da quota global e a sua distribuição entre os países produtores foi difícil. No que diz respeito à quota global havia, por um lado, o interesse dos países importadores em quotas amplas, para evitar uma alta de preços, e por outro o interesse dos países exportadores em quotas mais reduzidas, para evitar uma queda de preços. Entretanto, se os países produtores tinham todos um interesse coincidente numa quota global ajustada realisticamente — que afinal resultou da concordância em torno da projeção estatística da demanda de café nos 5 anos subsequentes a 1962 — a distribuição entre eles desta quota global foi motivo de conflito. Neste sentido, na conferência que levou ao Convênio de 1962, formaram-se duas posições: (i) a dos produtores tradicionais — basicamente os latino-americanos — que entendiam que o critério para o rateio da quota global deveria ser a possibilidade de oferta existente e a participação histórica no mercado e (ii) a dos novos produtores — basicamente os africanos — que entendiam que as quotas deveriam ser fixadas de acordo com a produção potencial e reajustadas em função da demanda por diferentes

14. RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation*, in *loc. cit.*, p. 355.

15. Cf. ANTONIO DELFIM NETTO, *O Problema do Café no Brasil*, *cit.*, pp. 318-324.

tipos de café, convencidos como estavam de que a preferência dos consumidores haveria de favorecê-los. Afinal se chegou a um acordo pelo qual o rateio da quota global se faria alternativamente, ou pela escolha da média de produção exportável de cada país nos anos cafeeiros de 1961-1962 ou 1962-1963, ou ainda pela média dos 4 anos cafeeiros de 1959-1960 até 1962-1963. Esta solução favoreceu o ponto de vista dos países latino-americanos no critério para o rateio das quotas, mas estes tiveram, em compensação, que suportar o sacrifício de reter parte de sua produção exportável em função das dimensões da quota global estipulada pelo Convênio. Com isto se chegou ao Anexo "A" do Convênio de 1962, pelo qual foram rateados por países membros a quota básica total de 45.587.183 sacas de café. O Convênio de 1962 estabelecia no seu artigo 28 § 2.º que em 1965 far-se-ia uma revisão das quotas básicas estabelecidas no Anexo "A". Esta revisão foi impossível na vigência do Convênio de 1962 mas os países prejudicados foram contemplados com autorizações especiais. Os estudos levados a cabo nesta ocasião serviram no entanto de base, na difícil negociação do acordo, para o novo Anexo "A" do Convênio de 1968. O novo Anexo "A" ampliou, em função do aumento do consumo mundial, a quota básica global para 55.041.000 sacas de café, e modificou, geralmente para mais, as quotas individuais. Nele também se estabeleceu, com fundamento no artigo 31 (1) do Convênio de 1968, que os países cuja média de exportação nos últimos 3 anos não tivesse ultrapassado 100.000 sacas, não teriam quotas básicas de exportação, recebendo-as no entanto quando alcançassem estas 100.000 sacas através do aumento autorizado de 10% sobre a quota fixada na nota 1 do Anexo "A". Desta maneira, foram fixadas, tanto no Convênio de 1962 quanto no de 1968, as *quotas básicas de exportação*¹⁶.

16. Cf. RICHARD B. BILDER, *loc. cit.*, in *loc. cit.*, pp. 355-358; JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café, cit.*, pp. 46-50,

Na sistemática do Convênio, as quotas básicas de exportação não constituem as quotas de exportação efetivamente concedidas anualmente a cada país. A função das quotas básicas é determinar a participação de cada membro na quota global de exportação fixada pelo Conselho (artigo 30, § 2.º), e é precisamente porque determinam o critério de rateio da quota global anual de exportação que a negociação e a renegociação das quotas básicas é sempre um dos elementos de tensão no Convênio. A quota global anual de exportação é estabelecida pelo Conselho, pelo menos 30 dias antes do início do ano cafeeiro, e resulta de uma estimativa do total das importações e das exportações mundiais para o ano cafeeiro seguinte e uma estimativa das exportações prováveis dos países não-membros. Com base nestas estimativas, o Conselho fixa para todos os membros exportadores as respectivas *quotas anuais de exportação*, que representam uma percentagem uniforme dos números indicados pelas *quotas básicas de exportação* (artigo 30, 1.º e 2.º). Fixadas as quotas anuais, o Conselho estabelece logo a seguir as *quotas trimestrais de exportação* de cada membro exportador, com o objetivo de manter durante todo o ano cafeeiro, em razoável equilíbrio, a oferta com a procura estimada. As quotas trimestrais representam, na medida do possível, 25 por cento da quota anual de exportação de cada membro durante o ano cafeeiro (artigo 32, §§ 1.º e 2.º). As quotas anuais e trimestrais podem ser reajustadas durante o ano cafeeiro se as condições do mercado assim o exigirem (artigos 33 e 35). Os mecanismos deste reajuste foram objeto de diversas controvérsias durante a vigência do Convênio de 1962. Atualmente, estão em vigor dois mecanismos de reajuste. O primeiro consiste em colocar em reserva um volume específico da quota global anual de exportação. Quando o preço do café no mercado internacional, calcula-

do através de uma fórmula que leva em conta os preços em N. York dos quatro principais grupos de café (arábicas suaves colombianos, outros arábicas suaves, arábicas não-lavados e robustas), atinge um nível prefixado, esta reserva é rateada proporcionalmente entre todos os membros exportadores de acordo com as respectivas quotas básicas. Da mesma maneira, quando o preço do café no mercado internacional, calculado da mesma forma, desce abaixo de um nível estabelecido, as quotas anuais ou trimestrais são reduzidas. Este mecanismo encontra apoio legal em resoluções tomadas por força do artigo 36 do Convênio. O segundo mecanismo é o assim chamado ajuste seletivo de quotas. Este mecanismo permite o reajuste individual de cada um dos quatro principais grupos de café, da seguinte maneira: anualmente são fixadas quatro faixas de preços correspondentes aos quatro principais grupos de café. Quando o preço de um grupo se situa acima do seu limite máximo ou abaixo de seu limite mínimo, os membros exportadores cujas quotas estão enquadradas nesse grupo têm as suas respectivas quotas, conforme o caso, reajustadas para mais ou para menos. Neste mecanismo, de acordo com o artigo 37, § 2.º do Convênio, as reduções de quotas não podem ser superiores a 5% da quota anual do membro exportador. Este mecanismo foi considerado ilegal durante a vigência do Convênio de 1962 por um Grupo Consultivo encarregado de examiná-lo numa perspectiva jurídica. O Grupo, consoante informe apresentado em 30 de novembro de 1965, entendia que o Convênio só admitia ajustes de quota “pro rata” e não contemplava ajustes seletivos. O Conselho, durante a vigência do Convênio de 1962 contornou estas dificuldades jurídicas através das resoluções 115 (viii) e 140 (x), introduzindo o sistema de ajustes seletivos, posteriormente contemplado no Convênio de 1968 no seu artigo 37, acima citado, que comporta, dentro de certos limites, o ajuste seletivo. É interessante, neste sentido, apontar que a opinião jurídica do Grupo Consultivo, correta do ponto de vista da estrutura lógico-normativa do

Convênio de 1962, não teve eficácia. Na realidade, ela pode ser assemelhada à jurisprudência do GATT que, conforme aponta Hudek, não é constituída por sentenças mas compõe elementos a mais na negociação diplomática. Uma das razões econômicas desta negociação, neste caso, reside no fato que o café não é um produto homogêneo, situação essa que o desenvolvimento da indústria do café solúvel tornou mais evidente, pois o robusta é mais econômico do que os diversos tipos de arábicas no preparo do café industrializado. De uma libra de robusta se extrai meia libra de solúvel, ao passo que de uma libra de arábica se extrai um terço de libra de solúvel. Além desta maior capacidade de extração, que resulta das propriedades físico-químicas do robusta, cabe apontar que no processo “spray-dried” de fabricação do solúvel, que é um dos processos industriais utilizados, o resultado final acaba sendo praticamente o mesmo, seja qual for o tipo de café verde empregado como matéria-prima. Isto significa que os arábicas perdem a sua qualidade superior e os robusta a sua qualidade inferior, uniformizando-se o produto final que não registra diferenças de qualidade entre os vários tipos de café verde. Assim sendo, os africanos, produtores de robusta, pressionaram pela seletividade convencidos — com razão — que as tendências do mercado somadas a algumas manipulações e interesses dos consumidores, haveria de favorecer as suas respectivas posições relativas de maneira mais eficaz do que o mecanismo de reajuste “pro rata”. Os africanos foram vencidos numa primeira etapa quanto a este princípio, conforme foi visto quando se relatou o resultado das negociações sobre as quotas básicas, mas voltaram à carga, com o apoio dos importadores, quando propugnaram pelo estabelecimento do mecanismo de ajustes seletivos. Apesar da resistência dos produtores de suaves e da frieza do Brasil (arábicas não-lavados) — cujos pontos de vista encontraram apoio legal na opinião do Grupo Consultivo — conseguiram cancelar o seu ponto de vista durante a vi-

gência do Convênio de 1962, através das já citadas Resoluções 115 (xviii) e 140 (x), e, conforme foi visto, reconhecimento formal no Convênio de 1968, porém no contexto mais amplo de uma bem conduzida negociação global, que abrangeu também o fortalecimento do sistema de controles das quotas de exportação, bem como o movimento de café em regime de quotas. Pode-se, por isso mesmo, dizer que estamos diante de um bom exemplo de como operam os elementos de tensão entre conflito e cooperação, através do direito que, à semelhança do GATT, serve como elemento de negociação na dinâmica do funcionamento do Convênio do Café¹⁷.

O Convênio, com o objetivo de facilitar o incremento do consumo de café em regiões onde o seu consumo atual “per capita” é baixo mas que têm potencialidades de expansão, admite exportações, não-computáveis nas quotas, para alguns países (artigo 40). Estes países estão arrolados no Anexo “B” do Convênio e constituem um mercado isento de quotas que tem absorvido anualmente cerca de 4 milhões de sacas de café. Estas exportações não-debitadas a quotas, cujo volume total é anualmente estipulado pelo Conselho (artigo 40, § 2.º “a”), deram margem, durante a vigência do Convênio de 1962, a diversas irregularidades que foram contidas pelos mecanismos de controle, estipu-

17. Cf. sobre os assuntos tratados neste parágrafo: Organização Internacional do Café, *Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café*, cit., pp. 8-9; JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café*, cit., pp. 50-67, pp. 76-94, p. 210; ROBERT E. HUDEK, *El Regimen Legal del GATT: Jurisprudencia Diplomática, Derecho de la Integración* n.º 8 (abril/1971), pp. 34-66; ARTHUR J. CORDELL *The Brazilian Soluble Coffee Problem: A Review*, *The Quarterly Review of Economics and Business*, vol. 9 n.º 1 (Spring/1949), pp. 30-31; ROBERTO B. M. MACEDO, *Introdução à Análise da Indústria Brasileira de Café Solúvel*, S. Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas, USP, julho/1970 (versão preliminar para a discussão), pp. 14-15, 18, 40, 42 e passim.

lados pelo Convênio de 1968 e que serão analisadas no próximo item deste trabalho. Também não estão incluídas na sistemática das quotas as importações, por parte dos membros consumidores, de café oriundo de países produtores, que não são membros do Convênio. Estas importações, no entanto, estão limitadas para cada membro consumidor a uma quantidade que não exceda à média anual de suas importações de café, procedentes destes países produtores não-membros, durante os anos civis de 1960, 1961 e 1962 (artigo 45). O volume das importações de países não-membros representa menos de 1% dos fornecimentos mundiais¹⁸.

6. O Convênio Internacional do Café, sendo um acordo que se baseia em limitações físicas à exportação, estipuladas pelo sistema de quotas e suas exceções, que acabam de ser examinadas, requer e pressupõe para a eficácia de seu funcionamento um sistema correspondente de controles. Este sistema de controles deve poder assegurar rigorosa observância às disposições sobre quotas, propiciando também à Organização Internacional do Café, incumbida de zelar pelo funcionamento do Convênio, informações completas e em tempo hábil sobre todas as transações internacionais de café. O sistema de controles existente se apoia fundamentalmente nos *certificados de origem e reexportação*. Os mecanismos deste sistema de controles foram sendo aperfeiçoados durante a vigência do Convênio de 1962. Este aperfeiçoamento foi difícil, tendo dado margem a grandes tensões que se explicam em função da simultaneidade dos elementos de conflito e cooperação num acordo deste tipo. De fato, é evidente que numa perspectiva global o sucesso de um acordo de quotas depende da estrita observância das limitações físicas à exportação consensualmente estabelecidas. Ocorre, no entanto, que nem sempre

18. Cf. *Organização Internacional do Café, Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café, cit.*, pp. 9-10; JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café, cit.*, pp. 94-105, p. 211.

o interesse global coincide com o interesse particular a curto prazo de um determinado membro. Membros exportadores, por exemplo, em função de pressões internas resultantes de excedentes de café e incapacitados para sustentar uma política de retenção de estoques, podem preferir, apesar da aplicação de eventuais penalidades, o alívio imediato de exportação acima das quotas estipuladas pela mecânica de funcionamento do Convênio. Durante a vigência do Convênio de 1962, isto aconteceu freqüentemente quando café aparentemente destinado a mercados não-sujeitos a quotas foi desviado para mercados tradicionais. Isto trazia como conseqüência uma diminuição de preços e das receitas cambiais dos demais membros exportadores, que desvirtuava os objetivos de cooperação almejados pelo Convênio. Por outro lado, e precisamente por causa dos possíveis conflitos entre produtores, o funcionamento e fiscalização de um sistema de controles requer a efetiva colaboração dos membros consumidores, que devem proibir a entrada de qualquer partida de café proveniente direta ou indiretamente dos membros exportadores que não obedeça às disposições substanciais e formais previstas no Convênio. Daí não só a conveniência como também a importância da participação, num acordo deste tipo, tanto dos países importadores quanto exportadores, conforme foi preconizado nos dispositivos da *Carta de Havana* e que, segundo já se viu, foram aplicados para o Convênio do Café. Ora, a colaboração dos países importadores é às vezes lenta, fato que ocorreu, por exemplo, com os EUA, onde constitucionalmente a implementação do sistema de controles requer a aprovação pelo Congresso de legislação complementar. Neste caso, o Congresso americano custou a elaborar esta legislação complementar, que só foi aprovada em 1965 e, além do mais, sujeitou-a a revisões periódicas. Tanto a aprovação quanto a revisão — que nem sempre coincidem com as renegociações do Convênio — deram oportunidade para que outros e variados interesses americanos, internos e ex-

ternos, acionassem, consoante a prática do pluralismo, grupos de pressão para no Congresso retardar ou mesmo obstruir o funcionamento dos sistemas de controles criados pelo Convênio. Entretanto, apesar dos elementos de conflito, como os acima mencionados e que abrangem tanto tensões entre os países produtores quanto entre estes e os países consumidores, os mecanismos de controle foram efetivamente aperfeiçoados. No momento, eles podem ser resumidos da seguinte maneira: todo embarque de café por um país que é membro exportador tem de ser acompanhado de um certificado de origem válido de acordo com a regulamentação fixada pelo Conselho e emitido por um órgão governamental ou não-governamental do país exportador, porém devidamente aprovado pela Organização Internacional do Café. Cópia dos certificados de origem que, após o embarque, é imediatamente enviada à Organização Internacional do Café (artigo 43, § 1.º). Um dos requisitos formais, para que estes certificados se revistam de valor, quando se trata de embarque para um mercado sob o regime de quotas, é que neles sejam afixados selos especiais fornecidos pela Organização. Estes selos representam um volume específico de café e são encaminhados trimestralmente pela Organização Internacional do Café aos seus membros exportadores de acordo com as suas respectivas quotas trimestrais. Café embarcado para mercados isentos de quota, constituídos pelos países arrolados no Anexo “B” do Convênio, não estão sujeitos, como é óbvio, a selos baseados em quotas trimestrais. As sacas de café, no entanto, embarcadas para mercados isentos de quotas, devem consignar claramente “mercado novo”. Todos os membros não relacionados no Anexo “B” devem proibir não só a entrada de café proveniente de qualquer país nele arrolado como também o ingresso de café que revele nas sacas ou nos documentos de exportação ter sido originalmente destinado a país do Anexo “B” ou então se faça acompanhar de certificado que indique como porto de des-

tino um local situado num país do Anexo “B” ou ainda que seja marcado com as palavras “mercado novo” (artigo 40, § 2.º “d”). Estas medidas todas se completam, atualmente, através de uma rigorosa fiscalização de uma companhia internacional, que, atuando como agente do Diretor-Executivo, acompanha as expedições de café para os países arrolados no Anexo “B”. A fiscalização ocorre nos portos de transbordo, no porto de descarga e no porto em que o café passa a alfândega e entra na economia do país para o qual foi exportado. Esta supervisão busca assegurar a passagem do café pela alfândega, como meio de controle da sua incorporação à economia do país para o qual foi exportado, evitando-se desta maneira o seu desvio para os mercados sujeitos a quotas. Entretanto, se apesar disso tudo, o desvio ocorrer, o volume de café destinado a um país do Anexo “B”, que é reexportado ou desviado para um país não relacionado no Anexo “B”, é debitado pelo Conselho na quota do membro exportador independentemente das penalidades previstas no artigo 38. Além disso, caso se verifiquem novas reexportações irregulares, o Conselho, investigando o caso, pode, se considerar necessário, a qualquer momento retirar o país do Anexo “B” (artigo 40, § 2.º “f”).

A reexportação de café ou seu depósito em portos livres antes de sua saída definitiva para consumo, constituem operações normais do comércio internacional. Entretanto, para que estas operações de reembarque não dêem margem a irregularidades, são elas também acompanhadas de certificados de reexportação válidos de acordo com o regulamento fixado pelo Conselho e emitidos por agências qualificada, governamental ou não, escolhida pelo membro que efetua a reexportação, porém aprovada pela Organização. O certificado deve comprovar que o café transacionado nestas operações foi importado de acordo com as disposições do Convênio. Os certificados que controlam este café em trânsito também englobam, entre os seus requisitos formais

de validade, aposição de selos de café em trânsito emitidos pela Organização Internacional do Café. Igualmente, cópias dos certificados de reexportações, realizada a operação, são imediatamente enviados à O.I.C. (artigo 43 § 2.º).

Naturalmente, e para que estes controles produzam os seus efeitos, os membros devem proibir a entrada de qualquer partida de café, que não seja acompanhada de certificados válidos de origem ou reexportação, emitidos de acordo com o estabelecido pela O.I.C. É este basicamente um dos compromissos fundamentais assumidos pelos membros consumidores (artigo 43, § 5.º), cujas normas internas devem conter dispositivos neste sentido. Frise-se que às vezes a promulgação dessas normas, por causa de distribuições constitucionais internas de competência e das suas conseqüências políticas, é complicada e dá margem a outras tensões; conforme se viu no caso dos EUA.

De qualquer maneira, os mecanismos acima resenhados permitem de a O.I.C. fiscalizar atualmente cerca de 150.000 embarques por ano e controle o destino de café reservado aos mercados fora de quotas para evitar o seu desvio.

Através do envio imediato dos certificados de origem e de reexportação e dos selos de exportação e trânsito, duas das importantes medidas que resultaram do aperfeiçoamento do sistema desde 1962, a O.I.C. processa anualmente mais de 300.000 documentos por intermédio de computador, o que lhe permite fornecer, em tempo hábil, informações adequadas sobre o funcionamento das disposições do Convênio. Estas informações são indispensáveis para se saber se estão sendo observadas as limitações físicas à exportação, das quais depende a eficácia do Convênio. Recebidas estas informações e caso se verifique que algum membro exportador está ultrapassando as quotas anuais ou trimestrais que lhe foram atribuídas, o Conselho da O.I.C. deve aplicar, por força do artigo 38, § 6.º, as medidas previstas nos parágrafos 3, 4 e 5 do mesmo

artigo, isto é, na primeira vez que um membro ultrapassar sua quota trimestral, deduzir de uma ou várias de suas quotas seguintes uma quantidade igual a 110% do excesso (§ 3.º); se houver reincidência, a dedução será uma quantidade igual ao dobro do excesso (§ 4.º); e se se verificar uma segunda reincidência, além da dedução da quota prevista no § 4, os direitos de voto do membro ficam suspensos até que o Conselho decida se deve exigir a retirada compulsória do membro da Organização, nos termos do artigo 67, § 5.º.

Conforme se verifica, o sistema de quotas e o sistema de controles estão intimamente ligados do ponto de vista da estrutura lógico-normativa do *Convênio Internacional do Café* e a eficácia destes, apesar das dificuldades encontradas e da simultaneidade dos elementos de conflito e cooperação, vem aumentando no correr dos anos¹⁹.

7. As quotas e os seus controles, acima discutidos, compõem, conforme foi apontado, um elenco de medidas destinadas a assegurar, na sistemática do Convênio, o equilíbrio a curto prazo da economia cafeeira mundial. Entretanto, a sustentação no tempo, de um acordo deste tipo para o café, requer, consoante nos parece demonstrar a

19. Cf. sobre os assuntos tratados neste item: JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café*, cit., pp. 123-141, pp. 210-212; *Organização Internacional do Café, Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café*, pp. 9-10; ALEXANDRE F. BELTRÃO, *O Convênio Internacional do Café*, cit., pp. 4-6; US CONGRESS SENATE, *Hearings before the Committee on Foreign Relations: International Coffee Agreement, 1962*, cit., p. 67 e passim; US CONGRESS, *House, International Coffee Agreement, Hearings before the Committee on Ways and Means-Nieteth Congress, second Session on HR 18299*, Washington D.C.: Government Printing Office, — 1968, pp. 26-27 e passim; US CONGRESS, SENATE, *Hearings before the Committee on Foreign Relations: International Coffee Agreement, 1968*, Washington, D.C.: Government Printing Office, 1968, p. 2 e passim; RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation*, in *loc. cit.*, pp. 370-373.

análise econômica, medidas de apoio do equilíbrio a longo prazo dada a tendência à superprodução e ao subconsumo. No rol das medidas previstas para alcançar este equilíbrio a longo prazo entre a produção e o consumo, que constitui um dos objetivos do Convênio (artigo 1.º, § 1.º), merecem destaque os *controles de produção*. Durante a vigência do Convênio de 1962, não se chegou basicamente a um acordo sobre metas de produção, o que é explicável porque um dos elementos para a sua fixação é estabelecido pelas quotas básicas e estas geraram grandes controvérsias também em função de controles de produção. De fato, metas de produção têm como objetivo global a cooperação para evitar a superprodução e, conseqüentemente, a queda de preços. Entretanto, como elas seriam estabelecidas com fundamento nas quotas básicas, surge o conflito, por elas motivado e já relatado, sobre critérios de divisão do mercado entre os produtores. Estas controvérsias que apareceram na negociação e aplicação do Convênio de 1962 foram amainadas com o novo Anexo "A" do Convênio de 1968 e o acordo alcançado permitiu que o Convênio de 1968 desse um passo à frente no sentido de controles de produção através das medidas previstas no seu artigo 48. Os membros produtores se comprometeram a apresentar à Junta Executiva da O.I.C., até 31 de dezembro de 1968, a sua meta de produção para o ano cafeeiro de 1972-1973, calculando-a com base no seu consumo interno, nas exportações permitidas e admitindo um certo volume para estoques, volume esse por sua vez também sujeito às diretrizes da O.I.C. (artigo 48, §§ 1.º e 2.º). Nos termos do parágrafo 2.º do artigo 48, estas metas de produção foram apresentadas à Junta Executiva, que as rejeitou por falta de uniformidade dos critérios utilizados para a determinação das metas, recomendando porém as metas que vieram a ser aprovadas pelo Conselho, e estabelecendo-se desta maneira o volume desejável de produção de café em 1972-1973 para cada um dos membros exportadores. O parágrafo 5.º do artigo 48 atribui ao Conselho poderes para modificar as metas de

produção em função de mudanças nas necessidades mundiais de café, o que dá ao mecanismo de controles de produção a devida flexibilidade. Por sua vez, o parágrafo 8.º do artigo 48 estabeleceu penalidades, que incluem desde a suspensão do voto até a possibilidade de exclusão do Convênio, para os membros produtores que não cumprirem as metas de produção.

Um dos corolários lógicos das metas de produção é a política a ser seguida quanto a estoques, pois estes constituem um dos elementos para o cálculo das metas de produção. Durante a vigência do Convênio de 1962, não se fixou uma política de estoques, uma vez que não se chegou a um acordo sobre as metas de produção. Entretanto, houve progresso na apuração dos estoques existentes, o que foi útil para dar cumprimento ao artigo 49 do Convênio de 1968, que dispõe sobre a *política de estoques*. O Conselho, com fundamento no § 1.º do artigo 49, estabeleceu para o ano cafeeiro de 1972-1973 que, no seu conjunto, o volume recomendável dos estoques totais de café, a ser mantido nos territórios dos membros produtores, não deveria ultrapassar 50% da demanda global de café em 1972-1973. O parágrafo 2.º do artigo 49 estipula que o Conselho adotará as medidas necessárias para verificar o volume dos estoques de cada membro exportador e o parágrafo 3.º firma a obrigação, por parte dos membros exportadores, de manter instalações adequadas para o armazenamento do café.

A necessidade de controles de produção e de política de estoques, para tornar possível o equilíbrio a longo prazo da economia internacional do café, resulta da percepção que uma das suas tendências é a superprodução. É por essa razão que elas são medidas que regulamentam a produção de café de forma a estabelecer um equilíbrio razoável entre a oferta e a procura mundiais, o que não seria obtido pelo livre jogo das forças do mercado. Todavia, enquanto medidas puramente regulamentadoras, elas são insuficientes numa estratégia a longo prazo do problema, pois a elas devem ser adicionadas normas capazes de assegurar às

economias internas dos membros exportadores condições para efetivar os controles de produção. De fato, na medida em que, no seu conjunto, os membros produtores dependem tão substancialmente das receitas auferidas pelo café, não basta apenas planejar o volume de produção de café. É preciso igualmente oferecer incentivos e alternativas que permitam compatibilizar, de maneira positiva, as economias internas dos membros produtores com os objetivos a longo prazo de equilíbrio internacional da economia do café. A estrutura lógico-normativa do Convênio previu esta complementação. Durante a vigência do Convênio de 1962 ela não foi eficaz, pois o Fundo Internacional do Café, sugerido no artigo 57 do Convênio de 1962, dependeria de contribuições voluntárias que não se materializaram. Da mesma maneira, durante a vigência do Convênio de 1962 não se efetivaram as propostas visando a criação de um Fundo de Diversificação do Café. Este, no entanto, foi criado no Convênio de 1968, através de seu artigo 54, e os seus estatutos foram aprovados pela Resolução n. 200 (xiii) do Conselho, de 19 de dezembro de 1968. Basicamente, o *Fundo de Diversificação do Café* funciona como um Banco da o.i.c. para financiar projetos que facilitem a implementação dos controles de produção. Os recursos deste Fundo advêm de contribuições obrigatórias dos membros exportadores, pagos trimestralmente à razão de 60 centavos de dólar por saca de café efetivamente exportada em cada ano cafeeiro, acima do piso de 100.000 sacas (artigo 54, § 3.º). O Fundo pode receber contribuições e participações voluntárias, na forma de aporte de capital ou empréstimo, tanto dos membros produtores, cujas exportações sejam igual ou inferiores a 100.000 sacas, quanto dos membros importadores. O Diretor-Executivo da o.i.c. é também o Diretor-Executivo do Fundo de Diversificação, cujos órgãos de administração são: (i) a assembléia dos participantes, que atualmente tem 30 membros, e (ii) a Diretoria, cujo número de membros não pode ser superior a 15, eleita anualmente pela assembléia e que tem poderes inclusive para aprovar programas

ou projetos apresentados pelos participantes. O Fundo tem recebido cerca de US\$ 30.000.000,00 por ano, desde a sua instituição, e a sua dotação atual gira em torno de US\$ 135.000.000,00, cabendo apontar que o Fundo já aprovou 20 projetos em 16 países, no valor total de US\$ 28,8 milhões, destinados direta ou indiretamente a levar a cabo as políticas de produção preconizadas pelo Convênio.

O Fundo de Diversificação do Café, portanto, cria condições positivas para o planejamento e a efetivação de políticas que não levem à superprodução. A ele se somam outras normas destinadas a evitar o subconsumo, que é a outra dimensão do problema do equilíbrio a longo prazo da economia do café. Entre elas se destacam as que visam a *promoção do consumo do café* e as que almejam a *remoção de obstáculos ao consumo*. A promoção do consumo é feita pelo Comitê de Promoção Mundial do Café da o.i.c. A idéia de um comitê de promoção surgiu no Convênio a curto prazo entre produtores de 1959 e foi aceita no Convênio de 1962, no seu artigo 46. O Convênio de 1968 aprimorou a idéia na nova redação dada ao seu artigo 46 estipulando com nitidez os objetivos da propaganda e os princípios que devem reger o seu desenvolvimento. Este comitê já despendeu mais de US\$ 27.000.000,00 na promoção e propaganda do consumo do café, despesas estas que resultam de contribuições não abrangidas pelo orçamento da o.i.c. Outro dispositivo importante do Convênio, destinado a evitar que se frustrem os objetivos da promoção do consumo de café, é o artigo 52 do atual Convênio, que é uma versão aperfeiçoada do artigo 55 do Convênio de 1962. Diz o § 1.º do artigo 52 que: “os membros não devem manter em vigor quaisquer regulamentos que exijam a mistura, o tratamento ou a utilização de outros produtos com o café, para revenda comercial como café. Os membros devem esforçar-se para proibir a venda e a propaganda, sob o nome de café, de produtos que contenham menos do equivalente a 90% de café verde como matéria básica.” Evidentemente, este artigo visa impedir a substituição tecnológica do café

por outros produtos — sobretudo artificiais — que a ele se assemelham. É esta uma das razões pelas quais o artigo 2.º do Convênio define com todo cuidado o que se deve entender por café.

A remoção de obstáculos ao consumo está prevista no artigo 47 do atual Convênio, que menciona entre estes obstáculos tanto tarifas preferenciais para certos membros — e portanto discriminatórias em relação aos demais — quanto a outras discriminações como regimes de quotas, práticas restritivas de monopólios governamentais de importação e de agências oficiais de compras, subsídios, condições internas de comercialização e disposições legais e administrativas que podem prejudicar o consumo. Fundamentalmente, este artigo se assemelha ao princípio da não-discriminação, contido na Parte II do GATT, e que trata do assim chamado código substantivo do bom comportamento comercial. O bom comportamento comercial, em matéria de café, repetindo a experiência do GATT, não tem sido satisfatório, cabendo lembrar durante a vigência do Convênio de 1962, que também tratava do assunto, o Convênio de Yaoundé, pelo qual o Mercado Comum Europeu concedeu preferências tarifárias para certos países africanos, o que redundou em discriminação para outros países membros da O.I.C., sobretudo os países latino-americanos produtores de café. O Pacto de Arousha de 1968 estendeu estas preferências discriminatórias a outros três países africanos e motivou uma reclamação junto ao Conselho dos países latino-americanos produtores de café. É importante notar que tarifas preferenciais e ou limitações à importação de café de determinados países, através de sistemas de quotas, acopladas com algumas estruturas tributárias internas, podem efetivamente gerar situações de mercado sensivelmente discriminatórias em relação a determinados tipos de café, como é o caso do café brasileiro (arábicas não-lavados), em países do Mercado Comum Europeu, conforme demonstração já feita por cuidadosas análises econômicas. Outra modalidade de discriminação que deve ser

lembrada se situa no campo dos fretes, isto é, na área dos “invisibles”, problema que tem sido amplamente examinado no contexto da UNCTAD e que também incide no comércio do café. Basta, neste sentido, registrar que o frete sobre o café solúvel brasileiro, que é mais fácil de transportar que o café verde, é aproximadamente três vezes o frete cobrado para o café em grão. Este frete do solúvel não está ligado ao seu custo e em verdade é um frete compensatório de receitas cessantes, imposto pelas empresas de navegação nas “Conferências de Fretes”. O resultado deste frete se traduz numa barreira que discrimina o café industrializado exportado pelo Brasil. Em função disto tudo — da experiência do GATT e do fato do artigo 47, § 4.º, falar na redução progressiva dos obstáculos até a sua possível eliminação — é que, prudentemente, as normas sobre remoção de obstáculos ao consumo foram incluídas nesta análise das medidas a longo prazo.

Controles de produção, política de estoques e Fundo de Diversificação do Café, complementados pela promoção do consumo de café e pela remoção dos obstáculos ao seu consumo, constituem um conjunto de medidas que visam enfrentar simultaneamente tanto a superprodução quanto o subconsumo, dois dos sérios problemas do equilíbrio a longo prazo da economia internacional do café. Assim sendo, elas evidentemente requerem um certo prazo para amadurecerem e gerarem efeitos. Este prazo é claramente muito superior ao período de vigência do Convênio de 1968, que deverá vigorar até 1973, máxime se se considerar que as orientações sobre política de estoques e produção foram definidas para o ano cafeeiro de 1972-1973; a remoção dos obstáculos ao consumo do café tem sido difícil e a sua promoção acima dos limites atuais é um processo lento. Neste sentido, pode-se tranqüilamente afirmar que os objetivos a longo prazo dependem da prorrogação e da continuidade no tempo do Convênio do Café²⁰.

20. Cf. sobre os assuntos tratados neste item: JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café*, cit., pp. 151-197, pp. 207-209,

8. A análise efetuada nos itens 5, 6 e 7 deste trabalho, sobre a complexidade das medidas de curto e longo prazo previstas na estrutura lógico-normativa do Convênio Internacional do Café, bem como de algumas das dificuldades de sua eficácia que resultam da simultaneidade dos elementos de conflito e cooperação num acordo deste tipo, evidencia a necessidade de uma organização internacional, incumbida de zelar pela aplicação das normas estabelecidas. A importância institucional desta organização — *Organização Internacional do Café*, a que se refere o artigo 7.º e cuja sede é em Londres — cresce quando se considera que estas normas não são rígidas e que existe flexibilidade na sua aplicação dentro dos limites estabelecidos pelo Convênio. A flexibilidade dos diversos mecanismos previstos pelo Convênio, e que são indispensáveis em virtude das características econômicas do universo que o Convênio visa

pp. 212-213; *Organização Internacional do Café, Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café*, cit., pp. 10-11; ALEXANDRE F. BELTRÃO, *O Convênio Internacional do Café*, pp. 6-8; ALEXANDRE F. BELTRÃO, *Cooperação Cafeeira na Presente Década* (discurso em 1.º de fevereiro de 1971 na sessão inaugural da 60.ª Convenção da National Coffee Association em Boca Ratón, Florida, EUA), Londres: OIC, ED 498/71, pp. 7-10; ALEXANDRE F. BELTRÃO, *Cooperação Internacional Permanente para o Café*, in *Boletim Cambial*, 24/2/72, p. 7; ANTONIO DELFIM NETTO, *O Problema do Café no Brasil*, cit., pp. 324-325; ANTONIO DELFIM NETTO e CARLOS ALBERTO DE ANDRADE PINTO, *O Café do Brasil: Vinte Anos de Substituição no Mercado Internacional*, S. Paulo: ANPES, 1965, pp. 199-108; CELSO LAFER, *El GATT, la Cláusula de la Nación más Favorecida y América Latina* in FRANCISCO ORREGO Y VICUÑA, ed., *América Latina y la Cláusula de la Nación más Favorecida*, cit., pp. 133, 134, 136, KENNETH D. FREDERICK, *Production Controls under the International Coffee Agreement*, *Journal of Inter-American Studies and World Affairs*, vol. XII (Abril/1970), pp. 255-270; RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation* in loc. cit., pp. 359-360; Wolfgang SCHOEPS, *A Política de Fretes está prejudicando a Exportação*, *O Estado de S. Paulo*, 6/6/71, p. 65; WOLFGANG SCHOEPS, *São altos os Fretes para o Café Solúvel*, *O Estado de S. Paulo*, 26/3/72, p. 64; MURILLO GURGEL VALENTE, *A Política de Transportes Marítimos do Brasil*, R. de Janeiro: Ministério dos Transportes (1971).

regular, requer decisões que são tomadas pelos órgãos da o.i.c., o que coloca imediatamente o problema do voto, isto é, do poder decisório no âmbito dos órgãos da o.i.c. As soluções encontradas pelo Convênio de 1962, que foram ligeiramente modificadas no de 1968, são, neste sentido, bastante interessantes. Elas constituem um exemplo importante do funcionamento do sistema de votos ponderados no qual se conseguiu chegar, graças à funcionalidade específica da o.i.c. como organização internacional, a um critério para a ponderação e distribuição do poder decisório com base na importância relativa e conseqüente responsabilidade de cada país-membro na aplicação do Convênio²¹.

Existem, de acordo com os princípios da *Carta de Havana* que foram igualmente aplicados em outros acordos de produtos primários, dois grupos de membros — os importadores e os exportadores, cada um tendo no seu conjunto um total de mil votos (artigo 12, § 1.º). Os votos, contados separadamente, dentro de cada um dos grupos, para atender aos interesses de produtores e consumidores, são distribuídos da seguinte maneira: (a) todo membro, seja ele importador ou exportador, dispõe de 5 votos básicos, a não ser que haja mais de 30 membros em cada grupo, como é o caso em relação aos exportadores hipótese em que o número de votos básicos de cada categoria é ajustado de modo que o total dos votos básicos, quer no grupo importador, quer no grupo exportador, não ultrapasse 150 (artigo 12, § 2.º). Os votos básicos representam, por assim dizer, uma observância do princípio de igualdade soberana dos estados; (b) os remanescentes 850 votos em cada categoria são distribuídos respectivamente entre importadores e exportadores, de acordo com a sua importância relativa no comércio internacional do café. Esta importância é aferida e os votos são proporcionalmente divididos no que diz respeito aos exportadores através das suas quotas básicas (artigo 12,

21. Cf. sobre o problema ROLAND DRAGO, *La Pondération dans les Organisations Internationales*, *Annuaire Français de Droit International*, II, 1956, pp. 529-547.

§ 3.º), o que explica mais uma vez porque elas foram objeto de tanta controvérsia, quer nas negociações de 1962, quer nas renegociações de 1968. Ela é ajuizada e os votos são conseqüentemente distribuídos, no que diz respeito aos importadores, de maneira proporcional ao volume médio de suas respectivas importações de café no triênio precedente (artigo 12, § 4.º). Os votos, ponderados dos membros importadores e dos membros exportadores representam um critério pelo qual o grau de participação nas transações de café e conseqüente empenho no funcionamento do Convênio é atendido com base no peso da dimensão econômica de cada país. Em outras palavras, a combinação de votos básicos e de votos ponderados concilia inteligentemente o princípio da igualdade com o realismo dos fatos, já que a esta conciliação também se adicionam outros dispositivos que salvaguardam os interesses dos membros com menor número de votos. Nenhum membro, por maior que seja o seu peso econômico, pode dispor de mais de 400 votos (artigo 12, § 7.º), o que limita a possibilidade dos EUA, que têm 400 votos na categoria dos importadores, e a do Brasil, que tem 332 na categoria dos exportadores, de imporem unilateralmente os seus respectivos pontos de vista (Anexo "c"). De fato, o *Conselho Internacional do Café*, que é a autoridade suprema da o.i.c. e que é integrado por todos os seus membros (artigo 8.º), toma normalmente decisões através do sistema de votos acima relatado, por maioria distribuída simples (artigo 14, § 1.º), vale dizer, pela maioria simples dos membros importadores e exportadores, computados separadamente (artigo 2.º, § 10.º). Destarte, não é possível uma maioria simples, quer numa categoria quer em outra, apenas com o voto de um membro, em detrimento dos demais membros da respectiva categoria. Existem certas decisões do Conselho que exigem maioria distribuída de dois terços, tais como as que estabelecem normas e regulamentos necessários à execução do Convênio, a que fixa o regimento interno, as que determinam os regulamentos financeiros e do pessoal da organização

(artigo 9.º, § 2.º). Nesta hipótese e para evitar que apenas um país emperre o funcionamento da o.i.c., o artigo 14, § 2.º, estipula uma fórmula pela qual nenhum membro individualmente, importador ou exportador, por maior que seja o número de votos que detenha, possa vetar uma moção. O Conselho celebra duas sessões ordinárias anualmente mas pode, em caso de necessidade, convocar sessões extraordinárias (artigo 11). O Conselho tem competência exclusiva numa série de assuntos importantes, tais como: (a) aprovação do orçamento administrativo e fixação das contribuições; (b) determinação das quotas — exceção feita aos mecanismos de reajustes; (c) suspensão dos direitos de voto de um membro; (d) fixação e revisão das metas de produção; (e) políticas de estoques; (f) dispensa das obrigações de um membro nos termos do artigo 57; (g) decisão de litígios nos termos do artigo 59; (h) estabelecimento das condições para a adesão nos termos do artigo 63; (i) decisão para solicitar a retirada de um membro, nos termos do artigo 67; (j) prorrogação ou terminação do Convênio nos termos do artigo 69, e (l) recomendação de emendas aos membros nos termos do artigo 70 (artigo 17, § 2.º). O Conselho também se reservou, nos termos da Resolução 186, o direito de exercer os poderes previstos no artigo 54 do Convênio (Fundo de Diversificação do Café).

O segundo órgão da o.i.c. é a *Junta Executiva*, que é responsável perante o Conselho e que atua de acordo com as orientações por ele estabelecidas. O Conselho pode delegar à Junta, por maioria distribuída simples, o exercício dos seus poderes, exceção feita àqueles que são de sua competência exclusiva e que já foram acima arrolados (artigo 17, §§ 1.º e 2.º). A Junta Executiva se reúne, como é óbvio, com mais freqüência do que o Conselho, normalmente seis a oito vezes por ano. A Junta é composta de 8 membros importadores e 8 membros exportadores, eleitos anualmente pelo Conselho. Os membros eleitos detêm na Junta os seus próprios votos, mais os votos daqueles

que os elegerem e mais os daqueles que, não tendo votado por nenhum dos eleitos, são a eles atribuídos posteriormente (artigo 16). Nenhum membro eleito pode, no entanto, deter mais de 499 votos (artigo 16, §§ 6.º e 7.º), o que é uma cautela que obedece ao mesmo princípio de limitar o número de votos individuais de um membro no Conselho a um máximo de 400. Os 16 membros da Junta detêm, conseqüentemente, o mesmo poder de votação que os membros do Conselho, ou seja, mil votos na categoria dos importadores e mil votos na categoria dos exportadores (artigo 18).

Antes de entrar na análise das funções do Diretor-Executivo, cabe ainda fazer uma referência à participação em grupo no Convênio, posto que isto tem relevância no contexto do problema do voto. O Convênio de 1962 permitia que duas ou mais partes contratantes exportadoras ingresassem na Organização como um grupo-membro. É a assim chamada participação inicial em grupo. Atualmente existe um grupo-membro nestas condições, que é a Organização Africana e Malgaxe do Café — OAMCAF. O Convênio de 1962 também previa que dois ou mais membros exportadores poderiam requerer autorização para se constituírem como um grupo-membro. É a participação subsequente em grupo. Estas duas formas de participação em grupo estão previstas e regulamentadas nos artigos 5.º e 6.º do Convênio de 1968. Basicamente, a vantagem da participação em grupo é a nível dos países, a execução de uma política cafeeira comum, e a nível da O.I.C., a de somar o número de votos de seus componentes. A integração formal de uma política cafeeira comum dos membros de um grupo confere, política e economicamente, a este grupo um peso na O.I.C. que uma coligação informal dos seus componentes não possibilitaria. O Convênio de 1968 previu no seu artigo 3.º, § 3.º, a possibilidade de uma eventual participação em grupo de dois ou mais membros importadores. Esta inovação em relação ao Convênio de 1962, que só contemplava a participação em grupo de exportadores, visava atender

possíveis tendências dos países do Mercado Comum Europeu de ingressarem na O.I.C. como um grupo-membro importador, já que talvez venham a fixar uma política comum para o café. Evidentemente, o eventual ingresso destes países como um grupo na O.I.C. dará ao M.C.E. um grande peso na categoria dos importadores, que o aproximará do peso dos EUA. Se isto ocorrer, o M.C.E. terá uma voz mais ativa durante as renegociações do Convênio de 1968, o que é um dado importante em função dos problemas existentes entre os latino-americanos e estes países individualmente considerados no que diz respeito à discriminação e remoção de obstáculos ao consumo. Cabe ainda mencionar que o Convênio prevê a possibilidade de participações separadas de um membro que seja importador líquido de café e que tenha territórios dependentes que sejam exportadores líquidos de café (artigo 4.º).

As decisões tomadas pelo Conselho e pela Junta através do sistema de votos acima relatado, requerem normalmente uma administração para executá-las. O responsável por esta administração é o *Diretor-Executivo* (artigo 20, § 2.º), que é designado pelo Conselho com base em recomendação da Junta (artigo 20, § 1.º). Foram diretores-executivos o Dr. João de Oliveira Santos — de 19 de agosto de 1962 a 19 de fevereiro de 1968, e Cyril Spender, que exerceu o cargo temporariamente em março de 1968, até que foi eleito o atual Diretor-Executivo, Alexandre Fontana Beltrão, que tomou posse em abril de 1968. Compete ao Diretor-Executivo nomear o pessoal (artigo 20, § 3.º), cujo número atinge atualmente (agosto de 1972) a 150 funcionários, dos quais 70 são empregados pelo Fundo de Diversificação. Cabe finalmente lembrar, neste item, sobre a organização e administração da Organização Internacional do Café, que suas línguas oficiais de trabalho são: inglês, francês, português e espanhol, e que o seu orçamento administrativo para cada exercício financeiro é aprovado pelo Conselho, que fixa nessa ocasião a contribuição de cada membro. A contribuição de cada membro para o orçamen-

to de cada exercício financeiro obedece ao sistema da distribuição do poder decisório através do voto, sendo proporcional a relação que existe entre os votos de que dispõe esse membro e o total dos votos de que dispõem todos os membros reunidos, no momento da aprovação do orçamento para um determinado exercício financeiro (artigo 24)²².

9. Um dos conceitos organizadores deste artigo sobre o *Convênio Internacional do Café* foi a simultaneidade dos elementos de conflito e cooperação na sua negociação e aplicação. A articulação desta tensão e as soluções encontradas, quer no que diz respeito às medidas de curto e longo prazo, quer na distribuição do poder decisório nos órgãos da O.I.C., foram vistas como uma forma de se ordenar, juridicamente, esta relação entre conflito e cooperação. A partir desta orientação, nada mais razoável, antes de se entrar na avaliação do convênio, do que um exame, ainda que rápido, da controvérsia do solúvel. De fato, a controvérsia do solúvel colocou em posições antagônicas o Brasil — o país exportador com maior número de votos na O.I.C. — e os EUA — o país importador com maior número de votos na O.I.C. — isto é, dois países sem os quais a cooperação internacional em matéria de café se torna difícil. Assim sendo, trata-se de um problema onde os limites desta tensão podem ser aferidos de maneira quase que exemplar.

O Convênio de 1962 foi basicamente negociado e concebido como um acordo de produto primário, porém também contemplava o café solúvel. As exportações de solúvel se incluíam nas quotas dos membros produtores e a

22. Cf. sobre os assuntos tratados neste item, JOSÉ LUIZ MENDOZA, *Derecho Internacional del Café*, cit., pp. 15-40; — *Organização Internacional do Café, Informações Básicas sobre a Organização Internacional do Café*, cit., p. 7; RICHARD B. BILDER, *The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation*, in loc. cit., pp. 361-364, 380-383; *US Congress, Senate, Hearings before the Committee on Foreign Relations: International Coffee Agreement — 1968*, cit., p. 10; *O Estado de S. Paulo*, 13/fevereiro/1972, p. 1.

equivalência quantitativa entre o café verde e o café solúvel era obtida multiplicando o peso líquido do café solúvel por 3,00 (artigo 2.º, § 1.º “g”). Durante a vigência do Convênio de 1962 a indústria brasileira de solúvel foi se desenvolvendo e passou a exportar para os EUA. Estas exportações, que em 1964 representavam modestamente 33.000 libras, subiram para 275.641 libras em 1965, 5.996.349 em 1966, atingindo em 1967 22.330.466. Elas constituíam um esforço do Brasil de recuperar, de uma nova maneira, a parcela do mercado internacional do café que fora sendo perdida para os demais países produtores, sobretudo os de “robusta”²³.

A competitividade do solúvel brasileiro nos EUA incomodou os interesses da indústria americana do solúvel que, nos termos da prática política daqueles país, pressionou os órgãos públicos para que fossem tomadas providências para evitar o que constituía, segundo estes interesses norte-americanos, uma concorrência desleal. Esta concorrência desleal resultaria de medidas aplicadas pelo governo brasileiro que, no seu conjunto, ao favorecerem o café industrializado quando comparado com o café verde, equivaleriam a um tratamento discriminatório em relação aos EUA. Esta discriminação prejudicaria os industriais americanos, em primeiro lugar, porque estes, ao contrário das indústrias instaladas no Brasil, não tinham acesso aos cafés de tipos baixos, cuja exportação o Brasil proíbe e cujo preço no mercado interno é inferior aos preços dos tipos de café que o Brasil exporta. Em segundo lugar, o café industrializado (solúvel) brasileiro, quando exportado, não estava sujeito, como o café verde, à “quota de contribuição”, o que vale dizer que o café verde brasileiro eventualmente comprado pelo industrial americano suportava uma carga financeira adicional, equivalente a um imposto de exportação, que não atingia as exportações brasileiras de

23. Cf. ARTHUR J. CORDELL, *The Brazilian Soluble Coffee Problem: A Review*, *cit.*, pp. 31-32.

solúvel. Esta controvérsia foi se intensificando, pois os EUA insistiam na tese do tratamento discriminatório que o Brasil negava, e começou a ameaçar a renovação do Convênio em 1968, uma vez que os EUA exigiam uma prévia solução para o problema.

Diante do impasse que estava pondo em perigo a o.i.c., o Conselho nomeou uma missão que visitou tanto os EUA quanto o Brasil e que encontrou uma solução aceitável por ambos os países. Tal solução foi a inclusão de um novo artigo ao Convênio, o atual artigo 44 do Convênio de 1968, que estabeleceu procedimentos especiais para o café industrializado, independentes da sistemática de consultas, litígios e reclamações, prevista tanto no Convênio de 1962 (artigo 61) quanto no Convênio de 1968 (artigos 58 e 59). Diz o § 1.º do artigo 44 que: “Nenhum membro aplicará medidas governamentais que afetem as suas exportações e reexportações de café destinadas a outro membro, se essas medidas, quando tomadas em seu conjunto em relação a esse outro membro, representarem tratamento discriminatório em favor do café industrializado em comparação com o café verde.” Se um membro considerar que estas disposições do § 1.º do artigo 44 não estão sendo obedecidas, poderá reclamar por escrito ao Diretor-Executivo, que informará o membro contra o qual a reclamação está sendo apresentada (artigo 2.º “a”). Se não se encontrar uma solução dentro de 30 dias após o recebimento da reclamação pelo Diretor-Executivo, este deverá constituir, o mais tardar em 40 dias, uma junta arbitral, integrada por: (i) uma pessoa designada pelo membro reclamante; (ii) uma pessoa designada pelo membro contra o qual tenha sido feita a reclamação, e (iii) um presidente escolhido de comum acordo pelos membros envolvidos ou, na hipótese de não haver acordo, pelas duas pessoas indicadas nas alíneas (i) e (ii) (artigo 44 — 2 — “b”). A controvérsia acabou por exigir uma junta arbitral e esta, integrada por Bengt Odevall, da Suécia (Presidente), David Herwitz, dos Estados Unidos, e Paulo

Egydio Martins, do Brasil, se reuniu em Londres de 17 a 28 de fevereiro de 1969 e apresentou em 28 de fevereiro suas conclusões.

A análise destas conclusões é extremamente interessante para se estudar o mecanismo de soluções de controvérsias previsto pelo artigo 44 do Convênio de 1968, como exemplo importante da maneira pela qual são resolvidos litígios num acordo sobre produtos de base quando uma das partes é um país desenvolvido e importador — no caso, os EUA — e o outro um país em desenvolvimento e exportador — no caso, o Brasil.

As conclusões de DAVID HERWITZ, o membro americano da Junta, foram no sentido de que existia efetivamente tratamento discriminatório nos termos da posição americana já relatada, e que o limite externo para as contramedidas norte-americanas, caso o Brasil não corrigisse a situação nos termos do § 3.º, “a” do artigo 44, seria “46 centavos por libra-peso de café solúvel cujo montante corresponde aproximadamente ao produto da atual quota de contribuição de Cr\$.17 centavos por libra de café verde e 2,7 o índice de extração mais frequentemente adotado pelas partes do que qualquer outro.”²⁴

As conclusões de PAULO EGYDIO MARTINS, o membro brasileiro da Junta, foram no sentido de que “Não existe tratamento discriminatório, de acordo com o disposto no parágrafo (1) do artigo 44 do Convênio Internacional do Café de 1968, em função da queixa apresentada pelo Governo dos Estados Unidos contra o Governo do Brasil”.²⁵ Estas conclusões fundamentavam-se, entre outras razões, nas seguintes:

24. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO CAFÉ, *Litígio entre o Brasil e os Estados Unidos da América sobre a Interpretação do Artigo 44 do Convênio*, Junta Arbitral, Londres-Inglaterra, Records/19 — 28/fevereiro/1969, p. 13.

25. *Records/19, cit.*, p. 37.

- “1 — A “quota de contribuição” não tem a natureza de imposto de exportação e não causa os mesmos efeitos (V. Parecer do Prof. Rubens Gomes de Souza e Verbatim Records, Records/14, de 20 de fevereiro de 1969, pág. 5 e seguintes).
- “2 — A “quota de contribuição” constitui receita destinada a fazer face a despesas decorrentes da própria política cafeeira. É com parcela dos seus recursos que o Brasil retém quase oitenta por cento do “carry over” mundial do café (EB-751/69, de 13.2.69, da O.I.C.), valendo dizer que esse país é o que suporta maior ônus do Convênio.
- “3 — A exportação de tipos baixos causaria uma redução ponderável no preço médio das exportações de café verde e provocaria uma diminuição da receita cambial do país exportador, e nenhum membro poderá ser obrigado a tomar medidas que lhe causem tal detrimento.”²⁶

Outras ponderações feitas pelo árbitro brasileiro incluem referências as diferenças dos índices de extração do solúvel no caso dos “arábicas” e dos “robusta”, para salientar que a indústria americana só consome praticamente os “robusta”, cujas exportações para os EUA não foram afetadas pelo solúvel brasileiro, o que também demonstra que a proibição de exportação de tipos baixos pelo Brasil não é discriminatória²⁷.

26. *Records/19, cit.*, pp. 34-35.

27. *Records/19, cit.*, pp. 35-36. Uma rigorosa análise econômica sobre o problema de custos comparados no Brasil e nos EUA da indústria do solúvel, se encontra em ROBERTO B. M. MACEDO, *Introdução à Análise da Indústria Brasileira de Café Solúvel*, cit., pp. 51-58, onde se evidencia a inexistência de discriminação ao tempo da controvérsia.

Cabe ainda lembrar a afirmação feita pelos EUA: “se um convênio de produtos de base pode sobreviver quando utilizado para dar aos produtores de um país exportador acesso a fornecimento baratos que são negados aos seus competidores dos países importadores em consequência desse convênio”, que o árbitro brasileiro entendeu como “uma tentativa de reformulação da própria política inspiradora do convênio”, pois, “pretende-se, com isso, subtrair aos países produtores de matérias-primas e participantes do Convênio, quaisquer vantagens naturais que possuam para sua industrialização, reservando-se aos países industrializados consumidores a manutenção do status-quo.”²⁸ Em verdade, como acertadamente apontou PAULO EGYDIO MARTINS, a controvérsia do solúvel apresentou no âmbito da O.I.C. “o confronto de interesses de um país industrializado consumidor com um país produtor em processo de industrialização”, sendo possível “a ampliação desse confronto nos anos vindouros, envolvendo diversos países produtores em conflitos análogos.”²⁹

Diante destes votos dos árbitros americano e brasileiro, que ratificaram as posições dos respectivos países, a solução deveria, na mecânica da arbitragem, ser encontrada no voto do presidente da Junta Arbitral. O que diz, neste sentido, o parecer de BENGT ODEVALL? “No litígio sobre as exportações de café solúvel brasileiro para os Estados Unidos adotaram (os dois países)... posições totalmente irreconciliáveis. A situação, porém, precisava ser remediada. Ambas as partes tinham interesse no desenvolvimento ordenado de suas indústrias cafeeiras e, como o artigo 44 fora redigido para a solução do litígio, coube à Junta chegar à conclusão quanto a retificar a situação”.³⁰ A seguir, o presidente da Junta Arbitral levanta hipóteses de como se poderia solucionar o conflito, aventando a

28. *Records/19, cit.*, p. 23.

29. *Records/19, cit.*, p. 22.

30. *Records/19, cit.*, p. 5.

idéia de quotas para o café solúvel³¹, ou a remoção do problema para a jurisdição do GATT, onde o café solúvel seria tratado “como qualquer outro produto industrial”³². Entretanto, como estas alternativas escapavam do alcance da Junta, nos termos do artigo 44, opinou o presidente: “... creio que os Estados Unidos têm o direito de emprender uma ação do tipo previsto no parágrafo 3 do artigo 44 (que tratam das contramedidas para neutralizar o tratamento discriminatório), embora levando em conta os dispositivos do parágrafo 4 deste artigo”³³. O parágrafo 4 diz: “Na aplicação das contramedidas, os membros tomarão na devida consideração a necessidade dos países em desenvolvimento de executar políticas destinadas a ampliar a base de suas economias por intermédio “inter alia” da industrialização e da exportação de manufaturados, bem como a fazer o necessário para assegurar que as disposições deste artigo sejam aplicadas equitativamente a todos os membros em situação análoga.” Posteriormente à leitura dos pareceres e diante de certas dúvidas, o agente do Brasil perante a Junta, solicitou ao Presidente que esclarecesse a sua opinião sobre a existência ou não de tratamento discriminatório. Respondeu o árbitro BENGTT ODEVALL: “É verdade, como sabem meus dois colegas, que eu não pude concluir se havia discriminação ou não. Aliás, considero a questão como sendo talvez, no contexto, um ponto de método de procedimento. Estou ainda sob o impacto dessa lamentável situação, que surgiu entre os dois países. Vejo, também, que a situação exige ação e, como fomos reunidos de acordo com os termos do artigo 44, expus minha conclusão, ou seja, que em minha opinião os Estados Unidos têm o direito de tomar a ação prevista, levando em devida conta os parágrafos 3 e 4 do artigo 44. Como verão, na página 4 eu convidei o governo brasileiro a considerar a oportunidade de abordar a situação por iniciativa própria.

31. *Records/19, cit.*, p. 5.

32. *Records/19, cit.*, p. 6.

33. *Records/19, cit.*, p. 6.

Para mim, em outras palavras, o fator absolutamente dominante é o de exigir-se ação, sendo que esta precisa ser tomada para remediar a situação.”³⁴

Numa perspectiva rigorosamente jurídica, o voto e os esclarecimentos do presidente da Junta Arbitral não deixam de ser estranhos, pois propôs ele a execução de medidas aplicáveis a uma situação cuja existência ele mesmo não pôde caracterizar. Não a podendo caracterizar, não pôde conseqüentemente o árbitro ODEVALL fixar a *medida* do tratamento discriminatório o que é uma das exigências da letra (f) do § 2.º do artigo 44. Daí o fundamento de opiniões segundo as quais o voto do árbitro ODEVALL seria nulo porque contraditório, além de se poder impugná-lo porque incompleto, uma vez que não estipula, nos termos do artigo 44, os limites das contramedidas que os EUA poderiam aplicar para neutralizar o tratamento discriminatório³⁵. Em verdade, legalmente falando, esta colocação é correta e foi este o sentido geral do parecer de 14 de março de 1969 do prof. HAROLDO VALLADÃO, na qualidade de consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, uma vez que “de jure” a decisão da Junta Arbitral é inválida, contraditória e inexecutável por ter fugido aos termos legais do problema a ela submetido. Neste sentido e nestes termos, o Brasil não pode, como não podia na ocasião, se considerar condenado pela decisão da Junta Arbitral. Diante disso, cabe uma indagação sobre o porquê e as conseqüências deste estranho voto do Presidente da Junta, o principal responsável pela inconsistência jurídica de decisão arbitral.

A explicação se encontra muito possivelmente numa equiparação com a jurisprudência do GATT. O mecanismo de solução de controvérsias, no GATT, consoante nos de-

34. *Records/20, cit.*, pp. 6-7.

35. Cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *As Conclusões da Junta Arbitral, O Estado de S. Paulo*, 23/março/1969, p. 49; — cf. igualmente ROBERTO B. M. MACEDO, *op. cit.*, pp. 45-46.

monstrou Hudek, resulta das cláusulas de “nullification and impairment” dos acordos comerciais norte-americanos da década de 1930. — Estas cláusulas previam e englobavam tanto disputas legais quanto paralegais, isto é, disputas não contempladas expressamente por um acordo, mas que diriam respeito a situações futuras que poderiam vir a deteriorar o valor comercial de uma concessão tarifária, atingindo, conseqüentemente, a reciprocidade ampla de oportunidades econômicas inicialmente almejada. Assim sendo, estas disputas deviam ser resolvidas por técnicos em comércio internacional, pessoas pragmáticas capazes de encontrar soluções para as dificuldades independentemente do ritual legalista. Em outras palavras e de acordo com o seu desenvolvimento no GATT, um mecanismo de solução de controvérsias para diplomatas, que poderiam aplicar um “direito” cujo espectro de preocupações substantivas não estaria necessariamente limitado ao cortante critério jurídico do que é “legal” e do que não o é. Eis porque as decisões no GATT podem ser acertadamente qualificadas de jurisprudência diplomática, pois elas não constituem adjudicações mas etapas de negociações³⁶. O voto do árbitro ODEVALL se insere perfeitamente nesta perspectiva, o que se evidencia inicialmente quando ele menciona soluções alternativas para os problemas, seja a hipótese de quotas para o solúvel, seja o enquadramento do problema no âmbito do GATT. É interessante perquirir neste contexto porque os EUA não tinham anteriormente aceito a hipótese de recorrer ao GATT. As razões se encontram claramente expostas nos “Hearings” perante o “Committee on Ways and Means” do Congresso Americano sobre o Convênio de 1968. O café importado não está sujeito a tarifa nos EUA — é “duty-free” — e portanto a sanção prevista no sistema do GATT, ou seja, a represália através de uma elevação de tarifas, seria tecnicamente difícil de acordo com a legislação americana vi-

36. ROBERT H. HUDEK, *El Sistema del GATT: Jurisprudencia Diplomática*, in *loc. cit.*, pp. 34-66.

gente na ocasião. De mais a mais, conforme apontou o secretário-assistente para assuntos econômicos, ANTHONY H. SOLOMON, quando lhe perguntaram se a discriminação a respeito do solúvel representava um subsídio à exportação: “Formally it is not. In practice, if you think of processed coffee as moving alternatively to green beans, then it is. But because formally it is not, I think you would run into considerable difficulty in the GATT in trying to define this as an export subsidy.”³⁷. De fato, no contexto de GATT, seria difícil considerar as medidas do governo brasileiro como um subsídio ilegal à exportação. O artigo XVI, § 4.º do GATT e respectiva nota interpretativa, que tratam de subsídios a produtos não-primários, opõem-se a diferenças entre os preços cobrados pelo produto no país e o seu preço de exportação, o que não constitui fundamento da reclamação americana. Aliás, a posição norte-americana, no que diz respeito ao artigo XVI, § 4.º, é um pouco delicada porque os EUA, ao aceitarem o compromisso de cessação, a partir de 1.º de janeiro de 1958, de subsídios à exportação de produtos não-primários nele previsto, se reservaram expressamente o direito de subsidiarem futuramente manufaturados oriundos de produtos primários no mesmo nível que subsidiavam os produtos primários utilizados na sua industrialização. Esta “reserva”, motivada pela pressão da indústria textil de algodão norte-americana, que os EUA entendem como uma “interpretação”, não foi tranqüilamente aceita pelas demais partes contratantes do GATT, o que entreabre algumas das dificuldades que os EUA teriam na discussão do problema do solúvel neste foro, máxime quando se considera que o artigo XVI, ao tratar no seu conjunto de subsídios, comporta bastante flexibilidade. Uma alegação de “dumping” com fundamento no artigo VI, § 1.º, também dificilmente se sustentaria, e mesmo uma alegação de “market disruption”

³⁷ US CONGRESS, HOUSE, *Hearings before the Committee on Ways and Means — International Coffee Agreement, 1968, cit., p. 22.*

abrigaria muitas dúvidas³⁸. De mais a mais, se a isto tudo se adicionar tanto a morosidade na solução de controvérsias do GATT, que em parte resulta do estilo de sua jurisprudência diplomática, quanto a multiplicidade de interesses que surgiriam numa discussão deste tipo no seu contexto, é compreensível a razão pela qual os EUA escolheram a O.I.C. como foro para a controvérsia do solúvel. De fato, o peso dos EUA na economia cafeeira é tal que sem ele não pode haver cooperação internacional em matéria de café, situação que deu à controvérsia do solúvel, no contexto da O.I.C., uma dimensão específica e uma urgência que ela jamais poderia ter alcançado no GATT, onde ela se fluidificaria em meio a uma multiplicidade de litígios e interesses. Além disso, nesta ocasião os EUA estavam comprando 87% do solúvel e 41% do café verde exportados pelo Brasil³⁹, o que evidencia a escala das potencialidades de suas pressões. Nestas circunstâncias, e diante de uma jurisprudência que por analogia com o GATT pode ser denominada diplomática, preocupada pragmaticamente em encontrar uma solução e não na superior aplicação da lei e da justiça, o resultado foi o compromisso. Ora, como claramente advertiu o árbitro brasileiro PAULO EGYDIO MARTINS no início do seu voto, ao citar RADBRUCH, “O compromisso — a linha central no paralelograma da força — tende a favorecer a parte mais importante. O juiz, que permanece simplesmente como um árbitro imparcial *entre duas partes*, será inevitavelmente levado, pelas leis da mecânica, a in-

38. Cf. JOHN J. JACKSON, *World Trade and the Law of the GATT*, cit., pp. 392-397; KENNETH W. DAM, *The GATT — Law and International Economic Organization*, cit., pp. 132-147, 167-179; *General Agreement on Tariffs and Trade, Basic Instruments and Selected Documents*, Ninth Supplement, Genève, Feb/1961 — Avoidance of Market Disruption — decision of 19 November 1960, pp. 26-28; *US Congress, Senate, Hearings before the Committee on Foreign Relations: International Coffee Agreement*, 1968, cit., pp. 48-58.

39. ARTHUR J. CORDELL, *The Brazilian Soluble Coffee Problem: A Review*, in loc. cit., p. 36.

clinar-se para o lado do mais fortes...”⁴⁰. E foi isto exatamente o que aconteceu. Pontos substantivos como a existência ou não de “tratamento discriminatório”, o cerne jurídico da questão, foram considerados como “um ponto de método de procedimento”, e o essencial passou a ser uma “lamentável situação” que para ser remediada exigiria ação⁴¹. Ação que tanto os EUA poderiam tomar, com base no artigo 44, por força do voto do árbitro ODEVALL, quanto ação que o governo brasileiro poderia tomar para remediar a situação, consoante o convite por ele feito com fundamento no § 3.º, “a”, do artigo 44. Ambas, é bom lembrar, a serem, em verdade, negociadas uma vez que a Junta Arbitral não fixara, como deveria, a *medida* do tratamento discriminatório que limitaria o escopo destas ações. A partir destas observações, a explicação e interpretação do parecer do árbitro ODEVALL parece clara: a decisão da Junta Arbitral pelo voto determinante do seu presidente foi uma etapa de negociação e não uma adjudicação. A negociação, tanto na etapa da Junta Arbitral quanto nas subsequentes, obedeceu ao paralelograma de forças e o Brasil terminou por taxar internamente as suas exportações de solúvel. Talvez não tanto quanto desejariam os interesses contrariados nos EUA, em função do peso relativo do Brasil no contexto da o.i.c. expressado pelo § 4.º do artigo 44 do Convênio referido no voto do árbitro ODEVALL, mas seguramente em obediência a uma pressão e não como consequência de uma real solução jurídica da controvérsia.

Este rápido esboço do problema do solúvel permite que se conclua este item do trabalho com algumas considerações sobre o problema da solução de contrrovérsias, num acordo como o Convênio do Café. O Convênio do Café, à maneira do GATT, não é um projeto comunitário, tipo Mercado Comum Europeu, onde a delegação de competência requer a segurança das normas jurídicas, como prin-

40. *Records/19, cit.*, p. 20.

41. *Records/20, cit.*

principal elemento de regulamentação da conduta real dos seus membros. O Convênio do Café se insere num outro contexto menos intenso de direitos e obrigações e o seu vínculo associativo é muito mais tênue e sujeito a oscilações mais acentuadas entre as tendências à cooperação e às tendências ao conflito. As normas jurídicas são apenas um dos elementos reguladores da conduta real de seus membros e, na hipótese de um conflito, o que se tenta é o restabelecimento da reciprocidade de interesses, como elemento sustentador do vínculo associativo. Ora, o restabelecimento de uma reciprocidade de interesses pode envolver, para usar a distinção dos autores do recente estudo do INTAL, sobre os métodos para a solução de conflitos, em processos de integração econômica ou de cooperação comercial, um *conflito de concepção*, a saber: o que é e para que serve o Convênio e em que medida, numa determinada controvérsia, está ele atendendo aos interesses das partes em conflito. Neste caso do solúvel, evidentemente o assunto se colocou como um conflito de concepção, pois, conforme foi visto, o árbitro americano, formulando a posição dos EUA, questionou a sobrevivência de um acordo de produtos de base, quando este é utilizado “para dar aos produtores de um país exportador acesso a fornecimento baratos que são negados aos seus competidores dos países importadores em consequência deste Convênio.” Por seu lado, o árbitro PAULO EGYDIO MARTINS, articulando a posição do Brasil, insistia que a posição americana representava “uma tentativa de reformulação da própria política inspiradora do Convênio”, pois “pretende-se com isso subtrair aos países produtores de matérias-primas e participantes do Convênio, quaisquer vantagens naturais que possuam para sua industrialização, reservando-se aos países industrializados consumidores a manutenção do status-quo.” Ora, os conflitos de concepção são dos que, pelo significado político dos interesses em jogo, dificilmente se solucionam através de uma decisão puramente jurídica, e o voto do árbitro

ODEVALL mostrou isto claramente. Nestes casos, a disputa se subordina, nas etapas de negociação, ao caráter individualista da distribuição do poder entre os estados, que reflete a vigente estrutura do sistema das relações internacionais.

Estas observações permitem uma conclusão: a solução de controvérsias, num acordo como o *Convênio do Café*, apesar dos elementos de cooperação não foge, numa situação-limite de um conflito de concepção, à realidade da economia internacional que se evidencia no quadro de outras soluções jurídico-institucionais. Assim como no GATT, a solução de controvérsias de um acordo que obedece, por força das características constitutivo-institucionais de seu vínculo associativo, ao critério pragmático da jurisprudência diplomática e não ao rigor das regras jurídicas, não favorece ou melhora o “locus standi” dos países subdesenvolvidos diante dos desenvolvidos. De fato, toda solução de controvérsias onde os critérios de rigor jurídico se subordinam à negociação diplomática, não favorece normalmente os países subdesenvolvidos, pois estes têm um “locus standi” inferior aos desenvolvidos. Assim sendo, na redefinição das regras do jogo a serem aplicadas à situação, com o objetivo de se restabelecer a reciprocidade de interesses, o paralelograma de forças provoca efeitos negativos. Estes só não ocorreriam, como regra geral, caso os árbitros pudessem se colocar acima das partes para aplicar o direito enquanto adjudicação e não enquanto uma fase, entre outras, de negociação⁴².

42. Cf. também sobre os assuntos tratados neste item, além dos já citados: DOMINIQUE CARREAU, JACQUELINE DE LA ROCHERE, THIEBAUT FLORY, *Chronique de Droit International Economique, Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 619-622; WILLIAM G. TYLER, *A Política Norte-Americana e o Impasse do Café Solúvel, Revista Civilização Brasileira*, 18 (março/abril 1968), pp. 87-98; EDMAR LISBOA BACHA, *A Política Cafeeira do Brasil, 1952-1967, Dados*, (1968), pp. 144-161; HÉLIO DUQUE, *A Guerra do Café Solúvel*, Rio: Leitura, 1970; CELSO LAFER, *El GATT, la Cláusula de la Nación más Favorecida y*

10. Depois desta análise, relativamente longa, sobre as origens do *Convênio Internacional do Café*, seus objetivos, suas medidas de curto e longo prazo, sua organização e os elementos de conflito e cooperação inerentes ao seu funcionamento, cabe, ao concluir, fazer uma avaliação, ainda que preliminar, sobre sua eficácia enquanto fórmula jurídico-institucional para regulamentar e organizar um segmento da economia internacional.

Um dos objetivos do Convênio é evitar as excessivas flutuações dos preços de café (artigo 1.º, § 2.º), que afetam normalmente o equilíbrio a curto prazo da economia internacional de produtos primários. Aliás, quanto a este último aspecto, basta neste sentido lembrar, para efeitos de comparação analógica, que o preço do cacau, que até agora, apesar de intensas negociações, não foi submetido à regulamentação de um acordo, tem variado muito: 12.2 cents por libra (julho de 1965), 48.7 cents por libra (dezembro de 1968) e 23.8 cents por libra (dezembro de 1971).⁴³ O *Acordo Internacional do Café*, no que diz respeito a este objetivo de evitar flutuações excessivas de preço, tem sido, aparentemente, bem sucedido. Nas palavras de ALEXANDRE F. BELTRÃO: “Os fatos são incontestáveis: o preço do café importado pelos Estados Unidos sofreu, nos anos cinquenta, uma oscilação de 45 “cents” por libra-peso; nos anos sessenta, ao abrigo do Convênio, a flutuação se reduziu a 15 “cents” por libra, malgrado o impacto de um dos mais de-

América Latina, in *loc. cit.*, pp. 141-145; CELSO LAFER, *Un Análisis de la Compatibilidad de los Artículos 27 y 28 del Pacto Andino con el Ordenamiento Jurídico de la ALALC, Derecho de la Integración* n.º 6 (Abril/1970), pp. 99-101; INTAL, *Los Métodos para la Solución de Conflictos e para Asegurar la Vigencia del Derecho en Procesos de Integración Económica o de Cooperación Comercial, Derecho de la Integración* n.º 11 (Octubre/1972), pp. 121-131; CHARLES DE VISSCHER, *Théories et Réalités en Droit International Public*, Paris: Pedone, 1960, pp. 446-447 e *passim*.

43. UNCTAD, *Monthly Bulletin* n.º 72-73, August/September 1972.

vastadores desastres experimentados por uma safra de café no presente século.

“A estabilização do mercado proporcionou aos países produtivos receita maior e mais segura e assegurou aos países consumidores um fluxo mais regular do produto...”⁴⁴

É preciso no entanto que se diga que essa estabilização do mercado também se deve a medidas unilaterais do Brasil, que redundaram em benefício do Convênio. Entre elas se incluem a erradicação de cafezais em larga escala, a redução dos níveis de estoques e a assim política do “guarda chuva”, pela qual o Brasil não exportava, em determinadas circunstâncias, todo o café a que teria direito pelo sistema de funcionamento das quotas, sustentando desta maneira, unilateralmente, o melhor funcionamento do Convênio⁴⁵.

Além da estabilização do mercado, o Convênio almeja igualmente proporcionar aos países produtores preços equitativos para o café (artigo 1.º, § 1.º). A análise econômica parece demonstrar que, de 1962 a 1968, os preços de café indicam uma tendência à flutuação decrescente. Se isto for correto, o objetivo de manutenção de níveis equitativos de preços não foi plenamente alcançado durante esse período. A explicação para esta situação, segundo CHARLES C. MUELLER, seria a seguinte: “O Acordo Internacional do Café, como operou até meados de 1969, era uma barganha entre os países produtores de café de um lado, com uma capacidade produtiva super-expandida, grandes excedentes e necessitados de recursos cambiais (de que o café é um dos principais provedores), e, de outro lado, os países de alta renda e industrializados, cuja demanda de café tem crescido modestamente. Como é a força relativa dos dois lados do Acordo que determina o nível dos preços do café, numa organiza-

44. ALEXANDRE F. BELTRÃO, *Cooperação Cafeeira na Presente Década*, cit., p. 2.

45. INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ, *Anuário Estatístico do Café*, 1971, quadro 7-2, Exportação Mundial de Café, comparação com a quota efetiva, pp. 105-108.

ção tipo monopólio bilateral, não seria realista esperar outra coisa que não o baixo nível observado nos preços do café. Isso é particularmente verdadeiro se nós considerarmos que no principal país importador da O.I.C. — os Estados Unidos — a pressão política contra a participação no Acordo tem sido grande⁴⁶. Aliás, no processo de ratificação pelo Senado Americano do Convênio de 1968, um dos argumentos utilizados em sua defesa, na perspectiva dos consumidores, foi precisamente esta tendência à flutuação decrescente⁴⁷, que dados recentes confirmam. De fato, o preço médio de importação de café verde nos Estados Unidos, quando comparado com o índice geral de preços no atacado baixou de 41.8 cents por libra no período 1950-1962, para 36.7 por libra no período 1963-1971. Este preço médio, deflacionado, variou de 48.0 cents por libra no período de 1950-1962 para 34.1 cents por libra no período de 1963-1971. De mais a mais, cabe lembrar, como aponta CARLOS SANZ SANTA MARIA, que os preços do café são quotados em dólares e que as reavaliações das moedas com relação ao dólar, que resultaram dos acordos de dezembro de 1971 (Smithsonian Agreements), diminuíram ainda mais o poder de compra dos países produtores, evidentemente na proporção do volume relativo de suas exportações para aqueles países consumidores que reavaliaram suas moedas⁴⁸. Daí esforços no início de 1972 dos países produtores para elevar em quatro centavos por libra-peso o preço do café, para compensar a desvalorização, real e formal do dólar e estancar o declínio do poder aquisitivo das receitas de exportações de café. Estes esfor-

46. CHARLES C. MUELLER, *O Impacto do Acordo Internacional do Café sobre o Preço do Café*, *Revista Brasileira de Economia*, vol. 25 n.º 3 (jul/set. 1971), p. 148.

47. US CONGRESS, SENATE, *Hearings before the Committee on Foreign Relations — International Coffee Agreement, 1968*, cit., pp. 42-43.

48. OEA, *Servicio Informativo para la Prensa*, C-296/72, 14 de Septiembre de 1972, *Presidente del CIAP pide a los Estados Unidos que sigan apoyando acuerdo cafetero*.

ços têm encontrado resistências apreciáveis, sobretudo por parte dos EUA, cuja postura tem sido de intransigência⁴⁹.

Estas observações sobre preços equitativos mostram claramente que um acordo de produtos primários, como o Convênio do Café, não escapa às duras realidades do comércio internacional. Evidentemente, sendo um esquema de cooperação, o Convênio do Café ordena o universo econômico, que visa regular de maneira mais adequada do que uma solução de livre comércio, pois a sua inexistência muito provavelmente teria trazido oscilações de preços mais bruscas e possivelmente mais decrescentes em função da tendência à superprodução e ao subconsumo do café. Entretanto, esta melhor ordenação não implica necessariamente num “locus standi” mais satisfatório para os países produtores e subdesenvolvidos face aos países consumidores e desenvolvidos. A melhoria substancial do “locus standi” só poderá ocorrer quando forem efetivamente encaminhados os problemas do equilíbrio a longo prazo da economia internacional do café, como a superprodução e o subconsumo, problemas esses que vão requerer, conforme foi apontado, a continuidade no tempo das medidas previstas pelo Convênio.

Existe porém uma larga distância entre a racionalidade a longo prazo e a racionalidade “hic et nunc”. Esta distância aconselha um rápido exame de alguns aspectos da economia internacional do café que trouxeram dificuldades na fixação das quotas do ano cafeeiro 1972-1973 e que agora estão entrando no esquema das discussões sobre a própria renegociação do Convênio. Em resumo, talvez o que se possa dizer é que existe para os próximos anos uma tendência passageira à escassez do café, dada a diminuição dos estoques e da produção brasileira. Esta tendência, se operarem apenas os mecanismos de mercado e evolução tradicional do ciclo da economia cafeeira, levará, a médio prazo, à su-

49. *O Estado de S. Paulo*, 18/fevereiro/1972, p. 21; idem de 24/fevereiro/1972, p. 39; idem de 14/março/1972, p. 64.

perprodução. Entretanto, a curto prazo, esta situação de mercado comprador vem facilitando, como observa CARLOS VIACAVA, um esforço de união entre os países produtores — o “Grupo de Genebra”⁵⁰. A cooperação entre os produtores, no contexto ainda que possivelmente temporário, de um mercado comprador, melhorou o “locus standi” dos países produtores. Esta melhoria, no entanto — convém ressaltar — tem suas limitações. É mais um instrumento de barganha do que uma solução alternativa de intervenção no mercado, uma vez que não se compara, por exemplo, com as potencialidades da OPEP — Organização dos Países Exportadores de Petróleo — pois a posição de força dos países produtores de petróleo resulta precisamente de uma tendência oposta à da economia cafeeira, a saber: sua produção e superconsumo. Aliás, o sucesso da estratégia da OPEP em Teheran em 1971 confirma parcialmente esta observação, pois ela também se deve a uma situação em que se antecipava escassez de petróleo. O teste, portanto, de uma solução tipo OPEP para o café ainda não ocorreu, pois pressuporia, a prazo mais longo, o seu real funcionamento em meio a vicissitudes da superprodução⁵¹, e, a prazo mais curto, a afetiva superação dos conflitos entre produtores. Estas razões aconselham, quando se examina o assunto numa perspectiva global de estabilidade a longo prazo, a prorrogação do Convênio, pois ele não é inconveniente para os países consumidores — uma vez que o seu funcionamento não os tem prejudicado — e ele é conveniente para os países produtores — uma vez que o Convênio não só ordena mais adequadamente o equilíbrio a curto prazo da economia do café, como também permitirá que se dê continuidade às medidas destinadas a assegurar o equilíbrio a longo prazo. Entretanto, esta perspectiva ampla de cooperação pode não coincidir com os interesses particulares de cada um dos

50. CARLOS VIACAVA, *Café: Alinhamento dos Países Produtores*, *Jornal do Brasil*, 1/abril/1972.

51. Cf. RAYMOND VERNON, *Sovereignty at Bay-The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, N. York: Basic Books, 1971, pp. 58-59.

membros, sejam produtores, sejam consumidores, que talvez venham a preferir o acréscimo de ganhos efetivos a curto prazo em detrimento de uma estabilidade futura. Este é um dos riscos que ameaçam o futuro do Convênio, evidenciado pela recente falta de acordo quanto à fixação das quotas para o ano cafeeiro de 1972-1973. Os impasse redundou na suspensão do sistema de quotas até 30 de setembro de 1973, mantidos no entanto os sistemas de controle que as fiscalizam (selos e certificados), como um arcabouço para a renegociação do Convênio a ser realizada em 1973.⁵² Esta renegociação, seguramente, será complexa e os seus resultados dependerão do acordo de produtores. Se este funcionar a contento, poderá conduzir a uma solução mais equitativa na perspectiva dos exportadores. Se falhar, possivelmente implicará na perda de substância do “locus standi” dos países produtores perante os países consumidores. Esta última hipótese, de falta de cooperação entre produtores, é sempre admissível, uma vez que os membros do Convênio não foram atingidos de maneira uniforme pelo seu funcionamento. Basta, neste sentido, lembrar que durante a vigência do Convênio de 1962, segundo dados fornecidos pelo Congresso Brasileiro, o Acordo propiciou ao Brasil um aumento de 1,9% na quantidade exportada e um aumento de 6,37% nas receitas cambiais obtidas, enquanto que as porcentagens para os demais produtores, no seu conjunto, foram respectivamente uma elevação de 22,7% na quantidade exportada e 27,19% nas receitas cambiais obtidas⁵³. A razão de ordem econômica para esta situação já foi sugerida: o mercado cafeeiro não é homogêneo, não tem um preço único e a inelasticidade da procura global de café não vem impossibilitando, como aponta DELFIM NETTO, a elasticidade da procura de café de um ou mais países produtores. Em outras palavras, a situação entre grandes

52. Cf. *O Estado de S. Paulo*, 8/dezembro/1972, p. 30; idem, de 9/dezembro/1972, p. 28; 10/dezembro/1972, p. 89; idem de 12/dezembro/1972, p. 1.

53. Cf. *Visão*, 31/janeiro/1971, p. 36.

e pequenos produtores não é simétrica, e, aparentemente, a procura tem sido inelástica apenas para o café brasileiro como consequência da liderança do Brasil em matéria de fixação de preços. Isto quer dizer que, enquanto os demais países fixarem a sua política de preços depois que o Brasil tenha estabelecido a sua, é improvável que a procura do café do Brasil se torne elástica⁵⁴. Daí uma das razões e uma das tensões do acordo de produtores e daí também — extrapolando para as implicações político-jurídicas — a possibilidade sempre latente de novas situações de conflito, tanto entre produtores quanto entre estes e os membros consumidores, e consequentemente a busca de ajustes ou mesmos outras modalidades de cooperação na sua renegociação, pois existem fissuras e tensões no que foi denominado “uma organização tipo monopólio bilateral”. Este “monopólio bilateral” nada tem de monolítico ou de imutável e é por essa razão que são complexos e flexíveis os mecanismos que permitem atualmente o funcionamento do Convênio. A complexidade destes mecanismos, relatados em diversos itens deste trabalho, mostram a dificuldade de se generalizar a fórmula jurídico-institucional do Convênio do Café para outros setores da economia internacional, o que permite dizer, finalizando, que se trata de uma solução dotada de funcionalidade específica que não comporta extensões por analogia e que pode vir a ser superada pelos acontecimentos.

54. Cf. ANTONIO DELFIM NETTO, *Considerações sobre a Elasticidade da Demanda dos Cafés Brasileiros*, in *Ensaio Econômico — Homagem a Octavio Gouveia de Bulhões*, Rio: APEC, 1972, pp. 182-201.

The Doctrine of Non-Retroactivity of International Treaties.

João Grandino Rodas

Assistant Professor Doctor of International Law at University of São Paulo Law School

1. Introduction. 2. Necessity, Nature, Basis and Value of the Principle of Non-Retroactivity. 3. The principle of Non-Retroactivity and the International Treaties. 4. The Retroactivity of Interpretation. 5. The International Judge or Arbiter and the principle of non-retroactivity. 6. Attitude of the International Judge or arbiter in the face of the non-retroactivity of convention. 7. The non-retroactivity and the international law commission. 8. "Jus Cogens" and Non-retroactivity. 9. The question of non-retroactivity of ratification to the time of signature. A. The North-American Doctrine. B. Reaction to the American Doctrine.

Introduction.

Public International Law is deeply imbedded in time. It bears the influences of changes in international relations and its action happens in time and space.

The time factor in Public International Law has three forms: the instant, the duration and the change.

The instant is taken in consideration to determine the moment or the date in which a fact produces certain effects.

All legal system have institutions that are grounded in the second element — the duration. In International Law, this notion is less rigorous than in the municipal law,

nevertheless there is a great deal of delays: delay of procedure, delay of appeal, etc.

The third form is the change. The circumstances change may influence the rules and transform law.

The question of application of rules in time arises from changes in the law. When the law changes, it is necessary to circumscribe the field of application of the past and of the new law. This delimitation is the task of the intertemporal law, which largely depends of the solution given to the problem of the division of time.

Although time is fluent, we are used to dividing it in moments: past, present and future. This causes difficulties, since the division of time is arbitrary.

Three ways of possible action of rule in time correspond to three moments of time fluency. The rule's action may refer to the past. In this case, we will have retroactive effect. Relating to the present, it will become immediately effective. If the action refers to the future, we will have postponed effect.

Three theories were proposed to settle the problems of conflict of law in time: The theory of causes, the theory of rights and the theory of facts and situations.

In the first theory we must examine if there was a final judiciary decision, discerning the past causes, the causes in operation and the future causes (“*causae finitae, pendentes et futurae*”).

In the second theory, we ought to look for an acquired right (“*jura quaesita*”). There will be retroactivity if it affects acquired rights. One must distinguish between acquired rights and the non-acquired rights or rights in course of acquisition.

In the latter theory the action of the rule will be defined in connection with facts and legal situations. The existence of past, pendent, in course or future action (“*facta praeterita, pendentia et futura*”) will have to be established.

The theory of causes is less employed in Public International Law than in municipal law due to the smaller number of judiciary or arbitrary decisions.

Besides the respect toward the “*causae finitae*”, the retroactivity is sometimes attenuated by the grant of delays that makes easy the application of the new law. The new rule may decide that a past fact did not have enough power to produce certain situations, but the past effects of these situations will be respected — temperate retroactivity.

The retroactivity's notion is not monolithic, since it's present on several forms.

The retroactivity is only one of the three positions of a rule in time and questions of time do not limit themselves to problems of non-retroactivity.

Necessity, Nature, Basis and Value of the Principle of Non-retroactivity.

The questions of necessity nature, basis and value of the principle of non-retroactivity in Public International Law have not been discussed yet by the doctrine and were only lightly touched by jurisprudence.

CHARLES ROUSSEAU and BAADE recognize the necessity of the principle of non-retroactivity, though they admit that this principle has certain limits. However other internationalists doubt such necessity. Some italian jurists — as CAVAGLIERI for instance — deny the possibility of a transitory law in International Law and consequently reject the existence of a principle of non-retroactivity.

The principle of non-retroactivity was concerned by municipal legislations. This principle was introduced by the constituent or normal legislator or by jurisprudence. The the principle of non-retroactivity is liable to be considered as a “general principle of law recognized by civi-

lized nations” in the sense of art. 38 § 1 of the Statute of the International Court of Justice.

The principle of non-retroactivity of international rules was approved by the conventional practice, by the practice of International Organizations and by the International judges and arbiters. Nevertheless, this principle was deemed expressly as a general principle.

From the legal technical point of view the problems arisen from the principle of non-retroactivity are essentially the same both in municipal and international law. This is due to the fact that the basis are the same in the two cases.

The essential basis of the principle of non-retroactivity in Public International Law and in municipal law results from the necessity to assure the security of legal relations. These basis are not accepted unanimously. The adherents of the new laws application, for extralegal or political reasons, often invoke the imperatives of progress against the principle of non-retroactivity. As a matter of fact, the necessity of adaptability of law to the variable conditions on international relations, under certain circumstances, requires that to the adaptabilit be superposed the necessity of security.

The principle of non-retroactivity in Public International Law is not an absolute principle, since it must consider certain external effects.

The principle of non-retroactivity does not have the same value in all cases. The practice admits that the treaties and conventions may derogate it expressly or even tacitly. Nevertheless, this principle has a superior value regarding treaties in the sense that the exceptions to this principle must be interpreted restrictively. The introduction in Public International Law of the notion of “Jus Cogens” puts the problem of value of the principle of non-retroactivity in connection with “Jus Cogens”. It seems

that the Commission gave to the “Juris Cogentis” rules certain consequences that turn true to the past.

The Principle of Non-retroactivity and the International Treaties.

TAVERNIER made a statistical and systematic search about treaties signed by States and International Organizations with a view to extracting from numerous international conventions the principle of non-retroactivity.

He adopted the most general definition of retroativity:

The retroactivity results from the anteriority of the coming into effect of the signature of the treaty, and from the anteriority of the date of the effects in regard to the entry into force. The date of entry into force and the date of signature may sometimes be the same.

He arrived at the following conclusions:

1 — It is extremely rare to find non-retroactivity expressly stipulated in the conventions;

2 — The number of retroactive treaties among the treaties examined is very small less than 10%.

This means that non-retroactivity is the rule and retroactivity the exception.

The reasons which seem to have led the States to stipulate the retroactivity are chiefly the interpretative or complementary character of the convention or the necessity of regulating a situation arisen before the treaty. It seems that the last one is the principal reason for retroactivity of treaties and which may be subdivided into the following:

1 — The States want to fill a legal gap — a situation of fact grown an applicable legal rule.

2 — The retroactivity is due to the desire to avoid the break of continuity in the application of legal rules.

3 — The retroactivity is stipulated by the contracting States in order to permit the harmonization of the time application of legal rules belonging to different legal orders, but which governs the same situation or are contained in separate conventions, notwithstanding the connected rule situations.

4 — Retroactivity is stipulated to regulate certain situations that without it would be against the law. One can still find the retroactivity adjusted for technical reasons or accidentally, when it results from the terms of the agreement without the will of the parties.

Since the retroactivity results frequently from an express clause or particular reason, the rule is the non-retroactivity of the treaties and conventions.

The retroactivity of interpretation.

According to ROUSSEAU an interpreted rule is not a new rule and can therefore be retroactive.

In the Chamizal Case between United States and Mexico, the commission refuted the Mexican thesis of non-retroactivity saying that the interpretative treaties or conventions are applied retroactively.

In the Sambiaggio Case “The Umpire concludes that the interpretation of the old treaty in article VIII of the Protocol has no retroactive effect and no reference to pending arbitrations”. This sentence does not contradict the principle of retroactive effect on interpretative conventions, since the protocol of 1903 in spite of its terms did not express an interpretative rule of the 1861 treaty but a new one.

The interpretation’s retroactivity is admitted by doctrine and by jurisprudence. The PCIJ, in the German Minority Schools in Upper Silesia Case, referring to the interpretation of articles 74 and 131 of the German-Polish Convention (May 15th, 1922) says:

“... in accordance with the rules of law, the interpretation given by the Court to the terms of the Convention has retrospective effect — in the sense that terms of the convention must be held to have always borne the meaning placed upon them by this interpretation. .”

Its is characteristic of the authentic interpretation — either judiciary or conventional — that its effects go back to the time when the rule interpreted appeared. This retroactivity is an exception that confirms the rule on non-retroactivity.

The cases of conventional retroactivity explainable by the principle of autonomy of the will are also exceptions to the rule of non-retroactivity.

The international judge or arbiter and the principle of non-retroactivity.

The international judge or arbiter tends to stay clear as far as possible, from questions of intertemporal law. This tendency is not peculiar to Public International Law, since it can be found also in municipal law.

The judge, faced with a problem of retroactivity, is liable to adopt three attitudes: 1 — to pass it over; 2 — not to commit himself over it; 3 — to reject the principle.

1 — In the Veloz-Mariana Case that opposed France and Spain in 1823 and in the Anglo-Brazilian Arbitration of 1904, to solve the problems of frontiers of British-Guyana, the arbiters applied retroactively a new customary rule. They attributed retroactive effect without posing the question of retroactivity.

There are other instances in which the international judge or arbiter delivered a dubious decision.

2 — In the case of liquidation of naval expenses in the war against Spain, the arbiter did not pronounce himself expressly on the question of retroactivity. He declared

simply that the treaty had been applicable since its signature, thus accepting the retroactive effect of the ratification, without saying, however, if the treaty was retroactive.

In the cases of Eastern Greenland and of *Minquiers et Ecréhos*, the parties mutually contested the sovereignty over a territory and invoked medieval titles. The Hague Court had to make an option between the application of the modern rules of International Law concerning the acquisition of territory (retroactive application of modern Law) and the application of the Law in force in the Middle Ages.

In the two sentences it is impossible to discover which of these two points were followed.

3 — In the *Alabama Case*, the Arbitration court applied the Washington rules to facts happened when such rules were not in vigour. The principle of non-retroactivity was rejected by virtue of an express clause.

In the *Mavrommatis Concessions Case*, the Court attributed retroactive effect to Protocol XII, since the retroactivity derived from its terms and purpose:

“Protocol XII was drawn up in order to fix the conditions governing the recognition and treatment by the contracting parties of certain concessions granted by the Ottoman authorities before of the conclusion of the protocol. An essential characteristic therefore of Protocol is that its effects extend to legal situations dating from a previous time to its own existence. If provisions were not made in the clauses of the Protocol for the protection of the recognized rights are against infringements before the coming into force of that instrument, the Protocol would be ineffective with regard to the very period in which the rights in question are most in need of protection. The Court therefore considers that the Protocol guarantees the

rights recognized in it against any violation regardless of the date on which it may have taken place”.

Attitude of the international Judge or Arbiter in face of the non-retroactivity of conventions.

In the *Sambiaggio* and *Chamizal* Cases, the arbiters affirmed the principle of non-retroactivity even before considering the cases of interpretative conventions and in both cases the international convention was assimilated to the national law with regard to the non-retroactivity.

In the *Ambatielos* Case, the Court rejected the reasoning of Greece that appealed to the theory of similar clauses:

“Accepter cette théorie serait conférer un effet rétroactif à l'article 29 du traité de 1926, alors que l'article 32 du même traité énonce que le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité, entrera en vigueur dès sa ratification. Cette conclusion pu être contredite s'il avait existé une clause ou une raison particulière appelant une interprétation rétroactif. Il n'existe pas dans le cas présent de telle clause ni de telle raison. Il est donc impossible d'admettre que l'une quelconque de ses dispositions doive être considéré comme ayant été en vigueur à une date antérieure”.

The Court admits that a treaty may be retroactive if it contains “une clause ou une raison particulière appelant une interprétation rétroactif”. If there is a particular clause it will express retroactivity. This exception to the principle of non-retroactivity is usually admitted; is explained easily by the principle of autonomy of will.

The international jurisprudence recognizes that a convention may have a retroactive effect when this is expressly provided for.

“Raison particulière appelant une interprétation rétroactif” is tacit retroactivity, that is, the retroactivity derives implicitly from the treaty.

There is still the case in which the treaty has retroactive effects because of its very nature: interpretative treaties.

The European Convention on Human Rights did not have articles establishing its incompetence “rationae temporis”, however “L’existence du chef d’irrécétabilité “rationae temporis” dérive cependant du principe de la non-retroactivité des traités et conventions, lequel se range parmi les principes de droit international généralement reconnus”.

The Commission bases its decision concerning the retroactivity on a principle foreign to the convention, but that imposes itself to it in the absence of an express clause to the contrary.

The non-retroactivity and the International Law Commission.

The principle of non-retroactivity was not arraigned in the International Law Commission. All the adopted and proposed texts contained such a principle with two exceptions: the express and the tacit retroactivity, inspired directly by jurisprudence and mainly by *Ambatielos Sentence*.

The fourth report of Sir FITZMAURICE, in section. 24 § 4.º, consecrated the principle of non-retroactivity:

“Unless a treaty specifically so provides, or a necessary implication to the that effect is to be drawn from its terms, it cannot give rise to retroactive rights or obligations, and there exists a presumption against retroactivity”.

But the rapporteur observed that: “There is some danger of confusion about the subject of the retroactivity of treaties. In a certain sense, a treaty, whatever it may say, can never be retroactive, because it can never come into

force previous to the date provided for according to its terms, or in default of clear terms on the subject, according to the principle already set out in part I of chapter I of the Code. But a treaty can of course perfectly well provide that, although it does not come into force until a certain date, it shall nevertheless, when it does come into force, be deemed to relate back in certain ways to events that have already occurred. Where a treaty has retroactive effects in this sense, the obligation to apply it, or any particular provision of it retroactively can nevertheless not exist before a certain date, namely the date of the coming into force of the treaty; but that fact does not prevent the obligation that has to be applied retroactively arising when this date is reached — on the contrary, it causes it to do so. It is clear that only express terms or an absolutely necessary inference can produce such a result. The presumption must always be against retroactivity”.

In 1964 was adopted art. 56 *which has been* art. 57 of WALDOCK’S third report, with small modifications:

Art. 57 — Application of treaty provisions “*rationae temporis*”

1 — Unless a treaty expressly or impliedly provides otherwise, its provisions apply to each party only with respect to facts or matters arising or subsisting while the treaty is in force with respect to that party.

2 — On the termination or suspension of the operation of a treaty, its provisions remain applicable for purposes of determining the rights and obligation of the parties with respect to facts or matters which arose or subsisted whilst it was in force.”

Art. 24 adopted in the project of 1966 retakes art. 56 adopted in 1964, without paragraph 2:

“Unless different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situa-

tion which ceased to exist before the date of entry into force of the treaty with respect to that party”.

The Vienna Conference adopted a text that was similar to the text proposed by the I.L.C. Art. 28 retakes the rough outline of art. 24 of 1966, with some modifications in its formulation:

“Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party”.

Several amendments were proposed, but none was accepted by the Commission. An amendment of Austria and Greece aimed at replacing the words “à moins qu’une intention différente ne ressorte pas du traité ou ne soit par ailleurs établie” by “à moins que le traité n’en dispose ainsi”. The intention was to exclude the possibility of tacit retroactivity, that is, the retroactivity derived from the nature or character of the treaty.

Despite the amendments, none of the States denied the principle of non-retroactivity. The proposed amendments draw the attention to the ambiguity of some words of the I.L.C. project and to the uncertainties in the meaning of the principle. The Convention text did not dispel all doubts. This is particularly true concerning the non-retroactivity of “Jus Cogens”.

The principle of non-retroactivity was consecrated in the 1969 text with reference to the very Convention by Art. 4, which had not figured in the 1966 project:

“Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States”.

“Jus Cogens” and non-retroactivity

The I.L.C. considers that the rules of “Jus Cogens” do not have retroactive effects; it is clearly so declared in the commentaries of art. 50 and 61 of the 1966 project. In Art. 50 that takes into consideration the case of a treaty that is void at the time of its conclusion due to its dispositions being in conflict with an already existent peremptory norm of general international law. Art 61 considers the case of a treaty valid at the time of its conclusion, that becomes void due to the advent of a new norm of “jus cogens”. This words “becomes void and terminates” show clearly that in the opinion of the Commission, the advent of a new norm of “jus cogens” may not have a retroactive effect on the validity of the treaty.

Nevertheless, in the case of art. 50 (Art. 71 — § 1.º of the Vienna Convention) that “the parties shall eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provisions which conflicts with the peremptory norm of general international law...” It is a case of temperate retroactivity.

Regarding to the hypothesis of the advent of a new rule of “Jus cogens” (Art. 61) art. 70 § 2.º says that “The termination of the treaty:

b — does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.”

The question of non-retroactivity of ratification to the time of signature.

(The North American Jurisprudence and Doctrine)

In the case of *Hylton’s Lessees v. Brown*, 1866, the Circuit Court delivered a decision that applied the rule of retroactivity. This was the first enunciation and application of a

doctrine that would be fostered more and more in the United States and would influence some European writers.

A plaintiff brought an action for ejection, claiming under a lease from Joseph Griswold, made in 1789. The defendant answered that the property in question has been regularly forfeited under an act of attainder in 1778 in accordance with Pennsylvania's Laws, and after some conveyances he had been the owner since 1780. The defendant pleaded also that any irregularity in the acts of attainder was healed by an act of Pennsylvania Legislature of January 31 st, 1783, which declared that "no misnomer or mistakes in name, addition or description, in the proclamations issued by the Executive requiring persons to surrender themselves on pain of being attainted of high treason should avail to enable heirs, to recover estates seized and sold as forfeited".

The plaintiff alleged the invalidity of this act, on the ground that it was in conflict with a treaty between United States and Great Britain for preliminary articles of peace signed on November 30 th, 1782, and which was to come into force when the treaty of peace had been concluded between Great Britain and France.

On January 20 th, 1783, the Franco-British articles of peace were signed and ratified on February 3rd of the same year. Did these articles come into force on January 20th or on February 3rd, so as to bring the British American treaty into force on either date? If the British-American treaty came into force on January 20th (signature), the act of 1783 was void because it was passed after it.

The resolutions of the Court were the following:

"It is contended (by the defendant) that this treaty can only be considered as made on the 3rd of February following, when it was ratified; and in support of this opinion, it is stated that, by its terms, it was suspended till ratification. No evidence of this has been given; and from the subsistence of these preliminary articles . . . there is no reason

to suppose that this was the case ... But even if this were the fact, as to this treaty; .. we do not think it would affect the case, because, when ratified, the treaty would relate back to the signing. The ratifications is nothing more than evidence of the authority under which the ministers acted ... I am constrained, then, to say, that the terms of peace were agreed on between Great Britain and France, on the 20th January, and consequently that the contingency, on which the treaty between Great Britain and the United States was to take effect, happened on, and was binding upon, the two nations, from that day, if no sooner”.

“Upon the whole, then, it is the opinion of the court, that the law of 31st of January, 1783, in posterior to the treaty of peace, which is the supreme law”.

The Court invoked the authority of GROTIUS, VATTEL and MARTENS in order to support the existence of the rule of retroactivity of ratification to the date of signature. Of the three, only MARTENS had expressed a definitive opinion on the matter:

“Of treaties in general. Anything that has been promised by the chief or his agent beyond the limits of the authority with which the State has entrusted him, is at most no more than a simple promise (“sponsio”) ... On the contrary, everything that has been stipulated by an agent in conformity with his full powers ought to become obligatory for the State from the moment of signing without waiting even for a ratification. However, not to expose the State to the errors of a single person, it is now become a general maxim that public convention do not become obligatory till ratified”.

It seems nevertheless, that the agency theory exerted a strong influence in formulating such a decision. To the generality of XVII century’s internationalists, the obligatory strength of a treaty consubstantiates itself at the moment of its signature by the plenipotentiaries. This resulted from

the application to the full powers of the privatist rules about the mandate.

In despite of its necessity, the formality of ratification add nothing to the validity of the treaty, that exists and obliges since its signature. It would be only a confirmation by reason of courtesy and regularity of the international relations.

In the case of the *United States v. Arredondo*, 1832, the Supreme Court of the United States added a limitation to the rule laid down in *Hylton's Lessee v. Brown*, it were to be deemed as operating retroactively as to the date of signature only in so far as the treaties deal with rights or obligations of the parties as States, but not as the affected private rights.

In the cases of the *United States v. Reynes and Davis v. Police* in 1850, the doctrine asserted in *Hylton's Lessee v. Brown* was approved by the Supreme Court of the United States. This Court reaffirmed the limited rule of retroactivity laid down in the *Arredondo Case*, in '*Haver v. Yaker*'.

The principle of retroactivity has been affirmed by American Courts in others cases.

This doctrine was stated by Moore as follows:

“A treaty is binding on the contracting parties unless otherwise provided, from the date of its signature, the exchange of ratifications having, in such case, a retroactive effect, confirming the treaty from that date”.

During the second part of the last century, Wheaton stated that “every treaty is binding on the contracting parties from the date of its signature, unless it contains an express stipulation to the contrary. The exchange of ratifications has retroactive effect, confirming the treaty from its date”.

The article 421 of the Bluntschli draft adopts the rule of retroactivity (it is the only code on treaties in doing that):

“Cette règle est l’expression d’un usage reçu par les nations. Elle se fonde sur le fait qu’au moment de la signature du traité, la position respective des états est définitivement regularisée; la ratification, qui survient quelques jours plus tard, a seulement pour but de lever le dernier obstacle à l’exécution immédiate du traité. La ratification doit donc être considérée comme ayant eu lieu, de la volonté des parties, à l’instant de la signature du protocole définitif”.

Among the authors of the last century and beginning of the present that support the doctrine of retroactivity, are: CALVO, MÉRIGNHAC, TWISS, WOOLSEY, WHARTON, TAYLOR, HERSHEY, HYDE, and GRANDALL.

Less than a century ago, due to the generic acceptance, MARTENS said the doctrine of retroactivity was “universally recognized and accepted as an axiom by all authors who have written on international law”.

Reaction to the American doctrine.

GEFFCKEN considered the principle of retroactivity as unacceptable, unless there was a contrary clause in the treaty. Louter declared that the retroactivity doctrine held by the older authors was “the logical result of an erroneous conception which regards ratification as a suspensive condition of the obligatory character of a treaty rather than an essential element”. Other authors that adopt the same view: FAUCHILLE, HOIJER, DESPAGNET, PIÉDELÈVRE, TELSIK, STRUPP, BŁOCISZEWSKI, LIZT, GIDEL and MORELLET.

The protocol of the Congress of Berlin of July 1878, said that: “Le Congrès considère que ce sont les ratifications et non seulement la signature qui donnent aux traités valeur définitive”.

Article 8 of the Havana Convention on Treaties of 1928 declares that “treaties shall become effective from the date of exchange or deposit of ratification, unless some

other date has been agreed upon through an express provision". The following authors accept this doctrine: OPPENHEIM, BRIERLY, MCNAIR, BASDEVANT, DUPUIS, ANZILOTTI, CAVAGLIERI, FIORE and GEMMA.

The Jurisprudence of the United States was contradicted by other countries.

The English High Court of Justice rejected the argument that the ratification of the Treaty of Versailles -- January 10th, 1920 -- operated retroactively back to the date of signature -- June 28th, 1919.

In the case of *Cominelli v. CAPELLI*, the Italian Court of Cassation decided that the full international effects of the Treaty of St. Germain had begun on the date of the exchange of ratifications and not from the date of signature.

The Supreme Court of Poland in *Schrager v. Workmen's Accident Insurance Institute for Moravia Silesia* and in *Gospodarstwa Krajowego v. Czyzewics*, alleging considerations of equity or good faith adopted the rule of retroactivity. But these decisions do not seem to approve retroactivity as a general principle.

Normally the decision on international arbitration courts have not accepted the rule of retroactivity. Nevertheless in the *Chilean-Peruvian Accounts -- 1875 --*, the arbiter declared the treaty operative from the signature, but he did not make any reference to an international practice in this sense.

The umpire in the *Sambiaggio Case (1902)* considered that treaties should not be interpreted to operate retroactively unless the same treaty so provided.

Considerable discussion about the principle of retroactivity was made in the *Iloilo Claims*, before the *British-American Claims Tribunal*. Great Britain made claims against the United States concerning a property destroyed at Iloilo, by the Filipinos in February, 1899. Britain accused the United States of being responsible for the maintenance

of order in Iloilo as from the date of signature of the treaty of Paris (December 10th, 1898), in which Spain surrendered the Philippine Islands to the United States. The ratifications of this treaty were exchanged on April 11th, 1899, after the disturbances contemplated by the claims.

The United States answered that the destruction of property had happened at a time when Iloilo was still Spanish territory, because the sovereignty over the archipelago passed to the United States on April 11th, 1899, date of the exchange of ratifications.

The tribunal laid that “de jure” there was no sovereignty over the island until the treaty was ratified, thus accepting that the treaty was effective on the date of the exchange of ratifications and not on the date of signature.

The PCIJ did not make direct pronouncements on the question of retroactivity of treaties.

The Harvard Convention which aimed at “setting forth what is deemed to be the existing law of the treaties” in its article 11, codified the winning doctrine:

“Unless otherwise provided in the treaty itself, a treaty which comes into force subsequently to the time of signature shall not be deemed to have effect as from the time of signature”.

This article is a total rejection of the rule of retroactivity. The treaties, however, may operate retroactively if they so expressly provide.

MC NAIR stated that “the rule of retroactivity can no longer be accepted”.

The Vienna Convention seems to consider only the non-retroactivity of provisions of the treaty back even to a time antedating the conclusion of the treaty. Combining nevertheless, syllogistically some articles of the Convention, we will see that it implicitly consigned also the non-retroactivity of ratification to the date of signature.

According to article 28, the provisions of the treaty become binding at the date of its coming into force. Number 2 of article 24 declares that the treaty comes into force when there is consent of the States that have participated in the negotiations. The consent is expressed by the ratification, when it is foreseen in the treaty, in the negotiations or in the full power (article 14) or by signature only if it is so provided by the negotiations or by the full powers (article 12). Hence the dispositions of treaty become binding by the ratification or by signature (when the ratification is not required).

We may now replace the final part of art. 28 “the date of the entry into force of the treaty with respect to that party” by “the date of ratification or signature (when the ratification is not required)” and we will note clearly the prohibition of the retroactivity of ratification to the date of signature.

Bibliography.

1. BRIGGS, H. W., “*Reflections on Non-Retroactivity of Treaties*” in *Revista Española de Derecho Internacional*, 1968, p. 320.
2. *Draft Convention on the Law of Treaties* (Text with comments) in *American Journal of International Law*, vol. 29, Supplement, p. 657.
3. HOLLOWAY, K., *Modern Trends in Treaty Law* Stevens Oceana, London, 1967.
4. JONES, J. M., *The Retroactive Effect of the Ratification of Treaties* in *American Journal of International Law*, vol. 29, 1935 p. 51.
5. MC NAIR, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
6. QUADRI, R., *Diritto Internazionale Pubblico*, Priulla Editore, 4.^a Ed. Palermo.
7. TAVERNIER, P., *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Pinchon et Durand-Auzias, Paris, 1970.

Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no de “*Indis Recenter Inventis, Relectio Prior*”.

Oris de Oliveira

Introdução.

Fenômeno global, o subdesenvolvimento tem implicações as mais diversas, inclusive nos setores da cultura jurídica. Neste e em outros campos cria-se um círculo vicioso, que se revela na falta de mercado consumidor, na falta de demanda e de oferta de obras de primeira mão, fazendo com que se tenha uma cultura de mediação.

Sofremos no Brasil a carência de edições críticas fundamentais do pensamento humano. Faltam-nos até traduções fiéis que nos coloquem em contato direto com os “clássicos” em todos os ramos do saber.

Vejamos um caso concreto. Não há estudioso, nem mesmo estudante, que desconheça ter sido FRANCISCO DE VITÓRIA um marco importante na evolução do Direito Internacional Público, graças, sobretudo, à obra *De Indis recenter inventis, relectio prior*.

Quantos estudiosos no Brasil tiveram possibilidade de ler esse livro? Pouquíssimos, certamente, mas continuar-se-á ouvir e repetir através de anos a mesma afirmação.

Tentando romper com as cadeias deste círculo, pretendemos, através de modesta colaboração, oferecer, dentro em

*. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969.

pouco, uma tradução desta obra do Mestre de Salamanca. O trabalho que ora apresentamos é apenas esbôço de parte da introdução geral.

1. Itinerário ideológico da Obra.

I. *Questão de consciência: atualidade do problema.* II. *O impasse dos juriconsultos.* III. *Reformulação da concepção jurídica do problema: a. no plano filosófico-jurídico: jusnaturalismo. b. no plano do Direito Positivo: "Jus inter Gentes".*

I. *Questão de consciência: — atualidade do problema.*

Ao voltar de Paris, onde estudara e lecionara, para sua terra natal, FRANCISCO DE VITÓRIA, primeiramente em Valladolid (1523-26) e mais tarde em Salamanca (1526) depa-rou a consciência cristã espanhola em crise face a um problema objeto de acirradas, ou melhor, acirradíssimas controvérsias.

LEWIS HANCKE focaliza bem o problema nestes termos: — "Que direitos políticos e econômicos decorriam para a Espanha de sua nova Soberania? Os índios eram dotados de razão, e quais seus direitos? Como instruí-los na nova religião? Em que casos podem ser coagidos a trabalhar para os Espanhois? Podia-se declarar guerra justa contra êles?"¹

Anos antes (1510) el Rei escrevera ao Prior dos Dominicanos de Salamanca pedindo que seus súditos moderassem suas paixões sôbre uma questão "nefasta e escandalosa", que recolhessem os sermões feitos, que ninguém imprimisse nada a respeito sem ordem real.

De um lado os missionários defendendo ferrenhamente os índios contra os diversos abusos, usando, todavia, um fraco aparelhamento técnico científico, ou melhor, "juri-

1. LEWIS HANCKE, *Colonisation et conscience chrétienne au XVI siècle* (p. IV).

dico teológico” Era o pregador utilizando a oratória, tentando descrever com quadros negros a crueldade do conquistador, tentando difundir uma imagem do índio sem civilização, mas bom e inofensivo, tentando, enfim, obter dos soberanos ou dos papas pronunciamentos favoráveis, quando mais não fosse sobre a condição de homens dos bárbaros.

Foi incontestavelmente uma vitória quando a *Sublimis Deus* de PAULO III (1537) declarou verdade de fé que os índios eram verdadeiros homens, capazes de salvação e de receber os sacramentos.

Do outro lado o conquistador, escondendo a cobiça pelo ouro, alegando trabalhar para a glória da Espanha e conseqüentemente para a glória da Igreja, aqui na América utilizando a força, no continente contando, não com a eloqüência sentimental, mas com a forte cobertura ideológica dos “jurisconsultos” teocráticos.

FRANCISCO DE VITÓRIA percebeu então que seu silêncio poderia ser comprometedor, a problemática tornou-se para êle “uma questão de consciência”.

Pressionado, certamente, por irmãos de hábitos, missionários que voltavam à Salamanca, VITÓRIA se viu na obrigação de submeter a matéria a aprofundado exame.

II. *O impasse dos jurisconsultos.*

Seguindo uma velha tradição, que ainda hoje se perpetua, o teólogo VITÓRIA parecia não nutrir muita simpatia pelos jurisconsultos.

É a mesma ironia hodierna dos filósofos juristas contra os práticos do direito e destes contra aquêles, que vivem no mundo da lua.....

Mais de uma vez o Mestre de Salamanca fêz questão de colocar os canonistas no devido lugar.

Embora reconhecesse serem os jurisconsultos os únicos a tratar da matéria, o assunto não era de sua alçada.

Com certa benignidade, que a ninguém engana, concedia que também pudessem estudar o assunto.²

Em certa passagem não deixa de fazer forte crítica a seu irmão de hábito Antonino de Florença, porque êste costumava seguir demais as pegadas dos canonistas³

Seria, todavia, diminuir a importância do assunto pensar que a hostilidade de VITÓRIA pelos jurisconsultos fôsse uma questão puramente pessoal.

Na verdade percebera com clarividência que os canonistas tinham levado a problemática para um impasse.

Os juristas de então, primeiramente porque profundamente marcados pelo teocratismo e principalmente porque cientistas de um direito positivo, não submetiam o assunto a uma “crítica radical”.

Alexandre VI outorgando-se direitos teocráticos não dividira o mundo entre espanhóis e portugueses?

Êstes textos de bulas deviam ser aceitos, comentados na esfera da jurisprudência.

Sua “legalidade” era indiscutível. Resultado: a solução, que se impunha dentro desta perspectiva, era o enquadramento dos povos recém-descobertos dentro de um esquema de cristandade medieval teocrática.

Mandatários dos Sumos Pontífices, os espanhóis podiam ocupar as terras “papais” do novo continente, podiam tratar seus possuidores como “infiéis”, tê-los como prisioneiros de guerra, podiam, conseqüentemente, e isto é que interessava, submetê-los à escravidão, pô-los a serviço da procura do ouro.

2. “Secundo dico, quod haec determinatio non spectat ad jurisconsultos vel saltem non ad solos illos. Quia cum illi barbari, ut statim dicam, non essent subjecti jure humano, res illorum non sunt examinandae per leges humanas, sed divinas, quarum juristae *non sunt satis* periti ut per se possint hujusmodo quaestiones definire nec satis scio an unquam ad disputationem hujus quaestionis vocati fuerint theologi tunc veni digni, qui audiri de tanta re possint”. *De Indis, relectio prior*, p. 649.

3. DE INDIS, p. 684.

Nesta hora nada mais perigoso do que a preguiça intelectual ou a deformação de visualização científica res-trita porque uma ou ambas podem se julgar defensoras de verdades tradicionais e imutáveis.

Não tinham os juristas capacidade para perceber que o pensamento cristão encontrava-se diante de situação completamente nova.

Sem levar em conta essas considerações um leitor me-nos avisado pode não entender porque FRANCISCO DE VITÓRIA dedica longa parte de sua obra na refutação dos títulos ile-gitimos de dominio dos espanhois sobre os índios e suas terras.

Uma a uma são analisadas as justificativas ideológicas da conquista e refutadas dentro do mais estrito rigor esco-lástico.

Vejamos rapidamente as soluções apontadas pelos de-fensores dos conquistadores —

1.º) O imperador é senhor de todo o orbe e consequen-temente também dos índios.

2.º) Sendo o Papa senhor de todo o orbe, conferiu aos reis de Espanha dominio sôbre os bárbaros e suas terras. Nesta afirmação estava condensada tôda teocracia medie-val, bem definida por VITÓRIA nos seguintes têrmos: — “Potestas imperatoris et omnium aliorum principes est sub-delegata repectu Papae et quod est derivata a Deo mediante Papa, et quod tota illorum potestas dependet a Papa”.⁴

4. DE INDIS, p. 676.

(“Dicunt auctores hujus sententiae: primo quod papa libere potuit constituere principes barbarorum reges Hispaniae, tanquam supremus dominus temporalis. Secundo dicunt quod, hoc non posset, saltem si barbari nolunt recognecere dominium temporale Papa in eos, hac ratione potest eis inferre bellum et imponere principes. *Utrumque autem factum est*, nam Summus Pontifex concessit illas provincias regibus Hispaniae, secundo etiam barbaris propositum fuit et significatum quod Papa est vicarius Dei et habet vices ejus in terris, et ideo quod recognacant eum superiorem, quod si illi recusaverint, am iusto titulo est eis bellum inferendum et occupatae provinciae illorum, etc” (Ibi-dem, p. 677 e 678).

3.º) Direito de descobrimento: — o que fôr deserto é de quem ocupa primeiro.

4.º) Relutância dos índios em aceitar a fé cristã.

5.º) Os pecados dos índios contra a natureza.

6.º) Eleição voluntária. Os índios escolheram os espanhóis como seus senhores e reis.

7.º) Por especial dom de Deus. Os bárbaros pelos seus pecados mereceram uma condenação divina: — ser entregues aos espanhóis (sic), que passariam a exercer, à moda judaica, a função de “povo de Deus”.

Se exceptuarmos os 3.º e 6.º títulos acima apontados, percebe-se que tóda a fundamentação ideológica se fazia dentro de uma perspectiva de teocratismo papal: — fundamentação bíblica, pecado, infidelidade, providencialismo divino em favor dos espanhóis.

Homem profundamente conhecedor da escolástica, VITÓRIA tinha condições de enfrentar seus opositores no próprio campo de combate. Refutou, pois, todos os títulos ilegítimos, utilizando-se das mesmas armas dos opositores.

Dizer que o Imperador é “Dominus” de tóda a terra, e consequentemente dos índios, é opinião destituída de qualquer fundamento: — “haec opinio est sine aliquo fundamento”. Em seu favor não pode invocar nenhum direito divino, natural ou humano. Mesmo que Cristo fosse senhor de todo o Universo (o que VITÓRIA coloca em dúvida) nem por isso o Imperador poderia invocar êste domínio em seu favor, por tratar-se de suposição gratuita, sem base nas escrituras e na história.

Mais difícil foi refutar o segundo título porque nele se fazia sentir o pêso da tradição teocrática papal: — “secudus titulus qui praetenditur et quidem *vehementer* asseritur”⁵.

Primeiramente, com certo desdém, VITÓRIA minimiza a força da argumentação por tratar-se de opinião de juris-

5. DE INDIS, p. 676.

consultos (ib), com cujas afirmações não devemos nos preocupar⁶.

Em proposições categóricas, fortemente ilustradas com citações bíblicas e com “auctoritates” escolásticas, o Mestre de Salamanca assim encadeia seu pensamento: —

Primeiro: — O Papa não é senhor civil ou temporal de todo o orbe, falando-se, evidentemente, no sentido próprio de domínio ou poder civil.

Segundo: — Mesmo que o Papa tivesse o poder secular não o poderia transmitir aos príncipes seculares.

Terceiro: — O Papa tem poder temporal na medida exata em que ordenada ao espiritual, isto é, o quanto exato para a administração das coisas espirituais.

Quarto: — O Papa não tem nenhum poder sôbre êstes bárbaros, nem tampouco sôbre outros infiéis.

Conseqüentemente (sequitur corolarium): — mesmo que os índios não queiram reconhecer qualquer domínio do Papa, este não pode infringir-lhes guerra ou apossar-se de seus bens.⁷

Foi fácil para VITÓRIA refutar o título do domínio dos espanhóis no descobrimento, simplesmente porque não era verdade que ninguém ocupasse os territórios dos índios. Êstes poderiam ter uma estruturação societária diferente da dos ibéricos mas a tinham.

Fôsse o raciocínio válido também os índios poderiam ter descoberto os espanhóis na Península Ibérica e desalojá-los de sua pátria...

6. “Nec auctoritas canonistarum in contrarium multum debet movere, quia (ut supra dictum est) haec tratanda sunt jure divino et plures et maiores in contrarium tenent, inter quos etiam est Ioannes Andreas, nec habent pro se aliquem textum, nec etiam gravis auctoritas archiepiscopi Florentini hoc loco recipienda est, secutus est enim Augustinum Anthonitanum, sicut solet sequi canonistas”.

7. DE INDIS, p. 678-682.

Quanto à obrigação de os bárbaros receberem a fé cristã, havia, segundo VITÓRIA, todo um sofisma na argumentação.

Embora na sua opinião fôsem os índios sujeitos aos critérios gerais de aceitação da fé, quando proposta com milagres, e com o bom exemplo, senão a recebessem, aos espanhóis não cabia o direito de perseguir pela guerra e espoliar bens.

Os conquistadores outorgavam-se, também, a função de punidores dos índios por causa de seus pecados contra o direito natural. Contra tal prerrogativa a conclusão do Mestre é taxativa: — os príncipes cristãos mesmo com autorização do Papa, não podem obrigar os bárbaros a afastar-se dos pecados contra a natureza, nem puni-los por estes pecados.

Embora VITÓRIA evidentemente não admitisse a relatividade cultural do juízo moral sôbre certos pecados contra a natureza, faz notar, todavia, que às vêzes, é mais fácil provar verdades religiosas reveladas do que convencer que certos atos são contra lei natural.⁸

Não foi difícil desmascarar a falta de fundamento dos títulos sexto e sétimo ilegítimos.

Só um ingênuo poderia crer que os índios escolheram livremente, sem medo e sem coação, os conquistadores como seus senhores e reis. E, ainda mais: o povo não pode sem causa razoável escolher novos senhores em detrimento dos antigos; os príncipes, por seu lado, não podiam aceitar a sujeição dos espanhóis *sem assentimento do povo*.⁹

Dizer que os bárbaros mereceram a condenação de Deus a tal ponto de serem entregues nas mãos dos espanhóis para estes exercerem a função de povo de Deus, é “profecia” sem fundamento.

8. “Profecto maiores probationes habemus ad probandum legem Christi esse a Deo et esse veram quam ad probandum quod fornicatio est mala, vel quaerenda alia etiam lege prohibita”. De Indis, p. 701.

9. Ibidem, p. 702.

Perdoe-nos o leitor a enumeração dos títulos ilegítimos e a refutação. Reconhecemos que poucas cousa se colhe aqui sôbre direito internacional público. Talvez mereça especial menção a afirmação final de VITÓRIA: — “hispani, cum primum navigaverunt terras barbarorum nullun *jus secun* afferebant occupandi provincias illorum”¹⁰, afirmação cuja densidade poderemos apreciar mais adiante.

Queríamos nós que o leitor sentisse a colocação do problema antes da abordagem por VITÓRIA e o impasse em que se encontravam as soluções propostas.

Um leitor menos avisado, que desconhecesse as implicações concretas, poderia pensar tratar-se de disputas entre doutos, poderia mesmo perguntar onde se encontrava o impasse.

Êste consistia no fato da ideologia dos juriconsultos teocráticos, dos Sepulvedas, justificar, não digo todas, e cada uma das crueldades e arbitrariedade cometidas pelos conquistadores, mas justificar globalmente o modo de se comportarem os espanhóis: — desapropriação dos bens dos índios, submissão à escravidão, guerras, crueldades, tudo isso encoberto pela nobre missão de delegados do papa, transportando, enfim, para o continente americano toda uma ética medieval de comportamento do cristão em relação ao infiel, ao muçulmano e ao hereje.

Veio, portanto, em boa hora a pressão dos missionários sôbre FRANCISCO DE VITÓRIA, obrigando a engajar-se na disputa porque a evangelização dos bárbaros estava irremediavelmente comprometida.

III. *Reformulação jurídica de VITÓRIA.*

VITÓRIA era um teólogo que não morria de amores pelos juriconsultos e canonistas, nós já o sabemos. Percebendo que havia necessidade de colocar a problemática em outras perspectivas, elevou-a a um plano filosófico (no seu modo de conceituar, teológico).

10. *Ibidem*, p. 684.

Não é todavia pelo gosto do paradoxo que afirmamos que nem por isso deixou de julgar a questão também sob prisma *jurídico*.

Desde o início da obra a afirmação é categórica e explícita: — “Circa quos (barbaros) praesens disputatio habet tres partes: — In prima tractabitur quo *jure* venerint barbari in detionem hispaniorum”¹¹.

Apenas esta primeira parte foi objeto das relectiones prior et posterior.

Creemos nós, que a contribuição de VITÓRIA consistiu em colocar a problemática nas perspectivas de *filosofia jurídica* e de direito internacional público.

Uma observação preliminar, todavia é importante: a obra não é dividida materialmente de modo a se distinguir a parte em que o problema é focalizado no âmbito da filosofia jurídica ou do Jus Inter Gentes. Êstes aspectos se descobrem nos meandros de seus pensamento.

a. *Perspectiva — Jus-filosófica.*

Seria fora de propósito estendermo-nos aqui sôbre a filosofia jurídica do *De Indis*. A matéria foi objeto do trabalho final para aprovação no Curso de Pós-Graduação da Cadeira de Filosofia e Sociologia Jurídicas e que será publicado em breve na Revista da Faculdade de Direito.

Seja-nos, todavia, permitido resumir em poucas linhas alguns dados fundamentais que se concatenam com o assunto dêste trabalho.

Deixando de lado o enquadramento escolástico e consciência do autor de estar fazendo teologia, em que se revelou a perspectiva filosófica do *De Indis*?

Primeiro submetendo a matéria a uma *crítica* radical: houve então uma reversão de perspectiva, submetendo a juízo filosófico a *justiça* global da conquista. Tudo o que era certeza foi submetido a novo exame.

11. *De Indies*, p. 642.

Discordamos neste particular completamente de T. URDANOZ quando escreve: — “VITÓRIA, pues, no parece abrigar dudas, en este su punto de partida, sobre la justicia global de la conquista y ocupacion de las Indias sobre los fundamentos teóricos que se daban...”.

(T. URDANOZ, *opus citatum*, *Introduction a la Releccion primera*, p. 516).

Parece haver uma confusão na mente de UDANOZ entre a situação de fato e as justificativas ideológicas. A ocupação das Índias era uma situação irreversível, de que o Mestre de Salamanca tinha plena consciência inclusive de que as elocubrações filosóficas não a iam alterar.¹²

Pôs, todavia, o problema em termos amplos, podendo em rigor concluir pela *negativa* de uma justificação. Situada a problemática em plano superior, apelando para os mesmos princípios, de um lado justificou, não o poder de os espanhóis dominarem os índios mas de conviverem (título societatis et communicationis) com êstes, de outro, o direito de os bárbaros não serem despojados de sua soberania.

Houve, conseqüentemente, um *juízo* global e crítico-filosófico.

Sua filosofia jurídica evidenciou-se sobretudo dando, no modo de ver, a razão última do Jus Inter Gentes, fundamentando-o no *jusnaturalismo*.

URDANOZ, conhecedor do pensamento vitoriano e de seu enquadramento na escolástica, resume bem: — “Para sua demonstração VITÓRIA estabelece o fundamento último do direito: — consiste êsse na dignidade da pessoa humana como ser racional. O homem constitue-se em pessoa moral e sujeito capaz de direitos e deveres por sua racionalidade, porque é pelo uso de sua faculdade racional e conseqüente liberdade, que tem domínio de seus atos, pode escolher livremente seus destinos e usar as cousas e seres inferiores para seus próprios fins e em seu benefício. A faculdade ra-

12. Cf. DE INDIS, p. 725-726.

cional é, pois, a raiz fundamental formal que outorga ao homem ser capaz de domínio e de direitos”¹³

Donde a preocupação constante de VITÓRIA de vincular o jus Gentium ao direito natural, donde sua intransigência em não permitir que razões, *supostamente* de ordem da fé, viessem infirmar o direito natural dos índios: — “fides non tollit nec jus naturale nec humanum”¹⁴

b. *Plano do Direito Positivo: — Jus inter Gentes.*

I) *Considerações metodológicas.* II) *Caracteres do Jus Gentium.* 1. *Jus inter Gentes, internacional.* 2. *Sujeitos dêste direito.* 3. *Direito positivo.* 4. *Legítima defesa dêste direito: guerra.* III) *Elementos positivos dêste direito.* 1. *Igualdade jurídica dos povos.*

1. *Direito de convivência e de intercomunicação.* 2. *Livre utilização do mar, portos e rios.* 3. *Direito de cidadania e de trabalho para o estrangeiro.* 4. *Direito de defesa dos inocentes.* 5. *Direito de integração dentro da soberania.* 6. *Direito de colonização.*

I. *Considerações metodológicas.*

O desmembramento de um ramo de ciência comporta uma longa gestação, não poucas vêzes, à final, com um doloroso parto. O historiador das ciências humanas sabe disso e só estranharia se houvesse o aparecimento inesperado de uma ciência sem um longo período de amadurecimento.

Êste fenômeno vamos encontrar na ciência do direito internacional público.

Embora iniciador deste ramo autônomo do saber não esperemos de VITÓRIA mais do que êle poderia nos dar. Não esperemos dele considerações *epistemológicas* sobre a matéria. O que vamos deparar é o paradoxal. O Mestre de Salamanca pensava estar exercendo uma *teologia*, e não tinha consciência de estar criando uma ciência autônoma.

13. *Op. citatum*, p. 521.

14. DE INDIS, p. 656.

Nós é que não temos o direito de confundir a consci-
ência do autor sôbre sua obra com a *real objetivação da*
matéria. Assim como Mr. Jourdain fazia prosa sem sabê-lo,
há os que penetram nos campos das diversas ciências igno-
rando, chegando, às vêzes ao paradoxo de negar-lhe o objeto
específico.

FRANCISCO DE VITÓRIA falava tanto do Jus Gentium em
suas diversas obras que poderia nos ter legado uma cujo
objeto fosse justamente este tema, assim como escrevera
obras *de Potestate Civili, De Potestate Ecclesiae*, etc.

Infelizmente, todavia, isto não aconteceu. O *De Indis*
é apenas uma monografia circunscrita dentro da proble-
mática das relações entre índios e espanhóis. Conseqüen-
temente os elementos de direito internacional público que
nela poderemos encontrar estão delimitados à temática da
obra. Para sintetizar somos obrigados a colher aqui e acolá
elementos concordantes mas esparsos, enquadrados em
contextos diversos, e até mesmo em outras obras.

II. *Caracteres do Jus Gentium.*

Longa é a história do Jus Gentium. Seria completa-
mente fora do propósito lembrar, ainda que sucintamente,
a evolução por que passou. Autores há que o fizeram per-
feita e exaustivamente. (cf. bibliografia). Há, todavia, una-
nimidade entre os historiadores em afirmar que a partir
de VITÓRIA o Jus Gentium passou por uma transformação
em sua conceituação.

Poucos nos interessa o juízo que se faça do fenômeno,
considerando um “desvio” de uma rota certa (como pensa
URDANOZ) ou uma transformação para melhor.

Para compreender em um contexto mais amplo o pen-
samento do Mestre de Salamanca a respeito sentimo-nos
na obrigação de sintetizar em algumas linhas elementos
esparsos de sua cosmovisão ideológica. Mundividência ideo-
lógica, não nos esqueçamos, cujas fontes “históricas” eram
a Bíblia e as tradições patrística e escolástica.

VITÓRIA não considera o homem apenas como ser isolado. Ele se integra em vários agrupamentos sociais, todos regulados por normas jurídicas. Dentro da sociedade familiar há uma relação de direito entre marido e mulher, esta, diga-se de passagem subordinada àquele, entre pais e filhos.

Seguindo as pegadas de velha tradição VITÓRIA crê ter havido um comunismo primitivo que fazia de todos os homens um só grupo social em que se adotava o uso comum dos bens¹⁵.

Contingências históricas, todavia, obrigaram os homens a se dividirem em grupos de nações para ocupar tôda a terra. Por ordem de Noé (sic), ou mais provàvelmente “ex consensu mutuo gentium” diversos grupos familiares ocuparam províncias diversas, criando também “ex consensu communi”, príncipes que os governassem. Assim começaram a existir diversas repúblicas “perfeitas”¹⁶ no mundo, que se perpetuaram até nós¹⁷.

A gênese, portanto, das nações ou principados está vinculada ao “consenso comum dos povos”,¹⁸ expressão esta que significa na linguagem vitoriana ser a própria origem dos povos fruto do Direito das Gentes.

A partir de então essas comunidades passam a ter vida autônoma, ou melhor, em têrmos nossos, a ter soberania, com direitos próprios e inalienáveis porque, segundo VITÓRIA, decorrentes do direito natural. Os povos podem integrar-se em comunidades maiores. Não há dúvida, por exemplo, que VITÓRIA achava normal a existência de uma cristandade como comunidade de povos soberanos cristãos.

15. *De Indis*, p. 706.

16. “Est (ergo) perfecta respublica aut communitas, quae est per se totum, id est, quae non est alterius reipublicae pars, sed quae habet proprias leges, proprium consilium et proprios magistratus” (*De Indis, relectio posterior*, p. 822).

17. *De Indis*, p. 672.

18. *De Indis, relectio posterior*, p. 822.

Êstes deveriam subordinar seus interêsses particulares ao da cristandade, evitando, por exemplo, rupturas internas que pudessem beneficiar o inimigo comum¹⁸. Até em guerras entre si êstes povos cristãos poderiam estabelecer normas mais benignas de comportamento como por exemplo no tratamento dos prisioneiros.

VITÓRIA vai, porém, mais adiante e seu raciocínio entra na esfera do direito internacional público.

Apesar das diversificações em povos soberanos a humanidade no seu *conjunto* não deixa de ser uma “respublica”, composta não só de homens isoladamente considerados, mas de *povos distintos*.

Esta “respublica” faz as leis justas e equânimes que convém a todos os povos. Estas leis constituem o “Jus Gentium”.

“Habet enim *totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in jure gentium. (Ex quo patet quod moraliter peccant violantes jura gentium sive pace sive in bello. In rebus tamen gravioribus, ut est de in columitate legatorum) neque licet uni regno neque teneri jure gentium: est enim latum totius orbis auctotitate*”²⁰

URDANOZ, com rara felicidade, notou a inovação de VITÓRIA sôbre o “Jus gentium”: — “O Mestre começa esta exposição com uma inovação genial enunciando a definição de direito internacional como distinto da esfera do direito privado, introduzindo uma simples mudança de palavra na fórmula que o jurista romano definia o jus gentium: — “quod naturalis ratio inter omnes homines constiuit vocatur jus gentium”. Sentença que VITÓRIA adapta mediante a substituição de “homines” por “gentes” para significar o direito internacional público: — “quo naturalis ratio inter gentes constiuit”²¹.

17. *De Indis*, p. 840.

20. *De Potestate Civili*, p. 191.

21. T. URDANOZ, *op. cit.*, p. 568.

Trata-se, pois, no sentido restrito da palavra, de um direito inter-nacional.

Em resumo, o Jus Gentium passa a ser conceituado como conjunto de leis equânimes que regulam convenientemente a relação entre os diversos povos, não sendo permitido a um povo individualmente furtar-se ao seu cumprimento.

2. Sujeito do Jus Gentium.

Não há dúvida que para VITÓRIA os povos, na medida em que se constituem como comunidades independentes, perfeitas e soberanas, são as pessoas do jus inter gentes.

Nas suas relações os povos devem obedecer a êste direito, cuja violação pode dar origem à legítima defesa pela guerra.

Não será difícil demonstrar que é êste exatamente o pensamento de VITÓRIA no *De Indis* em duas partes fundamentais da obra: — na primeira quando justifica o direito de domínio dos índios sôbre as terras que possuíam e na segunda quando examina os títulos que legitimam a convivência dos espanhóis na América.

O domínio, o direito de propriedade das terras, que é defendido, não é só o de cada um dos indígenas mas do povo como *nação soberana*.

Quanto ao direito de convivência o Mestre deixou ainda mais claro tratar-se não só de direito dos indivíduos mas do povo espanhol.

3. Caráter positivo do Jus gentium.

Há um texto do *De Potestate Civili* (1528) que condensa, com rara felicidade, tudo o que há de esparso no *De Indis* sôbre o caráter positivo do Jus Gentium.

“Jus gentium non solun habet vim ex pacto et condicto inter homines, sed etiam habet vim legis. Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, protestatem fe-

rendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in jure gentium”²².

Essa fôrça de lei (*vis legis*) é o poder coercitivo sem o qual haveria apenas recomendação de ordem moral.

A formação escolástica e a filiação doutrinária a TOMÁS DE AQUINO não permitiriam ao Mestre de Salamanca deixar de abordar o seguinte problema: — quem é o legislador dêsse direito inter gentes?

Em têrmos escolásticos: — qual a causa eficiente das normas positivas dêsse direito?

O texto *De Potestate Civili* acima citado atribue esta função a todo o orbe, na medida em que é uma república. VITÓRIA nem de longe pensa em alguma entidade internacional, como a temos hoje. Dizer, pois, que todo o orbe é uma república, que tem o poder de legislar, e que êste poder se concretizar no direito das gentes, é muito vago.

Há um segundo texto, que distingue dois modos de elaboração das leis: — o primeiro é o da “conscientização” progressiva, o segundo pelo “consensus maioris partis totius orbis”.

O processo de conscientização leva os povos a aceitarem como obrigação certos modos de comportamentos por exigência da natureza humana. Na medida em que forem considerados como naturais, os povos não podem recusar certas obrigações em seu mútuo relacionamento sem negar a si mesmos como homens: — “multa videntur procedere ex jure gentium, quod quia derivantur sufficienter ex jure naturali, manifestam vim habet ad dandum jus et obligandum”²³.

Também o “consenso da maioria dos povos” é legiferante, mesmo que haja discordância de uma minoria: — “Et dato quod non semper derivetur ex jure naturali, satis videtur esse consensus maioris partis totius orbis, maxime pro bono communi omnium. Si enim post prima tempora

22. *De Potestate Civili*, p. 191.

23. *De Indis*, p. 710.

creati orbis, aut reparati post deluvium, maior pars hominum constituerit, ut legati ubique essent inviolabiles, ut mare esse commune, ut bello capti essent servi, et hoc ita expedit ut hospites non exigerentur, certe hoc haberet vim etiam aliis repugnantibus”²⁴

Em uma passagem, cujo contexto infelizmente não pudemos examinar, VITÓRIA aponta como Jus Gentium positivo, não só o que é fruto do consentimento da maioria, mas os tratados particulares entre dois povos²⁵.

À guisa de conclusão observamos: — embora VITÓRIA fale freqüentemente em “consentimento da maioria dos povos” ou da “auctoritas totius orbis” como elementos constitutivos eficientes do Jus Gentium, nada ha que indique como isto concretamente se faz.

Sem querer e ter a preocupação de enquadrar o Mestre de Salamanca dentro de esquemas científicos de um ramo do saber que se estruturou reflexamente, ou melhor, epistemologicamente, mais tarde, diríamos que o costume seria a fonte material do Jus Gentium.

4. Jus Gentium, defensável pela guerra.

Que devem as repúblicas perfeitas fazer quando vêm, em seu prejuízo, violado os preceitos do Jus Gentium?

24. *Ibidem.* p. 710. Note-se “mare esse commune”.

25. “Loquendo de illis quae sunt juris gentium *legitimo modo* facta id et de jure humano scripto, non est dubium quinfacere contra illud sit peccatum, quia leges, ut multo ties diximus, obligant in conscientia. Sed. dubium est an sit peccatum violare jus gentium quod nondum non est canticum apud aliquos, id est dubium est loquendo de jure gentium non scripto, vel etiam de scripto quod non obligat omnes homines de mundo.. Duplex est jus positivum... Quoddam est jus positivum ex privato pacto et consensu, et quoddam ex pacto publico. Ita de jure dicimus, quoddam factum est ex consensu gentium et nationum”. Et isto modo legati admissi sunt de jure gentium” (*Commentarios In Ila Ilae*, qu57, a.3, n. 3) (Apud T. ÚRDANOZ, *op. citatum*, p. 585).

Os povos podem individualmente nestes casos recorrer a guerra. No caso concreto das relações entre índios e espanhóis a questão chegou a preocupar de tal maneira ao Mestre de Salamanca que se viu na obrigação de dedicar uma “disputatio” sôbre o assunto.²⁶

A leitura atenta da “relictio posterior” nos dá, todavia, a impressão de que VITÓRIA estava mais a procura de uma oportunidade para falar da guerra em geral dentro da perspectiva teológica de então. Deixou ao leitor que fizesse a aplicação ao caso concreto da conquista.

Assim como o indivíduo pode usar a fôrça quando não tem condições para ver-se defendido pela sociedade, também os povos soberanos podem se utilizar da guerra como *legítima defesa*.

No caso concreto dos índios e dos espanhóis, uns e outros podem defender seus direitos de povos soberanos. Os bárbaros defendendo seu direito de propriedade das terras que possuíam, os espanhóis o de conviverem com os índios nas Américas.

Uma guerra justa de ambos os lados?

Sim, porque de um lado o povo espanhol defendia as prerrogativas que lhe dava o Direito das Gentes, e de outro os bárbaros julgando a guerra ter como fim destituí-los do legítimo domínio das terras que ocupavam.²⁷

III. *Elementos positivos do Jus Gentium.*

Fazemos questão de relembrar aqui o caráter monográfico do *De Indis* que delimitou por demais o pensamento de VITÓRIA. Ao enumerarmos, portanto, os elementos

26. “Quia possessio et occupatio provinciarum illarum barbarorum, quos indos vocant, videntur maxime jure belli posse defendi, ideo, postquam in priore relection e de titulis disputavi quos hispani possunt praetendere ad illas provincias, sive justis sive injustis, visum est de jure belli brevem disputationem habere, ut relectio superior absolutior videatur” (*De Indis, relectio posterior*, p. 814).

27. *De Indis*, p. 712.

positivos do Jus Gentium não espere o leitor uma concatenação lógica rígida entre eles..

1. *Igualdade de direitos dos povos.*

É incontestavelmente o elemento fundamental de toda a contribuição de Vitória ao Direito Internacional Público.

Embora não formulada de modo explícito a igualdade é pressuposto tão evidente que sem ela ruiria por terra toda a argumentação da obra, e sem ela o trabalho perderia toda sua oportunidade histórica: — defesa do índio contra a prepotência do espanhol.

Desde que os agrupamentos sociais atinjam o estágio de “*respublica perfecta*”, com leis, magistrados, cultos religiosos, etc., o que se consegue pelo consenso comum dos povos ou pelo Jus Gentium, colocam-se em pé de igualdade jurídica com as outras repúblicas.

Nenhuma suposta superioridade vinculada ao poder, à força, à religião (ainda que considerada como única verdadeira) e à cultura pode infirmar a igualdade de direitos dos povos.

2. *Direito de sociedade ou de convivência e de inter-comunicação.*

Este direito se concretiza: — a) na faculdade de os homens viverem onde quizerem e em todo lugar devem ter ao menos, o mesmo tratamento que se dispensa ao hóspede e ao peregrino.

b) A terra é de todos os homens e a divisão em grupos sociais autônomos e soberanos não foi feita, e não pode ter sido feita, com a intenção de suprimir a inter-comunicação.

c) Concretiza-se também no direito do livre comércio. Para tanto é necessário que a exportação e importação, que a troca de mercadorias se faça com *reciprocidade*, não prevalecendo portanto o interesse do mais forte. A liberdade de comércio é tão grande, que segundo VITÓRIA, os principes não podem impedir seus súditos de exercê-los. A

única limitação que se impõe é o detrimento que possa sofrer.

3. *Livre utilização do Mar, dos Portos e dos Rios.*

A afirmação de VITÓRIA é lacônica demais para que dela tiremos conclusões mais amplas: — “*Jure naturali communia sunt omnium et aqua profuns et mare: item flumina et portus, atque naves jure gentium undecumque licet applicare*”²⁸.

4. *Direito de cidadania e de oportunidade de trabalho para o estrangeiro.*

Embora reconheçamos que neste particular VITÓRIA não tenha fixado bem os limites dos direitos, que chamamos de internacionais público e privado, o Mestre exige dos *Estados* respeito por vários direitos dos estrangeiros: — o direito de residir, de trabalhar, de cidadania, de não ser expulso sem causa justa.

5. *Direito de defesa dos inocentes.*

Independentemente de qualquer motivação religiosa um povo pode intervir para libertar os inocentes da morte.²⁸

6. *Integração dentro da soberania de outro povo.*

Independentemente de qualquer razão de ordem religiosa, qualquer povo, através de uma *aceitação da maioria*, pode abdicar sua soberania e submeter-se a uma outra. A única condição é que isto se faça *livremente*.

7. *Direito de Colonização.*

A simples inferioridade cultural³⁰ não parece razão suficiente para intervir na vida de um povo, tendo como consequência a perda da soberania.

28. De Indis, p. 707.

29. De Indis, p. 720.

30. De Indis, p. 723.

Conclusão.

Estas são, algumas considerações sôbre a contribuição de FRANCISCO DE VITÓRIA à ciência do Direito Internacional Público no *De Indis, relectio prior*.

Duas preocupações nos orientaram na confecção deste trabalho: — rigor exegético na interpretação e completa despreocupação do enquadramento do pensamento vitoriano em uma problemática que lhe foi posterior.

Por não estar habituado, ou melhor, por não receber uma formação que o ensine a “ler” com rigor exegético as obras “clássicas” dos diversos ramos do saber, o leitor brasileiro não aprecia os trabalhos marcados por êste rigor.

Entre a leitura de uma obra em que se mostre a gênese lenta e dolorosa de um ramo do saber e outra que seja um “manual” de definições, esta é certamente a preferida.

Quantas e quantas bibliotecas públicas e privadas existem por êsse Brasil afora, em que só se encontram manuais (tenham ou não êste nome), e nem sequer uma obra dos “clássicos” dêste ou daquele ramo.

Consequência: — o estudioso não chega a *estruturar* seu pensamento, não tem condições para situar-se com espírito *crítico* face a avalanche de escolas e correntes que se sucedem. Pessoas com êsse espírito se embasacam facilmente diante de livros com citações de autores diversos quando se tratam de obras de um ecletismo sem espinha dorsal.

Tudo isso é certamente fruto de subdesenvolvimento cultural, cria círculo vicioso, mas algo é indispensável que se faça para superação.

Neste artigo há completa despreocupação de enquadramento do pensamento de VITÓRIA não só em relação a qualquer problema epistemológico do direito internacional público como ciência, como também quanto às virtuosidades latentes em relação a problema do século XX.

Quanta coisa se poderia escrever sobre a igualdade jurídica dos povos em nossos dias?

Não há de nossa parte nenhuma objeção que isto se possa ou se deva fazer, e se não o fizermos foi por delimitação de objetivo a alcançar, condicionada sobretudo pelo fator tempo.

Na introdução geral que faremos à tradução do *De Indis* pretendemos preencher ao menos quatro das várias lacunas dêste trabalho que ora apresentamos: — situar o pensamento vitoriano em relação ao passado, de que sofreu inúmeras influências, situá-lo em relação a seus contemporâneos, diagnosticar a influência que exerceu sobre o desenvolvimento do direito internacional público, mostrar as virtuosidades em relação a alguns problemas atuais concernentes à Sociedade dos Povos e seu direito.

Fontes e Bibliografia.

A. FONTES.

FRANCISCO DE VITÓRIA.

1. *De Indis Recenter Inventis, relectio prior.*
2. *De Indis, sive de jure belli hispaniorum in barbaros, relectio posterior.*
3. *De potestate civili.*
4. *De Potestate Ecclesiae prior.*
5. *De potestate ecclesiastica relectio secunda.*

Tôdas estas obras no texto crítico editado por T. URDANOZ: — *Obras de Francisco de Vitoria, relecciones teologicas.* Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLX.

B. BIBLIOGRAFIA.

1. BERTRAN DE HEREDIA, *Ideas del Maestro Fr. Francisco de Vitoria anteriores a las Relecciones "De Indis"*, acerca de la colonizacion de América, segun documentos inéditos; Anuario de la Asoc. F. de Vitoria, Madrid, 1931.

2. LEWIS HANKE, *Colonisation et Conscience chrétienne au XVIe siècle.* Traduit de l'américain par Fr. Durif. Librairie Plon, 1957.

3. LEWIS HANKE, *Cuerpo de documentos del siglo XVI sobre los derechos de España en las Indias y Filipinas*, México, 1943.
4. SANTIAGO RAMIREZ, *El derecho de gentes*, Madrid, 1955.
5. RECASENS Y SICHES (Luiz), *Las teorías políticas de F. de Vitoria*, Anuario Asoc. F. de Citoria, 2 (1930).
6. RECASENS Y SICHES (L), *La filosofía del Derecho de F. de Vitoria con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patristica y la escolastica*, Madrid, 1927.
7. T. URDANOZ, *Estudios éticos jurídicos en torno a Vitoria*. Salamanca, 1947.
8. URDANOZ T., *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*. Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general y introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLX.
9. URDANOZ T. VITORIA y el concepto de Derecho natural. Edición Separata. Salamanca, 1947.
10. HOFFNER JOSEPH, *La ética española del Siglo de Oro. Cristianismo y dignidad humana*. Tradução espanhola F. A. Caballero, Madrid, 1957.
11. A TRUYOL SERRA, *Los principios de derecho público en Francisco de Vitoria*. Madrid, 1954.
12. A TRUYOL SERRA, *Doctrina vitoriana del orden internacional*. *Ciência Tomista*, 72 (1947), p. 123-138.
13. A TRUYOL SERRA, *Prémises philosophiques et historiques du "totus orbis" de Vitoria*. Anuario Ass. Francisco de Vitoria, 7 (1946-47), p. 179-201.
14. V. CARRO, *La teología y los teólogos juristas ante la conquista de América*.
15. M. LASALA LLAMAS, *Conceptos fundamentales del Derecho de gentes, según la doctrina del P. Vitoria*. Anuario de Ass. F. de Vitoria, I (1927-28), p. 269-305.
16. J. BROWN-SCOTT, *The Spanish origin of International Law. F. de Vitoria and his Law of Nations*. Oxford-Londres, 1934.

PARECER.

Direito de Autor.

Antônio Chaves

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

Reprodução proibida. Plágio. Em que consiste. Contrafação. Como se caracteriza. O encontro de dois ilícitos: um caso raro de plágio-contrafação.*

Consulta.

A.P.A. publicou, pelo Instituto Brasileiro de Administração de Empresas, um volume de 130 páginas e que deu o título: *20 lições de Direito Fiscal*.

Folheando-o displicentemente, teve um sobressalto o Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA ao deparar que logo a definição de Direito Tributário não passa de mera transcrição, sem aspas, sem indicação, sem a mais leve alusão da que se encontra à pág. 26 de seu *Direito Financeiro*, 2.^a ed., José Bushatsky.

Com a atenção mais espiçada, encontrou numa só página, a de n. 17, três cópias: da *epígrafe Autonomia e Posição do Direito Tributário* (p. 27 da sua obra citada), da *definição* que dá do Direito Financeiro, a p. 28, e da *conceituação* de ser o direito financeiro ramo autônomo de direito, com frases inteiras tiradas da p. 29, sempre sem qualquer referência ao seu trabalho.

* Por sentença de 19-8-1971, do MM. Juiz Titular da 22.^a Vara Cível da Capital, no Processo n.º 166/71, foi determinada, realizada e não contestada a "BUSCA E APREENSÃO" do indigitado livro *20 lições de Direito Fiscal* de A.P.A., objeto do presente parecer.

E verificou que, daí por diante, cada vez mais desembaraçado, A.P.A. copia “ipsis litteris” extensos trechos da sua mencionada obra, às p. 18, 19, 22, 23, 24, 26, 30, 33, 34, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118.

Além da cópia, são tais e tantos os plágios, que da pág. 7 à 118, descontados os espaços em branco, com os textos copiados correspondem a mais de 50% do livro “de” A.P.A.

Honra-me, em seguida à exposição, com consulta que consubstancia em dois quesitos:

1.º) Trata-se de “plágio”, “cópia” e ou contrafação?

2.º) Em caso positivo, cabe busca e apreensão, indenização e ou ação penal?

PARECER.

Parte I.

Caracterização do ilícito.

A contrafação, o plágio, a cópia ilegal, a transcrição, indébita, violando tanto o direito moral como o direito pecuniário de autor, estão tão claramente caracterizados, que uma ação judicial a ser eventualmente proposta dispensa até mesmo a perícia.

Quando o simples cotejo entre tão grande número de páginas e as correspondentes à obra do brilhante Catedrático de Direito Financeiro da Faculdade do Largo de São Francisco não fosse suficiente, para demonstrá-lo sob o ponto de vista material, o próprio A.P.A. se encarrega de facilitar sobremodo a tarefa do julgador.

Assim, RUY BARBOSA NOGUEIRA ilustra, a p. 246, sua explanação com um caso que patrocinou em seu largo tirocínio forense, nos idos de 1947, dizendo, a certa altura:

...ainda antes da reforma tributária discutimos perante o Judiciário questão semelhante, na qual o próprio contribuinte tinha reconhecido administrativamente, etc. etc.”

Pois o que é que faz A.P.A.?

Singelamente, sem aspear, sem mencionar e sem invocar incluí essa página, inteirinha, entre as de ns. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, *integralmente copiadas*, com a nota intercalada a p. 117 de que na elaboração do capítulo havia sido *consultada* a obra de RUY BARBOSA NOGUEIRA!

Nem sequer percebeu que por essa forma inculca-se como advogado de uma causa que não podia ter patrocinado, a menos que o tivesse feito com catorze anos de idade, pois nasceu em 5-5-1933, sã vindo a formar-se aos 3-3-1958!

A doutrina reserva palavras pouco amenas para semelhante comportamento.

“A propriedade literária”, — diz por exemplo PHILIP WITENBERG, *The Protection and Marketing of Literary Property*, Messner, Nova Iorque, 1937, p. 65, — “como todos os bens, mercadorias e gêneros, atraem o gatuno. É tão suscetível de roubo como qualquer outra forma de propriedade: até mesmo, freqüentemente, mais ainda, devido à sua natureza intrínseca. Pode ser furtada por qualquer pessoa por uma imensa variedade de razões, inclusive vaidade, mas costumeiramente é somente onde motivos de aproveitamento se manifestam, que são tomadas providências no sentido da proteção.”

O raciocínio prevalece inteiramente entre nós, em que o direito de autor é garantido como direito exclusivo de reprodução não apenas pela Constituição Federal, como também pelo Código Civil, sob a rubrica justamente *Da Propriedade Literária, Científica e Artística*.

ZARA ALGARDI, que escreveu mais de 800 páginas a respeito de *Il Plagio Letterario e il Carattere Creativo dell'Opera*, Giuffrè, Milão, 1966, consagra um inteiro capítulo ao *Valore delle Normativa di Correttezza*, p. 149-187.

Depois de uma ampla referência à concorrência desleal, à má fé, ao dolo, à fraude, ao erro, à culpa em suas variadas significações, focalizando as obras intelectuais demonstra a ilicitude do comportamento do plagiário quando toma subrepticamente atitude de legítimo exercício do poder de autor:

“O procedimento levado a efeito pelo plagiário, que publique como própria obra alheia, é procedimento anormal no qual a regra de correção é violada seja frente ao autor como frente aos destinatários da obra e do cessionário do exercício do poder de publicação: semelhante violação assurge a dolo e interessa tanto à norma penal como à norma civil; através o dolo negocial o plagiário obtém o consentimento do editor à publicação da obra, representando uma falsa legitimação, concretizando a má fé num ato de representação cientemente contrário à realidade no que diz respeito aos pressupostos, com conseqüente vício do próprio ato.”

Contrafação.

O ato cometido por A.P.A. é não apenas um ilícito civil, mas um verdadeiro crime, como tal catalogado pelo Código Penal de 1940, que, todavia, num excesso de síntese, engloba todas as figuras delituosas contra a propriedade intelectual, com exclusão da usurpação de nome ou pseudônimo alheio (art. 185), no art. 184, caput: *violação de direito autoral*, cominando detenção de três meses a um ano, ou a ridícula multa de um cruzeiro novo a cinco cruzeiros novos.

O novo Código Penal, decreto-lei 1004, de 21-10-1969, que ainda não entrou em vigor, limita-se a atualizar as multas.

Nossa legislação anterior, apresentando o inconveniente de ser prolixa, tinha pelo menos o mérito de procurar estabelecer algumas distinções fundamentais.

Assim, dispunha o art. 19 da Lei n. 496, de 1-8-1898, reproduzido no art. 342 § 1.º da Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, que

“Todo atentado doloso ou fraudulento contra os direitos de autor constitue crime de contrafação ...”

Mais completo o conceito que dá o Código francês, art. 425: “Toda edição de escritos, de composição musical, de desenho, de pintura ou de qualquer outra reprodução impressa ou gravada, por inteiro ou em parte, em desrespeito às leis e regulamentos relativos à propriedade dos autores, é uma contrafação, e toda contrafação é um crime.”

Fazia ver EUGÈNE POUILLET, *Traité Theorique et Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Représentation*, Librairie Générale, Paris, 3.ª, ed. 1908, p. 491 que a figura delituosa representa, portanto, antes de mais nada, a violação das leis que protegem o direito exclusivo dos autores. Segue-se que pouco importa que a obra seja reproduzida sob seu nome, uma vez que isto ocorra sem a autorização. Aquele que faz a reprodução ofereceria em vão pagar-lhe uma retribuição; nem por isto deixaria de ser contrafator, desde que não possa justificar a permissão do autor.

ALFREDO ARIENZO, no verbete “Contraffazione” in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, vol. IV, 1959, p. 461-462 ensina que o termo *contrafação*, na linguagem comum, é usado para indicar, genericamente, uma falsificação, seja como imitação fraudulenta, seja como alteração ou adulteração.

Menciona que, de acordo com uma doutrina considerada ultrapassada, os caracteres do plágio-contrafação são

constituídos por uma quantidade notável da parte copiada ou imitada, pelo ânimo fraudulento do contrafator e, particularmente, pelo prejuízo patrimonial que daí decorre para o exercício do direito de autor.

Conclui assinalando que, na conformidade de uma mais recente e mais autorizada orientação, para acertar a existência de uma contrafação é suficiente examinar se entre as duas obras existe uma identidade que possa ser reconhecida de representação, isto é, se as duas obras constituam duas representações diferentes e originais, ou se, ao invés, seja uma representação substancialmente única.

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*, Boccard, Paris, 1919, p. 48, a concorrência de três elementos, a respeito dos quais discorre extensamente:

- 1.^a que tenha sido feita sem autorização;
- 2.^a que a obra reproduzida não tenha ainda caído no domínio da livre reprodução;
- 3.^a que constitua uma edição.

Os três elementos aparecem tão claramente reunidos na hipótese, que dispensam qualquer ulterior consideração.

Com a mesma clareza lapidar fixa esse mesmo autor as três condições pelas quais revela a reprodução seu caráter ilícito:

- a) uma obra ainda protegida;
 - b) a falta de autorização;
 - c) a publicação (p. 106 e segs.),
- também perfeitamente caracterizados no caso da consulta.

A lição adapta-se como uma luva ao princípio firmado no art. 669, caput, do Código Civil:

“Art. 669 — Quem publicar obra indébita, ou reproduzir obra em via de publicação ou já publicada, pertencente a outrem, sem outorga ou aquiescência deste, além de perder, em benefício

do autor, ou proprietário, os exemplares da reprodução fraudulenta, que se apreenderem, pagar-lhe-á o valor de toda a edição, menos esses exemplares, ao preço por que estiverem à venda os genuínos ou em que forem avaliados”.

Nem se diga que o fato de A.P.A. ter mencionado, de maneira capciosa, o nome do verdadeiro autor, o isente de pena e culpa.

Ainda que o tivesse proclamado desde a primeira página, com toda lealdade e sinceridade, estaria cometendo contrafação, à falta do elemento imprescindível da autorização do autor.

Demonstra-o irretorquivelmente, com uma simples interrogação, o citado EUGÈNE POUILLET n. 465:

“Que penserait-on d'un voleur qui crierait bien haut le nom de son volé et qui demanderait son absolution à raison de sa franchise?”

Plágio.

Complementa ANDRÉ ALLART, *Traité Theorique et Pratique de la Contrefaçon*, Rousseau, Paris, 1908, p. 279 que a contrafação não reside portanto somente no fato de apresentar como sua a obra alheia: consiste ainda no fato de reproduzi-la sem a vontade do autor, seja ou não mediante a indicação do seu nome.

O plágio é algo mais, e algo menos do que a contrafação.

É uma figura tão antiga, quão esconsa e esquiva a definições.

Tanto assim que a única lei que se aventurou a uma conceituação é a do Peru, n. 13.714, de 1-9-1961:

“Art. 124 — También infringe la Ley quien comete el delito de plagio, que consiste en difun-

dir como propria, en todo o en parte, una obra ajena, sea textualmente ciertas alteraciones.

Tratandose de obras científicas, no se considera plagio la reproducción, aun literal, de exposiciones sistemáticas y desarrollos contenidos en obras análogas ajenas; pero a condición de citar la obra utilizada y su autor”.

Mas os tratadistas, mesmo antigos, conseguiram fazê-la sair da sua toca, para analisá-la em toda sua deplorável nudez.

Assim, J. LABAURIE, ao estabelecer a distinção entre plágio e contrafação, acentua, a p. 146, que, antes de mais nada, esta noção preexiste àquela.

A contrafação implica no reconhecimento e no condicionamento legal do direito de autor, “é uma violação definida deste direito, uma ofensa regulamentada ao monopólio de aproveitamento organizado pela lei”, ao passo que o plágio não resulta da lei: é anterior a ela, decorre da própria obra.

Qualifica-a como a conseqüência mais deplorável (fachêuse), mas não a menos direta da própria invenção artística, e, chegando ao ponto:

“O plágio é, ao mesmo tempo, algo mais e algo menos do que a contrafação. Porque algo mais? Porque o plagiário dá como seu, aquilo que, na realidade, não provém dele. Retira a outrem o mérito de sua criação. O contrafator, ao contrário (fazendo-se abstração da hipótese em que ele é ao mesmo tempo um plagiário, porque pode-se ser ao mesmo tempo uma e outra coisa), limita-se a reproduzir a obra alheia, ele não a assina. Ele não frustra o autor senão de um benefício pecuniário.

Porque algo menos? Porque o plágio é, de alguma maneira e do ponto de vista legal, uma

contrafação à qual falta um dos seus elementos constitutivos.”

E prossegue demonstrando que empréstimos, mesmo considerados excessivos, desde que tenham sido autorizados pelo autor da obra da qual foram retirados, não puderam constituir uma contrafação: serão um plágio.

É por sua extensão todavia, que mais frequentemente o plágio se distingue da contrafação; é de proporções menores:

“Le plagiaire pique, de ci de là, une idée, un mot, un trait. A vrai dire, son oeuvre n'est pas véritablement la reproduction totale ou partielle d'une autre. Il emprunte plutôt qu'il ne reproduit. Que cette proposition cesse d'être exacte et le plagiat deviendra contrefaçon”.

Nem a lei, nem a doutrina, nem a jurisprudência conseguiram separar rigorosamente o domínio do plágio e o da contrafação, pois a lei que reprime a contrafação não previu o plágio.

E prossegue, por outras 52 páginas, realçando a gravidade da lacuna, que poderia ser preenchida com materiais retirados na noção do direito moral, para concluir que

“O plágio é um roubo literario. Deve ser punido pela lei, e de maneira severa. . É o direito que tem o autor de se opor a que outro estenda a mão, já não sobre os proventos pecuniários que ele possa obter de sua produção, mas sobre esta mesma produção. Que toda lesão a esta prerrogativa acarrete uma pena análoga à da contrafação. E o legislador terá, ao mesmo tempo, armado os autores e os artistas contra os plagiários”.

A doutrina italiana também tem-se debruçado com particular carinho no estudo da matéria.

EDUARDO PIOLA CASELLI, ALFREDO ARIENZO e FRANCO BILE, no verbete *Diritti d'Autore* que escreveram para o mesmo *Novissimo Digesto*, v. V, p. 700, não são menos incisivos:

“Escritores e tribunais de todos os países reconhecem que existem utilizações que, no fundo, não constituem senão contrafações mascaradas ou plágios e que é necessário reprimi-las pelos menos nos casos juridicamente e praticamente mais graves, porque com elas elude-se o exercício dos direitos exclusivos, esteriliza-se substancialmente a fonte dos proveitos do autor e acrescenta-se, à ofensa patrimonial, uma ofensa até mais grave aos interesses pessoais do autor da obra”.

Mas existirá um critério que permita afirmar, com segurança, a existência de plágio?

Basta examinar, esclarecem esses autores, se entre as duas obras existe uma recognoscível *identidade de representação*, isto é, se as duas obras constituem duas diferentes representações individuais, embora de conteúdo único, ou se, ao invés, não sejam senão uma representação substancialmente única.

“Cada qual pode utilizar nos próprios trabalhos, assim o conteúdo das obras alheias, como os elementos fracionários das mesmas obras, como os fatos, os conceitos, os sentimentos, o sujeito, o sistema, o método, o estilo, a forma literária, a maneira artística, o vocabulário linguístico, etc.

Mas não é lícito, ao invés, levar a utilização 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 pré-existente, deve-se concluir que a obra nova é contrafação da antiga”.

ZARA ALGARDI também disserta extensamente a respeito do tema, fazendo ver que, com a contrafação, o plágio caracteriza os ilícitos mais graves que possam ofender a obra e o seu autor.

Estabelece distinção entre ambas as figuras, demonstrando que a contrafação constitui um ilícito penal, o plágio um ilícito civil: somente quando se torna plágio-comtrafação sobrevém a sanção penal.

“O contrafator se apropria do resultado exterior do trabalho alheio, na sua concretização material, e utiliza-a no próprio interesse, violando o direito exclusivo patrimonial do autor.

O plagiário faz passar como própria a obra alheia (reproduzida ou elaborada). Existe contrafação somente dentro dos limites da reserva exclusiva, mas existe plágio independentemente destes limites”.

Considera que tanto a expressão “apropriação” da obra, ou dos seus elementos criativos, mediante o transporte para o próprio domínio daquilo que pertence ao domínio alheio, como a “usurpação da paternidade”, usadas pela doutrina e adotadas pela jurisprudência italianas, sejam em parte exatas, embora nenhuma das duas expresse de maneira completa a noção do plágio:

“...il concetto di “usurpazione” esprime in senso soggettivo la posizione del plagiario di fronte all'autore, al quale egli si sostituisce; mentre il concetto di “appropriazione” esprime in senso oggettivo il fato del trasferimento di un'opera nel dominio altrui, o, se non dell'opera nella sua in-

tegrità, il trasferimento della sua vita creativa nella disponibilità altrui”.

Prossegue demonstrando que “O plágio, considerado objetivamente, consiste na simulação de uma criação inexistente: a criação é, na realidade, uma só, aquela da obra originária, mas o plagiário, através a reprodução da obra ou da sua elaboração, ou através uma elaboração que ele mesmo executa com o seu trabalho — acrescentando ou não uma criatividade pessoal — apresenta ao público a obra como se fosse uma obra completamente nova.”

Adita que, do ponto de vista subjetivo, o plágio consiste não tanto na negação da relação entre o autor e a sua obra, como na falsa afirmação de uma relação de gênese criativa entre o plagiário e a obra.

Define então o plágio como a “simulação da originalidade da criação intelectual em obra decorrente total ou parcialmente — através o conhecimento e mediante a reprodução ou a elaboração ... — da obra, ou de elemento criativo da obra objeto de proteção de outro autor”.

O plágio-contrafação.

Mas A.P.A. não se contenta em ser contrafator, não se limita a ser um mero plagiário.

Quer mais. Sua ânsia de infrator leva-o a aspirar ao título máximo. Não se satisfaz por menos do que ser ao mesmo tempo plagiário e contrafator.

À figura, acenada por J. LABAURIE, dà ZARA ALGARDI o devido relevo. Depois de consignar, a p. 199, que por “contrafação” entende-se seja a reprodução, seja qualquer outra utilização abusiva que tenha por objeto a obra, ou uma sua parte, como bem patrimonial; entendendo-se por plágio aquela usurpação que, incidindo no liame entre o autor e a sua obra, viola a paternidade intelectual, acrescenta:

“Está claro que o plágio que acompanha a contrafação agrava-se e a qualifica, aditando à lesão de um bem patrimonial a lesão de um bem moral; e é evidente que a contrafação unida ao plágio dá à lesão moral uma consistência material, econômica, a qual, ao mesmo tempo, agrava as conseqüências de lesão moral, e cria novas graves conseqüências de caráter econômico”.

Nem se diga que, por se tratar de uma obra didática, científica, ou pseudo-didática ou pseudo-científica, deveria o tratamento ser menos rigoroso do que com relação às obras literárias ou artísticas.

Reconhece o mesmo autor, p. 633, que para os trabalhos científicos, didáticos, de ensaio, que não têm um conteúdo original, a criatividade objeto de proteção reside antes na forma do que na substância, na expressão e não no argumento, que pode ser livremente utilizado.

Mas acrescenta logo que a simples recognoscibilidade da obra, antes que a identidade da representação, constitua critério válido para a identificação do plágio: mais precisamente, a recognoscibilidade de uma determinada, mesmo se disfarçada, “criatividade”.

A sanção.

Pondera, a p. 641 que se a obra reproduzida ou elaborada vem a ser usurpada quanto à sua paternidade, o ilícito constitui um plágio-contrafação, que deve ser reprimido penalmente (p. 653) como lesão não somente da relação autor-obra, mas também da exclusividade do direito de autor sob o aspecto da reserva patrimonial.

Certa ou erradamente conceitua o Código Civil, já o vimos, o direito de autor como propriedade.

Quem o infringir estará, pois, cometendo roubo, furto, extorsão, violação, apropriação indébita, não merecendo

maior benevolência do que o ladrão, o arrombador, o estelionatário, o usurpador, que, ao menos, colocam em risco a própria vida, ou a sua liberdade, enquanto que o plagiário e o contrafator contam antecipadamente com uma injustificada benevolência por parte de seus julgadores.

“La necesidad de la sanccción penal” — encarecem CAROS MOUCHET e SIGFRIDO A. RADAELI, escritores que mais têm se distinguido no trato desse aspecto do problema, *Los Derechos del Escritor y del Artista*, Cultura Hispanica, Madrid, 1953, p. 226 — “aparece quando el hecho ilícito, además de afectar los intereses de cada persona o de un grupo social, representa un daño y un peligro público más vasto, pues son insuficientes las sanccciones resultantes del ejercicio de la accion civil (ejecución forzada, resarcimiento, restitución de la cosa, nulidad del acto, etc.)”.

E não se lhes pode desconhecer razão quando acrescentam que a violação desses direitos ocasiona conseqüências mais graves do que o mero prejuízo causado a um particular em seu patrimônio: em primeiro lugar, porque o direito intelectual contém um elemento pessoal que não existe no direito de propriedade comum, uma vez que a violação se traduz também numa ofensa à personalidade do autor; em segundo, porque, certas ofensas ao direito intelectual afetam aos interesses gerais da cultura; finalmente, porque algumas destas infrações acarretam uma lesão ao decoro e à dignidade de um país.

Já em 1908, logo na primeira página de seu clássico *Traité* lançava-se ANDRÉ ALLART contra o fato de que, na prática, o crime que é a contrafação tende a diminuir em importância diante do delito civil.

“Existe menor preocupação em obter a aplicação de uma punição do que um abono de perdas e danos. Mas o que é certo é que a contrafação e as outras violações da propriedade das obras do espírito são, antes de mais nada, fatos delituosos no terreno repressivo ...

Sem dúvida para nossos espíritos habituados mais ou menos conscientemente à idéia de uma propriedade que diz

respeito a objetos materiais, a repressão no âmbito penal das lesões a este direito tão diferente que a lei reconhece aos inventores e aos autores pode parecer excessiva. Ninguém protesta quando se coloca um ladrão atrás das grades: muitos seriam tentados fazê-lo, vendo condenar penalmente um contrafator”.

E passa a demonstrar que violar a propriedade das obras de espírito é atingir não somente a propriedade, mas também a personalidade do autor:

“É tomar-lhe o que frequentemente é a obra da sua vida inteira, sua própria história, com todo o seu séquito de lembranças, de dissabores e de esperanças. O autor está todo inteiro em sua obra e é a razão por que violar uma é violar o outro. Interesse moral, interesse material, eis aí o que representa para seu autor a obra do espírito.

Ousará alguém dizer que se possa deles fazer abstração numa legislação que protege o homem em seus bens, como em suas pessoas? Será este o momento de vir a falar do interesse nacional? E por outro lado beneficiar-se-á este em que uma impunidade escandalosa cubra e encoraje semelhante atos de depredação cometidos contra os inventores e os autores? Não existe ao contrário um interesse primordial em que a lealdade reine por toda parte? O comércio como as artes, a indústria como o nível intelectual do país, não se ressentem da boa fé que nele domina? O que lhes ocorrerá se o inventor vê sua descoberta colocada à mercê da pilhagem, se o autor vê sua obra vilipendiada e desonrada por reproduções grosseiras que, além de seus interesses materiais, lesam aquilo que lhe é mais caro ainda, sua reputação e sua glória? Não se chegará a desencorajar uns

e outros, para o maior prejuízo do interesse público?

Aí estão, parece-nos, razões suficientes para justificar para a contrafação a repressão penal, porque ela é a mais enérgica de todas as sanções”.

“Après le délit, la sanction”, diz expressivamente J. LABAURIE.

Esta, pelo nosso direito, desdobra-se em sanção penal e sanção civil.

Quanto ao primeiro aspecto, já vimos que pelo art. 184 do Código Penal a detenção irá de três meses a um ano, ou multa de um a cinco cruzeiros novos.

Na mesma cominação adita o § único, incorre quem vende ou expõe à venda, adquire, oculta ou tem em depósito para a venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação de direito autoral.

De acordo com o art. 186 será necessária, no caso, a apresentação de queixa.

Nossos repertórios, praticamente não registram precedentes de aplicação do dispositivo.

No âmbito civil são quatro as providências cabíveis:

1. Perda em benefício do autor, ou proprietário, dos exemplares da reprodução fraudulenta que se apreenderem (art. 669 do Código Civil);

2. Pagamento do valor de toda a edição, menos esses exemplares, ao preço por que estiverem à venda os genuínos, ou em que forem avaliados. No caso de não se conhecer o número de exemplares fraudulentamente impressos e distribuídos, será pago pelo transgressor o valor de mil exemplares, além dos apreendidos (art. 669 e seu § único), critério plausível no começo do século, não hoje;

3. Busca e apreensão dos exemplares fraudulentamente reproduzidos (art. 672);

4. Indenização por perdas e danos, ainda que nenhum exemplar se encontre (art. 672, 2.^a parte).

A págs. 549-556 de minha monografia *Direito Autoral de Radiodifusão*, Rev. Tribs., São Paulo, 1953, traço considerações a respeito da avaliação dos prejuízos materiais e aponto a dificuldade do cálculo dos prejuízos morais.

Tais cálculos serão certamente levados a efeito por meio de perícia.

Poderá ela, eventualmente tomar como base, na consideração apenas da primeira parcela, o preço de capa do livro, calculado pela metade, se após a verificação resultar efetivamente que “apenas” 50% da obra do prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA foi aproveitada, multiplicado pelo número hoje corrente de 3.000 exemplares por uma edição de livros de direito, ou a que for apurada, através de um exame de escrita da impressora, medida prevista pelo art. 5.^o do decreto 4.790, de 2-1-1924.

Um dos raros precedentes que poderá ser invocado em matéria de contrafação é o relatado pelo des. J. GUZZO, que se encontra à Rev. Tribs. v. 291/291.

Muito mais poderia ser expendido a respeito da matéria.

Mas o que ficou consignado será o suficiente para demonstrar a gravidade do atentado de que foi vítima o consulente, tanto maior e tanto mais ofensivo porquanto provém de um bacharel em direito.

Sinal dos tempos!

Oxalá o exemplo escarmente aqueles que se sentem tentados a palmilhar esses mesmos ínvios caminhos.

“Esperamos” com LOUVET, citado por ANDRÉ ALLART, p. 6 — “que os roubos, ou melhor os latrocínios exercidos demasiado frequentemente sobre estas preciosas proprie-

dades, não se repitam; contribuamos ao menos para fazer de modo que se reproduzam mais raramente; e contribuamos para isso com tanto maior empenho, porquanto estas fraudes, independentemente do prejuízo particular que delas resulte, não ocorrem de ordinário senão em detrimento da própria obra, em detrimento do discernimento e da instrução nacional.”

A pedra fundamental da nova Faculdade de Direito na Cidade Universitária.

José Pinto Antunes

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Catedrático de Economia Política na mesma Faculdade.

À moda da rudeza bandeirante, a velha Academia do Largo de São Francisco não veio aqui para receber, mas para dar, para doar, para continuar a servir.

Recordemos a história que tivemos a honra de testemunhar como Deputado, que fomos, à Assembléia Constituinte de São Paulo, nos idos de 1934.

Quando Armando de Sales Oliveira projetava esta Universidade, pôs uma condição preliminar no genial planejamento. Não começaria, desde então, a Universidade, mas deveria voltar no tempo para mostrar ao Brasil e ao mundo que a cultura paulista já vinha, desde 11 de agosto de 1827, plasmando a grandeza nacional. E, assim, deveria a Faculdade de Direito, do Largo de São Francisco, constituir a célula mãe da nova Instituição que o grande estadista sonhava. Não resistiu ao apelo, pela argumentação, a douta Congregação e, por isso, a Universidade, que começava a se desdobrar nestas paragens, via a sua história voltada para mais de um século de grandeza, pois a São Francisco, desde 1827, vem escrevendo, pela sabedoria de seus filhos, a história do Império e da República.

* Discurso proferido aos 30 de outubro de 1973, no ato solene de lançamento da pedra fundamental do novo edifício da Faculdade de Direito, a ser erigido na Cidade Universitária Armando de Sales Oliveira.

De fato, ela informou, com feição própria, a estrutura jurídica do Estado nascente. Consolidou o Império. Humanizou-o, fazendo a abolição da escravatura. Depois, à moda do tempo, derrubou o Império e fez a República. Repetiu os bandeirantes, ampliando, pela diplomacia do Barão do Rio Branco, os lindes da Pátria, embora já imensa.

Deu ao Brasil dez dos seus filhos para Presidentes da República. Assim, fez, consolidou e aperfeiçoou a República brasileira.

Rui Barbosa, o maior entre os maiores dos seus filhos, ensina continuamente a mocidade do Brasil a respeitar e defender os direitos individuais da liberdade e mesmo a se revoltarem, como em 1932, quando eles são conspurcados pelas ditaduras.

Magnífico Reitor.

Meus Senhores.

Não estamos aqui para ler a história do Brasil que a Academia do Largo de São Francisco vem fazendo há perto de século e meio.

Recordamos, em ligeiras lembranças, o seu grande patrimônio, para confirmar a nossa afirmação inicial de que “viemos aqui para dar e não para pedir”.

A São Francisco, está, aqui, pelo seu Diretor, para tomar conhecimento do marco histórico, em que, com o seu nome, lembrará a todos que esta Universidade nasceu a 11 de agosto de 1827, no Sagrado Largo de São Francisco, como desejava que fosse o seu grande fundador, Armando de Sales Oliveira.

E nesse descampado espalhamos, com aquela munificência paulista, os 150 anos de grandeza da nossa velha, mas sempre nova Academia. São estas as reais pedras fundamentais que doamos e plantamos nesse ato solene de posse a que fomos convidados.

Não é pois, ali ao lado, Magnífico Reitor, o centro da Universidade que Vossa Magnificência tão sabiamente dirige; ali, temos, simplesmente, o ponto central desta unidade arquitetônica, mas, aqui, na sede do novo edificio, é que se erguerá o seu centro histórico, onde, solenemente, hoje, depositamos, em recordação, a história da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que há 150 anos se confunde com a própria história de São Paulo e do Brasil.

Perdoem-me VV.Excias. a retificação do “nomen juris” deste ato solene.

Não recebemos, porque estamos doando ou melhor, ratificando uma doação.

Não se trata de ato jurídico que se qualifique entre as espécies contratuais do “do ut des”, “do ut facias”, “facia ut facias”, porque a nossa doação é sem recíproca.

É um ato de amor, é um ato cristão de sacrifício...

“La charité tue le droit”.

E, assim, Magnífico Reitor, como ato de amor por esta Universidade é que recebemos hoje este descampado onde se plantará o marco da grandeza da velha “Academia da Cidade de São Paulo”.

Neste sentido, Magnífico Reitor, muito obrigado em nome do Corpo docente, discente e administrativo da minha, da sua, da nossa querida Faculdade que já se sente bem em se denominar, quase orgulhosa, “Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”.

Cobrança de Direitos Autorais de Entidade que Congregue Outras Entidades Menores*.

Antonio Chaves

Catedrático de Direito Civil na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo e
Presidente do Instituto Interamericano de
Direito do Autor.

Convidado, pela benevolência dos Srs. Paulo Emílio Maranhão e Dr. Arnaldo Medeiros da Fonseca Jr., DD. respectivamente Presidente e Advogado da Associação Brasileira de Clubes Sociais, na oportunidade deste seu empolgante Primeiro Congresso Nacional, para discutir e debater o problema da cobrança do direito de autor por parte de congregações de clubes, não poderia deixar de prestar minha colaboração.

Começemos, apenas para firmar posições, dizendo que o direito de autor é sagrado. Um povo educado é um povo que respeita o direito de autor, a tal ponto que pode-se medir o adiantamento de uma nação pelo acatamento que lhe devota.

Esse reconhecimento é tanto mais necessário porquanto se trata de um direito mal compreendido, devido à sua natureza imaterial, que não proporciona um suporte físico, como acontece com o direito de propriedade em geral. Uma maçã, uma caneta, um relógio, que sejam roubados, trazem mediatamente como que uma imagem visual da transgressão, da violação sofrida pelo proprietário o que está longe

*. Palestra proferida na primeira Convenção Nacional dos Clubes Sociais, em 25 de abril de 1973.

de ocorrer quando, numa reunião pública, coloca-se em movimento um toca-disco, ou liga-se um aparelho radiofônico ou de televisão, para atrair e reter clientela.

Poucos são os que se dão conta de que, sem pagamento prévio das taxas de direito de autor, o mesmo crime de apropriação indébita está sendo cometido.

Firmemos então, como ponto de partida, que sob pretexto algum, por nenhum motivo, em qualquer momento, da mesma forma que não apanhariamos uma maçã, uma caneta, um relógio sem prévia licença do proprietário, podemos negar ao autor ou ao artista intérprete uma retribuição, por insignificante que seja, pelo trabalho que realiza diretamente, ou pela execução de uma gravação que, de maneira indireta, vem proporcionar alguma vantagem a alguém.

Nem mesmo uma execução sem intuito lucrativo justifica a omissão desse dever elementar que é o de dar a cada um o que é seu.

Deve-se promover a cultura, incentivar as artes, encorajar a difusão de conhecimentos?

Sem dúvida. Mas não à custa exclusiva dos autores.

As sociedades de direitos autorais.

Sabem todos que o direito de autor não pode ser arrecadado diretamente, pessoalmente. A única maneira prática é fazê-lo através de entidades organizadas expressamente com essa finalidade, e que têm tabelas de cobrança que aplicam uniformemente em todos os países, para cada ocasião em que se reúne um público mais ou menos numeroso.

O ideal seria uma só sociedade de direitos autorais, e, quando isso não seja possível, uma para cada uma das principais ramificações em que, para efeitos de cobrança, o direito autoral naturalmente se divide: execução pública de músicas e canções (chamados “pequenos direitos”), direitos

relativos a representações dramáticas e congêneres, execuções em filmes cinematográficos, pela radiodifusão e pela televisão, direitos relativos a obras literárias, etc.

Cada autor se filiaria à sociedade a que o conduz naturalmente a sua atividade específica, apontando as obras cuja defesa e arrecadação lhe outorga por mandado tácito decorrente da sua simples inscrição.

A sociedade, por sua vez, a qualquer momento, poderia exhibir os nomes de todos os seus filiados, e, o que é mais importante, a lista das obras de cada um deles.

Mas o ideal de termos apenas uma sociedade arrecadadora é entre nós uma utopia. São várias, a qualquer momento podem surgir outras, o que dificulta enormemente a informação de quais são os autores que estão filiados a cada uma, mesmo porque um autor pode pertencer a diversas, e qual o repertório de uma e de outra.

Essa circunstância, a rivalidade que naturalmente se estabelece entre elas, a imensidão do nosso país, a precariedade dos nossos meios de comunicação, os embaraços próprios de uma arrecadação desse gênero numa população esparsa e pouco familiarizada com o direito de autor, fazem com que as despesas de administração absorvam de 40 a 50%, quando não mais, do montante arrecadado. Isto quer dizer que se o autor ou o artista fazem jús a um sacrificado cruzeiro, recebe apenas cinquenta centavos.

Vejamos, agora, outro aspecto do problema:

A cobrança por intermédio de entidades que congreguem outras entidades menores.

Tratando-se de um clube, de uma reunião dançante, de um circo de cavalinhos, de um Cinema, de um restaurante, não há como fugir ao pagamento das taxas normais, sejam as músicas e canções executadas “ao vivo”, ou por meio de gravações.

Mas o que pretende a Associação Brasileira de Clubes Sociais não é uma autorização para um baile ou um

recital: é oferecer um relacionamento muito mais amplo, a fim de que, por seu intermédio, sob seu compromisso, sob sua responsabilidade, por mês, por trimestre ou por ano, centenas, milhares de contratos de direito de autor possam ser levados a efeito.

Possibilita, por essa forma, canalizar para os cofres das sociedades arrecadadoras, com um esforço mínimo e dispêndio irrisório, reduzindo assim drasticamente as aludidas despesas de administração, verbas vultuosas.

Não terão direito as agremiações, por essa forma agrupada, a um desconto nas tabelas oficiais, que corresponda, quando menos, ao esforço, ao trabalho e às despesas que poupam às sociedades arrecadadoras?

Mas é claro que sim. Tudo deve ser facilitado não apenas no interesse de ambas as partes, como, principalmente, dos autores e intérpretes.

É o que ocorre nos países mais adiantados, que regulamentam a matéria de maneira minuciosa, dispendo de amplo aparelhamento, que tem como base nevrálgica computadores eletrônicos, que atribuem a cada autor, a cada executor, seja qual for o ponto do país em que é executada a composição, a compensação devida.

Além da retribuição direta, decorrente dos locais em que haja pagamento de entradas ou equivalentes, muito mais fácil, portanto de calcular, são submetidas a um regime de verificação rigorosa as receitas indiretas, como tais indicadas, no que diz respeito às sociedades musicais:

1. as subscrições a um ou vários concertos por pessoas estranhas à sociedade musical, bem como as subscrições a mais de dois lugares, por concerto, por membros das mencionadas sociedades;
2. o preço dos bilhetes de uma tómbola;
3. o montante de um petítório, salvo no caso em que seja feito em proveito único e exclusivo de uma obra pública de beneficência;

4. o produção de um vestiário, se o direito é superior a uma quantia correspondente, digamos, dois cruzeiros;
5. o produto da venda de um programa.

Temos, por exemplo, uma das sociedades de direitos autorais da França, a SACEM, Société des Auteurs, compositeurs et Éditeurs de Musique, que, apenas nesse seu setor especializado, arrecadou no ano de 1969 quase 35 milhões de dólares, cerca de dez vezes mais do que, no Brasil, se arrecadou em todos os setores de direito de autor.

Um simples pormenor revela a meticulosidade de sua organização: distribui aos seus agentes cadernos de folhas soltas, a fim de que sejam constantemente mantidos em dia, contendo todas as instruções e todos os cálculos de que possam precisar em qualquer emergência.

Percorramos o índice de um deles:

Documentação geral; regras gerais de percepção para sessões ocasionais (bailes, sessões dançantes, concertos, variedades, music-halls, sessões mistas, tournées, etc.); acordos diversos com a radiodifusão e a televisão, com o Governo dos EE. UU., com o Ministério da Guerra, com empresas de eletricidade, gás, estradas de ferro, Movimento Rural da Juventude Católica, Confederação da Família Rural, etc.; Acordos com as Municipalidades, Associação dos Prefeitos da França, com redução das tarifas para as festas locais e públicas organizadas pelas Prefeituras; Sociedades Musicais; Confederação musical da França, Confederação Nacional dos Grupos Folkloristas franceses, Lar Nacional das Províncias Francesas; Federação Nacional das Sociedades de Teatro Amador, Federação Católica do Teatro de Amadores Franceses, Atividades Esportivas, Exposições-Feiras e Manifestações Diversas (quermesses, corsos, cavalgadas, árvores de Natal, distribuição de prêmios, festas de “pa-

tronage”, colônias de férias, banquetes, “revellions”, peregrinações.

Outro volume, que interessa particularmente ao objetivo da nossa reunião, traça as regras gerais de percepção de direitos autorais mediante assinaturas.

Cabarés, dancings, discotecas, estabelecimentos permanentes, sociedades, etc., que dão sessões dançantes, concertos, espetáculos de music-hall ou variedades, mediante ajuda de uma orquestra, de um pick-up ou de um magnetofone, com ou sem atrações, são tratadas por contrato de percentagem com aplicação de um mínimo.

Para a fixação das percentagens são consideradas quatro categorias de estabelecimentos:

1.^a Estabelecimentos com preços de entrada, apresentando um espetáculo, ou facultando danças à clientela:

— 8,8% sobre as receitas diretas,

— 4,40% sobre as receitas indiretas.

2.^a Estabelecimentos sem preço de entrada, apresentando um espetáculo ou dando concertos, ou facultando danças à clientela e cuja receita principal é constituída pela venda de consumações:

— 6,60% sobre a totalidade das receitas.

Não interessa aqui entrar em ulteriores pormenores, aliás numerosíssimos.

E mais importante consignar que, limitadamente aos estabelecimentos que não cobrem entradas e em que as audições musicais não constituem senão um acessório, são admitidas assinaturas “à forfait”, mensais, anuais, por estimação, etc. Os “forfait” são determinados em função seja do orçamento artístico, seja do mínimo calculado pela capacidade ou freqüência mínima, seja da percentagem sobre as

receitas controladas, admitidas propostas e estudos mediante pedido de autorização.

Tarifas especiais são regulamentadas para ramos específicos de atividades: cafés, hotéis e restaurantes; “bailes sob tendas”, cassinos, grandes estabelecimentos comerciais, cabelereiros, cursos de dança, coletividade (lares, centros de juventude, colônias de férias, centros aéreos, cantinas, audições de rádio ou televisão), pick-up ordinário ou magnetofone, juke-box, casas de cultura, cinema e diversos.

Assim, para os membros da Federação Nacional da Indústria Hoteleira foi assinado, em maio de 1962, um Protocolo de Acordo Geral, acompanhado de três anexos.

O referido Protocolo concede a todos os membros da Federação uma redução de 33% sobre as tarifas gerais, sob duas condições:

1. solicitação de autorização da Sociedade por intermédio do Agente da circunscrição previamente a qualquer audição musical;
2. apresentação ao agente da sociedade de comprovante de membro da Federação Nacional da Indústria Hoteleira válida pelo ano em curso.

Segue uma regulamentação minuciosa, prevendo audições com ajuda de radiodifusão ou televisão, de pick-up, de Jukes-box, levando em conta o preço da consumação, conforme os copos de aperitivo (serviços de mesa) tenham capacidade de cinco centilitros ou mais de 5 centilitros, aparelhos que funcionam mediante introdução de fichas ou moedas, colocadas por terceiro, pluralidade de aparelhos no mesmo estabelecimento, lista “certificada sincera e verdadeira” das obras executadas por meio de discos ou faixas magnéticas, com indicação dos nomes do autor e do compositor da obra, processo de conciliação amigável, etc. etc.

Não seria plausível fazer um resumo de toda essa regulamentação, com minudências que ao leigo parecerão

exorbitantes, mas que bem revelam a possibilidade, mais do que isso, a necessidade de seguirmos o exemplo.

O objetivo somente será alcançado de maneira racional através de um estudo e coleta de dados dos sistemas de arrecadação existentes nos centros mundiais em que melhor se arrecada o direito do autor.

A Dignidade do Direito Mercantil*.

Oscar Barreto Filho

Professor Titular de Direito Comercial na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

A crise do direito contemporâneo.

1. Constitui hoje em dia um truismo falar em crise do Direito. Os valores fundamentais da cultura e, conseqüentemente, da ordem jurídica, vem sendo continuamente submetidos a um processo crítico, e apregoa-se a necessidade da revisão de conceitos tradicionais, visando sua melhor adequação à realidade social contemporânea. No entrechoque das idéias e das doutrinas filosóficas, políticas e sociais, definem-se outras orientações, alteram-se ou substituem-se os corpos de leis e reformam-se os velhos institutos; numa palavra, aplica-se o espírito humano ao trabalho incessante de modelagem do Direito novo.

Dentre os motivos que impelem o espírito humano a essa renovação, inserem-se, a par de fatores éticos, políticos e sociais, necessidades econômicas inelutáveis.

2. No “processus” da experiência jurídica, contudo, afirma-se cada vez com maior intensidade a concepção humanista do Direito, no sentido de que a *pessoa humana* é o valor-fonte de todos os demais valores, o valor por excelência que ao Direito cumpre preservar.

Sem chegar ao extremo de reduzir a pessoa humana ao simples *homo economicus*, determinado pelo valor do

* Aula de abertura dos cursos jurídicos, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 8 de março de 1973.

útil, nem ao exagero de subordinar, de modo absoluto, todas as demais motivações do espírito humano (os valores da vida, da verdade, do belo, do amor, do poder, do santo ou do justo) ao valor fundante das exigências econômicas, deve-se reconhecer o papel relevante que o fator utilitário desempenha na organização da vida social.

Não se pode, contudo, admitir o condicionamento de toda a estrutura jurídica aos processos técnicos de produção econômica, porque a realização do valor do *justo* importa a coordenação harmônica de outros valores, assim como a liberdade, a igualdade, e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana. No dizer expressivo de MIGUEL REALE, “a justiça social é uma composição harmônica de valores sociais, de maneira que cada homem possa realizar a plenitude de seu ser, e a sociedade atingir um máximo de bem estar, compatível com a convivência pacífica e solidária” (*Filosofia do Direito*, 2.^a ed., vol. II, n. 125).

3. Na constelação axiológica do *justo*, o elemento econômico melhor se evidencia no direito mercantil, que é exatamente o ramo do Direito que regula a atividade dos homens quando aplicada à produção ou à circulação de riquezas destinadas ao mercado.

Daí a questão básica, de ordem deontológica, que se coloca na problemática do moderno direito mercantil, de conciliar as exigências da técnica econômica com os valores fundamentais do Direito. A solução adequada desse problema, que desafia a inteligência dos melhores juristas, exprime na sua plenitude a verdadeira dignidade científica do direito mercantil.

Direito e Economia.

4. A correlação estreita que existe entre Direito e Economia tem sido salientada pela análise dos jusfilósofos. Muito conhecida é a doutrina de STAMMLER, para quem o Direito é uma *forma pura*, uma categoria “a priori”, que

condiciona logicamente a experiência histórica, a qual é fundamentalmente econômica. No seu livro *Direito e Economia*, sustentou STAMMLER ser o Direito uma forma universal da experiência social, que é de *conteúdo econômico*. A Economia dá o conteúdo àquilo que é formalmente jurídico. Nesse livro, STAMMLER estuda e critica a doutrina marxista do Direito, a qual pretende reduzir a experiência jurídica a um reflexo da ordem econômica ou a uma superestrutura dos processos de produção ditados por exigências vitais. STAMMLER mostra, ao contrário, que a Economia pode ser o conteúdo historicamente variável do Direito, mas não a forma ordenatória desse conteúdo mesmo, que é dado por uma modalidade universal do espírito (apud MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, vol. II, n. 134).

5. Contrapondo-se à posição apriorista de STAMMLER, afirmam os empiristas que deve o jurista partir dos fatos particulares, comparando-os entre si, notado as relações constantes, estabelecendo leis, para, afinal, atingir os princípios gerais, mediante uma aplicação rigorosa do método indutivo.

Aderem geralmente os comercialistas ao *empirismo jurídico*, a começar por CESARE VIVANTE, para quem se deve buscar na intimidade da História o sistema do direito vigente. Ensinava o grande mestre da Universidade de Roma que, para completar a obra da jurisprudência só há um remédio: estudar a prática mercantil dominada, como está, por grandes leis econômicas, e fazer do estudo do Direito uma ciência de observação (prefácio à 1.^a edição do *Traçado de Direito Comercial*). Posição semelhante assumem, entre nós, os grandes comercialistas CARVALHO DE MENDONÇA e WALDEMAR FERREIRA.

Apegando-se à orientação empirista, asseveram os cultores do direito mercantil que este parte da observação dos fatos econômicos para deles extrair os princípios gerais. Em virtude do tráfico comercial, vão surgindo novos fatos econômicos, que se desenvolvem, inicialmente, de modo empí-

rico. A experiência vai ajustando esta *praxis* a formas novas de negócios, que se cristalizam em processo técnico-econômicos. Estas formas e processos são objeto de observação e, depois de sofrerem a elaboração necessária à sua integração no sistema jurídico, recolhidos em normas que vão reger sua atuação, no plano do direito.

6. Sem nos deter no exame dos pressupostos metodológicos, qualquer que seja a posição adotada, verifica-se que o *conteúdo* ou substrato do direito mercantil é essencialmente econômico.

Revela, contudo, a experiência histórica que tem variado, através dos tempos, o critério aferidor da comercialidade das relações jurídicas, acarretando a mutação do conteúdo do direito mercantil. Daí a necessidade de ilustrar a origem e o processo evolutivo da disciplina, em função não só dos fatos da história econômica, mas também em razão de critérios formais.

Os dados da experiência histórica.

7. Embora existisse, desde o início da civilização, a atividade econômica, exercida através da troca de bens, as normas jurídicas reguladoras dessa atividade eram esparsas e difusas. Sempre houve comércio e pessoas que o praticaram em caráter profissional, porém na Antiguidade inexistiu um corpo específico e orgânico de normas relativas ao comércio.

Não é este o momento de traçar o esboço histórico do direito comercial. Mas é importante assinalar as circunstâncias históricas que presidiram à aparição e desenvolvimento da disciplina.

8. No período pré-romano, que corresponde à Antiguidade oriental, e em Roma, não houve monumentos legislativos de caráter especificamente comercial. Desde o Código de Hamurabi, rei da Babilônia (2.000 A. C.), até

o *Corpus Juris Civilis* de JUSTINIANO (século VI), os institutos que hoje se integram no direito mercantil não foram objeto de tratamento sistemático, confundindo-se com as normas do direito privado comum; só por exceção, alguns textos isolados se referem diretamente ao comércio.

Diversas explicações foram aventadas para tal situação. Alega-se que o preconceito existente contra a mercancia afastava os cidadãos do seu exercício, tornando-o privativo de escravos ou de estrangeiros. Mas isto se explica melhor, não pela psicologia social, mas pelo fato de que predominava no mundo antigo uma estrutura patriarcal e escravagista, de modo que o comércio não era exercido diretamente pelos cidadãos, mas sim por meio de escravos ou libertos. Não havia necessidade de normas especiais, porquanto entre o senhor e o escravo só havia relações de direito comum.

9. No entanto, historicamente, a par do rígido sistema do direito tradicional, peculiar a cada povo, foi-se formando outro conjunto de regras mais flexíveis, constituído de normas consuetudinárias, consideradas como comuns a todos os povos e por isso mesmo aplicáveis não só aos cidadãos, como também aos estrangeiros. Tais regras se destinavam precipuamente a regular, de maneira pragmática, o intercâmbio de bens econômicos, feito principalmente por via marítima. Mas, simultaneamente com a satisfação das necessidades materiais, mediante a troca de bens, ainda se estimulava, por obra e arte dos mercadores, a difusão das idéias, da ciência, das letras e das artes. Conhecido é, a esse respeito, o papel desempenhado na Antigüidade pelos fenícios, chamados por HENRI DE PIRENNE os “caixeiros-viajantes da civilização”.

A coexistência do direito tradicional de cada povo e de regras e institutos de inspiração cosmopolita, permitiu aos diferentes povos da Antigüidade atravessar largos séculos da História com um só sistema jurídico, nele integrando as adaptações impostas pelo tráfico mercantil, para

atender às necessidades emergentes. O fenômeno que, no passado, sucedeu em Roma, onde o *jus gentium* temperou e amoldou às exigências do comércio as normas do *jus civile*, ainda hoje persiste nos países que se filiam ao sistema do direito inglês, nos quais os princípios mais elásticos da *equity e da merchant law* completam o corpo da *common law*.

10. O isolamento a que foram compelidos os povos do ocidente europeu, em virtude das invasões dos bárbaros e da conquista do Mediterrâneo pelos árabes (séculos VII a XII), ensejou a fragmentação do poder político, que passou a ser exercido, no âmbito local, pelos senhores feudais. Durante a alta Idade Média, o poder político e também o econômico se baseavam na propriedade da terra, ao mesmo tempo que a dificuldade de comunicações estrangulava a circulação de riquezas e impunha a cada domínio feudal a auto-suficiência na produção de bens econômicos.

Somente na baixa Idade Média, a partir do século XII, com a expulsão dos árabes da Europa e o restabelecimento do tráfico no Mediterrâneo, é que se transformam as condições do meio econômico-social, de modo a propiciar a expansão da vida urbana e mercantil.

11. Começam, então, a fazer sua aparição no cenário da História um novo sistema econômico — a economia artesanal pré-capitalista, uma nova classe social — a *burguesia* urbana, e um sistema jurídico adequado a regular os novos tipos de relações derivadas das atividades econômicas — o *direito comercial ou mercantil*. Opera-se, nessa época, a transição do regime feudal, baseado na propriedade da terra e numa economia fechada de caráter essencialmente agrícola, para os tempos modernos, caracterizados pela predominância da riqueza mobiliária e da economia de mercado, de caráter urbano e comercial.

O direito comercial surgiu, historicamente, como um sistema especial de normas destinadas a reger a atividade

econômica de troca, desenvolvida nos mercados por uma classe de profissionais: os comerciantes ou mercadores. Era, em síntese, o direito profissional dos comerciantes.

Esta concepção inicial perdurou por longos séculos, evoluindo, contudo, sob o influxo das doutrinas filosóficas, políticas e sociais.

12. No primeiro estágio, do corporativismo (séculos XII a XVI), assistimos à formação do direito estatutário, que constitui a forma embrionária do direito comercial. A insegurança da ordem pública na Europa, durante o feudalismo, determinou a concentração, nos burgos medievais, dos artesãos e mercadores, que se agrupavam em corporações, para assegurar-se mútua proteção e assistência. Além de participarem dos conselhos das comunas, as corporações ou grêmios de mercadores organizavam as próprias leis internas ou *estatutos*, destinados a regular as relações negociais e dirimir as questões surgidas entre os seus membros, sujeitos à jurisdição dos tribunais consulares. Esse direito corporativo, diverso do direito emanado do Estado, era formado pelos usos e costumes geralmente observados pelos comerciantes e compilados nos estatutos; daí a designação de direito estatutário.

13. O segundo período da evolução histórica do direito comercial caracteriza-se pela formação dos modernos Estados nacionais, os quais surgem a partir de fins do século XVI. Fortalece-se o poder central, sob a égide da política mercantilista e da expansão colonialista, em detrimento dos poderes locais. Em conseqüência, o direito comercial, originariamente de caráter costumeiro, formado no seio das corporações, passou a emanar do próprio Estado. Datam desse período as primeiras grandes codificações do direito comercial, as duas famosas Ordenações francesas de Luís XIV. Nota-se, já nesse período, sob a influência do capitalismo incipiente, a tendência para retirar ao direito comercial o caráter profissional, mesmo porque o comércio passa

a ser exercido inclusive pelo Estado, com a criação das grandes sociedades de colonização, de que foram exemplos, na Holanda, a Companhia das Índias Orientais e a Companhia das Índias Ocidentais (século XVII).

14. O terceiro período da história do direito comercial corresponde ao predomínio do individualismo na economia (ensejado pela primeira revolução industrial, originada na Inglaterra) e do liberalismo na política (implantado pela Revolução Francesa). O liberalismo político, em oposição ao poder absoluto do monarca, prega o primado da liberdade e da igualdade, afirmando os direitos civis e políticos dos cidadãos e negando os privilégios de classe, inclusive dos comerciantes e suas corporações. O Código de Comércio francês de 1807 acentua a tendência da “desprofissionalização” ou objetivação do direito comercial. Procura-se transmutar a feição do direito mercantil, que deixa de ser o direito próprio dos comerciantes (*critério subjetivo*) para tornar-se o direito próprio dos atos de comércio, enumerados na lei (*critério objetivo*). A adoção desse novo critério possibilitou a ampliação do campo da disciplina, que passou a abarcar as atividades industriais e outros atos da vida econômica. Como corolário natural do princípio da liberdade econômica, admite-se o acesso de qualquer cidadão ao mercado, ou seja, o princípio da livre iniciativa.

15. O período do intervencionismo estatal, implantado a partir da guerra de 1914-1918, perdura em nossos dias. Para minorar ou mesmo impedir os excessos e abusos da liberdade de iniciativa, faz-se mister regulamentar o livre jogo da concorrência, seja coibindo a chamada concorrência desleal e ilícita, seja reprimindo os monopólios (trustes e cartéis). A tal ponto vai a intervenção do Estado no domínio econômico, que reivindica foros de autonomia um novo ramo da ciência jurídica, cujo objetivo é exatamente a disciplina das relações derivadas das atividades do Estado no campo da economia dirigida — o *direito econômico*.

Os critérios clássicos definidores da comercialidade.

16. Na evolução histórica do direito mercantil, surgiram dois critérios formais para a qualificação da matéria comercial.

De acordo com a *concepção subjetiva*, originada no direito estatutário medieval, consideram-se mercantis as relações próprias dos comerciantes e seus auxiliares, ou seja, daquelas pessoas que exercem profissionalmente o comércio. Toda a construção do Direito Comercial é feita tomando-se como centro o sujeito ou agente; trata-se, em suma, do direito profissional de uma classe.

Em conformidade com a *concepção objetiva*, são considerados mercantis os atos enumerados em lei, qualquer que seja a qualificação do agente. Segundo esta concepção, que inspirou o Código de Comércio francês de 1807, o sistema do Direito Mercantil pode ser construído a partir do *ato de comércio*.

17. Nenhuma dessas concepções unilaterais pode, todavia, ser acolhida com absoluto rigor lógico, e a própria experiência histórica nos revela que em nenhum tempo ou lugar prevaleceu em sua inteireza algum desses critérios. Embora o Código de 1807 tenha tomado como base a concepção objetiva, mostra RIPERT que ele contém textos que se filiam à concepção subjetiva. Do mesmo modo, o Código Comercial brasileiro de 1850 também não se caracteriza pela pureza de princípios, mesclando os dois critérios.

Estas duas concepções da comercialidade, que se baseiam em critérios aprioristas, são, evidentemente, insatisfatórias, sob o ponto de vista lógico-formal. No dizer de BRASÍLIO MACHADO, a noção de ato de comércio constituiu um problema insolúvel para a doutrina, um martírio para o legislador, um enigma para a jurisprudência.

Se compete à lei, em última análise, a definição de *comerciante* ou de *ato de comércio*, e, por conseqüência, da

matéria de comércio, conclui-se, de modo irresistível, que o direito mercantil é antes uma categoria legislativa do que uma categoria lógica. Jamais se conseguiu, com efeito, mediante o emprego desses critérios, definir e extremar cientificamente o campo do direito mercantil.

18. Não sendo o Direito uma ciência puramente formal, faz-se preciso considerar, além dos conceitos e categorias lógicas, o conteúdo social e econômico do fenômeno jurídico-mercantil. Neste ponto, são de assinalar as substanciais transformações havidas na estrutura social e econômica do mundo em que vivemos.

As idéias individuais e racionalistas do século XVIII contribuíram, juntamente com fatos relevantes, tais como a Revolução Francesa, no plano político, e a revolução industrial, no plano econômico, para a destruição das antigas estruturas.

Inicia-se, no século XIX, o processo de massificação da sociedade, em virtude da formação das grandes aglomerações urbanas, propiciando a criação de massas consumidoras. Para atender ao consumo de massas, a economia se organiza para produzir em larga escala, visando à redução do custo unitário do produto. A própria natureza das operações comerciais exige a realização de negócios em série, compelindo à adoção de técnicas especiais e, em consequência, à elaboração de novas regras e institutos, que se afastam bastante dos paradigmas do direito comum.

A ampliação dos mercados acentua a feição cosmopolita do direito mercantil. A corrente internacional do comércio penetra em toda a parte, determinando, pela repetição de operações semelhantes, a adaptação do direito interno às regras de caráter universal.

O progresso tecnológico, facilitando os meios de transporte e de comunicação; a realização de operações à distância, pelo telégrafo ou pelo rádio; a vulgarização do crédito ao consumidor, mediante as vendas a prestação, são outros tantos fatores que provocam modificações nas

técnicas de realização do comércio e, por conseqüência, nas normas jurídico-mercantis.

19. Ora, uma das características marcantes do direito mercantil é a sua feição instrumental, em relação às necessidades da vida econômica. Assim, a rapidez com que se processam a produção e a circulação de bens econômicos impõe a existência de organização técnico-jurídica adequada, apta a atender às exigências da economia de massa.

Isto não é possível, mediante a construção dogmática do direito mercantil como a regulamentação profissional de uma classe ou de atos negociais considerados isoladamente “in abstrato”.

20. Completando a análise do fenômeno jurídico, é de mister considerar o conteúdo axiológico do direito mercantil.

A industrialização da sociedade, sob a égide do capitalismo financeiro, ensejou a mudança da hierarquia de valores, atribuindo a primazia ao elemento econômico. Observa REALE: “Não é segredo para ninguém que a nossa é uma época assombrosamente utilitária, e que vivemos, mais do que em qualquer outra, em um ambiente no qual o valor econômico polariza todos os demais”. (*obra citada*, vol. I, n. 97).

Pode-se dizer que, em nossa época, o poder do Estado e o poder do dinheiro substituíram todos os outros valores.

21. Estudando os aspectos jurídicos do capitalismo moderno, mostrou RIPERT que, na sociedade atual, dominada pelo espírito do lucro, as coisas não mais são estimadas em razão do gozo que proporcionam, mas pelo seu valor de troca. Tudo se valia em dinheiro, que é o estalão universal de todas as coisas.

Por sua vez, o socialismo moderno focaliza preferentemente o aspecto utilitário, enfeixando toda a atividade econômica nas mãos de um capitalista único e todo-pode-

roso — o Estado, ao qual se subordinam todos os outros valores da existência.

Diante dessa complexa realidade fenomenológica, como conciliar os conceitos formais com os fatos sócio-econômicos revelados pela experiência histórica, visando à realização dos valores fundamentais do justo, no âmbito do direito mercantil?

Uma novo conceito do direito mercantil.

22. Afirma-se, em nossos dias, a tendência de implantar o direito comercial em bases científicas e verdadeiramente objetivas, analisando o exercício do comércio dentro do quadro econômico que lhe é peculiar.

Em conseqüência, a tônica da comercialidade se desloca do “ato”, considerado isoladamente, de maneira estática, para a “atividade”, ou seja, para a seqüência de atos preordenados pelo agente para a consecução de uma finalidade. A *atividade* pressupõe logicamente um *sujeito*, a quem incumbe coordenar os atos isolados, dirigindo-os no sentido do fim colimado.

Desta forma, os dois conceitos de *pessoa-comerciante e ato de comércio* fundem-se numa síntese superadora, que é dada pela noção de *atividade econômica*.

Em se tratando de *atividade econômica*, a finalidade visada é a satisfação das necessidades do mercado geral de bens e serviços, e se exerce no quadro da organização específica: a *empresa*.

23. Esta concepção se deduz logicamente das premissas postas, está lastreada na realidade da vida econômica, serve à realização dos valores do justo, e para ela tendem as várias legislações. De acordo com esta doutrina, a construção dogmática do direito mercantil é feita em torno da noção de *empresa*.

O conteúdo próprio do direito mercantil não é definido, portanto, pelos atos de comércio isolados, mas pela ativi-

idade econômica organizada sob a forma de *empresa* e exercida pelo *empresário* (atividade empresarial). Coube a KARL WIELAND, na Suíça, e a LORENZO MOSSA, na Itália, o mérito de haver proposto este novo conceito do direito mercantil.

Não obstante encontrar-se sobrepujada pela noção de atividade empresarial, a teoria dos atos de comércio ainda prevalece em nossa legislação, embasada como está no velho Código de 1850. Mas, felizmente, o *Anteprojeto do Código Civil*, ora em elaboração, esteia o livro II, que cuida da atividade negocial, no conceito de empresa, promovendo destarte a imprescindível atualização do nosso direito positivo nesse importante setor.

24. Há muito que debatem os doutores sobre a questão da autonomia do direito mercantil, dentro do campo do direito privado. Mas, realmente, o único problema que se coloca no plano científico é o da autonomia substancial, pois a autonomia formal constitui apenas uma questão de conveniência ou oportunidade, no plano da política legislativa.

No entanto, entre as várias razões apresentadas para justificar essa autonomia, afigura-se decisiva a de que a atividade econômica organizada sob a forma de empresa exige uma disciplina jurídica especial, que não pode ser a mesma reguladora das outras atividades do cidadão comum. É claro que essa especialização corresponde à própria essência do fenômeno econômico; de nenhum modo significa que o direito mercantil seja considerado como um conjunto de normas excepcionais, de aplicação restrita a uma determinada classe de pessoas ou a certa categoria de atos.

A existência do direito mercantil como ramo jurídico autônomo justifica-se em função da especialidade técnica do fenômeno econômico por ele regulado, aplicando-se suas normas indistintamente a todos os agentes que intervêm na produção e circulação de bens econômicos destinados ao mercado, inclusive o próprio Estado, através das empresas públicas. Os resultados *revelados* ou *criados* pelas opera-

ções praticadas em série pelas empresas, caracterizando uma “atividade”, também se aplicam extensivamente às relações da mesma natureza, quando consideradas isoladamente — os chamados “atos de comércio”.

25. O particularismo do direito mercantil revela-se também pela existência de princípios próprios, impostos pelas exigências econômicas, que lhe atribuem a almejada dignidade científica. Enumerem-se, sucintamente, a criação do mecanismo do *endosso* para favorecer a circulação dos títulos de crédito; a proteção à *aparência*, para resguardo da boa-fé dos que participem de operações mercantis; a *padronização* dos negócios de massa, objeto de oferta ao público; a elaboração de *leis uniformes* para regular as operações do comércio internacional; a *repartição* dos riscos e das responsabilidades inerentes à atividade empresarial através do mecanismo do seguro; a organização do sistema falimentar, visando à defesa do crédito.

Confirma, outrossim, a indispensabilidade de um regramento jurídico especial, a distinção básica entre uma *propriedade estática*, que recai sobre os bens de gozo ou de consumo, e uma *propriedade dinâmica ou empresarial*, que corresponde ao poder de controle sobre os instrumentos de produção aplicados à atividade mercantil. Essa distinção é apoiada pela moderna doutrina: na Alemanha, por BALLERSTEDT; na França, por JOSSEMAND; na Itália, por PUGLIATTI e ROSARIO NICOLÒ; entre nós, por ORLANDO GOMES.

Isso tudo mostra que a atividade mercantil se reveste de contornos próprios e de um sentido institucional específico, que a distingue da atividade civil comum.

Direito mercantil e capitalismo.

26. A concepção da empresa, resultante da prévia colocação de dados fornecidos pela ciência econômica, ainda não foi fixada de maneira inequívoca pelos juristas. Mas a própria plasticidade de um conceito ainda em fase de

elaboração dogmática permite atribuir-lhe um sentido axiológico, que transcende os limites do direito mercantil.

A sociedade política, já ARISTÓTELES afirmava, é uma sociedade complexa, constituída por sociedades menores. Numerosos e variados grupos sociais se interpõem entre os indivíduos e o Estado: as famílias e os grupos de base territorial, profissional ou ideológica. Os indivíduos se integram na sociedade política através de múltiplos corpos intermediários, e isto também acontece no campo econômico.

27. O organismo especificamente incumbido do exercício da atividade econômica é a empresa, num sentido amplo, ou melhor, são as empresas. Isto porque a empresa se reveste de formas múltiplas que, originadas na experiência histórica, hoje coexistem.

Nesse sentido largo, empresas são organizações de pessoas e de coisas destinadas à satisfação das necessidades humanas de bens e serviços, abrangendo não somente as empresas comerciais, individuais ou coletivas, do setor capitalista (sentido estrito), como também as explorações dos setores não capitalistas (empresas cooperativas, empresas públicas).

Seja qual for a destinação do proveito resultante da atividade econômica, todas as empresas apresentam em comum sua finalidade produtiva, mediante o emprego de normas organizacionais e operacionais adequadas.

28. Muitos autores caracterizam a empresa privada como tendo por finalidade específica o *lucro*, o que não se afigura correto. Esta conceituação está superada, porque o lucro é antes um resultado da atividade empresarial, e não uma finalidade em si. Decorre o lucro da diferença entre o *rendimento* auferido em determinado período e as *despesas* oriundas da aplicação dos fatores produtivos na realização do processo econômico da criação de bens ou prestação de serviços.

O lucro constitui índice da vitalidade e condição de eficiência e não uma característica inerente à empresa. O espírito de lucro pode ser o móvel psicológico do empresário, a finalidade própria da empresa.

Elucida o economista DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA: “Se considerássemos o lucro um atributo definidor da empresa, esta deixaria de existir, quando o residuo fosse nulo ou negativo. No entanto, empresas de economia mista ou pública persistem durante longos períodos, apesar de sofrerem prejuízos, e outras se organizam com o objetivo de prestar serviços pelo custo. Outras ainda, em determinados períodos, estabelecem antecipadamente uma política de lucros nulos ou de prejuízo temporários” (*A Empresa Moderna e o Papel da Gerência*, in *Problemas Brasileiros*, n. 83, p. 38).

29. Evidentemente, a empresa objeto do direito mercantil vigente é a empresa capitalista, na qual o dono ou donos dos fatores materiais de produção assumem os riscos decorrentes do exercício da atividade. Foi provavelmente este fato que conduziu alguns escritores a uma identificação entre capitalismo e direito mercantil, como fez, por exemplo, TULLIO ASCARELLI.

Em seu livro derradeiro, inscreve o grande mestre espanhol JOAQUIN GARRIGUES esta magnífica lição: “Não podemos estar todos de acordo em considerar o direito mercantil pura e simplesmente como um produto do capitalismo. Esta tese supõe que antes do capitalismo não tenha existido nenhum direito mercantil e logicamente tem que chegar a concluir que, se o capitalismo desaparecesse, succumbiria com ele o direito mercantil. Como vemos, esta tese pretende deter a imobilizar o conceito do direito mercantil numa fase de uma evolução histórica que começou muito antes do capitalismo e que sobreviverá, sem dúvida, ao capitalismo. Se um jurista do século xiv tivesse dito que o direito mercantil era o direito próprio do regime

gremial, teria tido razão para dizê-lo, sob a condição de limitar o alcance de sua afirmação à época histórica em que vivia. Mas teria cometido um grave erro se tivesse pretendido dar a esse conceito um valor absoluto e permanente; erro que teria sido facilmente descoberto pelos juristas do século xx, que contemplaram o ocaso do regime gremial, e, ao mesmo tempo, o nascimento de um novo direito mercantil baseado no regime da liberdade de comércio e de indústria. Todas as instituições do direito, tanto público como privado, sofreram no século xix a marca do capitalismo. Neste sentido há um direito civil, um direito público, um direito administrativo e um direito laboral do capitalismo. Mas deste fato não é lícito deduzir — confundindo o contingente e acidental com o permanente e substancial — que todos esses ramos do direito são fruto do capitalismo. O direito mercantil moderno é o direito da época do capitalismo. Mas sua razão de ser não está indissolúvelmente vinculada ao capitalismo. Se o estivesse, não poderíamos compreender como a instituição mais representativa do direito mercantil contemporâneo, a sociedade por ações, sobrevem nos países de regime comunista e como, ao contrário, nos países capitalistas vá perdendo os traços mais característicos deste regime” (*Hacia un nuevo derecho mercantil*, 1971, pp. 211-212).

30. É claro que, regulando especificamente a atividade econômica, o direito mercantil sofreu a influência do capitalismo em grau maior do que qualquer outro ramo do Direito. Mas o capitalismo, como vimos, já encontrou elaborado o direito profissional dos comerciantes; a própria sociedade anônima já surgira como instrumento da política econômica do Estado, no século xvii, antes da aparição do capitalismo, que apenas a colocou ao seu serviço. O capitalismo não criou as instituições do direito mercantil; somente mudou seu sentido em função da nova mística: a concepção fáustica do dinheiro como instrumento de do-

minio, de poder e de força. Seria um erro de método definir um ramo do direito não pelo seu objeto peculiar, mas pelo espírito, pela cor ou pela tendência predominante em determinanda época (JOAQUIN GARRIGUES).

Para um novo Direito da Empresa.

31. O núcleo do direito mercantil moderno é a empresa comercial. Tal é a importância que assume a empresa no quadro econômico, projetando-se nos cenários social e político, que já se pergunta, com RIPERT, se não chegou a hora de conferir personalidade jurídica à empresa, tornando-a sujeito de direitos e obrigações, distinto da pessoa do dono do capital. A personalização da empresa constitui matéria de amplo debate doutrinário, principalmente no direito do trabalho, porém ainda não obteve consagração legislativa.

O desenvolvimento das sociedades comerciais e, mais particularmente, das sociedades anônimas, o espetáculo de sua permanência, em contraste com a transitoriedade dos seres humanos, levam a distinguir, na vida dos negócios, a empresa e o empresário.

A empresa nasce, geralmente, da imaginação e da energia de um homem empreendedor, com quem ela na origem se confunde e do qual conserva muitas vezes o nome e o estilo. Entretanto, os homens passam, os capitais se transferem de um para outro titular, a própria atividade se modifica, mas a empresa, adaptando-se embora às novas condições do meio, continua em pós de seu destino próprio. (PAUL DIDIER, *Droit Commercial*, 1970, p. 215).

32. A realidade econômica da empresa, no estágio atual do direito, não pode ser reduzida a um conceito unitário, devendo ser considerada sob vários aspectos diferentes.

A empresa não se confunde, porém, com a pessoa que a exerce — o *empresário* — que é dono do capital, a

quem compete suportar os ônus, responder pelos riscos e auferir os proventos da atividade. Noutra acepção, focaliza-se a empresa como uma organização produtiva que opera guiada pela atividade do empresário, com o auxílio de certos bens, cujo complexo forma a *azienda* (estabelecimento comercial).

33. Na sua atual formulação, o direito mercantil tomou a empresa tal como foi configurada pelo capitalismo, não penetrando em sua estrutura interna como organização de trabalho. O direito mercantil, assinala GARRIGUES, ainda permanece reduzido a um direito do empresário capitalista e da atividade externa da empresa, sem reconhecer-lhe a natureza de instituição econômica, organizada internamente como comunidade de trabalho.

Será obra do futuro a integração, no Direito da Empresa, da regulação não só da atividade externa, dos órgãos sociais e seu funcionamento, da formação da vontade corporativa, dos direitos e deveres dos sócios, mas também dos aspectos internos da organização do trabalho dos gestores, dos técnicos e dos trabalhadores que nela colaboram.

34. Na Europa, juristas e economistas de tomo proclamam a necessidade da reformulação da empresa capitalista, vasada nos moldes do individualismo econômico, para adaptá-la às novas condições sociais. Reflexos dessas idéias encontram-se em textos recentes, nas legislações alemã, francesa e espanhola.

Podem, de modo geral, ser assinaladas três ordens de fenômenos econômico-sociais que se traduzem em impulsos evolutivos no sentido de modificar a estrutura jurídica da empresa, organizada sob forma de sociedade anônima:

a) A progressiva separação entre a propriedade e a gestão da empresa, que se observa principalmente no quadro das grandes companhias.

b) A gradativa afirmação de um direito de co-gestão atribuído aos colaboradores da empresa, de modo a limitar a liberdade dos proprietários dos meios de produção (v. FRANÇOIS BLOCH — L'AINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, 1963).

c) A elaboração do conceito da função social da *propriedade empresarial*, acarretando não só restrições, mas também deveres positivos para com a coletividade por parte de seus proprietários.

Estas atitudes se traduzem, em síntese, na atribuição aos empresários de maior consciência de sua responsabilidade social, perante seus colaboradores e a coletividade à qual destinam seus produtos.

35. São estes os novos fatos da realidade social que, superando os conceitos tradicionais, determinam a crise do direito mercantil contemporâneo e a conseqüente necessidade de sua reformulação.

Creemos que a noção de empresa econômica, incluindo suas futuras projeções, revela-se plenamente apta a constituir o centro da elaboração dogmática do moderno direito mercantil, conferindo-lhe alto significado axiológico e realçando a dignidade ética e científica do novo Direito da Empresa.

O Direito Autoral e os Clubes Sociais no Brasil*.

Arnoldo Medeiros da Fonseca Junior

Consultor Jurídico da Associação de Clubes Sociais.
Consultor Especial junto à Comissão do Ministério da
Educação e Cultura, na Biblioteca Nacional, para
estudos Legislativos de Direito Autoral.

Estamos na iminência de ver aflorar, a qualquer instante, em nossos horizontes jurídicos, pela primeira vez, um Código de Direitos do Autor e Direitos Conexos.

Seguindo esclarecida orientação, o Governo Federal resolveu dar unidade à extremamente dispersa e variada legislação existente.

Um Anteprojeto da autoria do preclaro Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA foi publicado em 1967.

Dois outros projetos, substitutivos ao anterior, estão atualmente em mãos do sr. Ministro da Justiça para exame.

O primeiro é da mesma lavra daquele que já foi publicado com a coautoria ilustre do professor ANTÔNIO CHAVES, (cuja presença, aliás, honra o nosso plenário);

E o segundo, da elaboração do não menos insigne Ministro CÂNDIDO MOTA FILHO.

É nesta contingência, em que a Lei Nova está para surgir que mais importante se torna a análise e compreensão dos chamados Direitos Autorais, que tanto inquietam os clubes no Brasil.

*. Conferência pronunciada por ocasião da 1.^a Convenção Nacional dos Clubes Sociais, em 25 de abril de 1973, em que o autor participou como assessor jurídico para problemas de Direito Autoral.

Nossa exposição tentará resumir uma visão extremamente didática da matéria, atendo-se no decorrer ao chamado Direito de Execução Pública, para afinal sugerir medidas práticas que eliminem as dificuldades e os desajustes existentes.

Antes de começar, gostaria de lembrar um fato importante na futura consideração dos interesses dos Srs. Convencionais.

Desde 1829¹, no exterior, e de setembro de 1917², no Brasil, estão os autores apropriadamente reunidos em sociedades constituídas para a arrecadação e defesa de seus direitos. Só agora, porém, praticamente 56 anos depois, é que os Clubes Sociais arquitetam formas amplas de organização para zelar unificadamente pelos seus interesses. E já era tempo que a isso se resolvessem. Pois as conseqüências daquela inação e isolamento, os Srs. podem e devem tentar avaliar.

O Estado procura sempre garantir aos indivíduos uma remuneração pelo seu trabalho. O esforço intelectual e físico empregado por uma pessoa na criação de uma obra literária, artística ou científica merece igual compensação.

A coletividade tem o interesse fundamental em difundir, preservar e incentivar as criações do espírito, porque irão elas constituir, em seu conjunto, o patrimônio cultural de uma nação. E o desenvolvimento não se obtém sem a cultura.

A Constituição Federal em seu artigo 180 preceitua: “O amparo à cultura é dever do Estado”.

Não se trata, apenas, de compensar a atividade dinâmica representada pelo trabalho, mas é sobretudo o resultado obtido que empolga a ordem jurídica. O produto da

1. Fundação da “Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques” — França.

2. Fundação da “Sociedade Brasileira de Autores Teatrais” — “SBAT”.

atividade intelectual é tão importante, que gera direitos especiais para o seu criador.

A mesma Constituição no artigo 153, tratando dos direitos e garantias individuais, assegura: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas, pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse Direito é transmissível por herança pelo tempo que a lei fixar”.

Esses os chamados Direito de Autor.

Internacionalmente, estão reconhecidos e assegurados pelo Brasil, através da ratificação e posterior promulgação das Convenções de Berna e sua revisão de Bruxelas, pela Convenção de Washington, e pela de Genebra.

A obra que resulta da criação intelectual, pode ser utilizada de várias formas. Sendo o autor o seu primeiro e principal crítico, pode evidentemente, melhor do que ninguém, julgar a conveniência ou não da utilização por qualquer meio ou processo, determinando, inclusive, a maneira pela qual esse uso deve ocorrer.

Assim, pode se evitar que na sua difusão sejam transfiguradas as características básicas de uma obra, desvirtuando-se desta forma a sua mensagem cultural, que é exatamente o que se deve preservar.

O autor tem o maior interesse em que as emanações da sua intelectualidade sejam divulgadas com perfeição, por que sabe muito bem que as deficiências lhe serão indiretamente atribuídas, já que está vinculado pessoalmente à obra.

Com intenção de o estimular a contribuir para o patrimônio cultural do país, e como dupla compensação pela sua criatividade e vigilância é que do uso da obra por terceiros se fez derivar para ele o direito de receber remuneração ou requerer indenização nos casos em que a utilização se fizer sem o seu consentimento.

Os seus herdeiros são igualmente beneficiados, porque o relacionamento que mantêm com o autor faz presumir que tenham o mesmo desejo e interesse que a mensagem se

difunda com precisão, e porque anima o criador a consciência de que com o seu trabalho poderá também garanti-los economicamente.

Assim a autoridade legítima emana normas de conduta, revestidas de suficiente coerção, para a composição dos conflitos de interesses existentes entre a coletividade e seu empenho na difusão e preservação da cultura (representada nos casos concretos sobretudo pelos usuários), e o autor.

As compensações atribuídas ao autor, e que significam os seus direitos exclusivos em relação à obra, sofrem restrições, toda vez que o interesse da coletividade é de tal modo urgente e superior que não permitiria uma composição da forma habitual.

Isto se compreende, não só porque a proteção se dirige à obra, e não ao autor, como pensavam muitos doutrinadores, como também, porque o autor ao criar nada mais fez que transformar, através de sua individualidade criativa, parte do acervo cultural que a coletividade preservou e transmitiu, adquirindo esta última direitos irrecusáveis em relação àquele patrimônio cultural, ao qual a obra do autor passará a pertencer, e de cuja existência dependeu a sua criação.³

Elementar é que a obra deva representar uma contribuição de alguma significância para o acervo cultural. A

3. Assim o Direito Autoral além de ter a sua natureza social (e que Direito não o tem?), seria também um direito natural, como o querem muitos juristas, na medida em que a obra autoral, pertencendo ao patrimônio cultural de um país, quicá do mundo, tem na sua essência a ânsia de se ver preservada, divulgada, transmitida, interpretada, assimilada, e desenvolvida. Isto porque essa necessidade, absolutamente anterior a qualquer interferência legislativa, é um fato básico para a existência do próprio conceito de cultura. — Na própria natureza da cultura está a ânsia referida, e que leva ao estabelecimento de direitos especiais, para todos que a preservem, transmitam, divulguem, interpretem, assimilem e desenvolvam. É evidente, também, que nessa tarefa a coletividade antecede e sobrepuja o autor, daí a legitimidade irre-

este último, o filtro da criatividade individual deve ter, ao assimilá-lo, conseguido obter certa mudança relevante para a arte, literatura ou ciência. Por isso não se protege o plágio.

Admirável é portanto pela sua clareza, inteligência e profundidade a lição precursora nesta matéria do Professor ANTÔNIO CHAVES no sentido de que a proteção é da obra e não do autor⁴. Lição essa, que materializou-se no *Projeto de Código de Direitos do Autor e Direitos Conexos*, de sua co-autoria, e que preceitua:

“A criação de uma obra intelectual, seja qual for seu gênero, forma de expressão e destinação, confere ao autor os direitos morais e pecuniários cuja defesa as normas de ordem pública deste Código asseguram”.

Os Direitos Autorais envolvem atributos de ordem moral⁵ e de ordem pecuniária. São esses últimos os que mais nos interessam.

cusável das restrições que aquela, no interesse da própria cultura, impõe ao direito atribuído aos criadores. — Mais evidentes ainda se tornam estas noções quando se verifica que findo um lapso de tempo razoável, em que se acredita haver compensado o autor, volta a obra ao patrimônio da coletividade, configurado no domínio público.

4. A. CHAVES — *O Projeto de Código de Direito do Autor e Direitos Conexos*, Revista da Faculdade de Direito, São Paulo 66, 115-117, 1971.

5. Sobre eles, embora fujam ao interesse imediato desta exposição, permaneceram ainda esclarecedores os conceitos emitidos por POUILLET: “C’est en réalité, le droit, pour l’écrivain et l’artiste, de créer et de faire respecter sa pensée. le droit de défendre l’oeuvre contre les dénaturations que quiconque, ... lui ferait subir...” (POUILLET, EUGÈNE — *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*. 3. ed. refondue par Georges Maillard et Charles Claro, Paris, Marchal et Billard, 1908, cap. VII, p. 256, 259). — Elucidativa é ainda a definição de GENY que encontramos na magnífica tese de PHILADELPHO AZEVEDO, “c’est un droit d’ordre principalement moral ou personnel, en vertu duquel l’écrivain dispose exclusivement de sa pensée pour l’informer à sa guise, puis la retenir ou la communiquer au public, ou bien, la lui ayant offerte, la reprendre, la modifier ou l’anéantir, soit qu’il agisse lui même dans un de ces sens, soit qu’il empêche les autres d’agir à l’encontre de ses intentions propres” Ou ainda a que professou GEORGES BRY e que encontramos na

Os atributos pecuniários são alienáveis, porque seu exercício pode ser cedido a terceiros (assim um autor cede ao editor o direito de reproduzir graficamente a sua obra); são temporários, porque esta autorização não é perpétua e sofre limitações no tempo; são divisíveis porque se exige uma autorização para cada uma das formas de utilização relacionadas, (assim, quem autoriza uma gravação em disco não está permitindo a execução pública da obra); e são relativos, renunciáveis e prescritíveis, ao contrário dos atributos de ordem moral, que são perpétuos, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Os atributos pecuniários permitem utilização sob forma corpórea e sob forma incorpórea.

No primeiro caso, sob forma corpórea, temos os Direitos de Exposição, Exibição, Sequela, Distribuição, Reprodução etc.

No segundo caso, sob forma incorpórea, temos os Direitos de Recitação Pública, Radiodifusão, Execução e Representação, Direitos de comunicar e fixar a execução e representação, e outros⁶.

É nosso objetivo atual o Direito de Execução. Ele se define como a divulgação sonora, ou então, mais amplamente, como a reprodução acústica de uma obra musical. O conceito jurídico-autoral de execução, se cinge portanto às criações de natureza musical.

Em sua reprodução acústica, as obras dramáticas são representadas, as poéticas recitadas, e as musicais são executadas.

mesma tese: "... o conjunto de faculdades e vantagens que tendem a salvaguarda da personalidade do autor, a fazer respeitar sua inspiração, suas idéias, seu nome, a integralidade de sua obra..." (*Direito Moral do Escritor*, Rio de Janeiro, Alba, 1930, p. 38).

6. Seguimos nesta divisão de utilização corpórea e incorpórea a orientação e enunciados adotados no "Projeto de Código." antes citado.

A vontade e a ação material do indivíduo executante, são dirigidas na execução no sentido de realizar a reprodução sonora.

A execução pode ser direta ou indireta. É direta quando se dirige do executante diretamente ao ouvinte. E é, por conseguinte, indireta, quando o processo se cinde em duas etapas distintas: na primeira, o executante, ou fixa sua execução em um suporte material (como discos, fitas, tapes etc.) ou então realiza a reprodução para que um organismo de radiodifusão a capte. Na segunda etapa, a execução fixada ou captada, é então, comunicada ao ouvinte. Assim, é execução direta aquela que uma orquestra faz em um clube diretamente aos sócios, e é indireta, tanto aquela em que a audição se efetua através de discos, fitas, etc., como a que se realiza através de um rádio ou televisão.

A execução pode igualmente ser pública ou privada.

Privada ela é, quando restrita ao círculo familiar, à esfera íntima do indivíduo.

Pública ela se torna quando se efetua a comunicação da obra a uma pluralidade de pessoas que não esteja unida pelos estreitos laços da intimidade e do parentesco.

Segundo PONTES DE MIRANDA, haveria que distinguir ainda, entre audição retribuída e execução retribuída⁷

Execução retribuída seria aquela em que o executante recebesse remuneração pelo seu trabalho, muito embora os ouvintes pudessem estar assistindo gratuitamente. É o caso do pai que aluga um clube e paga aos músicos para a festa de aniversário de seu filho.

Audição retribuída por outro lado, seria aquela em que as pessoas que assistissem devessem pagar ao executante ou a terceiro para poder presenciar à execução (é o caso de pessoas que comprem ingressos para um baile).

Podemos adiantar, no entanto, que a distinção, por si só, não tem no estado atual do nosso Direito, a importância

7. MIRANDA, PONTES DE, *Tratado de Direito Privado*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1956, v. 16, Cap. VIII, p. 177-79.

que se lhe quis atribuir. Sozinha, sem o critério da publicidade ela é inútil.

No primeiro caso, na execução retribuída, é uma pessoa, o pai, que se substitui aos ouvintes na obrigação de pagar ao executante. No segundo caso, na audição retribuída, é o próprio ouvinte quem paga, comprando os ingressos.

Quando a audição fosse retribuída mas o executante não recebesse remuneração, como por exemplo num espetáculo de beneficência, não haveria também interesse na distinção. Porque segundo o estabelecido pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 657: “Publicada e exposta a venda uma obra teatral ou musical, entende-se anuir o autor a que se represente ou execute, onde quer que sua audição não for retribuída”.

A pessoa que paga um espetáculo de beneficência está visivelmente retribuindo, quando não ao organizador, pelo menos ao beneficiário.

Os conceitos tinham que ser referidos, apesar da nossa observação a respeito, devido sua importância para o manuseio da espécie que estudamos.

Antes de evoluirmos na sua análise, queremos abrir um parêntese para esclarecer o que sejam os Direitos Conexos ao Direito de Autor.

A significância deles deflui para nós, da obrigação que tem os clubes de pagar pelos Direitos Conexos, quando haja execução indireta de obras musicais.

Se a realização de uma obra faz derivar para seu autor direitos especiais porque o Estado quer amparar a cultura, todos aqueles intermediários (como por exemplo cantores, músicos etc.) que tenham atuação indispensável no processo de comunicar a obra ao público e que assim acrescentem à criação do autor, elementos pessoais e especiais, seja de ordem intelectual técnica ou mecânica, é justo que esses intermediários, sejam também merecedores de Direitos específicos conexos àquele do autor. A sua atividade se tornou imprescindível à divulgação da cultura.

No Direito Brasileiro eles foram reconhecidos pela promulgação da Convenção de Roma através do Decreto 57.125 de 1965 e pela publicação da lei 4.944 e sua regulamentação pelo Decreto 61.123, ambos de 1966.

Dizíamos que o Código Civil exigiu para que houvesse exceção ao Direito de Autor de Execução de Obras Musicais além da ocorrência da não retribuição da audição, a condição de que a obra houvesse sido publicada e exposta à venda.

Assim a obra inédita ficava sujeita ao consentimento do autor, mesmo quando a sua audição não fosse retribuída.

Em 1924 o Decreto 4.790 no artigo 2.º, acrescentava, que nos espetáculos públicos quando houvesse pagamento de entrada, era necessária a autorização do autor, para cada vez que se pretendesse executar composições musicais.

E em 1928, os Decretos 5.492 e 18.527, regulando as empresas de diversões e locação de serviços teatrais, deixavam disposto, respectivamente nos artigos 26 e 47, que as composições musicais executadas ou transmitidas pela radiotelefonía, com o intuito de lucro, em reuniões públicas ficavam sujeitas ao consentimento do autor. E o parágrafo único presumia que a retribuição paga a músicos, executantes ou transmitentes representava intuito de lucro.

Consagravam-se aí os dois critérios que viriam a nortear definitivamente a matéria.

Notaram os juristas que a audição seria retribuída, não apenas, naquelas ocasiões em que houvesse o pagamento direto e evidente por parte do ouvinte, mas também naqueles outros casos em que esta remuneração se processasse de maneira menos perceptível.

Para esclarecer estas hipóteses pouco nítidas de retribuição, mas em que ela inegavelmente ocorria, elegeu-se o intuito de lucro como critério, amparado pelo da publicidade da reunião.

Intuito de lucro direto, ou da audição diretamente retribuída, ocorreria nos casos em que se desse a cobrança de ingressos ou exigência de consumação mínima, por exemplo.

Já o intuito de lucro indireto, ou audição indiretamente retribuída se caracterizaria em seu sentido amplo atual, como o esclarece o Anteprojeto do Desembargador Milton Sebastião Barbosa, “pela cobrança de taxas ou mensalidades, pelo recebimento de subvenções, aluguel de salões para qualquer espetáculo ou festividade, a exploração publicitária em geral, a existência de qualquer finalidade econômica ou comercial, o pagamento de remuneração por qualquer forma, a artistas, intérpretes, músicos, executantes ou semelhantes, inclusive, a qualquer outra pessoa no local onde a obra é utilizada”⁸.

Assim o intuito de lucro não se resumiria meramente na intenção de usufruir vantagens com o uso da obra, mas alcançaria também aquelas hipóteses em que objetivamente pela sua utilização, resultassem benefícios para o usuário.

Lucro quer dizer “Utilidade, ganho, interesse, proveito, produto livre de despesas”.

“A análise econômica contemporânea”, segundo HENRI GUITON, professor de Economia Política da Universidade de Paris, “não considera lucro senão o excedente. . Há lucro” diz ele “apenas existe um excedente, uma vez pagos todos gastos gerais, todas as matérias primas, e todos os serviços produtivos, assegurados o renovamento das partes envelhecidas da empresa e a possibilidade de prevenir os imprevistos do futuro”⁹.

Embora de ordem nitidamente econômica, a palavra em sua presente acepção jurídico-autoral como na que lhe deu o uso popular, significa mais amplamente um benefício

8. Diário Oficial, Seção I, Parte I, Supl. ao n. 113, art. 79, 16 de junho de 1967, p. 19.

9. GUITON, HENRI, *Economia Política*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961, v. 4, p. 60-1.

genérico, de diversas categorias desvinculando-se do seu aspecto econômico inicial.

Um clube social é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída para o proveito exclusivo de seus associados. Não visa o lucro econômico. Interessa-se em cobrar pelos serviços que presta para pagar suas despesas e, quando muito, para reinvestir em bens e serviços que sirvam à comodidade ao lazer de seus sócios. Só são remunerados os funcionários, nunca os membros do quadro social.

Contudo, a execução de músicas em clubes, porque visa o proveito de seus associados, é uma audição indiretamente retribuída por ele.

O lucro que se tem em vista é o bem estar e o divertimento. Para obtê-los o sócio paga a mensalidade que nada mais é que uma retribuição pelas comodidades que goza.

Não foi pacífica, porém, a evolução do conceito de execução musical em clubes e sociedades recreativas. Para que vestisse o antes apertado conceito de audição retribuída, precisou haver uma lenta progressão jurisprudencial, doutrinária e legislativa. E sobretudo precisou-se ampará-lo pelo critério da publicidade, que, por si só, já deveria ter sido suficiente.

Para compreender essa transformação é preciso sobretudo perceber que sendo a música o elemento básico e essencial, sem o que não se pode realizar qualquer festa, baile ou reunião dançante, revoltava aos autores e comovia os juristas o fato de que, embora pagando funcionários, decoração, músicos, operários, lavanderia, bebidas e outros fornecedores¹⁰, os clubes escorados pelas imprecisões e lacunas da lei, se esquivassem ao pagamento dos Direitos Autorais, que afinal de contas são o ganha pão dos autores. É como se uma fábrica se recusasse a pagar pela matéria prima que vai industrializar.

10. Ver a este respeito precisa argumentação do Prof. ANTÔNIO CHAVES, in *op. cit.*, p. 127.

Opondo-se a estas mutações, os clubes embora isolados, lutavam resolutamente pelos seus interesses.

Assim distinguiu-se entre o conceito de espetáculo público e o de espetáculo privado, para, incluindo os clubes na última categoria, isentá-los do pagamento dos Direitos Autorais. De vez que suas reuniões seriam coletivas mas não publicas, porque restritas aos sócios e convidados¹¹.

Porém, inúmeros julgados, e, mais ainda, o Decreto 20.493 de 1946 regulamentando os Serviços de Censura de Diversões Públicas, assemelhou expressamente, no artigo 88, os lugares de reuniões públicas aos de reuniões coletivas, eliminando por conseguinte a diferença e exigindo a autorização do autor, para a aprovação de programas de audições musicais nesses lugares. Outras e diversas decisões judiciais se sucederam, contudo, em vários tribunais do país, notadamente no do Estado do Paraná, afirmando o caráter privado nas reuniões em clubes¹², e a gratuidade das audições.

Procurou-se também fixar que as decisões contrárias ao interesse dos clubes apoiavam-se em diplomas legais que dispunham somente acerca de empresas de diversões e locação de serviços teatrais, sujeitas ao regime das sociedades comerciais e que, por isso, não poderiam ter sido aplicados aos clubes que são sociedades civis sem finalidade lucrativa¹³.

11. DUVAL, HERMANO, *Violação dos Direitos Autorais*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1968, Título II, Cap. I, n. 95, p. 227.

12. *Revista dos Tribunais* do Estado de São Paulo, v. 392, p. 356, 1968, v. 345, p. 487, v. 350, p. 540, 1964, v. 228, p. 548, v. 149, p. 141, v. 164, p. 731, v. 253, p. 609, v. 384, p. 550 — *Arquivo Judiciário*, v. 108, p. 218, v. 116, p. 412, v. 113, p. 62, v. 105, fasc. 2, p. 291, fev. 1953 — *Ementário Forense*, ano 10, n. 115, 1958, ano 4, n. 66, 1954 — D. J., p. 322 apenso ao n. 209, maio 1961.

13. HERMANO DUVAL, *op. cit.*, n. 97, p. 231-32 — Em contrário consulte-se: *Revista dos Tribunais* de São Paulo, v. 339, p. 298, v. 328, p. 719, v. 262, p. 145, ago. 1957, v. 188, p. 476, v. 194, p. 382 — *Jurisprudência*, súmula 353, p. 350, 1967. — Consultar também

Em meio a esta efervescência jurisprudencial também se pronunciavam continuamente os tribunais, e notadamente o Supremo Tribunal Federal, interpretando a lei em sentido oposto àquelas entidades, sendo marcante o importantíssimo e sempre citado relatório do Ministro Amarílio Benjamim no agravo de petição ao mandado de segurança 17.173, em que afirmou o caráter público e o intuito de lucro existente nas reuniões em clubes, e a equivalência desses últimos a verdadeiras empresas de recreação¹⁴.

Houve ainda quem tentasse eximir as mencionadas associações da obrigação de pagar a execução indireta, seja através de discos, seja pela radiodifusão, sob o argumento de que a cessão do Direito de Reprodução num caso, e o de Execução pago pelas empresas de Radiodifusão no outro, já remunerava suficientemente o autor¹⁵. Mas a tese esquecia o caráter eminentemente divisível dos atributos pecuniários, e não poderia de forma alguma ser acolhida, como não o foi.

Atualmente temos diante de nós uma jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal reconhecendo a obrigação dos clubes pagarem aos autores; contudo nas instâncias inferiores continuam-se a encontrar, vez por outra, decisões opostas, mas que, ao final, são necessariamente reformuladas, toda vez que alcançam o Órgão Máximo do nosso Poder Judiciário.

Finalmente o projeto da co-autoria do professor ANTONIO CHAVES espantou todas as incertezas, pela adoção definitiva de um critério de superior clareza que é o da publicidade. Assim o artigo 27 dispõe que “todas as execuções ou representações públicas ainda que sem finalidade lucra-

extensa jurisprudência relacionada no parecer *Direito de Autor — Discos Gramofônicos — Execução não autorizada de Obras Musicais*, de A. CHAVES, in *Rev. Trib.*, v. p. 42.

14. Censura Federal, Brasília, Carlos Rodrigues Editôra, 1971, p. 282.

15. HERMANO DUVAL, *op. cit.*, Título VII, Cap. II, n. 160, p. 420-21.

tiva, direta ou indireta... “dependerão do pagamento prévio da retribuição¹⁶.

Srs., havendo sido convidado pelos organizadores desta Convenção para proferir esta palestra, poderia parecer a alguém, que eu devesse negar vivamente o Direito dos Autores. Essa atitude, aparentemente fácil, quem sabe (?), poderia me lograr posição mais simpática perante os senhores Convencionais.

Entretanto as pessoas aqui presentes não são ingênuas. Todas, de uma forma ou de outra, já tiveram que se defrontar com a dúvida em pagar ou não os Direitos Autorais. A experiência prática já as acautelou. As batalhas judiciais de que participaram ou tiveram notícia, são suas melhores conselheiras.

Na absoluta maioria dos países civilizados os clubes pagam direitos autorais.

Desonesto seria eu, se viesse levantar falsas esperanças, animando-os a atitudes, que ao final, só redundariam nas mais funestas conseqüências jurídicas.

O advogado no mundo contemporâneo, é, antes de tudo, um consultor, que previne as possíveis demandas, evitando os processos judiciais inúteis, lentos e dispendiosos.

Os autores têm hoje os seus direitos, alicerçados processualmente em meios eficazes para reprimir as violações de que sejam vítimas.

E a tutela civil e penal se já é suficiente como está, caminhou nos projetos elaborados, para uma repressão mais cerrada, e para uma ameaça mais sensível, que realmente alarme, assuste e afugente os possíveis violadores das normas jurídico-autorais.

O artigo 184 do Código Penal vigente estabelece que é crime “violar Direito de Autor de obra artística, literária e científica”. Podendo esse ilícito originar ação penal mediante queixa do ofendido e subsequente condenação em pena de detenção de três meses a um ano.

16. ANTÔNIO CHAVES, *op. cit.*, p. 127.

A Lei Processual Civil assegura o Interdito Proibitório, como medida preventiva, contra a ameaça de turbação à posse dos Direitos Autorais.

Tanto o Código de Processo Civil como o de Processo Penal permitem a utilização da ação de busca e apreensão, como medida cautelar de natureza coercitiva, destinada a colher elementos probatórios da ocorrência de ilícitos. (Discos, fitas, tapes podem ser apreendidos, e os aparelhos de reprodução lacrados por determinação judicial).

Pode ainda ser requerida a interdição do espetáculo e interposta ação de perdas e danos no fôro civil, bem como a ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato, com a conseqüente cominação de multa pecuniária pela violação do preceito.

Não foi portanto, desavisadamente, que agimos, quando, continuada e energicamente, advertimos de que a violação dos Direitos Autorais repugna a consciência jurídica. Sabíamos dos riscos a que os equívocos poderiam sujeitá-los. Por isso talvez, tenhamos sido exaustivos e um tanto detalhistas. Visamos à compreensão didática, e à apreensão lógica pelos senhores dos fundamentos da matéria que estudamos.

Agora, contudo, não menos energicamente desfraldo o estandarte dos seus interesses, e conclamo-os a juntos, nesta Convenção, analisarmos e encontrarmos soluções, atitudes e medidas comuns, para aquele âmbito de situações em que os clubes podem, e precisam fazer valer os seus direitos.

Trouxe-lhes algumas sugestões.

Constantemente, ouço Diretores de Clubes Sociais que reclamam, justificadamente, quando manifestam sua apreensão diante do modo arbitrário com que, algumas vezes, os representantes dos autores fixam os preços pelos Direitos Autorizados.

Os clubes precisam de uma previsão orçamentária antecipada das suas despesas. Mas são surpreendidos, reiteradamente, pela solicitação de remunerações desproporcionadas, por parte de alguns representantes dos autores.

Quantos clubes não tem evitado realizar bailes de carnaval e outras festividades especiais, porque não podem fazer face aos gastos onerosos com os Direitos Autorais.

Costuma-se replicar que o porcentual não é exagerado, quando considerado no conjunto das demais despesas. Mas, se assim fosse, por que iriam estas entidades resignar-se a não mais proporcionar esse bem estar aos seus sócios, se é precisamente esta a finalidade que anima a sua existência jurídico-civil.

Não sou eu quem abstratamente formula estas preocupações, é a lamentação dos clubes que chega continuamente aos meus ouvidos.

O Anteprojeto do Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA havia criado um sistema de tabelas mínimas bienais obrigatórias, fixadas antecipadamente para a cobrança dos Direitos Autorais.

Foi porém abandonado, em favor de outro inegavelmente superior, em muitos aspectos, ao que o antecedeu. As disposições quanto a tabelas mínimas, parecem ter sido suprimidas, porque suprimido foi o sistema de arrecadação centralizado e estatal antes estabelecido.

Se por considerações jurídicas e práticas irrecusáveis as alterações foram necessárias, os motivos que levaram à criação daquelas limitações ao Direito do Autor ainda permanecem vivos. E os nossos juristas certamente não os terão esquecido.

Cabe aos clubes, agora, colaborar para que seja encontrada a maneira pela qual, dentro da nova orientação adotada, seja possível resguardar os seus justificados interesses. Cabe a eles unificadamente agir para que sôe mais forte o seu murmúrio, para que se constitua num grito que emocione a sensibilidade jurídica da Nação.

Os autores atualmente podem cobrar o que quiserem. A jurisprudência lhes atribui o Direito de fixar como queiram o preço, em autorizações antecipadas.

Diz-se que os clubes podem, se quiserem, deixar de utilizar músicas em suas sedes. Mas como, se ela é um elemento indispensável ao lazer contemporâneo?

Será que sob o exercício de um direito legítimo, vai se abrigar o verdadeiro abuso, em que se traduz em algumas ocasiões, a fixação e cobrança arbitrária por parte de alguns representantes dos autores do preço pelos Direitos Autorais?

No decorrer desta Convenção, na análise de outras disciplinas, os senhores terão inúmeras oportunidades de verificar as vantagens de se reunir em uma organização. As empresas enfrentam melhor as realidades econômicas do mundo atual, quando estão juntas.

Do ponto de vista da matéria que estudamos, também.

Por que não se criar um serviço jurídico único e centralizado, que os assessores nos problemas de Direito Autoral. Serviço esse, que firme com os autores os contratos de utilização, obtendo vantagens e redução dos preços. (Como por exemplo ocorre na Alemanha, aonde os contratos firmados por associações de entidades privadas, obtêm até 20% de desconto)¹⁷.

Unidos os clubes vão pedir, sim; mas saber também exigir quando se fizer necessário.

Por que não baratear os custos da manutenção de um quase sempre dispendioso mecanismo de assistência jurídica isolada e individual? Por que não reforçarem mutuamente, uns a posição dos outros?

Por quê não implantar um serviço centralizado com sistema de classificação e arquivamento que lembre os clubes de suas obrigações, e oriente-os quanto a seus compromissos econômicos, até mesmo pagando por eles?

Sim! Se os autores têm sociedades para arrecadar, os clubes também podem ter entidade para a realização con-

17. CHAVES, ANTÔNIO, *A arrecadação do Direito de Autor na Europa*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1971, v. 66, p. 413-14.

junta do pagamento, e por que não para exigir critérios mais justos na cobrança?

Quem desconhece que muitas vezes um clube de patrimônio vultoso quase não realiza festas e faz pequena utilização da matéria prima musical, embora pague alto pelos Direitos Autorais? Ao passo que um clube mais modesto, por estar auferindo a maioria das suas rendas pelos serviços que presta durante os bailes e reuniões dançantes, paga pouco pelos mesmos Direitos.

Por quê não se exigir um critério que constate a utilização real da música, para orientar a cobrança dos Direitos Autorais. Talvez estabelecendo um percentual fixo sob determinado valor (como por exemplo “tantos por cento” sobre a arrecadação do clube). De tal forma que se possa antecipar os gastos e evitar desequilíbrios no orçamento geral.

Por quê, ao menos, não adotar um sistema comum, embora exercido individualmente, para a quitação dos Direitos Autorais (como a utilização de “carnets” bancários, sem prejuízo da aprovação dos programas pela censura).

Barateando o custo para os senhores, estarão diminuindo também os gastos da onerosa máquina de arrecadação e fiscalização que os autores mantêm. Beneficiando-os os senhores podem exigir a redução das remunerações que pagam.

Estou convicto de que os representantes dos autores se aqui compareceram é porque estão interessados também em encontrar formas de entendimento comum.

E além disso, por quê não aproveitar a ocasião, e redigir ao sr. Ministro da Justiça um documento que se destine a receber a assinatura de todos os dirigentes de clubes no Brasil, aprovando as recomendações desta Convenção acerca dos Direitos Autorais, solicitando a S. Excelência que sejam tomadas em consideração na redação final do Projeto de Código.

Por quê não se pugnar pela criação de uma Comissão ou órgão especial composto de representantes dos autores,

dos usuários e elementos mediadores de nomeação do governo, que arbitre e fixe os critérios e percentuais para cobrança de direitos de execução musical, procurando resolver em caráter preliminar os litígios existentes, sem prejuízo das demais medidas judiciais facultadas legalmente aos interessados para defesa de seus direitos

São 23.000 os clubes sociais no Brasil, são portanto 23.000 comunidades cujos direitos, interesses, e reivindicações não devem ser descuidados.

Todas estas proposições, que apresentamos, foram relacionadas na constituição de um documento, que se propõe ao exame, análise e crítica desta Convenção, admitindo sugestões e reformulações.

Ofereço-o como ponto de partida para os trabalhos da Comissão específica.

Senhores, somos aqui apenas algumas centenas de entidades, uma reduzida quantidade face ao total das congêneres existentes. Mas é sempre do desassombro de uns poucos, que comandam e têm a iniciativa dos fatos, que resulta o benefício geral.

Assim tem sido, até mesmo com a inauguração das Nações que, como o Brasil, hoje ostentam com orgulho a sua independência.

Os clubes, tenho a certeza, não permanecerão passivos diante dessas realidades inadiáveis.

Homenageando a Sebastian Soler*.

Miguel Reale Junior

Assistente doutor na Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo.

É Vossa Excelência o mestre do direito que volta a sua sensibilidade aos problemas cruciantes do homem. Que a nossa saudação seja antes de tudo o reflexo de nosso espanto diante das verdade reveladas por Vossa Excelência na análise do momento histórico em que vivemos e no qual é o direito posto na berlinda como se fosse a palmatória do mundo. Em seus livros, nota-se, como dado essencial, o sentido do tempo. A consciência histórica que informa seu pensamento, possibilita-o, sem romantismo, a intitular uma de suas magistrais obras de: “Fé no direito”. Seus trabalhos nos fazem ver que o direito é uma conquista do homem, que durante séculos, tendo por pá o senso comum, construiu a justa medida nas relações humanas.

O direito, como ciência da cultura, vem se modelando à feição da experiência. O direito é história e se projeta na história como reflexo de uma dada conjuntura social. O direito se nutre do passado, mas se ancora na realidade presente, valorando-a e projetando suas valorações no futuro.

Tem porém o direito um aspecto trágico. Mas Vossa Excelência soube com magistral lucidez ver na tragédia do direito o ponto essencial de sua dignidade. O direito

*. Saudação proferida na sessão solene realizada a 16 de dezembro de 1971, no Plenário do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em homenagem a Sebastian Soler.

aspira continuamente reger o futuro, como que furtando uma parcela do dia de amanhã, através da fixação daquilo que deve ser. Mas é trágico, porque trabalha com esquemas rígidos, cristalizando valores e conceitos vigentes em uma época, a fim de ordenar a vida sempre multiforme e mutável. A tragédia do direito está em não açambarcar toda a riqueza da realidade polimorfa e fértil em variações, em não poder prever todas as possíveis hipóteses, e em não estar apto em suas abstratas esquematizações, a adequar-se a todas as mutações no tempo.

A dissonância entre os valores cristalizados e os vigentes, é a desgraça denunciada por tantos juristas e jus-filósofos.

E Vossa Excelência apresenta dois dados como característicos de nossa época, talvez os responsáveis pela propagada crise do direito: a substituição do indivíduo, como expressão de liberdade e responsabilidade, pela coletivização dos quereres e por outro lado a exaltação da autoridade com a interferência cada vez maior do Estado no campo antes entregue à autonomia da vontade.

Surge como necessidade imperiosa desse sistema, que rege homens disponíveis, a atividade legisferante. Multiplicam-se as leis. Há uma exaltação do poder de autoridade e deste modo o direito objetivo perde o valor, entendido como mero produto dos caprichos da autoridade. Esta, a seu talante, decide, construindo, assim, o direito que desce ao nível dos fatos. É sua lição de que quem muito manda, muito é desobedecido e de que as normas não são imperativos absolutos, mas apenas prevêm sanções às condutas que não correspondem aquilo que se espera. E para que esta multiplicidade de leis tenha eficácia, necessário é o recurso ao expediente da penalização do direito. Estes dois dados constituem essencialmente o retrato de nosso tempo realizado por Vossa Excelência. Mas o prezado mestre Soler antes de dar as respostas sabe com louvável espírito científico, fazer boas perguntas.

Por quê esta diminuição do valor do indivíduo? Por quê a exaltação da autoridade? Há apenas e tão somente uma crise do direito?

Há poucos falamos que o Professor Soler vê no aspecto trágico do direito o seu cunho de grandeza. É que o direito ao esquematizar, ao condicionar o futuro através de um dever ser fixado no presente, fixa um seu limite intransponível onde reside sua dignidade: com os modelos jurídicos proibido está que sejam tratadas desigualmente hipóteses iguais. Outra característica do direito é que ele se volta aos seus destinatários e deve, para ter eficácia, contar com a colaboração dos mesmos. O Professor Soler ama o direito, tanto que entende que na mais grosseira das leis se ocultam elementos salvadores, nos quais pode-se fundar uma esperança, que não se confunde com uma crença vazia que paira acima dos dados objetivos, mas que é fruto das conquistas jurídicas do passado e do conhecimento da própria natureza do direito.

Não há razão para desânimos. O direito tem limites intransponíveis conquistados no passado. Mas qual então a crise em que vivemos? E qual o remédio? O prezado mestre Soler não procurou orgulhosamente estabelecer interpretações mirabolantes, nem encontrou poções mágicas que curassem a doença diagnosticada.

Não quis se servir de subterfúgios que escondessem, de si mesmos e de nós, nossas próprias mazelas.

Mas, humildemente, em sua mesa de trabalho, auscultou a vida do homem de hoje, para deduzir um diagnóstico prêso a realidade e pensado na perspectiva da experiência histórica.

A crise é a nossa crise.

A crise é a crise do indivíduo que abdica de sua liberdade, para não correr o risco de ser responsável, entregando a terceiros a digna e altaneira missão de decidir. O homem se fez disponível, enredando-se nas malhas da lei, para alcançar pelo preço da liberdade uma segurança que desonra.

E alerta o Professor: não sejamos iluministas, a crer que toda a inteligência tende à verdade e toda vontade ao bem. Não se creia que existem direitos inatacáveis e que quando atacados surgirá alguém que sanará o mal causado! O direito conquistou muito, entretanto, se injustiças e sevícias existem não o é por força da lei, mas apenas porque as autoridades as consentem.

Agora, que retomamos a fé no direito, cabe que recobremos a fé em nós mesmos. Com coragem o nosso mestre aviou a receita para nossos males: olhem antes para nossas culpas, antes de descarregá-las no direito. Assumamos a grandeza de decidir com liberdade e responsabilidade.

O direito está em crise por estar em crise o indivíduo.

Mestre, nós o saudamos pelo senso real com que nos leciona a arte de ser digno de viver.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Diretor da Faculdade de Direito

A Redação

O Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, novo Diretor da Faculdade de Direito, é filho do Dr. Manoel Gonçalves Ferreira e Dona Elsy Moraes Ferreira; nasceu nesta Capital aos 21 de junho de 1934. Casou-se em 1958 com a Dra. Ivete Senise Ferreira.

Fez os estudos primários no Externato “Assis Pacheco” e os secundários no “Colégio São Luís” desta Capital.

Em 1953 ingressa na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, colando grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1957 após brilhante currículo.

Fazendo o curso de doutoramento na Universidade de Paris, recebe o Título de Doutor em maio de 1960 com menção “Très Bien”.

Desde 1965, é livre-docente de Direito Constitucional e lecionou essa matéria, como regente, nesta Faculdade e na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica; regeu também nesta Faculdade a Cátedra de Direito Internacional Privado e, na Universidade Católica, a Cátedra de Introdução à Ciência do Direito da qual é Professor Assistente.

Na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento, da Pontifícia Universidade, onde coordenou o curso de Ciências Sociais, e na de Ciências e Letras da Universidade Católica de Campinas regeu as Cátedras de História das Idéias Políticas e Política, respectivamente.

O novo diretor da Faculdade de Direito exerce a advocacia desde 1960 e foi assessor Jurídico do Secretário

da Fazenda do Estado de São Paulo em 1969. Integra a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Advogados de São Paulo, da qual foi conselheiro de 1967 a 1969 e o Instituto dos Advogados de São Paulo desde 1967.

Participou ativamente de comissões encarregadas de elaborar vários anteprojetos: O anteprojeto da Constituição do Estado em 1967, o anteprojeto do Código Tributário do Estado de São Paulo em 1969, e o anteprojeto de emenda à Constituição do Estado em 1969. Participou, também, da mesa Redonda sobre “Sufrágio Distrital” na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, em 1971.

Com a tese *Do Processo Legislativo*, o Professor Ferreira Filho concorreu à Cátedra de Direito Constitucional desta Faculdade. Classificado em 1.º lugar, entre outros notáveis candidatos, é nomeado em 25 de setembro de 1969 e toma posse da Cátedra a 13 de outubro do mesmo ano, sucedendo o Professor Doutor Cândido Motta Filho.

Ao assumir a titularidade de Direito Constitucional nesta Faculdade, em 1969, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho dizia em seu discurso de posse: “Chegamos no bom momento, já a Faculdade revela, mesmo a quem só enxergar o aspecto exterior, a chegada de nova primavera”, e mais adiante, referindo-se à reforma do ensino jurídico, “não venho propô-la venho servi-la”.

Sua Excelência vinha, realmente, propô-la e servi-la ao mesmo tempo na qualidade de diretor desta Faculdade e chegava no “bom momento” para dar sua contribuição não somente ao ensino jurídico mas às altas esferas administrativas, para as quais foi logo convocado: em 1969 — 1970 para a chefia do Gabinete do Ministério da Justiça; de 1969 a 1971 para a Secretaria do Conselho de defesa dos Direitos da Pessoa Humana; de 1970 a 1971 na Secretaria Geral do Ministério da Justiça e, interinamente ao assumir o Ministério da Justiça, em 1970.

No âmbito universitário é eleito, em 1971, chefe do Departamento de Direito do Estado, cargo exercido até



Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho,
Diretor da Faculdade de Direito.

novembro de 1973, quando, por maioria de votos, é indicado pela Congregação de Professores e escolhido pelo Magnífico Reitor para suceder o Prof. José Pinto Antunes na diretoria da Faculdade.

No exercício dos altos cargos administrativos ou docentes imprime a marca de sua personalidade justa, enérgica, dinâmica, criadora, e luminosa cultura.

Quando Secretário Geral da Justiça lança a idéia da criação do Instituto de Direito Político; no cargo de Secretário do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (1969 — 1971) em discurso pronunciado no auditório do Ministério da Educação, sob o título *Democracia e Direitos do Homem*, expõe suas idéias políticas a respeito dos direitos do homem, de sua liberdade e dignidade aliadas à democracia.

Em missão oficial do governo brasileiro visita a França a República Federal Alemã e a Grã-Bretanha, em maio de 1970, e em novembro do mesmo ano os Estados Unidos e a Itália.

Em 1971, faz o curso na Escola Superior de Guerra, proferindo em agosto de 1973, na mesma escola, uma conferência sob o título *Poder Executivo*.

Na chefia do departamento de Direito do Estado, desta Faculdade cria e ministra, em 1973, uma nova disciplina; "*Liberdades Públicas*", despertando grande interesse dos estudantes do curso de pós-Graduação, inclusive de outros professores que passaram a frequentá-la.

Bibliografia.

O professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho publicou livros, artigos e conferências versando o tema de sua especialidade, Direito Constitucional. É de notar-se que a maior parte da bibliografia desenvolveu-se no espaço de quatro anos, i. e., de 1969 a 1973, após a titula-

ridade de Direito Constitucional, documentando a constante evolução científica de sua obra. Foram publicados de 1960 a 1973 os seguintes trabalhos:

Livros.

1. *Le Statut Constitutionnel des Partis Politiques au Brésil, en Italie, en Allemagne et en France*, Paris, 1960.
2. *O Estado de Sítio*, S. Paulo, 1964.
3. *Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas*, Belo Horizonte, 1966.
4. *Curso de Direito Constitucional*, S. Paulo, — Saraiva, 1.^a ed., 1967; 2.^a ed., 1970, 3.^a ed., 1971; 4.^a ed., 1973.
5. *Do Processo Legislativo*, S. Paulo, Saraiva, 1968.
6. *A Democracia Possível*, S. Paulo, Saraiva, 1972.
7. *Comentários à Constituição Brasileira*, I Volume — II volume 1974.

Artigos e Conferências Publicadas.

1. *Parlamentarismo, Presidencialismo, Sistema Eleitoral e Sistema de Partidos*, em *Forum*, 1962.
2. *Aspectos políticos do Confronto Parlamentarismo versus Presidencialismo*, em *Sociologia*, Setembro de 1962.
3. *Democracia e Desenvolvimento Econômico*, em *Rev. da Universidade Católica de Campinas*, dezembro de 1963 e *Rev. da Universidade Católica de São Paulo*, Junho de 1963.
4. *Democracia, Organização Política e Regime de Governo*, em *Rev. da Universidade Católica de São Paulo*, julho-dezembro de 1964.
5. *A Extensão do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, em *Justitia*, vol. 51, 1965 e *RDA*, vol. 84, 1966.
6. *Paz, Tensões e Desenvolvimento*, em *Convivium*, n. 5, S. Paulo, 1968.
7. *Notas para a Sistemática do Ato Complementar*, em *Rev. de Direito Público*, S. Paulo, vol. 8, 1969.
8. *Le Veto Partiel en Droit Constitutionnel Brésilien*, em *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del siglo XX*, IEAL, Madrid, 1969, tomo III.
9. *Democracia e Direitos do Homem*, Boletim n. 1 — do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Rio de Janeiro, 1969.

10. *Democracia: Formação e Informação Política*, Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1970.
11. *Fidelidade Partidária e Voto Distrital*, em *O Estado de S. Paulo*, março de 1971.
12. *O Sufrágio distrital e a Reforma Política*, em *O Estado de S. Paulo*, agosto de 1971.
13. *O Poder Democrático, em Convivium*, setembro-outubro de 1971.
14. *Institucionalização política do Processo Revolucionário*, em *Convivium*, Janeiro-fevereiro de 1972.
15. *O Modelo político na Constituição Vigente*, em *LTR*, abril de 1972.
16. *O Veto parcial no Direito Brasileiro*, em *Rev. de Direito Público*, n. 17, 1972.
17. *O Processo Legislativo e sua Missão*, conferência realizada na Câmara Municipal de Ribeirão Preto, em maio de 1973.
18. *O Poder Executivo*, conferência realizada na Escola Superior de Guerra, em agosto de 1973.
19. *Ruy o Constitucionalista*, conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 1973.

O Novo Diretor Assume o Cargo.

Em 30 de novembro do corrente ano, reuniu-se a Congregação de Professores em sessão solene, presidida pelo Magnífico Reitor da USP, professor Orlando Marques de Paiva, para investir no cargo o novo diretor.

Compareceram à cerimônia inúmeras autoridades, entre as quais o Dr. Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Secretário da Justiça, representando sua Excelência o Sr. Governador do Estado, Laudo Natel; senador André Franco Montoro; desembargador Marrey Júnior, presidente do Tribunal Eleitoral de São Paulo; desembargador Ítalo Galli, presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, professor Arrobas Martins, ex-secretário da Fazenda, além de grande número de convidados e alunos que lotavam inteiramente o salão nobre.

Introduzido no doutoral pelos professores José Pinto Antunes, que deixava a diretoria, Moacyr Amaral Santos, e Washington de Barros Monteiro, sua excelência presta o compromisso de praxe e recebe a saudação de seus pares através palavras do Professor Dr. Oscar Barreto Filho, que analisa a obra do novo diretor e exalta-lhe as qualidades de professor, de jurista e de administrador.

Discurso de saudação do Professor Oscar Barreto Filho.

Hoje é dia de festa. Engalana-se e atavia-se a velha Academia, *cellula mater* do ensino jurídico no Brasil, para receber de braços abertos o filho bem-amado, ora investido nas altas funções de Diretor.

Jovem ainda, pleno de entusiasmo e de esperança, assume o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho a responsabilidade do governo desta Casa, galardão a que faz jus não só pelo seu incontestado valor moral e intelectual, como ainda pela confiança de seus pares e a estima em que é tido pelos inumeráveis discípulos.

Só há motivo para ufania pela acertada escolha de nosso novo dirigente, cujo mérito intelectual, demonstrado em memoráveis prêmios universitários, melhor, se apurou no exercício de elevados cargos da administração pública.

Bem vale lembrar, em rápida pinceladas, o brilhante currículo com que o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho se apresenta à admiração de seus concidadãos.

Ingressando nesta querida Faculdade em 1953, aqui hauriu os princípios fundamentais da ciência jurídica, desde cedo evidenciando seu pendor pelas matérias de Direito Público, sob a lúcida orientação de mestres do porte de Ataliba Nogueira, Candido Mota Filho e Mário Masagão.

Formado bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, em 1957, vêmo-lo a seguir rumando para a França, a fim

de fazer o curso de doutoramento na Universidade de Paris. Lá se dedica, durante dois anos, com acendrado fervor, ao cultivo das matérias de sua predileção.

No velho edifício da Place du Panthéon, segue sucessivamente os cursos de pós-graduação de M. MAURICE DUVERGER, sobre Ciência Política; M. ANDRÉ HAURIU, sobre Direito Público Geral; M. JEAN — JACQUES CHEVALLIER, sobre História das Idéias Políticas; M. PAUL BASTID, sobre Direito Constitucional Comparado. Trabalhando sob a orientação do Professor GEORGES VEDEL, elabora tese de Direito Constitucional acerca de *Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas*, na sustentação da qual obtém o grau de doutor, em maio de 1960, com a menção “très bien”.

Como bom jurista, já que o Direito nasce do coração dos homens, não se esqueceu o nosso homenageado de temperar os rigores do estudo com a suave companhia de sua encantadora esposa Yvette, com quem partilhou as agradáveis tardes parisienses, ao longo dos “quais” e “boulevards”...

Regressando ao Brasil, iniciou Manoel Gonçalves Ferreira sua carreira docente, aliando à ciência dos livros a experiência didática. Ei-lo, em 1965, livre-docente de Direito Constitucional, com a tese *O Estado de Sítio*. Desde então, ininterruptamente, lecionou esta matéria, como regente, nesta Faculdade e na Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica. Regeu, ainda, nesta Escola, a cátedra de Direito Internacional Privado e, na Universidade Católica, a disciplina de Introdução à Ciência do Direito.

Na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento, onde coordenou o curso de Ciências Sociais, e na Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Católica de Campinas, regeu as disciplinas de História das Idéias Políticas e Política, respectivamente.

Membro ilustre de vários institutos de estudos jurídicos, integrou ainda a Comissão incumbida de promover a adaptação da Constituição do Estado à nova Constituição do Brasil.

Pesquisador de fôlego, dedicou-se à análise dos problemas cruciais do momento político, publicando vários trabalhos doutrinários em que versou temas como o parlamentarismo e presidencialismo, o poder regulamentar, a sistemática do ato complementar, democracia e desenvolvimento econômico, sistemas eleitorais e estruturas partidárias, e outros que tais.

Em 1967, como fruto sumarento da experiência de vários anos de ensino, apresenta o jovem mestre a síntese do seu pensamento em um livro de texto simples e claro, límpido e conciso, no qual traça o roteiro seguro e atualizado do Direito Constitucional moderno.

Vagando-se a cátedra de Direito Constitucional em 1969, em decorrência da jubilação do Professor Candido Mota Filho, a ela concorrem quatro livres-docentes da Casa, em torneio magnífico, que marcou época na vida jurídica e universitária, no qual, como já se disse alhures, engrandecidos e dignificados, cada vez mais respeitados, saíram os que nele tomaram parte.

Sagrou-se vencedor o Professor Manoel Gonçalves Ferreira, com sua preciosa tese *Do Processo Legislativo*, ensaio crítico de Direito Constitucional Comparado, tendo em vista, especialmente, o modelo constitucional brasileiro. Neste trabalho, firma o autor sua reputação como constitucionalista, trazendo uma excelente contribuição para o estudo da lei, como expressão da vontade geral e da vontade política, e de suas funções no regime democrático.

Andou bem o Professor Manoel em cedo publicar a seu *Curso de Direito Constitucional*. Na nota preliminar do livro, como que prevê a própria trajetória, ao observar que os juristas brasileiros, “quando consentem em elabo-

rar livros de ensino, não os podem levar a cabo, chamados pelo país a tarefa mais altas. E esse apelo afasta particularmente os constitucionalistas de seus gabinetes porque, afeitos como são por ofício aos problemas políticos, deles se esperam freqüentemente soluções para os problemas fundamentais da nação”.

E foi exatamente isto o que sucedeu. Houve por bem o alto Governo da República em convocar o teórico de *A Democracia Possível*, para que colaborasse na realização prática dos valores fundamentais da democracia em nosso país. Acedendo ao convite, exerceu os cargos de chefe do gabinete do Ministro da Justiça (de 1969 a 1970); secretário do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (de 1969 a 1971); secretário-geral do Ministério da Justiça (de 1970 a 1971); e Ministro interino da Justiça (em setembro de 1970).

Reiniciadas as atividades docentes, nosso Professor vem demonstrando seu empenho na renovação dos métodos do ensino jurídico, com a adoção de processos didáticos — mais consentâneos com os novos tempos. Conta, para tanto, com a melhoria das condições materiais propiciada pelo esforço sem par e pela dedicação incansável dessa notável figura de humanista e de administrador que é o Professor José Pinto Antunes. Por outro lado, a criação dos Departamentos, a modificação da estrutura curricular e a implantação dos cursos de mestrado e doutorado são hoje fatos consumados. Ao novo Diretor, cumpre tão-somente prosseguir na luminosa senda traçada por seus ilustres antecessores.

Como mestre de Direito Constitucional, não podia Manoel Gonçalves Ferreira Filho afastar de suas cogitações e temática da liberdade e da democracia. E lembra, que a democracia só pode vicejar num meio em que não faleçam condições mínimas de desenvolvimento cultural, econômico e social. Daí a necessidade de adequar as instituições políticas nacionais à realidade econômico-social,

tendo em vista, principalmente, a tensão gerada pelo desenvolvimento econômico.

Esta sua preocupação constante se revela a cada passo, no trato dos problemas políticos e universitários. Ainda agora, ao ser estruturado o ciclo de especialização, sugere a inclusão, entre as matérias que irão integrar a área do Direito do Estado, da disciplina *Liberdades Públicas*, a exemplo da Faculdade de Direito de Paris. Como observa DUVERGER, a democracia é um regime para “povos maiores”. É preciso educar, para a plena fruição da liberdade. Essa é a missão da Universidade, essa é a tarefa do professor de Direito.

Não se equivocava o eminente Professor Washington de Barros Monteiro, quando, em outubro de 1969, ao saudar o novel catedrático de Direito Constitucional, congratulava-se com os circunstantes, dizendo: “feliz esta Faculdade, por contar com um professor como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, animado sempre do mais alto senso do dever e que, em todos os lances de sua existência, tem imprimido a mais aguda exação no cumprimento de suas obrigações”.

Realmente, os sinais marcante da personalidade do novo Diretor, sua vasta e profunda cultura jurídica, sua aprimorada formação humanista, seu senso pragmático, sua integridade, sua facilidade de comunicação, constituem o penhor seguro do êxito de sua administração, em benefício da mocidade acadêmica e da grandeza da Universidade e da Pátria.

Senhor Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: Ressaltou V. Excia., na sua oração de posse na cátedra, o fato de que fora impellido até aqui por dois gigantes: o Amor e a Amizade. Esse Amor e essa Amizade, encontrados nos bancos e nas Arcadas desta Escola, continuarão por certo a apoiá-lo e a estimulá-lo, para que todos os ideais que animam o nobre espírito de V. Excia. se convertam em realidade.

Para isso, conta V. Excia. com tudo: a versatilidade da inteligência, a determinação da vontade e o requinte da sensibilidade. E, também, com a compreensão e o carinho da companheira eleita por seu coração e de suas quatro graciosas filhas, a amizade e a cooperação de seus colegas, o respeito e a afeição de seus incontáveis alunos.

Mãos à obra e felicidades, meu caro Diretor.

Discurso de Posse do Novo Diretor.

Após as palavras do representante da Congregação, o novo diretor é saudado pelo acadêmico Luís Antônio Alves de Souza em nome do corpo discente; em seguida profere seu discurso de posse em que salienta pontos dominantes de sua doutrina, o reconhecimento dos direitos do homem, à sua liberdade, à sua dignidade, à justiça. Referiu-se também à necessidade de renovação do ensino jurídico e da especialização para que a tradição jurídica da Academia se ajuste às mudanças sociais e à evolução do Direito.

A seguir, discurso do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

“Há vinte anos, poucos dias mais, penetrava eu, pela primeira vez, o recinto sagrado da Academia. Era, então calouro. Vinha emocionado e assustado. A emoção advinha de passar ao rol dos acadêmicos do Largo de São Francisco. Era por ser, de algum modo, colega de escola de Rui, de Nabuco, de Castro Alves, de Fagundes Varela e de tantos outros. O temor provinha do “trote” com que os veteranos saudavam, entre cruéis e jocoso, os novos estudantes que cumpria despertar para a realidade.

“Hoje, penetro, mais uma vez, as Arcadas. Piso-lhe os caminhos como centenas, milhares de vezes já o fiz desde aquele primeiro dia. Não me acompanha mais o receio que os fios brancos de há muito afugentaram. Não mais me esperam, sedentos de sangue como risonhamente

afirmavam, veteranos que faziam da tesoura a arma adequada para corrigir a empáfia do primeiro-anista. Do novel estudante de Direito do Largo de São Francisco.

“A emoção, porém, me acompanha, palpável, quase opressiva. O coração bate acelerado, a voz se embarga, os olhos marejam. A cada passo que dou pelos corredores da casa ouço uma voz, sinto um olhar, percebo uma presença. São os grandes do passado, os mestres e os discípulos que fizeram a história da Academia a me medirem, a me exortarem a não desmerecer as glórias da Casa.

“Neste salão nobre, a emoção ainda cresce. Nele está o presente da Academia. Os grandes mestres de hoje que todos seriam mais dignos do que eu de assumir a direção da Faculdade. Os estudantes de 1973 que conservam bem viva a Escola, aptos a renovar, a qualquer instante, os triunfos da Academia. E particularmente a figura do Prof. Pinto Antunes, diretor a quem sucedo mas com quem, certamente, não me poderei ombrear.

“Foi neste mesmo salão nobre, Professor Pinto Antunes, que vos vi pela primeira vez. Era a ocasião do concurso para a cátedra de Economia Política. Muitos eram os candidatos, alguns dos quais expoentes do pensamento nacional. Ilustre era a banca examinadora, como sempre resumindo o que de melhor havia no corpo docente das Faculdades brasileiras. Foi a ocasião de Vossa vitória, fruto do saber acumulado pelo estudo desvelado, da agilidade de Vossa inteligência, da habilidade de vossa argumentação.

“Foi neste mesmo salão, Professor Pinto Antunes, que pela primeira vez me defrontei convosco. Era eu candidato à docência e vos encontrava, agudo e seguro, entre os componentes da banca. Podia ter sido sepultado pela crítica, fui estimulado pela vossa generosidade.

“Igualmente, neste salão, já titular de Direito Constitucional, assisti à vossa posse como diretor da Faculdade. Assumieis o posto num momento difícil. A Escola ainda

trazia no corpo as feridas e cicatrizes da luta política. O pior, entretanto, não era isso. Entre estudantes e professores pareciam rompidas as pontes, não havia diálogo possível.

“Quatro anos depois, Professor Pinto Antunes, eu vos sucedo na diretoria. Bem diferente é o quadro. Nova primavera floresce na Academia. Com desvelo e carinho, com fino gosto e dedicação, foi renovado o imóvel. É, sem dúvida, a mais bela e rica das Faculdades brasileiras.

“Mas, eminente Professor, não é esse, nem de longe, o vosso mais lido título de glória. O mérito que acumulastes como diretor não provém do arranjo bem feito das coisas materiais, resulta do relacionamento humano que soubestes encetar. Não temestes os alunos. Soubestes ouvir-lhes as reivindicações, apoiá-las quando justas. Restabeleceste, com isso, o diálogo entre mestres e discípulos. Fizestes de novo da Academia um só corpo, uma só alma. Isso ninguém esquecerá, nem estudantes nem professores. Isso todos vos agradecem, do fundo d’alma.

“Recebe, por isso, o novo diretor uma Faculdade reconciliada com suas tradições, pronta a repetir, para o bem do Brasil, os seus feitos passados.

“A Academia do Largo de São Francisco, nos seus quase cento e cinquenta anos de vida, pode jactar-se de suas tradições. Não é isso louvor em boca própria, nem arroubo de oratória. É o que ensina a história do Brasil. Nenhuma das grandes causas da nacionalidade deixou de encontrar ressonância nas Arcadas, deixou de inscrever na sua vanguarda os bacharéis e os estudantes do Largo de São Francisco.

“Dessas tradições duas ressaltam interpenetradas: a tradição jurídica e a tradição política.

“A tradição jurídica é, de certa forma, consequência inexorável de uma Faculdade de escol. Sábios juristas sempre enriqueceram as suas cátedras, não menos sábios discípulos puseram em prática, nas lutas do Foro, os ensina-

mentos recebidos. Na formulação do pensamento jurídico brasileiro, no seu acrisolamento, na prática diuturna, os graduados do Largo de São Francisco sempre ocuparam como ainda ocupam o primeiro plano. Baldado é citar nomes. Entretanto, e aqui está o ponto crucial, a tradição jurídica da Academia não se esgota no campo restrito das formulações doutrinárias ou da prática forense. Ela vai muito além.

“De fato, a primeira tradição jurídica da Faculdade do Largo de São Francisco é a dedicação aos direitos do homem, à liberdade. O direito que aqui se aprende não é a norma fria, capaz de traduzir qualquer conteúdo. Não é a lei formal, que pode ser instrumento de opressão. É o direito inspirado na Justiça, o direito alicerçado no reconhecimento da liberdade e da dignidade humanas.

“Dois episódios históricos ilustram essa verdade.

“Um que marcou profundamente a Academia ainda jovem foi a Abolição. Ora, o que foi essa batalha se não uma campanha intemorata pela liberdade e pela dignidade humanas, condições indispensáveis da grandeza nacional? Quem não se lembra dos versos célebres com que um acadêmico do Largo de São Francisco vinculou à bandeira da Pátria a causa da liberdade:

“Auriverde pendão de minha terra,
Que a brisa do Brasil beija a balança,
Estandarte que a luz do sol encerra,
E as promessas divinas da esperança...
Tu, que da liberdade após guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança,
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!”

“Outro, já centenária a Academia, veio encontrá-la, de pé, unida, corajosa. É o combate pela Constituição. É 1932!

“1932 é uma data de história do Brasil, da história de São Paulo mas também dos anais do Largo de São Francisco. Nesta casa de leis, votada a liberdade, nasceu e rebou a causa da Constituição. Não a Constituição pela Constituição, não qualquer Constituição, mas uma Constituição capaz de garantir os direitos do homem, de propiciar a democracia.

“Naquele momento, mestres e discípulos, em uníssino se dispuseram à luta, porque, como diz a trova acadêmica:

“Quando se sente bater
No peito heróica pancada
Deixa-se a folha dobrada
Enquanto se vai morrer”.

“A tradição jurídica do Largo de São Francisco se transmuda, pois, insensivelmente na sua tradição política. A Academia nunca foi apenas uma escola de direito, sempre foi também uma escola de estadistas. Não é por mera coincidência que onze presidentes da República estudaram em seus bancos, respiraram o seu ar, viveram, no instante decisivo da formação, o seu ambiente de tradição e progresso. De progresso, sim.

“Realmente, a tradição no Largo de São Francisco não se confunde com o culto do passado. Como São Paulo, a Academia não sabe parar. Os louros do passado espicam-na em busca de novas metas, de novas glórias. Não existe aqui lugar para o saudosismo.

“Com efeito, o peso das tradições esmagaria quem permanecesse estático pretendendo apenas mantê-las de pé, como objeto de culto. Ao contrário, para quem quer progredir são elas fonte de impulso, de aceleração no plano inclinado do porvir.

“Por isso, a Faculdade haverá de estar sempre na vanguarda da renovação jurídica e política brasileiras.

“A tradição jurídica somente permanecerá viva, na medida em que palpitar na renovação da ciência do direito e do estudo do direito.

“O direito busca impor a Justiça na vida social. Se, portanto, seus valores, os valores da Justiça, são eternos, os seus instrumentos, as leis, devem ter presente a realidade presente e não passada. Ora, a mudança acelerada das estruturas sociais reclama que, a cada dia, o direito seja repensado, que, a todo instante, as soluções consagradas sejam revistas. Sem dúvida, isso não é fácil para o jurista, acostumado a aguardar que o tumulto das revoluções se aplaque, para depois erguer sua obra.

“Entretanto, quando o jurista se torna caudatário das mudanças, quando estas se fazem sem ele, as forças sociais perdem o rumo da Justiça. Tornam-se cegas e descontroladas. Não logram concluir jamais sua obra. Não atingem a paz, pois que esta é fruto da Justiça.

“Uma Faculdade de Direito é um centro de estudos e pesquisas em prol da Justiça. A primeira tarefa, pois, em que a Academia há de empenhar-se, como sempre empenhou, é na procura de fórmulas jurídicas adequadas ao tempo que corre. Só assim poderá a comunidade alcançar os objetivos de Justiça, na paz e na liberdade.

“Mas uma Faculdade não é apenas um centro de saber, é igualmente um núcleo de formação. É cediço reconhecer que nela se há de propiciar a formação profissional, habilitando o estudante, a mais tarde, exercer as nobres funções do advogado, do juiz, do promotor, do consultor jurídico de empresa ou da administração pública.

“Disso não descurou jamais a Academia que agora se empenhará numa renovação de métodos e caminhos. De fato, o novo currículo da Faculdade que teve por relator o eminente Professor Oscar Barreto Filho, cuja saudação generosa de há pouco demonstrou que tem o coração tão grande quanto privilegiado o cérebro, se preocupa não só

com a formação do homem de leis, mas também com sua especialização.

“Realmente, nos dois últimos semestres do Curso, o aluno que já recebeu uma sólida formação básica, vai seguir os cursos de uma especialidade, segundo sua escolha. O século XX não mais comporta o graduado que de tudo sabe um pouco e somente pouco. Exige que ele de tudo conheça o mínimo mas de alguma coisa saiba muito. É isso exatamente que visa a especialização que, inovando, sendo a primeira entre todas as escolas brasileiras, a Academia implantará em 1974.

“Essa especialização não importará em abandono do programa de pós graduação que já se desenvolve, com êxito conhecido. Nem com ele fará duplo emprego. Enquanto a especialização visa ainda à formação profissional, o pós-graduação se destina ao preparo do futuro corpo docente desta Academia e de outras Faculdades, assim como à formação dos cientistas do direito.

“É claro que estes novos programas reclamam novos métodos de trabalho. Já findou a época em que as cátedras se isolavam. O ensino atual exige o trabalho interdisciplinar, a colaboração de vários mestres, de vários departamentos. Pede até que várias unidades da Universidade sejam chamadas a colaborar em empreendimentos comuns.

“Ora, toda essa nobre missão a Academia não poderá realizar sozinha e isolada. Isso apenas será possível, se integrada na Universidade. Participando da vida desta, recebendo desta o apoio necessário, poderá a Faculdade realizar suas tarefas, mantendo-se digna de seu passado, nas condições do presente.

“A Academia do Largo de São Francisco orgulha-se de estar vinculada à Universidade de São Paulo. É esta um dos mais notáveis centros de saber do mundo. E é ela também o resultado do esforço e da colaboração de muitos

mestres desta Casa, que ou a dirigiram com saber, ou com ela colaboraram com desvelo.

“Está convicta, por outro lado, a Academia de que a Universidade dela se orgulha e a compreende. Velha por seu longo passado e por suas nobres tradições que a prendem ao Largo de São Francisco, a Faculdade não pode abandonar o ninho antigo. Nada a impede, porém, de sem deixar o velho, ocupar também outro pouso, que lhe sirva para vôos novos e mais altos.

“É preciso não olvidar, enfim, que a Faculdade do Largo de São Francisco não é apenas uma escola de direito, é uma escola de política, no alto sentido do termo. Ela não descurará dessa tarefa que, hoje, é imperiosa. A Revolução de 1964, para alcançar seus objetivos políticos democráticos, espera o surgimento de uma elite civil, como a que consolidou a República. Ora, esta elite, Prudente, Campos Sales, Rodrigues Alves, Afonso Pena, Rui Barbosa, toda ela se formou nas Arcadas. Daqui haverá de sair outra, imbuída de patriotismo, formada no amor à liberdade, na dedicação à Justiça que erguerá as novas instituições da democracia brasileira.

“Meus senhores, meus estudantes.

“Nada se constrói sem a mocidade. Muito menos numa escola. Não é isso reverência ao “poder jovem”. É expressão da verdade. Quase se poderia dizer que a Academia é um pouco mais o corpo discente que o corpo docente. Esta é a cabeça, mas aquele é o coração. A vida da Faculdade, portanto, depende do estudante.

“Ora, o acadêmico do Largo de São Francisco é digno da Faculdade em que estuda. Côncio das tradições que importa preservar, das responsabilidades que as mesmas lhe acarretam, não ignora que é na ordem e pelo trabalho que se progride. Renuncia às facilidades, dispõe-se a sacrifícios, aceita reformas que, necessárias e desejadas, embora lhe imponham maior esforço, melhor o preparam

para a construção do futuro. Porque quer o melhor, estuda Direito no Largo de São Francisco. E por isso a Academia não envelhece.

“A velha Faculdade, para continuar sempre nova, confia nos seus alunos. Ela ouve ainda o poeta:

“...crê no porvir, na mocidade,
Sol brilhante no céu da liberdade!”

BIBLIOGRAFIA.

NARCISO AMORÓS, *Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, 420 páginas, Madrid, 1970.

Teve grande repercussão, nos meios científicos especializados brasileiros, o surgimento recente da 2.^a edição do *Derecho tributario*, do prof. NARCISO AMORÓS, da Universidade de Madrid e hoje a mais alta autoridade administrativa fiscal da Espanha.

Este excelente livro, de autoria de um dos nomes mais expressivos e salientes do direito tributário contemporâneo — que às qualidades de professor da Faculdade de Direito de Madrid e Diretor Geral das Finanças de Espanha, alia a qualidade de Diretor de uma das mais prestigiosas editoras jurídicas da Europa (Editorial de Derecho Financiero), e, ao lado do mui ilustre e culto tributarista prof. J. L. PEREZ DE AYALA, é diretor da renomada *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* — está destinado a exercer grande influência em nosso meio, bem como a conhecer divulgação insólita, não só pela nomeada do seu autor, como pelo valor científico e didático que encerra.

A Fazenda espanhola tem realizado um extraordinário progresso nos últimos 30 anos. Tanto os corpos especiais do Ministério da Fazenda, como o próprio “Cuerpo general” são viveiro e plantel de vocações administrativas e seus funcionários fazem crescer seu influxo e prestígio na sociedade espanhola, de forma insuspeitada.

Um deles — e certamente dos mais prestigiosos — é o “Cuerpo de inspectores del timbre del Estado” que deu já à administração tributária não somente altos funcionários e gestores destacados do fisco, nas Diretorias Gerais do Ministério, mas — o que não é menos importante — cultores estudiosos da ciência das finanças e sobretudo do direito tributário, muitos dos quais se destacaram de maneira singular na docência universitária, como é o caso de NARCISO AMORÓS, membro da Associação Espanhola de Direito Financeiro, da IFA (International Fiscal Association) e delegado espanhol em inúmeros conclave científicos internacionais relativos à matéria.

Depois de publicar *El regimen juridico fiscal de las cooperativas e Impuesto sobre la renta*, bem como diferentes estudos sobre o *Impuesto del timbre*, sentiu chegado o momento de proceder a uma sistematização e generalização de seus estudos financeiros, com a publicação dos *principios* de direito tributário, que ora faz.

Este livro é uma verdadeira introdução ao direito tributário, que constitui síntese de uma apreciável obra científica, resultado de medi-

tação e estudo de 20 anos de seu autor. As dificuldades da elaboração de um direito financeiro — com autêntica unidade interna, que sistematize e explique a totalidade da vida financeira do estado — são tais, que dificultaram sua expressão concreta na bibliografia espanhola, com publicações de estudos que constituem não tanto uma contribuição estimável, quanto um progresso positivo, na fixação de conceitos e princípios na matéria financeira estatal.

NARCISO AMORÓS não se estende a todo direito financeiro, nem a uma visão global da atividade financeira do estado, mas, restringe-se ao direito tributário e graças a essa concentração de esforços e circunscrição do tema, pode dar-lhe um tratamento científico unitário extremamente adequado, de forma a colocar a literatura espanhola inteiramente atualizada com os reclamos do constante e incessante processo de especialização, que se verifica em todo mundo ocidental moderno.

Da influência da literatura espanhola de direito tributário sobre nós não há necessidade de falar. A própria obra do prof. NARCISO AMORÓS, aqui, de há muito conhecida — embora só por alguns juristas de escol, dada a dificuldade de acesso à literatura estrangeira existente, até há pouco tempo — é um testemunho disto.

As facilidades de comunicação, que os tempos modernos vieram incrementar, contribuirão para que o sucesso dessa obra, em benefício da nossa cultura, seja o mais rápido e amplo possível.

O sentido prático de NARCISO AMORÓS o leva a distinguir o conteúdo do poder tributário e seus limites das suas características fundamentais, que considera serem principalmente o caráter originário e irrenunciável, bem como imprescritível do mesmo; igualmente sua condição de poder abstrato, legal e aplicável com critério primordialmente territorial.

Este poder se manifesta e concretiza em normas, cujos princípios lógicos não são exclusivos do direito tributário, mas radicam no direito público, no seu sentido mais amplo. Em especial e primordialmente encontram sua origem neste os dois princípios que caracterizam fundamentalmente o direito tributário: a legalidade, por virtude do qual a administração fica explicitamente submetida à lei fiscal e só pode atuar quando a lei explicitamente a autorize, a fim de garantir a segurança jurídica a todos os indivíduos afetados pelas normas tributárias; e o princípio da reserva da lei, como emanação concreta do princípio da legalidade, por virtude do qual determinadas matérias tributárias se devem regular necessariamente mediante lei formal. Isto tem a vantagem de — sendo o imposto permanente e definido e configurado mediante lei — se coarctar à administração fiscal a possibilidade de atuação discricionária tão ampla que lhe permita dar-lhe configurações e estilos tais que inclusive obliterassem a sua própria natureza econômica e jurídica.

A análise destes princípios, relativamente ao direito tributário, se faz concretamente à vista das normas do direito espanhol, verificando-se em que medida foram recolhidos ditos princípios na legislação geral e na específica.

Talvez seja na parte que cuida da matéria de interpretação das normas tributárias — onde os conceitos doutrinários obtêm maior possibilidade de desenvolvimento e análise — que este livro oferece maior utilidade para concepção de uma doutrina informada de maior cópia de argumentos e profundidade de análise.

A obra vem valorizada por um excelente prólogo, do conceituado prof. MARIANO SEBASTIAN, que, na sua primeira edição, prognosticava amplo sucesso a este livro, o que se confirma menos de seis anos depois, com esta 2.^a edição, que ora comentamos.

Por todas estas razões, é de esperar que os nossos meios científicos e docentes saibam apreciar devidamente esta obra do colega e companheiro de PEREZ DE AYALA, que traz para todo o mundo de cultura ibero-americana o contributo do seu saber, de sua perspicácia, de seu senso crítico e de sua metodologia, para enriquecimento e desenvolvimento dos estudos de direito tributário como preocupação científica de todos nós.

GERALDO ATALIBA

RAMON VALDES COSTA, *Curso de Derecho Tributario*, 430 páginas, Montevideo, 1970.

O professor RAMON VALDES COSTA — catedrático de direito financeiro da Faculdade de Direito de Montevideu — acaba de publicar o tomo I do seu *Curso de Direito Tributário*, que agora nos chega às mãos.

Embora se trate de livro com nítidas finalidades didáticas — pelo aparato bibliográfico e pela profundidade das indagações que procura solucionar, bem como pela magnífica extensão do tratamento que dá à matéria — erige-se em excelente e valioso manual de consulta, para todos os efeitos doutrinários.

Seu autor é um dos mais renomados e conceituados tributaristas latino-americanos. Ao lado de GOMES DE SOUSA e GIULIANI FONROUGE, elaborou o *Modelo de código tributário para a América Latina*, sob os auspícios do convênio OEA/BID (Organização dos Estados Americanos/Banco Interamericano de Desenvolvimento), que se constitui num dos esforços mais notáveis, positivos e efetivos para uma verdadeira integração legislativa e mesmo doutrinária entre os países latino-americanos. Esta integração é reconhecidamente condicionadora da integração econômica, que a pressupõe necessariamente.

O prof. VALDES COSTA é, no Uruguay, país de invejável cultura jurídica com posição pioneira na América Latina, a autoridade mais respeitável e conhecida neste setor. Amigo e companheiro de escritório do notável administrativista SALAGUEZ LAZO, o prof. VALDES COSTA domina todos os setores do direito público, os quais percorre inteiramente à vontade, em extensão e profundidade, e de cujos institutos se socorre para solução dos problemas categoriais do direito tributário com inteira propriedade e rigor científico.

A estas qualidades alia um senso didático extremamente apurado, que permite que este alentado volume — sem prejuízo de sua profundidade e objetividade científica — não perca alto nível didático, de começo a fim.

Como diz o próprio autor, no prefácio, este livro recolhe com maior amplitude os ensinamentos ministrados “ao longo de vinte e cinco anos no exercício da cátedra”, em Montevidéu. É o fruto de uma longa e detida meditação sobre as capitulares questões do direito tributário.

Manifesta não se ter preocupado em expor o sistema tributário vigente no Uruguay, mas sim em aprofundar o exame dos princípios e institutos do direito tributário, tarefa que considera a mais importante e única perdurável, no que, se põe em posição com a qual manifestamos nosso inteiro acordo. Efetivamente, o direito positivo é essencialmente mutável e a sua compreensão depende do domínio dos institutos e dos princípios, estes sim universais e que, portanto, poderão ser aplicados a qualquer direito positivo, na solução dos problemas concretos que a sua aplicação suscita.

Daí porque o ensino universitário do direito dever ser ministrado sob esta forma científica e não aquela empírica, que é rejeitada pelo autor.

Porisso, salienta que dominamos os princípios “a análise dos tributos em particular — sempre mutáveis e em regra geral defeituosamente legislados — não oferece dificuldades; ignorando-os, esta análise é puramente formal e letrista”.

Subseqüentemente, associa de maneira estreita e indissolúvel os princípios gerais do direito aos princípios do direito tributário. Não seria possível pretender-se conceber um direito tributário que não extraísse toda sua força e vigor dos princípios gerais do direito.

Rejeita, como método didático e científico, a apreciação dos aspectos econômicos e políticos que o fenômeno tributário apresenta. E o faz por convicção científica, já que reconhece que a faixa do jurista é a faixa dogmática, devendo incumbir o exame do mérito e conteúdo das leis, no caso do direito tributário, aos economistas e financistas, que exercem ciência diversa e autônoma, relativamente ao direito. Ao jurista cabe a tarefa da interpretação, própria da ciência hermenêutica.

Sem ignorar rudimentos daqueles conhecimentos que são pré-jurídicos, o prof. VALDES COSTA limita-se e se cinge ao estudo dos aspectos jurídicos da tributação, já que de “direito tributário” cuida o seu livro de curso.

Num notável esforço de divulgação do direito e da literatura tributária latino-americanos, VALDES COSTA procura dar ênfase aos autores e à doutrina deste continente.

Como prestigioso dirigente do Instituto Latino-Americano de Direito Tributário dá especial ênfase a salientar os estudos, conclusões e teses que essa instituição vem propiciando ao longo de seus muitos anos de louvável e fecunda atividade, mediante a realização periódica de “Jornadas”, já famosas por seus substanciosos resultados.

O plano da obra prevê um capítulo inicial e introdutório, que se decompõe em seções, que estudam a atividade financeira do estado, uma apreciação sobre o papel da economia e da política financeira relativamente a ela e, por último, a ubicação do direito financeiro neste quadro.

Os capítulos subseqüentes tratam da classificação dos ingressos públicos, dos princípios distributivos que informam a tributação e da teoria dos preços financeiros, para, afinal, chegar-se à teoria dos tributos.

Subseqüentemente, no livro se estuda o imposto, a taxa e as contribuições especiais. O estudo destas é distribuído em questões gerais, exame da contribuição de melhoria e, por último, o estudo das contribuições de previdência social.

As relações entre o direito tributário e o direito penal, o administrativo, o constitucional e, principalmente, o direito civil são tratadas com bastante detença pelo autor que — não satisfeito de fazer uma recapitulação histórica e uma referência geral ao estado atual da doutrina — marca a sua posição própria, no referente ao assunto, definindo-se de maneira categórica e incisiva e enfrentando uma série de problemas que a aplicação prática destas suas conclusões sugere.

É de se salientar o excepcional destaque que VALDES COSTA dá aos autores latino-americanos, bem como à doutrina elaborada neste continente. Por outro lado, em todas as ocasiões tem oportunidade de fazer referência às soluções que o Modelo de código tributário para a América Latina OEA/BID foi dando às questões teóricas e práticas que analisa.

É com satisfação que registramos o aparecimento deste “curso”, que vem reforçar a já apreciável bibliografia latino-americana de direito tributário.

INDICE

IN MEMORIAM.

Professor Emérito Noé Azevedo — Pequeno Retrato de Uma Grande Vida — Manoel Pedro Pimentel	7
--	---

HOMENAGEM.

Luis Eulálio de Bueno Vidigal — Professor Emérito — Celso Neves	23
--	----

DOCTRINA.

Rui Barbosa e as Letras Jurídicas — Ataliba Nogueira	31
Introdução ao Direito Romano das Obrigações Aplicado ao Direito Civil — Alexandre A. de Castro Corrêa	45
Imposto de Renda — Ruy Barbosa Nogueira	67
Crime de Sonegação Fiscal — Manoel Pedro Pimentel	89
Da Auto-Tutela Administrativa — Cretelia Júnior	107
Reflexões sobre Direito e Fato na Ordem Jurídica Internacional — Tarcísio Burity	133
O Direito Penal dos Povos Primitivos — João Bernardino Garcia Gonzaga	167
O M.M.P.I. e suas Aplicações em Criminologia — Odon Ramos Maranhão	199
Codificación de Derecho Civil y Codificación de los Sistemas de Derecho — Hermann Eichler	229
Observações sobre os Cursos de Pós-Graduação na Faculdade de Direito — Henny Goulart	257
Crítica à parte Geral do Anteprojeto do Código Civil — Antônio Junqueira de Azevedo	269
O Convênio Internacional do Café — Celso Lafer	285
The Doctrine of Non-Retroactivity of International Treaties — João Grandino Rodas	341
Contribuição de Francisco de Vitória ao Direito Internacional — Oris de Oliveira	361

PARECER.

Direito do Autor — Antônio Chaves	385
--	-----

CONFERENCIAS E DISCURSOS.

A Pedra Fundamental da Faculdade de Direito na Cidade Univer- sitária — José Pinto Antunes	403
--	-----

A Cobrança de Direitos Autorais de Entidades que Congreguem outras Entidades Menores — Antônio Chaves	407
A Dignidade do Direito Mercantil — Oscar Barreto Filho	415
O Direito Autoral e os Clubes Sociais no Brasil — Arnaldo da Fonseca Júnior	435
Saudando a Sebastian Soler — Miguel Reale Júnior	455

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho — diretor da Faculdade de Direito — A Redação	459
Discurso de Saudação do Professor Oscar Barreto Filho	464
Discurso de posse do novo diretor	469
BIBLIOGRAFIA.	479

INDEX

IN MEMORIAM.

- Le professeur émérite Mr. Noé Azevedo — Un petit portrait d'une grande vie — **Manoel Pedro Pimentel** 7

HOMMAGE.

- Luis Eulálio de Bueno Vidigal — Professeur émérite — **Celso Neves** 23

DOCTRINE.

- Rui Barbosa et les lettres juridiques — **Ataliba Nogueira** 31
Introduction au Droit Romain des Obligations appliqué au Droit Civil — **Alexandre A. de Castro Corrêa** 45
L'impôt sur le revenu — **Ruy Barbosa Nogueira** 67
Le Crime en matière fiscale — **Manoel Pedro Pimentel** 89
De l'auto-tutelle administrative — **Cretella Júnior** 107
Reflexion sur Droit et Fait dans l'Ordre Juridique International — **Tarcisio Burity** 133
Le Droit Pénal des Peuples Primitifs — **João Bernardino Garcia Gonzaga** 167
L' M.M.P.I. et ses Applications en Criminologie — **Odon Ramos Maranhão** 199
Codification de Droit Civil et Codification des Systèmes de Droit — **Hermann Eichler** 229
Observations sur les cours de postgraduation à la Faculté de Droit — **Henny Goulart** 257
Critique à la Partie Générale du Projet du Code Civil — **Antônio Junqueira de Azevedo** 269
L'accord International du café — **Celso Lafer** 285
La Doctrine de la non Retroactivité des Traités Internationaux — **João Grandino Rodas** 341
Contribution de Francisco de Vitória au Droit International — **Oris de Oliveira** 361

AVIS PROFESSIONNEL.

- Le Droit d'Auteur — **Antônio Chaves** 385

CONFERENCES ET DISCOURS.

- La pierre fondamentale de la nouvelle Faculté de Droit dans la cité universitaire — **José Pinto Antunes** 403

L'Exigence des Droits d'Auteur par des Associations comprenant d'autres Associations plus petites — Antônio Chaves	407
La Dignité du Droit Mercantile — Oscar Barreto Filho	415
Les Droits d'Auteur et les Clubs Sociaux au Brésil — Arnoldo da Fonseca Júnior	435
Saluant Mr. Sebastian Soler — Miguel Reale Júnior	455

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Directeur de la Faculté de Droit	459
---	-----

BIBLIOGRAPHIE.	479
-----------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS

IN MEMORIAM.

Professor emeritus Noé Azevedo — A little portrait of a great life — Manoel Pedro Pimentel	7
--	---

HOMAGE.

Luis Eulálio de Bueno Vidigal — Professor emeritus — Celso Neves	23
Rui Barbosa and the juridical literature — Ataliba Nogueira	31
Introduction to the Roman Law of contract as applied to Civil Law — Alexandre A. de Castro Corrêa	45
The income tax — Ruy Barbosa Nogueira	67
The crime of tax evasion — Manoel Pedro Pimentel	89
On the administrative auto-tutelage — Cretella Júnior	107
Reflexions on Law and Fact in the international juridical Order — Tarcísio Burity	133
The penal Law of primitive peoples — João Bernardino Garcia Gonzaga	167
The M.M.P.I. and its applications in Criminology — Odon Ramos Maranhão	199
Codification of Civil Law and Codification of Law systems — Hermann Eichler	229
Remarks on post-graduation courses in the Faculty of Law — Henny Goulart	257
Criticism to the “General Part” of the preliminary plan of the Code of Civil Law — Antônio Junqueira de Azevedo	269
The international coffee agreement — Celso Lafer	285
The doctrine of Non Retroactivity of International Treaties — João Grandino Rodas	341
Francisco de Vitória’s contribution to International Law — Oris de Oliveira	361

JURIDICAL OPINION.

The copyright — Antônio Chaves	385
---	-----

CONFERENCES AND SPEECHES.

The Foundation Stone of the Faculty of Law at the Universitarian City — José Pinto Antunes	403
--	-----

The collecting of copyright taxes by Entities embodying other smaller Entities — Antônio Chaves	407
The dignity of mercantile Law — Oscar Barreto Filho	415
The copyright Law and the social clubs in Brazil — Arnoldo da Fonseca Júnior	435
Greeting Sebastian Soler — Miguel Reale Júnior	455

UNIVERSITY CHRONICLE.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Diretor of the Law School	459
BIBLIOGRAPHY.	479

Composto e impresso em 1975, nas oficinas da
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.
Rua Conde de Sarzedas, 38 — Tel. 33-4181/2/3 (PBX)
C.E.P. 01512 — São Paulo, S.P., Brasil

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).