

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

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

**Largo São Francisco, 95
2º andar – CEP 01005
01000 – São Paulo, SP**

NOTAS:

1. As expedições futuras dependem da devolução do cartão.

Les expéditions ultérieures dépendent du renvoi de cette carte.

Further mailings depend on the return of this card.

2. Solicitamos permuta com publicação congênera.

Nous demandons l'échange avec publication congenera.

Please exchange with similar publication.

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

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

Recebemos e agradecemos: Falta-nos:
Nous avons reçu et vous remercions: Il nous manque:
We have received and thanks: We are in want of:

NOME

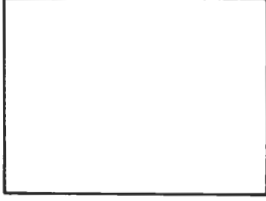
ENDEREÇO

CÓDIGO POSTAL

DATA

ASSINATURA

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



01000 – São Paulo, Brasil

01005 – Largo São Francisco, 95, 2º andar

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 83

**(Janeiro–Dezembro)
1988**

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, V. 83, 1988

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

Em seu octogésimo terceiro volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade ao preço de Cz\$ 100,00.

“Revista da Faculdade de Direito”

Endereço para permuta:

CEP 01005 – Largo São Francisco, 95, 2º andar. Fone: 239-3077, ramal 43

CEP 01000 – São Paulo, SP, BRASIL.

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, VOL. 83, 1988.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Prof. Dr. Roberto Leal Lobo e Silva Filho

Vice-Reitor: Prof. Dr. Ruy Laurenti

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari

Vice-Diretor: Prof. Dr. Antonio Junqueira de Azevedo

Editor: Bel. Antonio Augusto Machado de Campos Neto (MTb 11.034-36-81-SP)

COMISSÃO DE PUBLICAÇÕES: Prof. Dr. Enrique Ricardo Lewandowski
Prof. Dr. Fábio Maria de Mattia
Prof. Dr. Alaor Caffé Alves

CONSELHO EDITORIAL

Professor Doutor **Antonio Junqueira de Azevedo**,
do Departamento de Direito Civil
Professor Doutor **Celso Lafer**,
do Departamento de Filosofia e Teoria Geral
Professor Doutor **Irineu Strenger**,
do Departamento de Direito Internacional
Professor Doutor **José Afonso da Silva**,
do Departamento de Direito Econômico e Financeiro
Professor Doutor **Paulo José da Costa Júnior**,
do Departamento de Direito Penal
Professor Doutor **Odon Ramos Maranhão**,
do Departamento de Medicina Forense
Professora Doutora **Odete Medauar**,
do Departamento de Direito do Estado
Professor Doutor **Pedro Vidal Neto**,
do Departamento de Direito do Trabalho
Professor Doutor **Vicente Greco Filho**,
do Departamento de Direito Processual
Professor Doutor **Fábio Konder Comparato**,
Do Departamento de Direito Comercial

CONSELHO CIENTÍFICO

Prof. Dr. Antônio Chaves
Prof. Dr. Celso Neves
Prof. Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior
Prof. Dr. Luís Eulálio de Bueno Vidigal
Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel
Prof. Dr. Miguel Reale
Prof. Dr. Sílvia Rodrigues
Prof. Dr. Luiz Gastão Paes de Barros Leães

SUMÁRIO

DOCTRINA

1. O Direito do Trabalho em Face da Nova Constituição. 14
Octávio Bueno Magano
2. Ato do Governo 23
Odete Medauar
3. A Responsabilidade pela Saúde 44
Sueli Gandolfi Dallari
4. A Atualidade do Pensamento de Carrara no Direito Penal 54
Ivette Senise Ferreira
5. Caracteres da Fundação de Direito Público 67
Antonio Carlos de Campos Pedroso
6. A Embaixada Permanente e as Origens da Diplomacia 87
Vicente Marotta Rangel
7. Telenovelas: Industrialização das Imagens e dos Sonhos 96
Antonio Chaves
8. Intoxicação por Maconha 101
Odon Ramos Maranhão
9. Estudo dos Homicídios de Autoria Feminina 119
José Maria Marlet
10. As Causas de Reduzido Valor Econômico e o seu Tratamento no Direito Luso-Brasileiro: O Juiz das Vintenas; o Altomacé; O Juiz de Paz 129
Luiz Carlos de Azevedo

11. O Negro na Ordem Jurídica Brasileira	135
Eunice Aparecida de Jesus Prudente	
12. Interpretação de Isenção Objetiva	150
Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo	
13. Soluções Pacíficas de Litígios na América Latina: Retrospectiva 1988	176
Guido Fernando Silva Soares	
14. Despejo por mau uso do prédio locado	219
Antonio Claudio da Costa Machado	

HOMENAGEM

1. Homenagem póstuma ao Professor Doutor Gustavo Zanini do Departamento de Direito Internacional desta Faculdade	231
2. Homenagem ao Professor Doutor Miguel Franchini Netto pelo Professor-Adjunto Doutor Guido Fernando Silva Soares , desta Faculdade	242

TESES

Teses defendidas no ano de 1988 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	255
--	-----

TRABALHOS ACADÊMICOS

1. Fundação: Evolução, Conceito e Características	275
Eugênio Carlos Callioli	
2. Sistema de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais nos Setores Teatral e Musical	304
José D'Amico Bauab	
3. Democratização pelo "mass media"? O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia	318
Airton Cerqueira Leite Seelander	

SOMMAIRE

DOCTRINE

1. Le Droit du Travail devant la Nouvelle Constitution 14
Octávio Bueno Magano
2. L'Acte de Gouvernement 23
Odete Medauar
3. La Responsabilité de la Santé 44
Sueli Gandolfi Dallari
4. L'Actualité de la Pensée de Carrara sur le Droit Pénal 54
Ivette Senise Ferreira
5. Les Caracteres de la Fondation de Droit Publique 67
Antonio Carlos de Campos Pedroso
6. L'Ambassade Permanente et les Origines de la Diplomatie 87
Vicente Marotta Rangel
7. Les Feuilletons: L'Industrialisation des Images et des Rêves 96
Antonio Chaves
8. L'Intoxication par l'Hachisch 101
Odon Ramos Maranhão
9. L'Étude des Homicides Commis par les Femmes 119
José Maria Marlet
10. Les Causes de la Réduction de la Valeur Economique et son Traitement dans le Droit Lusitanien-Brésilien: les Juges des Vintennes; L'Inspecteur de Poids; Le Juge de Paix 129
Luiz Carlos de Azevedo

11. Le Nègre dans L'Ordre Juridique Brésilienne	135
Eunice Aparecida de Jesus Prudente	
12. L'Interpretation de L'Exemption Objective	150
Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo	
13. Les Solutions Pacifiques des Litiges en Amerique Latine: Retrospective 1988	176
Guido Fernando Silva Soares	
14. L'Assignment de Déménagement et l'Evacuation de l'Immeuble Loué pour Mauvais Usage	219
Antonio Cláudio da Costa Machado	

HOMMAGE

1. Hommage Posthume au Professeur Docteur Gustavo Zanini, du Département de Droit International de cette Faculté	231
2. Hommage au Professeur Miguel Franchini Netto par le Professeur Docteur Adjoint Guido Fernando Silva Soares , de cette Faculté	242

THESES

Les theses défendues pendant l'année de 1988 à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo	255
--	-----

TRAVAUX ACADEMIQUES

1. La Fondation: l'Evolution, le Concept et les Caractéristiques	275
Eugênio Carlos Callloll	
2. Le Systeme de Perception et Distribution des Droits d'Auteur dans les Milieux du Theatre et de la Musique	304
José D'Amico Bauab	
3. La Démocratisation par la "mass media"? Le droit d'être informé et leur pleine efficacité dans les limites du fait	318
Airton Cerqueira Leite Seelander	

SUMMARY

DOCTRINE

1. The Labor Law in view of the New Constitutiond 14
Octávio Bueno Magano
2. Government Act 23
Odete Medauar
3. Health Responsibility 44
Suell Gandolfi Dallari
4. Updating Carrara's Thought in Criminal Law 54
Ivette Senise Ferrelra
5. Characters of the Public Law Foundation 67
Antonio Carlos de Campos Pedrosa
6. The Permanent Embassy and Diplomacy Origins 87
Vicente Marotta Rangel
7. Soap operas: Industrialisation of Images and Dreams 96
Antonio Chaves
8. Poisoning by Marijuana 101
Odon Ramos Maranhão
9. Approach of Murders Practised by Women 119
José Maria Marlet
10. The Actions of Little Economic Value and its Approach in the Portuguese-Brazilian Law: the Justice of "Vintenas"; the Alderman; Matrimonial Judge 129
Luiz Carlos de Azevedo

11. The Negro Within the Brazilian Legal System	135
Eunice Aparecida de Jesus Prudente	
12. Interpretation of the Objective Tax Exemption.....	150
Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo	
13. Peaceful Solutions to Misunderstandings in Latin America: 1988 Survey	176
Guido Fernando Silva Soares	
14. Eviction for Misusing of Rented Building	219
Antonio Claudio da Costa Machado	

HONORING

1. Posthumous Homage to Professor Gustavo Zanini, who belonged to the International Law Department of this Law School.....	231
2. Homage to Professor Miguel Franchini Netto by Associated Professor Guido Fernando Silva Soares	242

THESES

Theses presented in 1988 at the Law School of São Paulo University	255
---	-----

ACADEMIC PAPERS

1. Foundation: Evolution, Concept and Characteristics	275
Eugênio Carlos Callioni	
2. Collecting and Copyright Law Distribution System in Reference to Theater and Music.....	304
José D'Amico Bauab	
3. Democracy through "mass media"? - The right to be informed and the limits de facto to its full effectiveness.....	318
Airton Cerqueira Leite Seelander	

DOCTRINA

O DIREITO DO TRABALHO EM FACE DA NOVA CONSTITUIÇÃO (Aula inaugural do ano de 1988)

Octávio Bueno Magano

Titular do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O estudo ocupa-se com a análise dos direitos sociais no projeto de Constituição, conceituando-os e discutindo o problema de sua aplicabilidade.

Resumé: L'étude s'occupe avec l'analyse des droits sociaux dans le cadre du projet de Constitution, en les conceptuant et en discutant le problème de son applicabilité.

Unitermos: Constituição; Direito do Trabalho; Direitos Sociais.

1. Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, normas e instituições, que, incidindo sobre as relações do trabalho, visa à proteção do trabalhador e à melhoria da sua condição social.

Assim concebida, a disciplina divide-se em direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito tutelar do trabalho, previdência e assistência social.

2. No Projeto de Constituição, em debate na Constituinte, observa-se que os três primeiros segmentos do Direito do Trabalho estão sendo tratados sob a rubrica de Direitos Sociais, ao passo que os dois últimos inserem-se no capítulo da "Seguridade Social", pertencente ao título, mais abrangente, denominado "Da Ordem Social"

3. A classificação apontada gera a necessidade de se definirem os direitos sociais, contrapondo-os, a seguir, aos conceitos de "ordem social" e "seguridade social"

Num sentido amplo, o Direito Social compreende necessariamente todos os ramos do Direito, porque o homem é um animal social: as relações jurídicas em que se envolve são necessariamente sociais. Numa tentativa de individualizar o Direito Social, já se asseverou que as suas normas diriam respeito à estrutura e ao funcionamento da sociedade⁽¹⁾ Assim concebido seria algo seme-

(1) Hayek, F.A., *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 94.

lhante ao Direito Constitucional, entendido como conjunto de regras sobre a estrutura do poder e suas funções⁽²⁾.

4. Em sentido estrito, já teve grande voga o conceito de que o Direito Social seria um “*tertium genus*”, colocado entre o Direito Público e o Privado⁽³⁾. Particularizar-se-ia pela sua natureza integrativa. Enquanto o Direito Público estabelece relações de subordinação e o Privado de coordenação, o Direito Social seria direito integrativo, quer dizer, de integração do homem dentro dos grupos e da sociedade, de cujos poderes participaria⁽⁴⁾.

Modernamente, caracteriza-se o Direito Social, como instrumento do Estado do Bem-Estar Social. Compreende, portanto, o conjunto de normas e instituições, fundadas no princípio da solidariedade⁽⁵⁾ e destinadas a promover o bem-estar dos indivíduos integrantes de uma sociedade.

Devido à sua abrangência e heterogeneidade, a matéria respectiva não pode ser concebida como ramo específico do Direito⁽⁶⁾, adequando-se melhor à idéia de ordem social.

Ao que tudo indica foi essa a perspectiva em que se colocaram os ilustres membros da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em cujo Projeto não se fala de direitos sociais mas exclusivamente de “ordem social”⁽⁷⁾

5. A ordem social concebida como conjunto de normas e instituições destinadas à promoção do progresso social compreende os direitos dos trabalhadores (individual, coletivo, tutelar), a seguridade social (saúde, previdência, assistência), os chamados direitos culturais (educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação), as regras sobre meio ambiente, às relativas à família, à criança, aos adolescentes, aos idosos e aos índios.

Como se vê, a abrangência e a heterogeneidade da matéria integrante da

(2) Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Sarai-va, 1979, p. 20.

(3) Cesarino Jr., A.F., Direito Social, São Paulo, LTr, 1980, p. 61.

(4) Gurvitch, L'idée du droit social, Paris, Sirey, 1932, p. 16/23.

(5) Siches, Luis Recasens, Tratado General de Filosofia del Derecho, Mexico, Porrúa, 1970, p. 602.

(6) Szabo, Imre, Les dimensions internationales des droits des l'homme, Unesco, 1979, p. 20.

(7) Moraes Filho, Evaristo, A ordem social num novo texto constitucional, São Paulo, LTr, p. 11.

ordem social são fatores excludentes de sua inserção em ramo específico do Direito.

6. Com a ordem social não se confundem nem os direitos democráticos nem os direitos e garantias individuais. À primeira espécie pertencem as regras tendentes a assegurar a participação de interessados na estrutura e funcionamento de entidades estatais, parastatais ou outras instituições de relevância social, como as empresas e os sindicatos⁽⁸⁾. A segunda espécie é composta de regras destinadas a defender, de modo institucionalizado, os direitos da pessoa humana contra agressões e abusos por parte de outras pessoas, notadamente as autoridades públicas⁽⁹⁾

Não há confundir os chamados direitos sociais com os direitos democráticos porque enquanto estes giram em torno da idéia de participação, aqueles têm como escopo a melhoria de condições sociais.

Menor ainda é a possibilidade de se confundirem os chamados direitos sociais com os direitos e garantias individuais pelas três principais razões abaixo aduzidas: primeira, porque estes surgiram para coibir abusos da autoridade, atingindo o apogeu com o predomínio do individualismo liberal (*Bills of rights are for the most part reactions against evils of the past rather than promises for the future*)⁽¹⁰⁾, enquanto aqueles forjaram-se para a promoção dos pobres e vieram à tona com o industrialismo do século XIX, explicitando-se em algumas constituições do tempo da Primeira Grande Guerra, como a mexicana e a de Weimar, e atingindo o apogeu com o término da Segunda Grande Guerra; segunda, porque as garantias individuais exigem abstenção por parte do Estado, ao passo que os direitos sociais pressupõem da parte desta atividade progressiva⁽¹¹⁾, terceira, porque os direitos individuais correlacionam-se com claras e precisas obrigações de não fazer por parte do Estado e outras pessoas, ao passo que as regras componentes do chamado Direito Social traduzem-se apenas em padrões de conduta norteadores da atividade do Estado⁽¹²⁾.

A última distinção bem se ilustra com os exemplos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, celebrados sobre os auspícios da ONU, em 1966.

(8) Siches, ob. cit., p. 601.

(9) Idem, p. 601.

(10) Tresolini, Rocco J., N.Y., Macmillan Co., 1959, p. 346.

(11) Siches, ob. cit., p. 602.

(12) Van Boven, T.C., *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Unesco, p. 53.

Enquanto as regras integrantes do primeiro se mostram suscetíveis de aplicação e reconhecimento judicial imediatos, as componentes do segundo devem ser postas em prática progressivamente, não sendo judicialmente exigíveis⁽¹³⁾. Com efeito, no Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, declara-se enfaticamente: as partes signatárias “obrigam-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos (...) os direitos reconhecidos neste Pacto...”⁽¹⁴⁾. Já, no Pacto sobre Direitos Sociais, afirma-se apenas que as partes signatárias obrigam-se “a agir (...), tendo em vista assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos neste Pacto...”⁽¹⁵⁾. No primeiro caso, trata-se de respeitar e garantir algo já existente, enquanto, no segundo, cuida-se tão-somente de agir progressivamente para a implantação de nova ordem reconhecida desde logo como desejável.

Convém sublinhar que a distinção aqui assinalada reflete-se também na Convenção Européia dos Direitos do Homem, quando comparada com a Carta Social Européia⁽¹⁶⁾. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de novembro de 1969, as duas matérias são tratadas em capítulos distintos e, enquanto, dos direitos cíveis e políticos, se diz que devem ser reconhecidos, dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirma-se, exclusivamente, que hão de ter desenvolvimento progressivo⁽¹⁷⁾.

7. Do exposto, infere-se que o Projeto em tramitação na Constituinte resente-se de grave falha de sistematização. A matéria ali tratada sob a rubrica de direitos sociais possui vinculação muito mais estreita com a disciplinada no título “Da ordem social”, do que com a dos direitos e garantias individuais. Na verdade, constitui aquela, juntamente com a Previdência Social, a Saúde e a Assistência Social o próprio cerne da ordem social. Não há como separá-las. Contudo, se houvessem de ser desagregadas, a que deveria aparecer com o signo de direitos sociais seria a pertinente à previdência, à assistência e à saúde, reunindo-se os tópicos relativos ao direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho e direito tutelar do trabalho, sob o rótulo de direitos trabalhistas. Outra alternativa, inspirada nos documentos de nível internacional, acima mencionados, seria a de se tratar de direitos e garantias individuais, sob a inscrição direitos cíveis e políticos, e das demais regras aqui assinaladas, sob o dístico, di-

(13) *Idem*, p. 54.

(14) Rangel, Vicente Marotta, *Direito e Relações Internacionais*, São Paulo, RT, 1981, p. 357.

(15) *Idem*, p. 346.

(16) Vak, Karel, *Les dimensions internationales des droits des l'homme*, Unesco, p. 536 e 593.

(17) Rangel, *ob. cit.*, p. 381 e 388.

reitos sociais e culturais. O critério extravagante adotado pela Comissão de Sistematização é que não pode prevalecer.

8. De um ponto de vista prático, o que se não pode admitir sem relutância é que se queira atribuir efeito imediato a normas constantes do capítulo denominado “Dos direitos sociais”, de caráter meramente programático, como as que tratam do seguro desemprego; da participação nos lucros das empresas; da redução de riscos inerentes ao trabalho; da assistência gratuita a filhos e dependentes, em creches e pré-escolas, etc. A natureza dos apontados direitos implica, quase sempre, a prévia montagem de estruturas em que se apoiem e por isso a sua realização prática só pode ocorrer progressivamente, nunca de imediato. Não obstante, os constituintes – alguns certamente por inadvertência – aprovaram texto onde se lê o seguinte: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim procedendo ignoraram as lições mais modernas da doutrina, no sentido de atribuir eficácia a todas as normas constitucionais, mas com a ressalva de que se trata de eficácia gradativa⁽¹⁸⁾ Como acentua Jorge Miranda, da Universidade de Lisboa, “as normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata”⁽¹⁹⁾, o que não briga com a juridicidade delas, “porque a dimensão prospectiva é também uma dimensão do ordenamento jurídico...”⁽²⁰⁾.

9. Tendo em vista os segmentos de que se compõe o Direito do Trabalho, inicialmente especificados, cumpre agora examinar como vêm sendo eles disciplinados pelos Constituintes.

No âmbito do direito individual do trabalho, a questão mais empolgante é a da eliminação da despedida arbitrária, por eles agasalhada, nestes termos: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”

Como se vê, não prevaleceu, no seio da Assembléia Constituinte, nem a posição daqueles que queriam abroquelar-se ao direito potestativo de despedir, nem a da facção radical, favorável à estabilidade.

Sagrou-se vitoriosa a tese da eliminação da despedida arbitrária ou sem justa causa, com o que o Brasil acertou o passo com o padrão estabelecido pela

(18) Silva, José Afonso, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, RT, 1982, p. 72.

(19) *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, Tomo II, p. 218.

(20) *Idem*, p. 219.

Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, refletido na maioria dos sistemas legislativos do mundo ocidental.

Vale dizer que, a partir de agora, o empregador não poderá mais despedir empregado por mero capricho. Poderá, porém, fazê-lo quando fundado em razão objetiva.

Como no texto a objetividade em causa não se correlaciona apenas à inexistência de justa causa mas também à configuração de arbitrariedade, impõe-se a conclusão de que o empregador poderá despedir o empregado que incidir em falta grave (justa causa), mas igualmente quanto estiver confrontado com fatos impeditivos do bom funcionamento da empresa, tais como fato econômico relevante e motivos de ordem técnica. Não se patenteando qualquer das apontadas razões objetivas justificadoras da despedida, a sanção imposta ao empregador não será a reintegração do empregado despedido, mas o pagamento de indenização. Contudo, tendo em vista o teor do texto aprovado, poderá o legislador, atentando para situações específicas, cuidar da formulação de outros direitos, tais como, por exemplo, o da reintegração para empregados portadores de representação sindical.

No campo do direito coletivo do trabalho, a questão obviamente mais significativa é a da unidade ou a do pluralismo sindical. Não há titubear na escolha da segunda alternativa, porque o monopólio de cúpulas sindicais é tão nefasto quanto o exclusivismo político. Como o texto em tramitação na Assembléia Constituinte aponta o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado democrático, cumpria à mesma Assembléia, coerentemente, adotar o pluralismo sindical como outro de seus sustentáculos. E tanto mais imperiosamente deveria assim proceder quanto é certo existir crescente interpenetração entre o político e o sindical⁽²¹⁾ Numa democracia pluralista, os grupos profissionais tendem a se tornar peças cada vez mais importantes no equilíbrio do sistema não só por serem fatores de limitação do poder estatal⁽²²⁾ senão também por se apresentarem como agentes promotores do interesse público, como sucede quando entabulam pactos sociais; participam da gestão de entidades públicas; ou, simplesmente, ingressam com ação de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, segundo se prevê no Projeto em tramitação. O exercício das apontadas funções políticas não deve ficar sujeito a nenhum monopólio de cúpulas, ao contrário, numa democracia, é mister que seja acessível a todas as facções de que se compõe, a sociedade civil. Por outro lado, numa

(21) Fois, Sergio, *Sindicati e sistema político*, Milano, Giuffrè, 1978. Vide também Sargardoy, Juan A., *Relaciones del trabajo u estructuras políticas*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984.

(22) Loewenstein, Karl, *Political Power & Governmental Process*, Chicago, The University of Chicago Press, 1965, p. 344.

democracia, os sindicatos devem possuir autonomia, o que significa manterem-se com recursos próprios. Nesse quadro, não há lugar para a continuidade da contribuição sindical compulsória, consequência de, nos regimes autoritários, exercerem funções delegadas do poder público. Ainda na área do direito coletivo, é mister dar realce à função atribuída à convenção coletiva, que, até aqui, via de regra, só era apta a estabelecer condições mais propícias ao trabalhador, mas que, a partir do novo texto constitucional, poderá agasalhar condições “in pejus”.

Na esfera do direito tutelar do trabalho, há cinco tópicos merecedores de atenção especial. O primeiro diz respeito ao acidente do trabalho, disciplinado como encargo de responsabilidade do empregador. Não há dúvida de que este deve ter participação no custeio respectivo, a fim de se interessar pela eliminação de condições perigosas geradoras de infortúnio. Contudo, a responsabilidade primacial, pela sua manutenção, deveria ser da Previdência Social, tal como ocorre no presente, por ser de curso universal o entendimento de que o acidente do trabalho constitui risco social, a ser coberto pelas prestações da referida instituição. O segundo tópico a realçar-se é concernente à licença paternidade de oito dias, benefício que encontra precedente na lei italiana nº 903, de 9 de dezembro de 1977, na qual se confere alternativamente aos dois genitores o direito de se ausentarem do trabalho para cuidarem dos filhos. Segue-se o item relativo à prescrição, correspondente, em princípio, ao prazo de cinco anos. Assim, se o direito do trabalhador é violado em 1983, poderá reclamar contra a violação até 1988. Na hipótese específica de rescisão contratual, o prazo contar-se-á da data em que esta ocorrer. Assim, se a violação verificou-se em 1983, tendo sido o empregado despedido em 1987, poderá impugná-la até 1989. De grande relevo mostra-se igualmente a regra sobre piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, o que significará a possibilidade de tratamento legal mais favorável para determinadas categorias profissionais. Por último, é preciso considerar a jornada de trabalho que continua a ser de oito horas. O módulo hebdomadário foi, porém, diminuído para 44 horas semanais. Mais importante, todavia, é a imposição da jornada máxima de seis horas, para o trabalho realizado em turnos ininterruptos, o que vai certamente determinar a alteração dos turnos de revezamento de três para quatro, com conseqüente aumento de ônus para os empregadores.

No que concerne à Previdência Social, convém, antes de mais nada, indicar o seu significado, a saber, instituição pública, cuja finalidade é a de assegurar a renda do trabalhador, quando esta estiver diminuída ou extinta, em virtude de risco social. O campo próprio de incidência da Previdência é o dos trabalhadores subordinados; o seu funcionamento condiciona-se à ocorrência de riscos sociais favoráveis ou adversos, considerados como tais, a morte, a invalidez, a doença, a velhice, a maternidade, a família numerosa, o acidente do trabalho, o desemprego, a reclusão do chefe de família. Na legislação ordinária brasileira, já se ultrapassaram os limites aqui apontados. Estendeu-se o campo de incidên-

cia da Previdência Social, a fim de que passasse a se aplicar também a trabalhadores autônomos, avulsos, eventuais, temporários, a estudantes e até a empregadores. Ampliaram-se as suas prestações, incluindo-se no rol respectivo não só a aposentadoria por tempo de serviço, que não possui natureza previdenciária, mas ainda a assistência médica, farmacêutica e odontológica; a assistência complementar e a assistência reeducativa, que são, como os nomes indicam, prestações assistenciais e não previdenciárias. Como se vê, o legislador ordinário brasileiro converteu a Previdência Social numa instituição extremamente aparatosa, já atingindo as raias da segurança social. Mas isso apenas no papel. Toda gente conhece a precariedade dos seus programas assistenciais, a exigüidade dos benefícios por ela oferecidos e a lentidão com que se processam. Por isso, vem logo a talho a indagação: não teria sido melhor ao invés de tanta expansão, qualidade e efetividade das prestações dela provenientes?

No que respeita à assistência social, inserida ao longo do tempo, no corpo da previdência social, o menos que se pode dela dizer é que é vasqueira e, além disso, salvo exceções, de baixa qualidade.

Agora, o que se pretende, no âmbito da Assembléia Constituinte, é o co-núbio da ineficácia com o disparate, ou seja, o acoplamento da previdência social com a assistência social, ampliadas ambas até os limites máximos de suas potencialidades. O que se tenciona implantar no Brasil é uma instituição tautomúrgica, denominada arvezadamente de “seguridade social” e destinada a liberar o homem de toda e qualquer necessidade. Sim, porque a “seguridade social” é necessariamente universal. Não fica condicionada à configuração de determinados riscos previdenciários, mas se estende a toda e qualquer situação de dificuldade. Por outro lado, sendo universal, não se restringe a trabalhadores, mas abrange toda a população do país.

Toda gente sabe que instituição, assim aparatosa, é de difícil implantação. No Brasil, é duvidoso que mesmo sistemas simples de previdência e de assistência social possam funcionar eficazmente. E isso devido a duas precariedades que nos são inerentes: escassez de recursos e população ativa reduzida em comparação à inativa. Sob esse último aspecto, cumpre assinalar que a população ativa representa um terço apenas do total, prevalecendo, nos seus desdobramentos, a faixa etária entre dez e quatorze anos de idade⁽²³⁾.

10. No seu conjunto, o texto constitucional que se está votando mostra-se com grandes falhas de sistematização, excessivamente minucioso e, sob certos aspectos, fantasioso, o que faz incidir nesta crítica de Huxley: “no reform is

(23) Ministério do Trabalho, Indicadores Sócio-Econômicos, 1987.

likely to achieve the results intended unless it is not only well intentioned, but also opportune”⁽²⁴⁾.

Contudo, as constituições dependem muito menos dos que a elaboram do que dos que as aplicam. A fé que deposito na juventude me faz crer que a nova Constituição venha a ser aplicada de modo construtivo, equilibradamente, com engenho e arte, tendo em vista as exigências do país. São Paulo, março de 1988

(24) Huxley, Aldous, *Ends and Means*, London, Harper & Brothers, 1937, p. 31. São Paulo, março de 1988.

ATO DE GOVERNO

Odete Medauar

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: A preocupação com o estudo dos chamados atos de governo mantém-se constante na doutrina do Direito Administrativo. As controvérsias do tema já se iniciam com a denominação. Estudado ora com restrição ao controle jurisdicional, ora como exceção do princípio da legalidade, ora como tipo e ato administrativo, vários são os critérios propostos para caracterizá-los, a exemplo da teoria do fim político, da soberania, da distinção entre atividade de governo e atividade administrativa e ao critério da lista. Registra-se evolução nesses estudos no sentido de repúdio à concepção antiga que subtraía os atos de governo de qualquer controle.

Resumé: Les actes de gouvernement ont toujours attiré l'attention de la doctrine du Droit Administratif. Les doutes sur ce sujet viennent déjà à propos du titre du thème. On le voit soit comme limite au contrôle par le juge, soit comme exception au principe de la légalité, soit comme un des types d'acte administratif. La doctrine a proposé plusieurs critères de caractérisation, par exemple, la théorie de la fin politique, de la souveraineté, de la distinction entre l'activité politique et l'activité administrative, le critère de liste, parmi d'autres. On note une évolution dans ces études dans le sens du rejet à l'ancienne conception qu'enlevait ces actes à tout contrôle.

Unitermos: Ato de governo; Ato político; Conselho de Estado.

Sumário: 1. Introdução – 2. Terminologia – 3. Quem Edita – 4. Modo como é focalizado – 5. Origem – 6. Critérios Caracterizadores – 7. O “Ato de Estado” no Direito Inglês – 8. As “Questões Políticas no Direito Norte-Americano” – 9. Negação do Ato de Governo – 10. Existência do Ato de Governo não como Categoria Autônoma – 11. Notas Predominantes no Ato de Governo – 12. Controle – 13. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Nas palavras de VIRALLY “a existência de atos de governo, atestada pela doutrina tradicional, constitui surpreendente desafio à razão e ao direito, verdadeiro objeto de escândalo. Rebeldes a toda definição, os atos de governo escapariam a toda norma e a todo controle”⁽¹⁾. A preocupação com os chamados atos de governo mantém-se constante na doutrina do direito

administrativo, podendo-se mencionar nos seus primórdios os estudos do francês Dufour, em 1869 e em época recente o artigo de CHALVIDAN, Professor da Universidade de Paris XII, de 1982 e o livro do italiano GIUSEPPE DI GASPARE, de 1984. No decorrer de mais de um século, doutrinadores de vários países e em diferentes épocas dedicaram-se a enfrentar o desafio que o ato de governo representa, buscando justificativa para sua existência, tentando obter critérios de diferenciação ou mesmo negando-o como tipo específico. CHALVIDAN⁽²⁾ observa que o problema do ato de governo “**nos coloca no próprio coração do direito público**” e vai examinar, no trabalho dedicado a esse tema, o modo de atuação da doutrina, no direito administrativo, sobretudo em comparação com a jurisprudência francesa.

Sem pretender avaliar o papel da doutrina no Direito Administrativo, o presente estudo expõe teorias, cita autores, reproduz textos, para discorrer sobre os principais aspectos do ato de governo, buscando sobretudo retratar a multiplicidade de entendimentos que suscitou, a evolução que sofreu e as tendências contemporâneas a respeito.

2. TERMINOLOGIA

As controvérsias do tema já se iniciam na denominação. Encontram-se com mais freqüência as expressões “**ato de governo**” e “**ato político**”; no direito norte-americano utiliza-se a locução “**questões políticas**” e no direito inglês, “**ato de estado**”

Deixando de lado a terminologia do direito anglo-americano, mencione-se que para alguns autores são sinônimas as expressões ato de governo e ato político, como CRETELLA JUNIOR (Teoria do ato de governo, Revista de Informação Legislativa, nº 95, jul.set. 1987, p. 73) e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (Atos Administrativos, 1980, p. 99). A doutrina francesa prefere denominá-los ato de governo. No direito pátrio, SEABRA FAGUNDES (Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª Edição, 1979, p. 159-160) e ADA PELLEGRINI GRINOVER (As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, 1973, p. 144) adotam a expressão “**ato político**”

Qual, então, a terminologia mais adequada à pronta identificação do ato que se estuda?

A considerar o sentido de atuação do poder estatal, seria político todo ato que a expresse, tal como deflui das afirmações de CÂNDIDO DINAMARCO, ao caracterizar a sentença como ato político por expressar o exercício da jurisdição como poder (A instrumentalidade do processo, 1986, p. 124 e p. 375, nota 10). Assim, políticos seriam também os atos parlamentares e todos os atos administrativos porque expressam atuação de poderes estatais.

Então, como se trata de ato originado do Poder Executivo, para especificá-lo necessário se tornaria denominá-lo “**ato político editado pelo Executivo**”.

Melhor parece a locução “**ato de governo**” para significar determinada atuação do Poder Executivo, porque na atualidade o termo “**governo**” vem associado a este Poder. Como bem nota VIRALLY⁽³⁾, ninguém jamais pensou em qualificar como atos de governo os atos parlamentares.

Segundo DUEZ⁽⁴⁾ “**os atos ditos de governo configuram categorias de atos emanados do Executivo e seus agentes**”. Para MARIENHOFF⁽⁵⁾ “**embora o conceito de governo abarque simultaneamente a atividade dos três órgãos essenciais do Estado-Executivo, Legislativo e Judiciário – quando se fala de ‘atos de governo’ se entende referir somente a certa espécie de atos editados pelo Poder Executivo**”.

3. QUEM EDITA

Se originados do Poder Executivo, qual autoridade emite ato de governo? Insuscetível de dúvida que o órgão supremo do Executivo – Chefe de Estado, Chefe de Governo ou Chefe de Governo em conjunto com Chefe de Estado – pode editar atos de governo. Quanto aos Ministros, VIRGA (II Provvedimento Administrativo, 1972, p. 12) admite que emitam atos de governo. Necessário verificar preliminarmente o sistema de governo e o modo de atuação dos Ministros. No sistema presidencial e na concepção adotada neste estudo, Ministros não editam atos de governo.

Nos Estados Federais, editam atos de governo os chefes do Executivo estadual, o mesmo ocorrendo nos Municípios dotados de autonomia política, como no Brasil.

RANELLETTI⁽⁶⁾ e MARIENHOFF⁽⁷⁾ afirmam que não podem ser atos de governo os emanados de entes públicos administrativos menores (departamentos, comunas) produtos de descentralização autárquica ou territorial porque só têm atribuições administrativas, não lhes cabendo invocar razões de Estado sobre que se baseia essa categoria de atos.

No momento atual, em que muitos ordenamentos conferem a regiões a qualificação de autônomas, como na Espanha, com atribuições fixadas na Constituição, indubitável a existência de atos de governo daí originados. Necessário, então, verificar, primeiro, o grau de autonomia das entidades territoriais para depois afirmar a possibilidade ou não de editarem atos de governo. Evidente que as entidades resultantes da descentralização por serviços, como autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas não editam atos de governo.

4. MODO COMO É FOCALIZADO

O ato de governo merece exame em muitas obras destinadas ao estudo do exercício do direito de ação em geral ou do controle jurisdicional da Administração, como restrição ou limite. Assim aparece em: ADA PELLEGRINI GRIGNOVER, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*; SEABRA FAGUNDES, *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*; KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional*; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, 10 ed., 1983, p. 161; PIERRE DEVOLVÉ, *L'Acte Administratif*, Paris, 1983, p. 33; HECTOR MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Publica*, vol. 1, Buenos Aires, 1984. Outros autores o focalizam como inflexão ao princípio da legalidade, como VEDEL, *Droit Administratif*, 1973, p. 299 e STASSINOPOULOS, *Traité des Actes Administratifs*. CARRE DE MALBERG, no clássico *Contribution à la Théorie Generale de l'Etat*, tomo I ao estudar a função administrativa, dedica seção ao exame dos atos de governo. Também é considerado como tema nas obras dedicadas ao ato administrativo, como por exemplo em: CRETELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II – Ato Administrativo; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Atos Administrativos*, 1980; MANUEL MARIA DIEZ, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1961, p. 509.

5. ORIGEM

A teoria do ato de governo surgiu na França em decorrência de decisões do Conselho de Estado que rejeitavam apreciar determinados atos do Executivo com a seguinte fórmula: **“atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa”**

Parte da doutrina que se dedicou ao estudo do ato político buscou o motivo da rejeição em autolimitação determinada pelo próprio Conselho de Estado para preservar sua permanência institucional em época em que recebia críticas de várias correntes políticas. Assim, de acordo com DUEZ⁽⁸⁾, a matéria dos atos de governo é desconhecida sob a Revolução e no Primeiro Império; em virtude da interpretação vigente na época, da separação de poderes, os litígios em que a Administração era parte fugiam à apreciação do Judiciário, cabendo à própria Administração decidi-los. No tocante à concepção de justiça administrativa era o período da chamada **“justiça retida”**

Com a Restauração e a Monarquia de Julho, os Bourbons retornaram ao trono (1815); o Conselho de Estado, criação napoleônica, é criticado pelos liberais e pelos partidários dos Bourbons, por ter consolidado a situação dos adquirentes de bens nacionais. Daí o Conselho de Estado ter limitado espontaneamente suas funções no tocante ao âmbito de alcance do recurso por excesso de poder, do qual escapavam os atos de governo.

A decisão mais célebre é o **“arret Laffite”**, de maio de 1822; o caso foi o seguinte: Napoleão havia concedido à Princesa Borghese uma renda de 670.000 francos, que posteriormente foi transferida pela Princesa ao banqueiro Laffite; não pagas as rendas vencidas, desde o retorno dos Bourbons, uma Lei de janeiro de 1816 privou todos os membros da família Bonaparte dos bens havidos a título gratuito e entre estes a renda em questão; Laffite, que havia adquirido o crédito, depois de reclamar ao governo, ingressou com ação perante o Conselho de Estado, para que lhe fossem pagas as rendas, ao menos até a data da lei de 1816; o Conselho de Estado deixou de apreciar o fundo da questão, alegando o seu caráter político⁽⁹⁾.

Outras sentenças do Conselho de Estado, nesse período, mencionam o caráter político dos atos: **“Duchesse de Saint Lieu” (1838)**, **“Prince Louis” (1844)**, **“Argantau” (1834)**, de regra referentes a medidas adotadas contra membros de antigas dinastias ou aplicação de convenções diplomáticas. No Segundo Império, tais sentenças estendem-se a outros campos: seqüestro de livros e periódicos; fatos de guerra; medidas de segurança pública; medidas de polícia sanitária.

A explicação da origem do ato de governo na política de autolimitação do Conselho de Estado recebe crítica do italiano Di Gaspare, na obra *Considerazioni sugli Atti di Governo e sull’atto político*, 1984, em que analisa o tema no direito francês e italiano, mediante aprofundado exame da realidade histórico-institucional. Di Gaspare não consegue ver nexo entre a noção jurisprudencial de ato de governo e a chamada autolimitação do Conselho de Estado, com o advento da Restauração (op. cit., p. 64); para melhor expor seu entendimento sobre a origem do ato de governo, chama a atenção em alguns pontos de seu livro (p. 54 e 64, nota 16) sobre a ambigüidade da repartição do poder de normação primária na França da Restauração e a imprecisa **“tipificação”** dos atos dos poderes públicos; partindo do que chama **“opinião comum”** da atual doutrina que reconhece o ato normativo com base na existência, no ato, de idoneidade a produzir proposições prescritivas munidas de potencialidades sancionadoras, afirma que o fundamento da não apreciação dos atos de governo, na Monarquia dos Bourbons encontra-se na persistência de um poder normativo primário da Coroa, incluído nos atributos da soberania régia (p. 17 e 54); atos editados pelo soberano para a segurança do Estado demonstravam continuidade com aqueles atos de exercício da prerrogativa soberana que nos precedentes regimes absolutos se denominavam atos de alta polícia (p. 55); tem-se a impressão de que a incompetência do juiz administrativo derivava sobretudo da inidoneidade do ato a ser objeto de julgamento, portanto, imunidade decorrente da própria natureza dos atos de governo; na ocasião, tais atos seriam de normação primária, equiparáveis aos atos legislativos (p. 70, 77 e 79).

A justificativa oferecida por DI GASPARE, com base na realidade institucional da época, parece mais coerente do que a teoria da autolimitação. VI-

RALLY observa que a existência dos atos de governo estaria ligada ao sistema de **“justiça retida”** vigente na época das primeiras sentenças negativas de apreciação: **“como o Conselho de Estado poderia pedir ao Chefe de Estado que assinasse decisão anulatória de ato que este editara com fim de ‘alta polícia?’ ‘Como lhe pedir para reconhecer a responsabilidade do Estado no tocante a tal medida?’ ”**⁽¹⁰⁾

Como jurisdição independente o Conselho de Estado poderia apreciar tais atos.

Com a queda do Segundo Império e surgimento da Terceira República, veio a Lei de 24 de maio de 1872 que atribuiu independência ao Conselho de Estado no exercício da função contenciosa, iniciando o chamado sistema da **“justiça delegada”**.

Com a sentença no caso **“Prince Napoleon”**, de 1875, registraram-se mudanças na jurisprudência do Conselho de Estado. Neste caso, o Príncipe Napoleon José Bonaparte ingressou com recurso por excesso de poder perante o Conselho de Estado contra ato do Ministro da Guerra que negara reintegrá-lo no estado-maior do exército, do qual fora eliminado depois da queda do Segundo Império; o Ministro invocou a impossibilidade de apreciação, com base no caráter político do ato; o Conselho de Estado não acolheu o recurso, mas rejeitou a alegação de inadmissibilidade invocada pelo Ministro; pela primeira vez, em lugar de aceitar a qualificação de **“político”** que o próprio Governo apresentava, observou o seguinte, nas conclusões do comissário David: **“para que o ato de governo apresente as características que o situam fora e além de todo controle jurisdicional, não é suficiente que venha decidido em Conselho de Ministros ou que esteja motivado por interesse político; o Conselho de Estado reivindica a tarefa de verificar, caso a caso, a real subsistência do caráter político”**⁽¹¹⁾

Para muitos autores, o caso **“Prince Napoleon”** assinalaria o abandono, pelo Conselho de Estado, da referência ao fim político dos atos de governo.

Logo depois, em 1887, a sentença no caso **“Duc d’Aumale et Prince Murat”** afirmou o seguinte, nas conclusões do comissário Marguetire: **“O pensamento político que levou um representante do poder público a editar determinado ato, não lhe retira necessariamente o caráter administrativo, se esse ato, por sua natureza, é um ato administrativo”**⁽¹²⁾.

De acordo com DI GASPARE, as duas sentenças assinalam a evolução da jurisprudência; com a primeira se fixa a competência do Conselho de Estado para qualificar os atos como de governo; com a segunda se afirma que a qualificação deve ser efetuada com base na natureza do ato, cabendo ao juiz administrativo o reconhecimento objetivo dessa natureza⁽¹³⁾.

Mas, a não apreciação dos atos de governo permaneceu, embora parecesse repudiado o fim político.

A doutrina, então, continuou a buscar os critérios de caracterização do ato de governo.

6. CRITÉRIOS CARACTERIZADORES

A) TEORIA DO FIM POLÍTICO – Ainda na época da chamada “**justiça retida**”, autores franceses procuraram explicar a casuística jurisprudencial que rejeitava apreciar medidas do Executivo mediante invocação do ato de governo. A teoria do **fim político** predominou no período, atribuindo-se a DUFOR, na obra *Traité général de droit administratif appliqué*, 1866, sua primeira formulação. De acordo com essa teoria o que especifica o ato de governo é o fim que norteia seu autor; é a natureza política do ato que impede o controle jurisdicional.

A concepção do fim político, segundo alguns autores, deixou de prevalecer a partir de 1875, com o “**arrêt Prince Napoleon**” Recebeu muitas críticas da doutrina, que, em geral, aponta a possibilidade de que o próprio autor do ato o considerasse político para fugir ao controle jurisdicional, o que levaria à amplitude desmesurada dos casos insuscetíveis de apreciação.

Após 1875, outras teorias tentaram demonstrar que o ato de governo teria natureza específica, justificadora de sua imunidade ante o Judiciário.

B) SOBERANIA – Segundo MANUEL MARIA DIEZ alguns autores justificaram os atos de governo com a noção de soberania; argumenta DIEZ que a teoria não se pode manter, pois soberano é o Estado em seu conjunto; se o Executivo invoca razão de soberania para fugir ao controle jurisdicional de seus atos de governo, o Poder Judiciário, alegando também a soberania, poderia efetuar o controle⁽¹⁴⁾. DIEZ observa que a idéia de soberania significa resíduo da concepção autoritária do poder público, substituindo-se, nessa teoria, a soberania do Estado pela soberania do Governo, o que não passa de verbalismo⁽¹⁵⁾

C) DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE DE GOVERNO E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA – Segundo CHALVIDAN⁽¹⁶⁾, após o abandono da teoria do fim político, a doutrina vai tentar elaborar teoria jurídica, ou seja, teoria que introduza o ato de governo na ordem jurídica. Procurarão os autores no ordenamento jurídico geral e no direito constitucional as bases para o fundamento positivo e para a natureza jurídica dos atos de governo.

O núcleo dessa orientação é a distinção entre função ou atividade de governo e função ou atividade administrativa, do que resultariam, respectivamente, o ato de governo e o ato administrativo.

No direito francês, o primeiro texto mencionado com frequência é o decreto de descentralização administrativa de 25 de março de 1852: **“Considerando que se pode governar de longe, mas que se administra bem somente de perto; que em consequência importa tanto centralizar a ação governamental quanto é necessário descentralizar a ação puramente administrativa...”**

Outro texto invocado para justificar juridicamente o ato de governo situa-se no art. 26 da lei de 24 de maio de 1872 (a mesma lei que atribuiu independência ao Conselho de Estado), segundo o qual **“os ministros têm o direito de reivindicar perante o Tribunal de Conflitos os assuntos levados à Seção do contencioso e que não caberiam ao contencioso administrativo”**⁽¹⁷⁾. CARRE DE MALBERG, mencionando o exemplo de LEFERRIÈRE, afirma que a exclusão do controle jurisdicional dos atos de governo não é criação arbitrária da autoridade executiva ou da jurisprudência, mas tem base em textos legais e cita esse art. 26⁽¹⁸⁾. DUEZ nega que o art. 26 consagre positivamente a existência do ato de governo, pois os atos a serem reivindicados perante o Tribunal de Conflitos são aqueles que deveriam ir aos tribunais da ordem judiciária, em razão da norma da separação das autoridades administrativas e judiciárias⁽¹⁹⁾. VIRALLY, de seu lado observa que por paradoxo singular o art. 26 jamais foi objeto de menção na jurisprudência, apesar do grande número de sentenças vinculadas à idéia de ato de governo⁽²⁰⁾.

No direito italiano, o art. 24 do Texto Único sobre a justiça administrativa, de 31 de março de 1889, deu fundamento positivo ao ato de governo: **“Cabe à IV Seção do Conselho de Estado decidir recursos contra atos de uma autoridade administrativa deliberante... quando os próprios recursos não sejam de competência da autoridade judiciária, nem se trate de matéria que cabe à jurisdição ou às atribuições contenciosas de corpos ou colégios especiais. O recurso não é admitido quando se trata de atos emanados do governo no exercício do poder político”**⁽²¹⁾.

Tais textos, embora pudessem, conforme a interpretação dada, oferecer fundamento positivo ao ato de governo, não explicavam sua natureza.

Para encontrá-la, a doutrina elaborou a teoria da função governamental distinta da função administrativa.

Muito difundido se apresenta o pensamento de LAFERRIÈRE, expresso no seguinte trecho: **“Administrar é assegurar a aplicação diária das leis, zelar pelas relações dos cidadãos com a administração central ou local e das diversas administrações entre si. Governar é prover às necessidades de toda sociedade política, zelar pela observação de sua Constituição, pelo funcionamento dos grandes poderes públicos, pelas relações do Estado com as potências estrangeiras, pela segurança interna e externa”**⁽²²⁾

A teoria da função governamental recebeu outras conotações, sem que se deixasse de ressaltar a diferença das funções. Assim, por exemplo, CARRÉ DE MALBERG vincula a teoria à distinção entre Constituição e leis ordinárias; a autoridade administrativa, no exercício da função governamental, detém poder autônomo decorrente de concessão superior às leis ordinárias, poder esse que não poderia, então, ser considerado como poder executivo das leis (função administrativa); o ato administrativo ordinário fundamenta-se em poder simplesmente legal e o ato de governo tem base em poder constitucional; tanto um quanto outro se editam de acordo com a ordem jurídica estabelecida no Estado⁽²³⁾.

No decorrer de um século a doutrina publicista discorre sobre o fascinante tema da função governamental e função administrativa. Muitos aceitam a distinção, dentre os quais RANELLETTI (*Le garantigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione*, 1934, p. 56); FRANCIS PAUL BENOTT (*Le Droit Administratif Français*, 1968, p. 46-52); MARIENHOFF – sem a decorrente especificação do ato político como categoria – *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, 1966, p. 696 e 697 e, no direito pátrio CRETELLA JUNIOR (no artigo *Teoria do Ato de Governo*, *Revista de Informação Legislativa*, nº 95, jul.set. 1987, p. 78, 79, 83 e 84, o consagrado jurista adota a distinção entre as duas funções, sem, no entanto, considerar o ato de governo como categoria diferenciada do ato administrativo).

Outros autores rejeitam a distinção. Assim, ORLANDO, ao comentar o art. 24 da lei italiana sobre contencioso administrativo (citada acima), afirma **“ser bem difícil indicar o que seja um poder político, sobretudo em antítese à administração, que, em certo sentido, é sempre poder político”**⁽²⁴⁾ ORLANDO ainda tece críticas à distinção efetuada por LAFERRIÈRE, primeiro, sob inspiração de Guizot, para observar ironicamente que o Governo seria um poder dos dias de festa; a administração, um poder dos dias de trabalho; depois pondera que zelar pela observância da Constituição e funcionamento dos grandes poderes públicos não é função concreta deste ou daquele órgão do Estado, mas a resultante final de múltiplas eficiências de que participam todas as manifestações estatais⁽²⁵⁾

DUEZ nega a diferenciação de ato de governo e ato administrativo como decorrência da distinção da função governamental e administrativa, nos seguintes termos: **“a existência de função governamental distinta da função administrativa não conduz racionalmente ao ato de governo...; os atos pelos quais se exerce a função governamental não têm conteúdo jurídico diferente dos que se vinculam à função administrativa”**⁽²⁶⁾.

Mais recentemente RIVERO aponta a **“dificuldade de fixar fronteiras entre governo e administração; na prática a ação governamental e a direção da atividade administrativa cabem aos mesmos órgãos e leva a atos da mesma natureza; a distinção não tem alcance jurídico”**⁽²⁷⁾.

DEBBASCH, sob outro prisma, refere-se à mescla entre o político e o administrativo: **“na realidade não há fixação de finalidade pelo poder político e execução administrativa, mas emaranhado de fins e meios que favorece interferências recíprocas”**⁽²⁸⁾.

MAIRAL, em linha semelhante, pondera que **“a noção de função governamental é mais fácil de expressar do que de aplicar. Se formalmente os atos de governo não se diferenciam dos atos administrativos, a distinção intrínseca proposta não permite traçar linha divisória clara e livre de apreciações subjetivas; nos extremos não cabem dúvidas, mas a zona que as suscita é muito ampla”**⁽²⁹⁾

Como ensina GIANNINI, **“o governo sempre participou da formação de diretrizes políticas, de um modo ou de outro... Existiu e existe, portanto, não um poder executivo, mas um poder governamental, que nas diversas constituições consta ora do Chefe de Estado (república presidencialista), ora do governo em conjunto com o Chefe de Estado (p. ex. nos Estados parlamentares do século passado), ora do governo somente (p. ex. na Constituição italiana atual), junto ao complexo de órgãos que formam a administração do Estado. De tal modo, a Administração estatal pode ser simplesmente indicada como o aparato de poder governamental, tendo todos os atributos e as funções deste”**⁽³⁰⁾.

É ainda GIANNINI, na obra *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, que, ao mencionar a crescente importância das administrações públicas no funcionamento do Estado, observa que isso levou alguns cientistas políticos a dizer que fazer política significa administrar (p. 111).

Ante a atuação e estrutura do Estado contemporâneo parece difícil afirmar a existência de fronteira rígida entre política e administração ou atividade governamental e atividade administrativa. A realidade cotidiana da Administração Pública demonstra a interferência recíproca dos altos escalões do Executivo e do chamado **“pessoal técnico”** ou administrativo. Dúvida alguma paira sobre a influência exercida pela burocracia sobre a tomada de decisões da Chefia do Executivo.

Mescladas, na atualidade, a função governamental e a função administrativa, impossível extrair da diferença entre ambas a natureza do ato de governo.

D) TEORIA DO QUARTO PODER – Da concepção de diferença rígida entre função governamental e função administrativa decorre outro modo de justificar o ato de governo: o de considerar o governo como quarto poder do Estado. A idéia encontrou sua formulação mais conhecida em OTTO MAYER, no trecho seguinte: **“Mas existe ainda outro grupo, ainda mais importante, que nos apresenta o Estado ocupado em realizar seus fins, como na admi-**

nistração, e que, no entanto, é outra coisa. Não se trata aqui de legislação, nem de justiça. É uma quarta espécie, situada ao lado das três atividades que é costume indicar⁽³¹⁾. Na Itália, SANDULLI filia-se a essa teoria⁽³²⁾. A idéia do governo como quarto poder, diferenciado da Administração, torna mais rígida a separação teórica entre as duas funções, o que não corresponde à realidade atual da vida do Estado onde ambas se mesclam. E mesmo que se cogitasse de formular novo modo de dividir poderes ou funções estatais para especificar outros, além dos três tradicionais, dificilmente se afastariam governo de administração.

E) EXECUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO – Segundo CHALVIDAN, a doutrina encontra outro alento para indicar a base jurídica da função governamental apoiando-se solidamente em disposições constitucionais⁽³³⁾. Vem primeiramente de DUCROCQ a afirmação de que os atos de governo são aquele que executam diretamente disposição formal da Constituição e os Atos Administrativos resultam da execução de lei ordinária⁽³⁵⁾. RANELLETTI critica a teoria alegando que muitas constituições contêm matéria de natureza estritamente administrativa⁽³⁶⁾. Acrescente-se ainda que vários atos administrativos também executam diretamente preceito constitucional.

F) INTERESSE GERAL DO ESTADO EM SUA UNIDADE – RANELLETTI aceita a distinção entre governo e administração e afirma que o caráter político do ato se configura pela consideração unitária do interesse geral do Estado, em que encontra sua causa; o ato é editado para tutela daquelas exigências supremas da vida do Estado⁽³⁷⁾. O critério de RANELLETTI poderia receber as mesmas críticas dirigidas à teoria do fim político, sobretudo porque quem o edita invocará certamente o interesse geral do Estado em sua unidade mesmo para medidas sem esse alcance.

G) TEORIA DA ATIVIDADE LIVRE OU DISCRICIONÁRIA – Outra orientação pretende caracterizar o ato de governo como decorrente de atividade livre ou discricionária do Estado. Evidente que a discricionariedade existe também em atos da Administração não caracterizados como de governo. Para RANELLETTI “**não se pode identificar atividade de governo com discricionariedade; a discricionariedade é uma qualidade dos atos de governo inerente a sua natureza política; mas não é sua característica e muito menos razão de ser de sua natureza**”⁽³⁸⁾.

H) NÃO-APRECIÇÃO JURISDICIONAL – A dificuldade de encontrar critério identificador da natureza dos atos de governo acarreta, em grande parte da doutrina, o enunciado de sua noção na insuscetibilidade de controle jurisdicional. Ato de governo é o que escapa à apreciação pelo Judiciário. Várias críticas se ergueram contra esse modo de explicação, por exemplo: MAIRAL⁽³⁹⁾ refere-se a definição tautológica, na mesma linha de VIRALLY⁽⁴⁰⁾ assim se responde à questão pela questão; MARIENHOFF⁽⁴¹⁾

afirma que o critério baseia-se em eventuais conseqüências do ato, não oferecendo a noção essencial ou substancial. Para DI GASPARE⁽⁴²⁾ as explicações da doutrina centradas na insusceptibilidade de apreciação pelo juiz, basearam-se em representação parcial e limitada, do que resultou teorização inadequada e incompleta.

I) CRITÉRIO DA LISTA OU EMPÍRICO – No direito francês buscou-se ainda contornar a dificuldade de conceituar-se o ato de governo com solução prática: considera-se ato de governo o que figura em lista decorrente de decisões do Conselho de Estado ou Tribunal de Conflitos; atualmente, na França, a lista contém dois tipos de atos: os que se referem às relações entre o Executivo e o Legislativo e às relações do governo com Estado estrangeiro ou organismo internacional. Para MARIENHOFF⁽⁴³⁾ o critério é vazio de conteúdo científico. Segundo RANNELLETTI⁽⁴⁴⁾ **“dizer que atos de governo são aqueles que a jurisprudência considera como tais, significa renunciar à solução do problema sem saber com qual critério a jurisprudência deverá definir um ato de governo ou administrativo”**.

7. O “ATO DE ESTADO” NO DIREITO INGLÊS

Ainda no tema dos critérios que permitam caracterizar o ato de governo parece de interesse verificar o tratamento concedido pelo direito anglo-americano.

No direito inglês encontra-se o chamado **“ato de Estado”**, editado sob prerrogativa da Coroa em relação a Estado estrangeiro ou contra um indivíduo não protegido pelas leis inglesas. Em nenhum dos casos o ato é suscetível de apreciação pelo Judiciário. Entre os atos relativos a Estados estrangeiros situam-se os seguintes: declaração de guerra e paz; reconhecimento de Estados ou governo estrangeiros; anexação ou cessão de territórios; celebração de tratados e representação diplomática⁽⁴⁵⁾.

Segundo WADE⁽⁴⁶⁾, o ato de Estado só pode ser invocado se for praticado em território estrangeiro; quer dizer, a Coroa não desfruta de dispensa quanto a atos realizados em território inglês, tanto se o demandante for de nacionalidade britânica quanto se for estrangeiro; mas os territórios estrangeiros encontram-se mais além dos limites do Governo e aí a Coroa atua com plena liberdade. Como observa CLARKE⁽⁴⁷⁾ **“o ato de Estado não pode ser defesa contra lesão causada pela Coroa a direito de cidadão inglês”**.

8. AS “QUESTÕES POLÍTICAS” NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Na obra *Constitutional Law*, de BARRON e DIENES (1986) as **“political questions”** vêm estudadas no capítulo do controle jurisdicional e seus limites. MAIRAL, em sua obra, *Control Judicial de la Administracion Publica*,

também cuida das questões políticas no âmbito dos atos insuscetíveis de apreciação jurisdicional. Desses dois autores serão extraídos os dados fundamentais do tema.

Em 1803, no caso *Marbury & Madison*, Marshall mencionava que há um tipo de demandas constitucionais que os tribunais não podem rever porque as matérias são políticas. Os parâmetros das questões políticas aparecem nas considerações do juiz Brennan no caso “**Baker & Carr**”, em 1962, em que a Suprema Corte aceitou apreciar a constitucionalidade de lei estadual sobre divisão de distritos eleitorais, para declará-la inválida por desfavorecer distritos cuja população aumentara no decorrer do século. O juiz Brennan partiu da premissa de que a não-apreciação pela justiça decorre da separação de poderes e depois apontou os critérios que permitem caracterizar a questão política.

a) Critério clássico: tribunal deve verificar se a questão foi confiada pela Constituição a outro ramo do poder público; a identificação dos assuntos assim atribuídos e a constitucionalidade do exercício da discricção cabem ao Judiciário;

b) Critério funcional: falta de padrões “**encontráveis**” para solucionar a questão; impossibilidade de decidir sem chegar primeiro a uma determinação política.

c) Critérios de prudência ou político: impossibilidade de decisão independente sem faltar com o respeito devido aos demais ramos do governo; necessidade incomum de adesão inquestionável a decisão política já tomada; potencialidade de situações embaraçosas ante pronunciamentos variados de diversos órgãos do Estado sobre a mesma questão.

Conforme BARRON e DIENES⁽⁴⁸⁾ a doutrina das questões políticas é invocada sobretudo em âmbitos da competência tradicional do Presidente da República ou do Congresso. O âmbito das relações exteriores, o contexto da segurança nacional, questões sobre o exercício do poder de guerra e o processo de emenda constitucional não são o prato tradicional dos tribunais, mas hoje abrangem o cerne da definição da doutrina da questão política.

9. NEGAÇÃO DO ATO DE GOVERNO

No desafio do estudo sobre o ato de governo aparecem as teorias negativistas, umas de caráter absoluto, outras de caráter relativo.

A doutrina francesa aponta MICHOD e BERTHÉLEMY como expoentes dessa linha.

Também clássico na rejeição do ato de governo se apresenta DUEZ para quem “**o ato de governo configura receita técnica de arte política para cir-**

cunscrever o papel do juiz em relação a certa atividade governamental que requer maior liberdade do autor do ato; a teoria do ato de governo não é tão necessária para salvaguardar a legítima independência do Executivo em matérias políticas vitais; o direito oferece meios suficientes para que se atinja essa finalidade, permitindo abolir um símbolo que lembra a antiga razão de Estado, que significa atentado muito vivo ao princípio da legalidade para ser mantido, mesmo com caráter residual; suficiente proteção dos atos de governo contra o controle jurisdicional pode ser assegurada pela reserva do poder discricionário; a teoria do ato de governo deve ser eliminada como praticamente inútil⁽⁴⁹⁾.

Ainda na doutrina francesa, VIRALLY no excelente artigo “*L’Introuvable Acte de Gouvernement*” (1952), enumera uma a uma as hipóteses indicadas como atos de governo, para demonstrar que fogem à apreciação jurisdicional em virtude da aplicação normal de preceitos processuais, sobretudo de competência, da jurisdição administrativa francesa, abolindo, assim, toda explicação política para o tratamento especial ao ato de governo. E conclui: “**O ato de governo, subtraído a todo exame jurisdicional por motivos puramente políticos, permanece inencontrável. Desapareceu da jurisprudência desde o célebre caso Prince Napoleon Bonaparte (1875)**”⁽⁵⁰⁾.

Na doutrina espanhola GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS RAMON FERNANDEZ⁽⁵¹⁾ também consideram inútil essa teoria.

10. EXISTÊNCIA DO ATO DE GOVERNO NÃO COMO CATEGORIA AUTÔNOMA

Outro modo de tratar o tema, relativiza a concepção negativista, para aceitar a existência do ato de governo como resultante da atuação do Executivo, sem, no entanto, separá-lo da categoria “**ato administrativo**”. Essa orientação procura enquadrar o ato de governo no âmbito do ato administrativo, embora com algumas características próprias. Já ORLANDO⁽⁵²⁾ rejeitava a existência de categoria distinta e sistematicamente determinável de atos de governo, mas afirma que no tocante a estes o juiz é o Parlamento, relacionando, a seguir, aqueles que a seu ver configuram atos de governo. VEDEL⁽⁵³⁾ afirma não existir ato de governo como categoria jurídica autônoma, para depois ponderar que permanece um fundo de verdade nessa teoria. Entendimento semelhante adota MARIENHOFF⁽⁵⁴⁾: “**ato de governo não constitui figura jurídica específica, mas simplesmente noção conceitual de certa atividade do órgão Executivo do Estado. Juridicamente o ato de governo e o ato administrativo permanecem assimiladas...; o regime jurídico de ambos obedece a princípios similares, pois a diferença conceitual existente não consegue separá-los juridicamente para que devam reger-se por critérios jurídicos diversos**” Concepção igual espousa o argentino FIORINI⁽⁵⁵⁾: são espécie do gênero dos atos do Poder Executivo... O grave erro também de-

corre de identificar a atividade de governo com um ato determinado e considerar que esta espécie de atividade cria necessariamente ato de governo...; a circunstância que seja de essência jurídica e pertença ao gênero administrativo, não quer dizer que não possa apresentar caracteres próprios como espécie de ato administrativo manifestando atividades de governo”

No direito pátrio CRETELLA JUNIOR⁽⁵⁶⁾ reconhece a espécie “ato de governo”, como desdobramento do gênero “ato administrativo”; “ato de governo é a manifestação de cunho administrativo a que não é estranho o traço jurídico-político”.

A formulação por último exposta parece mais adequada à realidade do Estado contemporâneo. Considere-se, assim, o Executivo como poder ou função governamental e o ato administrativo, não com o sentido de mera execução de lei ou ato de efeitos internos ou de âmbito restrito, mas de ato que expressa, de vários modos a função governamental, que é política e administrativa. Portanto, o ato de governo apresenta-se como uma das expressões da função governamental. Pode ser especificado pelas características a seguir indicadas.

11. NOTAS PREDOMINANTES DO ATO DE GOVERNO

A primeira nota é orgânica: o ato de governo provém da autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo. Nos Estados federais, as chefias de Executivo dos Estados-Membros editam atos de governo; nos municípios e regiões autônomas, igualmente.

FIORINI⁽⁵⁷⁾ aponta outra característica: os atos de governo decorrem de execução direta da Constituição; mas, observa o mesmo autor, há muitos outros atos do Poder Executivo resultantes diretamente de permissão constitucional, sem a qualificação de atos de governo. Então, além do espectro de execução direta de dispositivo constitucional, FIORINI ressalta as conseqüências jurídicas externas e os destinatários: os outros poderes do Estado. Pode-se acrescentar, ainda, como destinatários ou interessados, outros Estados e organismos internacionais.

Ante a essas características, os seguintes exemplos, no direito pátrio, aí se enquadram:

- a) apresentação ou retirada de projeto de lei (art. 84, item II, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988)
- b) recusa em apresentar projeto de lei (seria omissão de ato de governo)
- c) sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, item IV da Constituição Federal de 1988)

- d) convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57 § 6º da Constituição de 1988)
- e) veto a projetos de lei (art. 84, item V)
- f) edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, item XXVI)
- g) decretação e execução de intervenção federal (art. 84, item X)
- h) decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, item IX)
- i) celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, item VIII)
- j) declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX)
- l) decretação total ou parcial, de mobilização nacional (art. 84, XIX)
- m) celebração da paz (art. 84, XX).

12. CONTROLE

O estudo do ato de governo gira, em muitos autores, em torno da possibilidade ou não de ser apreciado pelo Poder Judiciário. Como já se estudou, busca-se até caracterizá-lo pela qualidade de escapar a esse controle, do que decorreria total liberdade do Executivo para editá-lo. Também se encontra na doutrina a idéia de que o ato de governo representa mancha ou exceção ao princípio da legalidade.

O exame da realidade atual do ordenamento pátrio e estrangeiro impede sustentar os chavões antigos sobre esse tema.

De início, verifica-se que os atos de governo editam-se com fundamento em dispositivos constitucionais. Ao emití-los o Executivo exerce atribuição conferida pela Constituição, o que afasta a invocação de mancha no princípio da legalidade, ao menos no aspecto formal.

Quanto ao controle, nota-se que a matéria dos atos de governo apontados sujeita-se ao exame do Legislativo, que poderá, assim, recusar aprovação. É o caso do Estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal que dependem de aprovação do Congresso, dotado de competência para suspendê-los (art. 49, IV da Constituição de 1988); dependem de manifestação favorável do Legislativo e celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), a declaração de guerra em caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX) e a celebração da paz (art. 84, XX). Ao Legislativo caberá apreciar o mérito das medidas adotadas.

No tocante à apreciação jurisdicional, mencione-se para o direito pátrio, o controle de constitucionalidade de qualquer ato do Executivo por via direta, cuja iniciativa a Constituição atual abre, entre outros, à Mesa do Senado, à Mesa da Câmara dos Deputados, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103). Portanto, além de órgãos do Legislativo, outros entes políticos e associações civis podem suscitar o juízo de constitucionalidade dos atos de governo.

Ainda a respeito do controle jurisdicional, dificilmente se mantém hoje em dia a afirmação da não-incidência sobre os atos de governo, além dos limites da discricionariedade dos atos administrativos, cada vez mais restrita. No direito estrangeiro, aponte-se a França, onde nas últimas décadas reduziu-se o número dos atos do Executivo, considerados de governo, que o Conselho de Estado recusa-se a apreciar; exemplo significativo encontra-se no **estado de sítio**, cujas medidas de aplicação sujeitam-se a reexame da jurisdição administrativa, provocado pelos habitantes da área atingida, em virtude da limitação de liberdades que acarreta⁽⁵⁸⁾; a **extradição** também foi excluída do rol de atos de governo, assim como a **expulsão de estrangeiros em tempo de guerra**; quanto aos **tratados**, o Conselho de Estado firmou jurisprudência de que a celebração é insuscetível de apreciação jurisdicional; quanto à interpretação, se é clara, o Conselho aplica diretamente podendo invalidar ato administrativo contrário; se o texto é nebuloso, o Conselho de Estado, como preliminar, solicita a interpretação do Ministério das Relações Exteriores e a esta se filia; para a execução vigora o entendimento seguinte: as medidas de execução fogem à apreciação do Conselho de Estado, salvo quando a autoridade francesa tem certa discricionariedade na escolha, caso em que o ato é considerado “**destacável**” e, portanto, sujeito ao controle, e quando os litígios suscitados regem-se pelo direito interno, no concernente à responsabilidade, o Conselho de Estado também admite, desde 1966, a responsabilidade do Estado por danos sofridos por particular e decorrentes de convenção internacional, cuja regularidade não se discutia, quando tais prejuízos apresentam gravidade e caráter especial⁽⁵⁹⁾.

Na Itália, o art. 24 do Texto Único sobre a Justiça Administrativa, de 1889, que previa expressamente a exclusão da via jurisdicional para atos do governo no exercício do poder político, deixou de prevalecer ante o art. 113 da Constituição (1947), que dispõe o seguinte: “**Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos ante os órgãos da justiça ordinária e administrativa. Essa tutela não pode ser excluída ou limitada a meios particulares de impugnação ou para determinadas categorias de atos**”.

Segundo BARILE⁽⁶⁰⁾, o Conselho de Estado italiano tende a reduzir a categoria dos atos de governo.

Na Espanha registra-se igualmente evolução na matéria. Na Lei sobre a

jurisdição contenciosa-administrativa de 1956, o art. 2º, b, traz o preceito seguinte:

a) **“Não caberão à jurisdição contenciosa-administrativa...**

b) **As questões que se suscitarem em relação aos atos políticos do Governo, como são os que afetam à defesa do território nacional, relações internacionais, segurança interior do Estado e mando e organização militar, sem prejuízo das indenizações que forem procedentes, cuja determinação sim compete à jurisdição contencioso-administrativa”**. Para GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS-RAMON FERNANDEZ⁽⁶¹⁾ revogado está esse texto ante três dispositivos da Constituição de 1978: art. 106 1 – atribui aos tribunais o controle do poder regulamentar e da legalidade da atuação administrativa, sem exceção alguma; art. 24. 1 – todas as pessoas tem direito a obter tutela efetiva dos juízes e tribunais, sem que, em caso algum, possa ocorrer carência de defesa; art. 103. 1 – parte final – submissão plena da Administração Pública à lei e ao Direito.

No ordenamento pátrio, as Constituições de 1924 e 1937, nos arts. 68 e 97, respectivamente, previam de modo expresso, a exclusão dos atos de governo da apreciação do Judiciário: **“É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas”** A partir da Constituição de 1946 (salvo os atos do período de exceção) vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito; em decorrência, se o ato de governo propiciar lesão a direito, poderá ser impugnado perante o Judiciário. É o entendimento de CRETELLA JUNIOR⁽⁶²⁾, SEABRA FAGUNDES⁽⁶³⁾ e ADA PELLEGRINI GRINOVER⁽⁶⁴⁾.

De se observar, ainda, que a Constituição de 1988 previu instrumento para a **“omissão de governo”** Assim o item LXXI do art. 5º possibilita concessão de mandado de injunção **“sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”** Por exemplo, a apresentação de projeto de lei, caracterizada como ato de governo, tem o seu inverso na omissão em apresentá-lo, sanável, de acordo com texto constitucional pelo mandado de injunção, nos casos previstos.

13. CONCLUSÃO

CHALVIDAN, (op. cit.) ao término do seu trabalho, ressalta que a reflexão da doutrina propiciou avanço da legalidade, pela redução salutar do âmbito do ato de governo.

Nos autores mais recentes nota-se repúdio à concepção antiga de ato de governo. Como se viu, as Constituições contemporâneas, ao consagrarem o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional a toda lesão de direito

e ao reforçarem os meios de controle de constitucionalidade, esvaziavam as noções precedentes e impedem a aplicação lesiva a situações subjetivas de particulares.

Os tribunais atuaram no mesmo sentido, devendo na época atual, evitar que razões políticas afastem ou atenuem o controle sobre tais atos.

Resta ao parlamentar exercer as atribuições que lhe competem e utilizar os instrumentos previstos na Constituição para fiscalizar a edição (e conteúdo) dos atos de governo, cuja existência dificilmente se pode negar.

A cada um dos integrantes da coletividade, cabe a vigilância e o repúdio do arbítrio exercido sob a rubrica de ato de governo, na antiga concepção, hoje não mais vigente. São Paulo, junho de 1988

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 – “L'introuvable acte de gouvernement”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, jan.mar. 1952, p. 318.
- 2 – *Doctrine et acte de gouvernement, L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20/1/1982, p. 5.
- 3 – Op. cit., p. 323.
- 4 – *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935, p. 13.
- 5 – *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, 1966, p. 699.
- 6 – *Le garantigie della giustizia nella Publica Amministrazione*, 1934, p. 63 e 73.
- 7 – Op. cit., p. 702.
- 8 – *Les actes de gouvernement*, 1934, p. 30.
- 9 – Dados do “arret Laffite” extraídos de BOQUERA OLIVER, Jose Maria, *Los Origenes de la Distincion entre Actividad Politica y Administrativa*, *Revista de Administración Pública*, nº 40, 1963, p. 75-76.
- 10 – *L'introuvable acte de gouvernement*, *Revue Du Droit Public et de la Science Politique*, 1952, p. 356, nota 131.
- 11 – DI GASPARRE, op. cit., p. 113.
- 12 – Texto da sentença extraído de CHALVIDAN *Doctrine et acte de gouvernement, L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, janeiro de 1982, p. 6.
- 13 – Op. cit., p. 114.
- 14 – *El acto administrativo*, p. 523.
- 15 – *Les actes de gouvernement*, 1935, p. 187.

- 16 – Doctrine et acte de gouvernement, **L'Actualité Juridique – Droit Administratif**, 20/1/82, p. 7.
- 17 – Texto extraído de CHALVIDAN, op. cit., p.8
- 18 – Contribution à la Théorie Générale de l'État, 1920, tomo I, p. 547.
- 19 – Les actes de gouvernement, p. 37.
- 20 – L'introuvable acte de gouvernement, *Revue du Droit Public et de Science Politique*, jan.mar. 1952, p. 318, nota 2.
- 21 – Texto do art. 24 extraído de ORLANDO, *Primo Trattato*, vol. III, p.5 47.
- 22 – *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1896, t. II, p. 32.
- 23 – Op. cit., p. 527 e § 1.
- 24 – *Primo Trattato*, vol. II, 1901, p. 903.
- 25 – Op. cit., p. 904
- 26 – Op. cit., p. 188
- 27 – *Droit Administratif*, Paris, 1983, p. 12-13.
- 28 – *Science Administrative*, 1976, p. 48.
- 29 – *Control Judicial de la Administración Publica*, vol. I, Buenos Aires, 1984, p. 483.
- 30 – *Diritto Amministrativo*, Milão, 1970, vol. I, p. 66.
- 31 – *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1949, tomo I, p. 11.
- 32 – *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1978, p. 13.
- 33 – Doctrine et acte de gouvernement, **L'Actualité Juridique-Droit Administratif**, 20/1/82, p. 8.
- 34 – Extraído de CHALVIDAN, op. cit., p. 8.
- 35 – *El acto administrativo*, p. 520.
- 36 – Op. cit., p. 58.
- 37 – Op. cit., p. 69 e 73.
- 38 – Op. cit., p. 59 e 61.
- 39 – *Control Judicial de la Administracion Publica*, p. 559.
- 40 – Op. cit., p.3 38.
- 41 – *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 1966, p. 690.

- 42 – Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico, 1984, p. 11 e 12.
- 43 – Op. cit., p. 690.
- 44 – Le garantigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione, 1934, p. 67, nota 3.
- 45 – CLARKE, H.W., Constitutional and Administrative Law, Londres, 1971, p. 89 e 90.
- 46 – Derecho Administrativo (trad. espanhola) 1971, p. 441 e 442.
- 47 – Op. cit., p. 91.
- 48 – Constitutional Law, 1986, p. 44.
- 49 – Les Actes de Gouvernement, p.1 91 e 193.
- 50 – Op. cit., p. 355. WALINE critica a teoria de VIRALY alegando que, tendo a aparência de combater a teoria dos atos de governo, tende, na realidade, a justificar uma jurisprudência cujo efeito é consagrar denegação de justiça; para WALINE a teoria do ato de governo não tem base legal alguma; a jurisprudência poderia eliminar os atos de governo (Précis de Droit Administratif, 1969, p. 166 e 168).
- 51 – Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 1982, p. 486.
- 52 – Primo Trattato, vol. III, 1901, p. 907, 910 e 911 .
- 53 – Droit Administratif, 1973, p. 307 e 310.
- 54 – Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Buenos Aires, 1966, p. 691 e 692.
- 55 – Derecho Administrativo, tomo I, Buenos Aires, 1966, p. 338.
- 56 – Teoria do Ato de Governo, Revista de Informação Legislativa, nº 95, jul.set. 1987, p. 79.
- 57 – Derecho Administrativo, tomo I, 1966, p. 339.
- 58 – Caso Huckel, 1955 citado por MAIRAL, Control Judicial de la Administracion Publica, p. 492.
- 59 – Dados extraídos de MAIRAL, Control Judicial de la Administracion Publica, tomo I, p. 489-491.
- 60 – Sotto voce Atto de governo (e atto politico), Enciclopédia del Diritto, vol. IV.
- 61 – Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 1982, p. 486.
- 62 – Teoria do Ato de Governo, Revista de Informação Legislativa, nº 95, jul.set. 1987, p. 81.
- 63 – Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed. 1979, p. 164.
- 64 – As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, 1973, p. 145-146.

A RESPONSABILIDADE PELA SAÚDE

Sueli Gandolfi Dallari

Diretora-Geral do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário da USP

Resumo: Após rápido exame da evolução semântica do termo responsabilidade e da amplitude de compreensão do termo saúde, para fixação das barreiras postas à definição da responsabilidade pela saúde, são examinadas algumas situações determinadas: a responsabilidade pela saúde na ordem internacional, a responsabilidade constitucional pela saúde, a responsabilidade pela saúde objeto da ação estatal e a responsabilidade civil e penal por produtos e serviços de saúde. Conclui-se pela necessidade da exata determinação das variáveis que permitam a fixação da responsabilidade pela saúde como exigência constitucional no Estado Democrático de Direito.

Resumé: Après l'examen de l'évolution sémantique du terme responsabilité et de l'amplitude de compréhension du terme santé, pour fixer les barrières mises à l'engagement de la responsabilité pour la santé, quelques situations précises sont examinées: la responsabilité constitutionnelle pour la santé, la responsabilité pour la santé soumise à l'action étatique et la responsabilité civile et pénale pour les produits et les services de santé. La conclusion met en évidence la nécessaire délimitation exacte des variables pour l'entraînement de la responsabilité pour la santé, exigence constitutionnelle de l'État démocratique de droit.

Unitermos: Responsabilidade; Teoria geral do direito; Direito público e direito sanitário.

I. RESPONSABILIDADE: TEXTO E CONTEXTO

Sem dúvida o termo responsabilidade é polissêmico. Essencialmente derivado da história dos povos que lhe foram acrescentando novos sentidos ele é mesmo desconhecido para alguns deles. É o caso dos gregos, onde ANADOKÉ ou UPENTHINON designam, especificamente, a caução (obrigação do devedor secundário) e a responsabilidade constitucional dos governantes frente ao juízes (reservado, portanto, ao direito público)⁽¹⁾.

(1) cf. VILLERS, R. **Responsabilité pénale et responsabilité civile dans les droits helléniques** in BOULET-SAUTEL, M. et al. **La responsabilité à travers les ages**. Paris, Economica, 1989 pág. 47.

O direito romano é a fonte por excelência do significado jurídico dos nomes, para os Estados que nele basearam seu arcabouço jurisdicional. Todavia, ainda que se procure os precedentes antigos da responsabilidade nos direitos cuneiformes que não a conceituaram, apenas praticaram-na, observa-se “uma aspiração conforme ao sentido mais elementar de justiça; separar a pena da reparação”⁽²⁾.

Nas línguas européias o termo responsabilidade aparece apenas no século XVIII mas tem, sem dúvida, raízes no direito romano: *RESPONDERE*. A *sponsio*, instituição muito importante no direito romano arcaico, previa a figura do devedor-*SPONSOR*, aquele que ao responder afirmativamente se obrigava a uma prestação. Previa, também, o *RESPONSOR* que se obrigava a responder pela dívida principal do outro. Assim, responder sempre implicou a idéia de ser o garantidor de eventos futuros. Em português o termo responsabilidade aparece pela primeira vez num texto, por derivação do francês “responsable”, em 1813⁽³⁾. No francês “responsabilité” foi empregada pela primeira vez na lição de Necker: “A confiança nesse papel nasce da responsabilidade do governo”, significado que o Estado acrescia a garantia de um título⁽⁴⁾.

A conclusão inicial fundada no exame da etimologia é que originariamente não se cogitava de falta quando se tratava de responsabilidade. Com efeito, nos exemplos do professor *VILLEY*, não se presuppõe qualquer falta nem do pai que responde pelo casamento de sua filha, nem do devedor romano que deve “responder” a seus credores. A falta não era cogitada nem mesmo quando o móvel era a reparação dos danos, onde o direito romano abeberou-se da lição de Aristóteles. A verdadeira causa essencial da obrigação (contratual civil ou penal) era sempre a desordem instalada numa relação entre pessoas, o que se evidenciava, claramente, no reconhecimento de múltiplos casos de responsabilidade sem falta.

O racionalismo trouxe para o mundo laico, dessacralizando-o, o princípio da lei moral, o agir humano. A intenção subjetiva é que passou a tornar o homem responsável, não mais perante o tribunal divino, mas frente à humanidade, à sociedade, ao futuro. O direito descobriu o individualismo, passando a basear-se não mais na idéia de justiça (*SUUM CUIQUE TRIBUIRE*, *AEQUABILITAS*) objetiva, manutenção de determinada ordem, mas na noção das liberdades individuais, cuja defesa exigia o governo legislativo das ações humanas.

(2) cf. *CARDASCI A, G. Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain in BOULET-SAUTEL, M. et al. op. cit.*, pág. 42.

(3) É o que ensina Antonio Geraldo da Cunha no Dicionário Etimológico.

(4) É o que informa *HENRIOT, J.* na note sur la date et le sens du mot “responsabilité” in *Archives de philosophie du droit*, 1977, pág. 60.

E a responsabilidade, compreendida no campo moral, substituiu, para os positivistas, a justiça como fundamento da ordem jurídica⁽⁵⁾

II. SAÚDE: UM FENÔMENO INDIVIDUAL, COLETIVO E SÓCIO-CULTURAL

O termo saúde apresenta grande imprecisão na linguagem natural. É a amplitude de compreensão que torna difícil, mesmo na linguagem técnica, sua delimitação. De fato, muito já se escreveu a respeito da conceituação da saúde durante a história da humanidade. Hipócrates, filósofo grego que viveu no século V a.C., refere a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências⁽⁶⁾. Do mesmo modo, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Devido a sua experiência como mineiro pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho⁽⁷⁾. Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações⁽⁸⁾.

Outra corrente de pensamento, entretanto, evoluiu no sentido de conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças. Pode-se encontrar a origem de tal corrente nos trabalhos do filósofo francês do início do século XVII, Descartes⁽⁹⁾, que ao identificar o corpo humano à máquina acreditou poder descobrir a “causa da conservação da saúde”. Nessa linha de evolução, o século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Sob o predomínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado. Exatamente nesse momento

(5) CF VILLEY, M. *Esquisse historique sur le mot responsable* in BOULET-SAUTEL, M. et al. *op. cit.*, pág. 85.

(6) cf. HIPPOCRATES. *The medical works of hippocrates*; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, Ill. Thomas, 1950, pág. 9 - 111.

(7) cf. PARACELSUS. *On miner's sickness and other miner's diseases*. In: PARACELSUS. *Four teratyses of theuphrastus von Hohenheim called PARACELSUS*. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941, pág. 43-1 26.

(8) cf. ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo, Global Ed., 1986.

(9) cf. DESCARTES, R. *Discurso sobre o método*. Rio de Janeiro, Simões, 1952.

os trabalhos de Pasteur⁽¹⁰⁾ e Koch⁽¹¹⁾ provam a teoria sobre a etiologia específica das doenças e fornecem, então, a causa que explica o defeito na linha de montagem humana.

O ambiente social do fim do século passado e primeira metade do século XX, auge da Revolução Industrial, propiciou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A incidência de tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas.

A intervenção de fatores políticos foi, contudo, aparentemente o marco final de tal debate. A experiência de uma Grande Guerra apenas 20 anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, forjou um consenso. Carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social, alijada de seus líderes, a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade ineludível de promover um novo pacto. Tal pacto, personificado na Organização das Nações Unidas, fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo em que incentivou a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens. A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”⁽¹²⁾. Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels.

(10) cf. PASTEUR, L. *Etudes sur la bière*. Paris, Gauthier-Villars, 1876.

(11) cf. KOCH, R. *Die Aetiologie und die Bekanmfung der Tuberkulose*. Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1912.

12) A Constituição adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em New York de 19 a 22 de julho de 1946 e assinada em 26 de julho de 1946 por representantes de 61 (sessenta e um) Estados, apresenta esta definição como o primeiro princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”

A saúde, assim conceituada, sempre foi objeto de atenção tanto individual como coletiva. Testemunha da atenção individual são as regras técnicas e deontológicas estabelecidas pelo mesmo Hipócrates quando trata do relacionamento do médico com o paciente⁽¹³⁾. Não se restringe, entretanto, à antigüidade o aspecto individual da atenção à saúde que se revela no mundo contemporâneo, por exemplo, na referência ao contrato existente entre o médico e o doente. Por outro lado os hospitais, da Idade Média aos tempos modernos, revelam o aspecto comunitário da medicina.

Atualmente, portanto, a saúde não tem apenas um aspecto individual que respeita somente à pessoa. Ao contrário, o aspecto coletivo frequentemente sobrepuja o individual, seja porque a eficácia da prevenção depende do recurso ao poder do Estado que, em nome da igualdade entre o povo, obriga a certos comportamentos (vacinação, por exemplo), seja porque os custos da proteção são muito elevados.

É, no entanto, a enorme amplitude do termo saúde que sobreleva o aspecto sócio-econômico-cultural envolvido em sua conceituação. Com efeito, não basta a existência de serviços destinados à promoção, proteção e recuperação sanitária adequados e em números suficientes, nem a existência de normas legais prevendo todas as hipóteses de agravos à saúde pública, se o Estado não tiver atingido um nível tal de desenvolvimento sócio-econômico e cultural que lhe permita dispor de todos os recursos técnicos existentes, atender a todas as necessidades de infra-estrutura e possuir uma população educada para a saúde. Assim, o Estado subdesenvolvido que não possui todos os recursos técnicos conhecidos para o tratamento de certas patologias, que não dispõe de meios econômicos para promover o saneamento ambiental ou que não educou sua população para a saúde, não pode atingir o mesmo nível sanitário daquele desenvolvido que já emprega tais recursos sócio-econômicos e culturais.

III. A RESPONSABILIDADE PELA SAÚDE

Delimitada a área de abrangência de cada termo, fixam-se as barreiras postas à definição da responsabilidade pela saúde. Tema básico na contemporaneidade porque fundamento da ordem jurídica que deve garantir a saúde como direito.

A busca da compreensão do conceito de responsabilidade pela saúde exige que se examine, atentamente, várias situações determinadas. Interessa inicialmente conhecer o papel do Estado, analisando tanto os aspectos individuais quanto coletivos da saúde e sua responsabilização pelo indivíduo e pelo próprio Estado. Mas interessa também, especialmente quando se considera a variável sócio-econômico-cultural na conceituação de saúde, conhecer-se a responsabilização internacional entre os Estados.

(13) HIPPOCRATE, *La consultation*, Paris, Hermann, 1986.

a. A responsabilidade pela saúde na ordem internacional

O direito internacional por suas características especiais está sempre muito próximo do direito das gentes, onde o costume exerce papel primordial. A noção de responsabilidade vem tentando se desvencilhar da idéia do pecado que lhe foi introduzida na Idade Média Cristã. Assim, o debate que nos anos 30 do século XX cindiu os doutrinadores entre partidários e adversários da responsabilidade por risco, apenas nos anos 70 ganha os foros internacionais. E é curioso que nesse momento tal debate já estava superado nas jurisprudências internas, condenando o regime jurídico da responsabilidade objetiva a um uso restrito. Por outro lado, a tendência à objetivação da reparação tem tido espetacular difusão e sucesso nos tempos hodiernos, talvez porque a teoria formal seja pouco apropriada à realidade sócio-econômica.

Sem dúvida, tanto os problemas ecológicos originários do desenvolvimento tecnológico e industrial, quanto os ligados especificamente às epidemias contemporâneas e aos seus remédios requerem a determinação da responsabilidade internacional. Ora, a positivação da responsabilidade objetiva é derogatória e se inscreve necessariamente na conclusão de acordos especiais que exigem o conhecimento preciso tanto dos aspectos jurídicos quanto sanitários envolvidos. Assim como tal conhecimento é imprescindível à determinação técnica da expressão monetária dos padrões de “diligência devida”, meio para a padronização da responsabilidade internacional por fato ilícito.

É inegável que a noção de fato ilícito perdeu subjetividade porque foi suplantada pela objetivação da reparação, decorrente do empirismo do economista⁽¹⁴⁾. Urge, portanto, sistematizar o conhecimento dos campos envolvidos para se conseguir efetiva proteção jurídica à saúde, especialmente no que respeita à sociedade internacional.

b. A responsabilidade constitucional pela saúde

O Estado moderno nasceu politicamente responsável. Após discorrer sobre as razões que tornam conveniente a transferência de direitos do homem para o soberano, Hobbes afirma que nada é capaz de reforçar qualquer pacto de paz senão o medo das conseqüências de faltar à palavra dada⁽¹⁵⁾. E Locke, suavizando o diagnóstico radical de seu predecessor contemporâneo, assim declara a finalidade do pacto social: “E por este modo os homens deixam o estado de natureza para entrarem no de comunidade, estabelecendo um juiz na terra, com autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar os danos que atinjam

(14) cf. DUPUY, P. *La responsabilité internationale des états pour les dommages d'origine technologique et industrielle*. Paris, Pedone, 1976, pág. 258.

(15) cf. HOBBS, T. *Leviatã*, especialmente nos capítulos XIV e XV da primeira parte.

qualquer membro da comunidade; juiz esse que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados”⁽¹⁶⁾.

Foi Rousseau, porém, aquele que, ao ditar as bases do Estado liberal-burguês, proporcionou a expansão do termo responsabilidade. Quanto ao Estado, pessoa pública com uma única vontade: “a comum conservação (dos homens) e o bem-estar geral”⁽¹⁷⁾, ela aparece como um corolário dos direitos do homem, especialmente do princípio da igualdade face aos encargos públicos, declarados em 1789.

Para que a vontade geral, posta na Constituição, seja a única fonte de constrangimentos para os homens e permita o alcance do bem-estar geral, os constitucionalistas da segunda metade do século XX desenvolveram teorias sobre o papel dirigente da Constituição e da vinculação do legislador pela decorrente. Ora, a abrangência do termo saúde faz com que freqüentemente sua garantia envolva o conflito entre direitos fundamentais e defesa de outros interesses constitucionalmente protegidos, obrigando, portanto, o legislador a ponderar, considerando os vários resultados jurídicos e a necessidade de otimização dos fins constitucionais⁽¹⁸⁾. E, sem dúvida, é tal ponderação concreta que permitirá verificar da prossecução da saúde, fim constitucionalmente previsto, permitindo a responsabilização jurídico-política do Estado.

c. A responsabilidade pela saúde objeto da ação estatal

Porque os Estados contemporâneos são repúblicas (*res publica*) é o Direito que os dirige, isto é, todos os órgãos de governo e todos os cidadãos estão sob a ordem jurídica e são, portanto, igualmente responsáveis. Partindo desse pressuposto Soto Kloss trata da responsabilidade do Estado sob a ética da vítima, insistindo que é “a situação dela que deve ser analisada como dado primário, e sua posição jurídica frente ao Estado autor do dano”⁽¹⁹⁾.

Revela-se, então, o desconforto que vem atingindo os doutrinadores da responsabilidade jurídica objetiva. Com efeito, a generalização da teoria do ris-

(16) cf. LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo, Ibrasa, 1963, pág. 55.

(17) cf. ROUSSEAU, J.J. **O Contrato social e outros escritos**. São Paulo, Cultrix, 1971, pág. 103.

(18) Nesse sentido é importante a sistematização feita por José Joaquim Gomes Canobinho em sua tese “Constituição dirigente e vinculação do legislador” (Coimbra, Coimbra, 1982).

(19) cf. SOTO KLOSS, E. La responsabilidad publica: enfoque político in BANDEIRA DE MELLO, C.A. et al. **Responsabilidad del Estado**. Tucuman, UNSTA, 1982, pág. 40.

co provocando indenizações, às vezes astronômicas, fixadas sem qualquer consideração subjetiva, seja do agente, seja da vítima, gerou conclusões que, dialeticamente, privilegiam o papel do juiz. Assim, “não é automático que existindo um dano, decorrente da atividade do Estado, sempre se tenha que indenizar, de modo integral ou total, pois existem nuances que vem adequando aquele princípio à realidade. É a vítima quem determina (porque é ela o centro do sistema, pois responsabilidade implica reparação e a reparação é dada e condicionada pelo dano sofrido pela vítima) se o dano deve ser reparado, se será reparado, mas não integralmente pelo Estado”, na lição do administrativista chileno. Também se advoga a distinção entre o comportamento lesivo omissivo e comissivo, prevendo-se a responsabilidade objetiva apenas no último caso⁽²⁰⁾.

A amplitude do campo de atuação da responsabilidade do Estado implica ainda considerações sobre o dano que o servidor público, no exercício de suas funções, pode causar à própria administração por inobservância do dever de ofício. Ora, a leitura superficial desses temas revela a obviedade de sua importância no que refere a saúde, serviço público por natureza⁽²¹⁾

d. A responsabilidade civil e penal por produtos e serviços de saúde

O século das luzes generalizou a moralidade da responsabilidade. Especialmente no que concerne ao Direito Penal, só é imputável, e portanto passível de pena, aquele que agir conscientemente. É, contudo, no âmbito civil que se acentua o caráter moral da responsabilidade (de duvidosa moralidade, porém, haja vista que a rigorosa obediência às regras, obrigando apenas ao cumprimento do contrato, pode desculpar o desinteresse pela situação do próximo que não decorre diretamente de fato meu), apanágio do liberalismo. É necessário acentuar-se, também no que respeita à esses tipos de responsabilidade, a ineficácia da teoria para fundamentar decisões que estabeleçam a justiça⁽²²⁾. O Direito, ou melhor, muitos juristas contemporâneos buscam a solução para o problema considerando os diversos fatores em causa.

Faz-se mister, em conseqüência, o tratamento bastante minucioso de cada situação, desenvolvendo-se, por exemplo, uma teoria para explicar a responsabilidade pelo produto e outra para esclarecê-la enquanto relacionada à presta-

(20) É esta a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello na obra “Responsabilidad del Estado”, já citada.

(21) Tomado como exemplo por entre outros, Bandeira de Mello, C.A. **in Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 22. MEIRELLES, H.L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pág. 273.

(22) É a conclusão do professor VILLEY, na obra citada.

ção de serviços. Mas, sobre tal divisão cumpre acrescentar várias outras que, tomando por modelo a prestação de serviços distinguem aqueles realizados por profissional “intelectual” dos demais. Ou, considerando apenas os produtos cujo uso possa afetar a saúde, separam os medicamentos dos cosméticos e dos pesticidas e esses dos alimentos.

A complexidade de todo o sistema de responsabilidade, que para ser justo necessita fornecer ao juiz critérios múltiplos para valoração dos fatores envolvidos na causa, pode ser ilustrada pelo exame da responsabilidade do pessoal médico⁽²³⁾. Nesse caso, pode estar em causa, no âmbito da responsabilidade, a distinção entre trabalho intelectual e técnico a caracterizar a responsabilidade civil ou penal pela prestação de serviço. Mas também a responsabilidade administrativa decorrente seja de omissão, seja de ação de funcionário ou de servidor público, pode estar caracterizada.

IV. RESPONSABILIZAÇÃO PELA SAÚDE: EXIGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito, da Constituição brasileira, ou o Estado de Direito Democrático, da Constituição portuguesa, ou o Estado Social e Democrático de Direito, da Constituição espanhola⁽²⁴⁾, se caracteriza pela vinculação dos poderes públicos, incorporando também obrigações que requeiram prestações positivas para garantia dos direitos sociais.

É de difícil compreensão o fato de que o campo mais importante de vinculação constitucional dos poderes públicos se refira à proibição do uso da força refletida no direito punitivo, penal ou de polícia administrativa. Assim, no Estado de Direito Liberal, cujas regras garantem os direitos fundamentais dos cidadãos impondo limitações aos seus poderes, geralmente a fixação de normas violando aquelas é causa de inexistência de tais normas. Por outro lado, o enunciado constitucional dos direitos a prestações estatais positivas não foi acompanhado de garantia social (técnica de defesa e justificação) adequada à sua tutela. Bem ao contrário o aterrador quadro pintado por Bobbio evidencia que a multiplicação das funções públicas na área econômica e social frequentemente foi realizada às custas dos, por ele denominados, subgoverno; cripto

(23) Apenas a título exemplificativo veja-se: PAISIO, F. **Responsabilité giuridica del personale delle Unitá Sanitarie locali**, Parma, Casanova, 1982; GRAD, F. **Public health law manual**, Washington, American Public Health Association, 1970; e LEMAIRE, J. et IMBERT, J. **La responsabilité médicale**. Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

(24) Veja-se a respeito o alentado estudo do professor José Afonso da Silva em seu **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pág. 99-108.

governo e poder onividente⁽²⁵⁾. Ou seja, na brilhante lição de FERRAJOLI, “não foi, enfim, nem teorizado nem realizado um estado social de direito, isto é caracterizado – em lugar de concessões – por obrigações taxativamente estabelecidas e sancionadas, por direitos claramente definidos e acionáveis no confronto de órgãos públicos exatamente individualizados, e portanto, pela certeza, pela legalidade e pela igualdade na satisfação das expectativas”⁽²⁶⁾

A delimitação da responsabilidade pela saúde, publicizando finalmente o poder no Estado Democrático de Direito, é função inderrogável do Poder Judiciário brasileiro, sob pena de ação inconstitucional.

São Paulo, março de 1990.

(25) cf. BOBBIO, N. A democracia e o poder invisível in **O futuro da Democracia**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, pág. 83-106.

(26) cf. FERRAJOLI, L. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. Roma, Laterza, 1989, pág. 904.

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE CARRARA NO DIREITO PENAL

Ivette Senise Ferreira

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: Francesco CARRARA ocupa posição de destaque na ciência jurídico-penal contemporânea, pelo valor cultural de sua obra e pela influência que exerceu na legislação e na doutrina de inúmeros países. No Brasil, essa influência foi reconhecida pelo legislador no passado mas pode também ser afirmada no presente, demonstrando a atualidade de seu pensamento, que ainda é lembrado para fundamentar soluções ou auxiliar na interpretação dos textos legais. A autora enfatiza a influência de CARRARA na legislação e na doutrina penal, demonstrando a atualidade da obra do grande penalista, tema com o qual foi ele homenageado por ocasião do primeiro centenário de sua morte, num Congresso internacional realizado em Lucca, na Itália, em 1988.

Resumé: La valeur culturelle de l'oeuvre de Francesco CARRARA et la renommée qu'il a acquis lui ont assuré une place prépondérante dans la moderne science juridique pénale. Son influence a été reconnue dans les lois et dans la doctrine de plusieurs nations. Au Brésil elle a été referée par notre législateur de 1940, mais existe encore dans la nouvelle loi de 1984 et dans l'oeuvre des auteurs contemporains, due à l'actualité de sa pensée.

Unitermos: A influência de Carrara na legislação penal brasileira; O pensamento de Carrara na moderna doutrina penal brasileira.

1. INTRODUÇÃO

O valor cultural da obra de Francesco Carrara e o renome que conquistou além das fronteiras de sua terra natal não somente tornaram-no merecedor das honras e homenagens que recebeu das sociedades científicas do mundo inteiro, mas também asseguraram a posição de destaque que até hoje ocupa, com seus ensinamentos, na ciência jurídico-penal contemporânea, embora tenham decorrido cem anos do seu desaparecimento, tendo lançado raízes que frutificaram na legislação e na doutrina de inúmeros países.

A sua influência no Brasil foi expressamente reconhecida pelo legislador no passado, e a atualidade do seu pensamento na nossa doutrina evidencia-se pela preocupação de nossos juristas em trazer o seu nome e os seus argumentos para fundamentar soluções ou interpretações que o Mestre já apontava com segurança e discernimento.

A idéia de uma ordem de valores acima do homem e da sociedade, que esta deve procurar conservar, a idéia do delito como um ente jurídico e a da liberdade do homem, ao mesmo tempo súdito e conservador dos princípios morais, a da tutela jurídica como fundamento da repressão, são princípios básicos da doutrina estabelecida por Carrara que, com algumas modificações, não se acham ausentes do pensamento contemporâneo em matéria penal.

Chegaram ao seu apogeu na fase do Tecnicismo Jurídico, em que a autoridade de Rocco e a influência do Código penal italiano de 1930 se fizeram sentir no Brasil, moldando a nossa lei penal e fornecendo à doutrina os instrumentos para a sua interpretação.

A legislação brasileira atual, surgida em 1984 com a promulgação da Nova Parte Geral, que substituiu a primeira parte do Código penal de 1940, embora tenha trazido várias modificações substanciais nas normas relativas às espécies de penas e sua aplicação, e outros pontos relevantes da teoria do crime, conservou na Teoria Geral do Direito penal grande parte dos princípios existentes na legislação anterior, possibilitando que antigas e clássicas construções jurídicas equilibrassem as novidades procedentes da moderna doutrina e legislação alemã, de tal maneira que o nome de Carrara continua figurando nas citações dos juristas que atualmente promovem a adequação dos seus ensinamentos aos princípios contidos nas determinações das novas regras.

2. A influência de Carrara na legislação penal brasileira.

I – O código penal de 1940:

O Código penal anterior, de 1890, promulgado no Brasil após a proclamação da República, era de nítida inspiração positivista acompanhando as idéias predominantes na Europa que lhe eram contemporâneas. Mas, combatido desde o primeiro momento, por suas falhas, somente em 1940 foi promulgado outro Código, de tendências ecléticas, no qual o legislador procurou combinar os princípios da Escola Clássica com o que pôde aproveitar de melhor da Escola Positiva, principalmente as medidas de segurança para os casos de periculosidade do agente.

Na própria Exposição de Motivos que acompanhava o Projeto do Presidente da República, o Ministro da Justiça declarava:

“Coincidindo com a quase-totalidade das codificações modernas, projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”

Torna-se evidente, assim, a grande influência da doutrina esposada por Carrara na elaboração desse texto legislativo, e nela podemos destacar alguns pontos em que o relacionamento foi mais intenso:

a) Princípio da legalidade.

“Se l’uomo soggiace alla legge penale in quanto é ente dirigibile, questa sua subiezione ha causa nel suo intelletto e nella sua volontà. Ma a nessuno può attribuirsi la volontà di violare una legge o che non esiste o che ei non conosce. Dunque non può essere delitto un’azione se non è emanata e promulgata la legge che la proibisce” (CARRARA, Programma del Corso di diritto criminale, Lucca, 1877, 5ª ed., vol. I, p. 47, § 19)

Nesse princípio básico da reserva legal, tão bem enunciado por Carrara, assenta-se o sistema punitivo brasileiro, vindo o mesmo inscrito no art. 1º do nosso Código penal:

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”

b) Autonomia da vontade.

“Io non mi occupo di discussioni filosofiche: presuppongo accettata la dottrina del libero arbitrio e della imputabilità morale dell’uomo, e su questa base edificata la scienza criminale, che male si costruirebbe senza di quella”. (CARRARA, op. cit., p. 38, nº 2)

O legislador brasileiro, recusando-se a entrar na controvérsia metafísica entre determinismo e livre-arbítrio, considerou expressamente porém a vontade humana como um postulado de ordem prática, reconhecendo que:

“Do ponto de vista ético-social, a autonomia da vontade humana é um a priori em relação à experiência moral, como o princípio da causalidade em relação à experiência física. Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o Código Penal seria uma congérie de ilogismos” (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, nº 4)

c) Responsabilidade moral.

“La legge dirige l’uomo in quanto è un essere moralmente libero: onde a nessuno può chiedersi conto di un evento del quale sia stato causa puramente fisica, senza esserne menomamente causa morale”. (CARRARA, op. cit., p. 43, § 12)

A responsabilidade moral, implícita nas normas adotadas pelo legislador de 1940, foi expressamente reconhecida por este como fundamento da responsabilidade penal:

“A responsabilidade penal continua a ter como fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*”. (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, nº 4)

d) Imputabilidade.

“Se l'intelletto, o la volontà, od ambedue, mancarono del tutto all'agente, non vi è intenzione, e non vi è per conseguenza imputabilità. Se o l'uno o l'altra, od ambedue furono soltanto minorati, vi resta una intenzione, ma imperfetta, vi resta imputabilità, ma minorata”. (CARRARA, op. cit., p. 75, § 65)

Considerando também o elemento vontade como condição necessária para a responsabilidade penal, o legislador brasileiro distinguiu, para os efeitos desta, entre indivíduos imputáveis, inimputáveis e semi-imputáveis, baseando-se na sua capacidade de culpa moral. Assim, o art. 22 do Código penal determinou:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”

Parágrafo único: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”

Esse dispositivo é quase a tradução literal de norma existente no Código penal suíço e constitui orientação que não está isolada nos estatutos modernos, embora alguns tenham preferido atribuir a essa segunda categoria de indivíduos a imposição de medidas de segurança.

e) Culpabilidade.

“La libertà è un attributo indispensabile della volontà: cossichè questa

non può esistere senza di quella, nel modo stesso che non può essere materia senza gravità. (CARRARA, op. cit., p. 74, § 62)

“Dal concorso dell’intelletto e della volontà sorge la intenzione. La quale si definisce in genere - 1º uno sforzo della volontà verso un certo fine - e in specie - uno sforzo della volontà verso il delitto”. (CARRARA, op. cit., p. 74, § 63)

“Il dolo si definisce - la intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge”. (CARRARA, op. cit., p. 77, § 69)

“La colpa si definisce - la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto”. (CARRARA, op. cit., p. 88, § 80)

A teoria da vontade esposada por CARRARA foi seguida pelo legislador brasileiro de 1940, que acolheu a concepção de dolo e de culpa como elementos da culpabilidade, pressupondo no agente condições psíquicas que lhe permitam avaliar o ato a ser praticado em qualquer das duas modalidades, embora se abstenha de uma conceituação teórica da culpa *stricto sensu*. O art. 15 do Código penal de 1940 preceituava:

“Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”

f) Causas excludentes.

“La forza morale del delitto cercata nella propria causa (ossia la sua forza morale soggettiva) è ciò che costituisce la moralità dell’azione. Questa non si ottiene se non per concorso di quattro requisiti che abbiano accompagnato la operazione interna, al seguito della quale l’uomo procedette alla operazione esterna. Tali condizioni sono - 1º. cognizione della legge. - 2º. previsione degli effetti. - 3º. libertà di eleggere. - 4º. volontà di agire” (CARRARA, op. cit., p. 73 § 59)

“I primi due requisiti per la legge umana basta talvolta che esistano potenzialmente; gli ultimi due devono sempre esistere anche attualmente” (CARRARA, op. cit., p. 73 § 60)

A combinação do concurso do intelecto, representado pelos dois primeiros requisitos, e do concurso da vontade, representado pelos dois últimos, tão bem exposta por Carrara, vai fundamentar também na legislação brasileira a possibilidade de afastar-se a punibilidade do agente nas situações em que esses requisitos faltem ou estejam perturbados por ato de terceiro. Assim acontece na coação irresistível e na obediência a ordem de superior hierárquico, segundo o art. 18 do Código penal de 1940:

“Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Nessa matéria referente à liberdade de escolha na determinação das ações do indivíduo, e na da influência das causas internas ou externas que podem alterar o seu ânimo e retirar-lhe a espontaneidade, os ensinamentos de Carrara encontraram eco em vários pontos relevantes:

“La forza che costringe l’uomo ad agire può essere fisica o morale. Fisica quando agisce sul corpo; morale quando agisce sull’animo”. (CARRARA, op. cit., p. 218, § 278)

“Nel primo caso l’uomo dicesi invito; nel secondo coatto. L’invito non può essere mai responsabile in faccia alla legge penale. Esso non è agente, ma agito; la causa della infrazione non è egli, ma quella forza che si vale del suo corpo come strumento di un’azione, nella quale egli è meramente passivo” (CARRARA, op. cit., p. 218, § 279)

“Questo effetto della coazione morale o psicologica, che rendendo meno spontanea la volontà, modifica la imputazione, si ritrova – 1º. nella coazione propriamente detta, o violenza morale esterna, 2º. nell’impeto degli affetti, 3º. nella ubriachezza”. (CARRARA, op. cit., p. 220, § 283)

Sensível aos argumentos expostos longamente por Carrara, o legislador brasileiro levou em conta a influência desses fatores na determinação do comportamento do indivíduo, através da composição do intelecto e da vontade, estabelecendo:

- a) a exclusão da criminalidade do fato praticado em legítima defesa para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, com meios moderados e necessários (art. 19, n. II);
- b) a exclusão da criminalidade do fato praticado em estado de necessidade, face à existência de um perigo atual, que não provocou por sua vontade nem podia de outro modo evitar (art. 19, n. I);

- c) a mera atenuação da pena nas alterações causadas pelos estados emotivos e passionais que, segundo a regra do art. 24, não excluem a responsabilidade penal;
- d) a variação da responsabilidade penal nas diferentes hipóteses de embriaguez:
1. se voluntária ou culposa, não pode determinar a exclusão da responsabilidade (art. 24, n. II);
 2. se for acidental e completa, determina a isenção de pena (art. 24, § 1º);
 3. se for acidental mas não completa, há uma atenuação da pena (art. 24, § 2º);
 4. se for pré-ordenada para cometer um crime, ocasiona a agravação da pena deste (art. 44, n. II, c).

g) Erro de direito e erro de fato.

A potência intelectual e a liberdade de escolha podem também sofrer a influência de certas causas morais representadas pela ignorância (ausência de qualquer noção sobre o objeto jurídico) e o erro (falsa noção sobre o objeto).

“L’errore cade sui repporti dei proprii atti con la legge, tanto se conoscendo la legge si erra sulle condizioni che accompagnano il fatto, quanto se, ben conoscendo le condizioni del fatto, si erra circa la esistenza della legge proibitiva del fatto stesso. Così l’errore guardato in ordine all’oggetto su cui cade, può essere o di fatto o di diritto”. (CARRARA, op. cit., p. 207, § 254)

“L’errore di diritto non scusa mai. Esige politica che si presuma nel cittadini la cognizione della legge penale, che d’altronde è debito di ognuno di conoscere”. (CARRARA, op. cit., p. 208, § 258)

O Código penal brasileiro de 1940 dispunha no seu art. 16 sobre a irrelevância do erro de direito, preferindo os argumentos de Carrara aos dos que pressionavam em prol da restrição a esse princípio:

“A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena”

Concedia-se porém ao erro de direito escusável eficácia atenuante, no art. 48, III.

Na Exposição de Motivos do Código penal (nº 14), o legislador justificou-se:

“O **error juris nocet** é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fosse permitido invocar como escusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável. Impraticável seria, em grande número de casos, a prova contrária à exceção do réu, fundada na insciência da lei”.

Sobre o erro de fato, dizia CARRARA:

“L’errore di fatto esime da ogni imputazione quando fu essenziale, e invincibile. In nulla peccò chi non credea di peccare, quando non gli era possibile di illuminarsi sulla pravità del suo fatto”. (CARRARA, op. cit., p. 210, § 260)

“L’errore di fatto essenziale quando è vincibile esime dalla imputazione in ragione di dolo, ma vi sostituisce la responsabilità in ragione di colpa. Fu una omissione volontaria di diligenza il non riflettere a ciò che avrebbe dileguato l’errore. Questa volontaria omissione fu causa della infrazione della legge. Dunque rimane una responsabilità”. (CARRARA, op. cit., p. 211, § 263)

“L’errore di fatto, anche invincibile, non scusa se è accidentale, o concomitante. La volontà fu diretta al delitto; le varietà degli effetti, quando non modificano il delitto, non sono valutabili” (CARRARA, op. cit., p. 210, § 261)

O erro de fato foi objeto do art. 17, do Código de 1940, e seus parágrafos, que distinguiu, como ensinava Carrara, entre erro essencial e erro accidental para diferentes efeitos penais, conforme seja escusável ou invencível. Considerou erro relevante (erro de fato essencial) aquele que versa sobre fato constitutivo do crime ou o erro putativo:

“É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (art. 17).

O erro culposo, considerado vencível, não elide a culpa estrita:

“Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo” (art. 17, § 1º).

“Responde pelo crime o terceiro que determina o erro” (art. 17, § 2º).

O erro accidental, considerado irrelevante, é disciplinado em duas modalidades:

a) error in objecto, error in persona:

“O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime” (art. 17, § 3º).

b) aberratio ictus:

“Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela” (art. 53).

h) Tentativa.

A conceituação do crime tentado, no Código penal de 1940, com seus requisitos objetivos e subjetivos, acompanha o pensamento do grande Mestre italiano.

Na controvertida hipótese da tentativa inadequada, ou crime impossível, em que se discute sobre a conveniência de sua punibilidade, entendia Carrara que só a tentativa absolutamente impossível deveria ficar isenta de punição, pela ausência de perigo para o bem jurídico protegido. Somente o perigo resultante **in concreto** da atividade do agente (pericolo corso) é que justificaria a imposição de pena ao seu autor.

O Código penal brasileiro também considerou impunível a tentativa absolutamente impossível, no seu art. 14:

“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta imprópriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”

Mas, realizando uma transação com a doutrina contrária, determina, no seu art. 76, parágrafo único, e 94, n. III, a aplicação de medida de segurança (liberdade vigiada) quando essa tentativa impossível revelar periculosidade do agente, segundo avaliação que deve ser feita pelo Juiz.

II – A Nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11/7/1984.

O Código penal brasileiro de 1940 havia conseguido conciliar perspectivas doutrinárias diversas, por um lado adotando os princípios da Escola Clássica

ca, ao acolher o retributivismo fundado na responsabilidade moral, mas, por outro lado, havia contemporizado com os adeptos da Escola Positiva ao admitir a aplicação de medida de segurança ao agente considerado perigoso, fosse imputável ou inimputável.

Os movimentos de reforma dessa lei penal haviam culminado com a promulgação de um novo Código penal, em 1969, totalmente inadequado, pelo que esse Código nunca chegou a entrar em vigor. Nele procurava-se realizar uma simbiose da culpabilidade com a periculosidade para a individualização da pena e determinação de sua execução, consagrando-se a finalidade reeducativa das sanções penais, que deviam ser aplicadas no sentido de obter-se a recuperação moral do condenado e promover-se a defesa da sociedade.

A periculosidade passara para o centro do sistema penal, embora a culpabilidade devesse dar a medida da justa reprovação. Em decorrência das idéias da Nova Defesa Social, as finalidades da pena deviam amoldar-se ao objetivo de tratamento individualizado, conforme a personalidade do condenado.

A reintegração social do condenado, porém, nunca foi conseguida e os elevados índices de reincidência revelaram o fracasso dessa fase do Direito penal, que não deixara de apoiar-se nas penas de prisão, com todas as suas nefastas conseqüências.

A necessidade de adequar as normas penais às exigências da sociedade brasileira conduziu à reforma da legislação penal em 1984, quando uma Nova Parte Geral substituiu a primeira parte do Código penal de 1940, através da Lei 7.209, reservando-se a reformulação da Parte Especial, ainda em vigor, para uma fase posterior.

Apesar da adoção de uma nova filosofia pela nova lei, grande parte do ordenamento anterior foi mantido, modificando-se apenas alguns pontos considerados cruciais para a atualização da doutrina, implantando-se um novo sistema de penas, com destaque para as sanções alternativas da prisão.

A premissa dogmática, porém, é a do direito penal da culpa, fundado na relativa liberdade do homem e na sua conseqüente responsabilidade moral. Como observa Ricardo Antunes ANDREUCCI:

“Ressurge, portanto, o carrariano esquema clássico, voltado para a tutela das liberdades individuais”.

(ANDREUCCI, R. – “culpabilidade e erro”, in Reforma Penal, Saraiva, S. Paulo, 1985, p. 118)

O princípio da culpabilidade estende-se a todas às questões tratadas, diversificando a punição dos partícipes no concurso de pessoas, eliminando os

resíduos da responsabilidade objetiva, abolindo a medida de segurança para os imputáveis:

Art. 29 – “Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”

Art. 19 – “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

A clássica divisão entre **erro de direito** e **erro de fato** foi substituída pelas formas básicas de erro construídas pela doutrina alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato, ou erro de proibição (*Verbotsirrtum*), fundamentando-se todavia o tratamento penal exclusivamente no princípio **nullum crimen sine culpa**.

Permanecem contudo inalteradas as mesmas regras do Código penal de 1940, já mencionadas neste trabalho, relativas ao conceito de **tentativa** (art. 14, II) e de **crime impossível** (art. 17), ao **dolo** e à **culpa** (art. 18), à **inimputabilidade** e **semi-imputabilidade** (art. 26), aos **estados emotivos** ou de **embriaguez** (art. 28), à **coação irresistível** e à **obediência hierárquica** (art. 22), ao **erro putativo** e ao **erro sobre a pessoa** (art. 20, §1º e §3º), entre outras.

Em conseqüência, podem ser consideradas válidas e pertinentes todas as observações que nessas questões já foram apresentadas para ressaltar a influência de CARRARA na legislação brasileira anterior, que agora se renova.

Deve-se ainda frisar que a nova lei penal, embora tenha-se esforçado para humanizar o direito penal e o tratamento dos condenados, retomou a idéia de castigo como fundamento da pena, já que o delito constitui o menosprezo a um valor, cuja defesa cabe ao Estado promover. Assim ensina Miguel REALE JR.:

“É conseqüência da própria estrutura lógica da lei penal, fundada na eleição de valores, a natureza retributiva da sanção penal”.

(REALE JR., M. – “Fundamento e aplicação das sanções penais na Nova Parte Geral”, in *Reforma Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1985, p. 64).

Como se percebe, não estamos longe da orientação dos clássicos e do pensamento de CARRARA...

3. O pensamento de Carrara na moderna doutrina penal brasileira.

A obra monumental de Carrara sempre foi conhecida dos juristas brasileiros, ávidos em atualizar seus conhecimentos com o pensamento dos grandes mestres europeus, mesmo porque foi no direito penal italiano que os reformistas

da primeira metade deste século foram buscar a inspiração para o aperfeiçoamento de nossas normas penais. De que é prova o texto do Código penal de 1940, bem como o dos projetos que o antecederam, com a reprodução dos princípios e do sistema do Código penal italiano de 1930, em sua maior parte.

Conforme já se demonstrou, nessa lei foram aproveitados muitos ensinamentos do grande Mestre, com ampla repercussão de sua doutrina, que aqui circulava na versão espanhola ou no original. Em 1956, a lacuna editorial veio a ser preenchida com a edição em língua portuguesa da Parte Geral do "Programma del Corso di diritto criminale", em dois volumes, na bem-cuidada tradução dos magistrados J.L. AZEVEDO FRANCESCHINI e J.R. PRESTES BARRA. O pensamento do Mestre italiano tornava-se assim acessível a todos os estudiosos no Brasil, mas já vinha constituindo referência obrigatória na obra dos principais penalistas brasileiros, sobretudo os intérpretes da legislação brasileira como GALDINO SIQUEIRA ("Tratado de direito penal", J. Konfino Editor, R.J., 1947), A.J. da COSTA E SILVA ("Código penal anotado", Cia. Editora Nacional, S.P., 1943) e Nelson HUNGRIA ("Comentários ao Código Penal brasileiro", Ed. Forense, R.J., 1948).

Sua doutrina influenciou grandemente a obra dos representantes do tecnicismo jurídico no Brasil, entre os quais avulta o nome do grande mestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, BASILEU GARCIA ("Instituições de Direito Penal", Max Limonad, S. Paulo), que não poupou elogios a CARRARA, endossando vários de seus ensinamentos, como os referentes à culpabilidade e ao erro em matéria penal.

O brilho de suas teses alcançou autores mais recentes, como se verifica na obra de J. SALGADO MARTINS ("Direito penal", Saraiva, S.P., 1974), que ensina, citando o mestre: "O Direito, nos seus fundamentos, é uma disciplina moral". Referências à doutrina de Carrara enriquecem também as obras de Aníbal BRUNO ("Direito Penal", Forense, R.J., 1984), E. Magalhães NORONHA ("Direito Penal", Saraiva, S.P., 1985) e Damásio de JESUS ("Direito Penal", Saraiva, S.P., 1985).

Mas é nos "Comentários ao Código Penal", de Paulo José da COSTA JR. (Saraiva, S.P., 1986), que o pensamento de CARRARA é revivido com toda a sua pujança, em vários conceitos que o autor não se furtou de valorizar ou endossar, como por exemplo na conceituação de agente provocador (p. 229), nas apreciações sobre o significado da reincidência (p. 328), sobre as circunstâncias do delito (p. 234), ou sobre o dano (p. 69), a imputabilidade (p. 210) ou ilicitude (p. 194).

4. Conclusões

Adotando muitos dos princípios da Escola Clássica, embora fazendo concessões a certas idéias positivistas o Código penal brasileiro de 1940, do qual

ainda hoje vigora a Parte especial, tornou obrigatória através de suas normas a doutrina de CARRARA em muitos pontos relevantes.

As lições do grande Mestre não podiam assim deixar de refletir-se no pensamento jurídico nacional, e a força de suas idéias ilumina até hoje a obra de vários penalistas brasileiros, mesmo dos que não adotaram integralmente os seus ensinamentos.

Muitos dos conceitos que emitiu permanecem inalterados, tendo sido repetidos pelo legislador na reforma penal levada a termo recentemente, o que vem demonstrar o vigor e a atualidade das idéias de CARRARA, que merecidamente o situam entre os primeiros e o consagram como um dos maiores penalistas de nossa época. Lucca, Pisa, 25 de junho de 1988

CARACTERES DA FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Antonio Carlos de Campos Pedroso

Professor-Assistente do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O texto pretende demonstrar a possibilidade jurídica da fundação de Direito Público. Admitida a configuração dessa entidade, visa indicar os caracteres do seu constitutivo real.

Para atingir mencionado objetivo, procura, de início, analisar os elementos da definição de fundação *in genere*. O estudo dos conceitos jurídicos fundamentais, nos quais se inclui o de fundação, constitui tema de Teoria Geral de Direito.

Consiste a fundação, segundo lição de V. Rossel e H. Mentha, na “afetação de um patrimônio a um objetivo especial e lícito, com uma organização material e administrativa, comandada pelo objetivo a realizar” Distingue-se pois, das corporações, ou agrupamento de pessoas que, com certa disciplina, unificam seus esforços para a obtenção de um fim comum. Estas são as “*universitas personarum*”, por oposição aquelas, que são as “*universitas bonorum*”

Admite-se, portanto, na tipologia das pessoas jurídicas, as corporações e as fundações.

O estudo procura demonstrar que a distinção operada pela Teoria Geral do Direito, entre fundações e corporações, permite uma configuração paralela de ambas as entidades nas esferas jurídicas do Direito Civil e do Direito Administrativo.

Uma coisa é o “constitutivo real” da fundação, matéria de Teoria Geral do Direito; outra é a configuração específica das entidades segundo princípios setoriais e modelos do Direito Privado e do Direito Público.

Admitindo-se como premissa o conceito de fundação supraindicado, pode-se chegar, por acréscimo de algumas notas, ao de fundação de Direito Público. Esta é uma entidade criada por lei, tendo por escopo um serviço público determinado pelo Estado; é administrada por um serviço público autônomo (autarquia); tem patrimônio próprio destacado do geral e afetado a um fim público; está sob a tutela permanente do Estado. Tais são os caracteres indicativos de sua diferenciação específica.

Resumé: L'article a le but de montrer la possibilité juridique de la fondation de droit public. Tant que admise ce possibilité, on va indiquer les caracteres de cette figure. D'abord on cherche d'analyser les elements de la definition de fondation “*in genere*” L'étude des notions juridiques fondamentales, parmi lesquelles celle de fondation, rentre dans les themes de la Theorie Générale du Droit.

Selon V. Rossel e H. Mentha la fondation est “l'afféctation d'un patrimoine a um but special et licite, avec une organisation materielle et

administrative, commandée par le but à atteindre. “On peut distinguer de la corporation ou groupement de personnes que rassemblent leurs efforts pour la réalisation d’un but commun, avec quelque discipline. Celles-ci sont les “universitas personarum”, celles-là sont les “universitas bonorum”

On admet, donc, dans la typologie des personnes morales, les corporations et les fondations.

L’article a le but de montrer que la distinction faite pour la Théorie Générale du Droit, entre fondations et corporations, permet une configuration parallèle de tous les deux dans le champ du Droit Civil et du Droit Administratif.

Le “constitutif réel” de la fondation est dans le champ de la Théorie Générale du Droit; la configuration spécifique des personnes morales suivant les principes et modèles du Droit Privé et du Droit Public c’est toute une autre chose.

Si on admette la notion de fondation que on a exposé ci dessus, on peut arriver, avec quelques notes de plus, à la fondation de Droit Public. C’est une personne morale créée par loi, avec le but d’un service public déterminé par l’État; elle a son patrimoine, détaché du patrimoine public général et affecté à un but public; elle se trouve sous le contrôle de l’État. Ce sont les caractères de sa différence spécifique.

Unitermos: Categorias; Categorias jurídicas; Pessoa; Pessoa jurídica; Fundação “in genere”; Fundação privada; Fundação pública.

1. Introdução. A questão da existência e dos caracteres da Fundação de Direito Público

A questão relativa à fundação de Direito Público tem dado margem a interessante debate doutrinário. Manifestam-se, a propósito, acentuadas divergências. Estas dizem respeito a dois pontos fundamentais: ao problema relativo à existência da referida entidade e ao concernente à sua natureza jurídica.

Quanto ao primeiro tema a ser examinado – aquele que se refere à existência da fundação de Direito Público – há diversidade de orientação. Enquanto alguns juristas negam a possibilidade de se configurar, juridicamente, a fundação na esfera publicista, outros afirmam que o Estado pode dar vida a tais entidades.

Os primeiros dizem que a fundação, por sua natureza e estrutura, é pessoa jurídica de Direito Privado, regida por normas da parte geral do Código Civil mesmo na hipótese de ser destinada à realização de obras de interesse público. Assim se expressa o Prof. Hely Lopes Meirelles: “As fundações não perdem a sua personalidade privada, nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas, como se vem afirmando. São e continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas civis das fundações (Cód. Civil, arts. 16, I e 24 a 30), mas destinadas a realizar atividades de interesse público, sob o amparo e controle permanentes do Estado. Esse controle se opera na linha institucional e governamental precisamente por-

que a fundação posta a serviço do Estado não perde a sua característica de instituição privada, mas se coloca como ente auxiliar do Poder Público, e dele recebe recursos para a consecução de seus fins estatutários⁽¹⁾. Assim ocorrendo, a fundação é sempre de Direito Privado, por ser estruturada nos moldes dessa disciplina jurídica.

Outros juristas, porém, repelindo esse ponto de vista, afirmam ser possível a fundação de Direito Público. Nada impede a configuração de uma autarquia fundacional. Pode o Estado, por lei, instituir uma entidade cuja estrutura venha a configurar a afetação, por uma pessoa pública, de um patrimônio, a um fim específico (fim público ou satisfação de interesses gerais). É a lição de O.A. Bandeira de Mello, in verbis: “Desde que a pessoa jurídica tem capacidade específica de direito público e essa personalidade decorre de patrimônio disposto sob dada organização, para desempenho de atividade estatal, segundo a especialidade atribuída, em consequência de criação do Estado, surge como fundação pública, ou melhor, como autarquia fundacional”⁽²⁾. Não há óbice algum à configuração de entidades fundacionais ao lado das entidades corporativas.

A primeira corrente está apegada à sistemática do Direito Civil; a segunda insiste em que a categoria fundação ultrapassa à órbita do Direito Civil, podendo servir de estrutura tanto às pessoas jurídicas de direito privado quanto às de direito público. Por outras palavras: a distinção fundamental das pessoas jurídicas em “universitas personarum” e “universitas bonorum” é válida em ambas as esferas do Direito, isto é, no Direito Privado e no Direito Público. Trata-se de distinção que transcende a esfera dessas disciplinas.

Corolário desse princípio é o entendimento de que tanto no primeiro quanto no segundo desses ramos do Direito pode ocorrer a diferenciação entre corporações e fundações. Diz Ruy Cirne Lima que a fundação é comum ao Direito Privado e ao Direito Público⁽³⁾.

A fundação, antes de ser instituto do Direito Civil, apresenta-se como categoria a ser elaborada pela Teoria Geral de Direito. A tipologia das pessoas jurídicas é matéria que se inclui entre os conceitos jurídicos fundamentais. Portanto, os tipos estruturais – corporações e fundações – constituem categorias a serem estudadas pela Teoria Geral do Direito. Em consequência podem ter acolhimento nas duas esferas do Direito: na do Direito Civil e na do Direito Administrativo. Porque o Direito se biparte em Público e Privado, a categoria tem adaptação nos dois campos do mundo jurídico.

Este é o debate relativamente à questão inicial.

O segundo problema é o que diz respeito à natureza jurídica e regime dessas entidades. Costumam os autores indicar os elementos componentes das fundações, completando o estudo com a análise da integração das mesmas no sistema jurídico, isto é, seu regime jurídico.

No presente trabalho, procuraremos abordar os dois temas. Admitindo-se, como possível a fundação de Direito Público, é relevante indicar qual é o seu “modo de ser”. Assim, pensamos chegar a uma síntese capaz de retrair as características da fundação de Direito Público.

2. A existência da fundação de Direito Público. O debate doutrinário

Alguns autores negam a existência da fundação de Direito Público. Dizem que a fundação é instituto particular do Direito Civil. Figura na enumeração das pessoas jurídicas de Direito Privado. A pessoa jurídica pode se configurar como associação, isto é, um agrupamento de pessoas com o propósito de alcançar fins comuns, ou uma fundação, isto é, uma entidade constituída por um patrimônio personalizado e afetado a um objetivo programado pelo instituidor. Segundo Clovis Bevilacqua, as fundações consistem em “complexo de bens (universitas bonorum) dedicadas à consecução de certos fins e, para esse efeito, dotados de personalidade”⁽⁴⁾. Pois bem, os elementos constitutivos da fundação (patrimônio, fim específico indicado pelo instituidor, com indicação do modo de administração e aprovação do estatuto pelo Estado) revelam que se trata, na espécie, de negócio jurídico unilateral, típico do Direito Civil. A personalidade atribuída pela lei seria de Direito Privado. Não se pode confundi-la com a autarquia, que é pessoa jurídica de Direito Público, com capacidade administrativa para a consecução de serviços públicos específicos recebidos do Estado através de especial delegação. É o que se deduz da norma de definição contida no artigo 5º, I, do Decreto Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. O estudo comparativo das normas do Direito Civil com as do Direito Administrativo indicariam diversidade de institutos, sendo impossível a uma entidade ser, a um só tempo, fundação e autarquia. Hely Lopes Meirelles assim se expressa: “Não obstante a expressividade da lei e a clareza da doutrina, alguns ilustres autores pátrios vêm sustentando a existência de “fundações públicas”, ou “autarquias fundacionais”, ou “autarquias potenciais”, ou “autarquias de tipo privado”. Ora, a expressão “fundação pública” traz uma *contradictio in terminis*, porque se é fundação está insita a sua personalidade privada, se é autarquia, é de personalidade pública”⁽⁵⁾.

Inexistiria, assim, a fundação de Direito Público, podendo-se configurar, no entanto, fundações de caráter privado instituídas pelo Poder Público. Estas não se identificam com as autarquias, sendo submetidas às normas do Direito Civil. Tanto isto é certo que cabe ao Ministério Público o controle de tais entidades.

As fundações sempre pertenceram à esfera do Direito Civil. Esse é o entendimento dos que negam a possibilidade de se configurar a fundação segundo modelos do Direito Público. Esta era, em geral, a orientação doutrinária.

Semelhante entendimento decorre do fato de a fundação constituir, tradicionalmente, instituto delineado pelos cultores do Direito Privado, os quais re-

traçavam-lhe as notas características em modelos privatísticos. Parece que a fundação deve ser sempre configurada nos moldes do Direito Civil. Esta tem sido a tendência, como assinala o Prof. Miguel Reale⁽⁶⁾.

Realmente, Clovis Bevilacqua, estudando o problema sob o aspecto do Direito Comparado esclarece: “as agremiações de caráter privado e as fundações emergem espontaneamente da vida social, como poderosos meios de resistência e de assalto na eterna conquista da natureza, em que se esgota e engrandece a humanidade. Mas, para que tenham vida legal, juridicamente produtiva se tem elas de modelar segundo os preceitos do direito privado...”⁽⁷⁾.

Além disso, as “universitas rerum” do Direito Romano, entes semelhantes às fundações e reconhecidos no período pós-clássico, eram disciplinadas por normas de caráter privado. Constituíam instituições de beneficiência (*piae causae*), decorrentes da afetação do patrimônio a fins religiosos ou filantrópicos. Tais entes foram motivados pelo Cristianismo, como esclarecem Alexandre Correia e Gaetano Sciascia⁽⁸⁾.

A concepção de fundação tem sua origem no instituto romano. Juan Iglesias ensina: “A legislação de Justiniano não chega a afirmar de modo decidido a personalidade dos patrimônios fundacionais. Contudo, não se pode negar que nela se encontram alguns traços de autonomia, quando diz que tem faculdades para herdar, reclamar créditos, propor ações, contrair permutas e locações enfiteúticas. São os pilares em que se assenta a concepção moderna de fundação “independente”, isto é, da verdadeira fundação, no sentido jurídico”⁽⁹⁾.

Muito embora seja este o aspecto histórico do fenômeno nem por isso se pode deixar de reconhecer, modernamente, a existência da fundação de Direito Público, como nova conquista do mundo jurídico, apta a atender a novas necessidades sociais.

O instituto que tem suas origens no Direito Romano, foi construído pelo Direito Civil moderno. Mas a análise das notas características evidencia que a fundação é uma categoria jurídica, mais ampla do que a instituição congênere do Direito Civil. Pode ser objeto de disciplina paralela no campo do Direito Administrativo.

Senão, vejamos.

O Código Civil Brasileiro, tendo apresentado uma classificação das pessoas jurídicas teria induzido alguns doutrinadores à conclusão de que a fundação representa instituto peculiar do Direito Civil, inexistindo disciplina paralela para a fundação no campo do Direito Administrativo. O Código Civil Brasileiro apenas enumera as diferentes classes de pessoas jurídicas para o fim específico de estabelecer a disciplina das pessoas jurídicas de Direito Privado. A norma

que enumera diferentes espécies incluindo as pessoas jurídicas de Direito Público é simples norma de definição e, pois, de caráter secundário. As que dispõem sobre as pessoas de Direito Privado são as normas primárias, de sentido pleno. A enumeração não é exaustiva, tendo, apenas, por objetivo delimitar as fundações que devem ser consideradas de Direito Privado, sem excluir a possibilidade de entes semelhantes na esfera do Direito Público. O Código Civil se restringe à fundação de Direito Privado. Dessa disciplina normativa não se pode concluir pela impossibilidade de ser o instituto também modelado por disciplina normativa de outra ordem.

Assim é certo que o instituto não é peculiar ao Direito Civil. Por outro lado, também é evidente que não é imprescindível que toda e qualquer fundação deva se configurar segundo modelos civilistas.

Este é o argumento de ordem legislativa.

Sob o ponto de vista doutrinário, nada há que justifique o primado do Direito Civil na conceituação e classificação das fundações. Ao Direito privado cabe, é certo, especificar a capacidade, o objetivo, o controle, enfim, a estrutura das fundações privadas. O mesmo ocorre com o Direito Público, relativamente as fundações públicas. O problema da estrutura das pessoas jurídicas constitui matéria da Teoria Geral do Direito. Não se pode confundir a questão do constitutivo real do ente fundacional (essência) com o de sua configuração concreta (existência no mundo jurídico). Este último é que se apresentam as diferenças específicas encontradas nas diversas espécies (modos de ser). De início, é necessário definir o que seja uma fundação in genere como pessoa jurídica, para, depois, verificar a possibilidade de seu desdobramento em fundação privada fundação pública.

Ora, essa problemática não pode ser resolvida nem pelo Direito Civil, nem pelo Direito Administrativo. Estes, na disciplina das pessoas jurídicas privadas ou estatais já se defrontam com as noções de pessoa e de fundação previamente delimitadas pela Teoria Geral do Direito.

Logo, é preciso ascender aos conceitos jurídicos fundamentais.

Como bem demonstra o Prof. José Cretella Júnior, a fundação in genere, isto é, como categoria, é um “patrimônio personalizado afetado a um fim”, tendo, portanto, três notas típicas: universidades de bens, personalização e finalidade⁽¹⁰⁾

Ocorre que o sistema normativo se subdivide em, pelo menos, duas esferas: a do Direito Público e a do Direito Privado. A elaboração das fundações, pela Teoria Geral do Direito, encontra complementação, em ambas as disciplinas. Estas somente acrescentam ao ente fundacional algumas notas específicas

quando procuram enquadrá-lo nos respectivos sistemas. Por isso, não se pode atribuir ao Direito Privado o primado e a exclusividade para modelar o instituto.

O Prof. José Cretella Júnior ensina: “A fundação considerada sob essa perspectiva, é um primeiro momento da ciência do Direito, do qual a fundação privada e a fundação pública constituem um segundo momento”. E acrescenta: “Empregando pois o método científico adequado, que afasta pré-noções, que deixa de lado as posições petrificadas, é possível captar a categoria jurídica fundação e dela atingir as duas espécies paralelas e inconfundíveis – a fundação privada e a fundação pública”⁽¹¹⁾.

Realmente não se pode confundir a questão estrutural, com a do regime fundacional. O estudo metódico do problema, separando as duas questões, permite distinguir entre as pessoas jurídicas, as corporações e as fundações, e permite, ainda, classificá-las, segundo a capacidade jurídica, em corporações públicas e privadas, de um lado, e fundações, públicas e privadas, de outro.

Roberto de Ruggiero, após se referir a teoria tradicional que distingue as pessoas jurídicas em dois tipos fundamentais, a saber, as corporações e fundações, demonstra que, prescindindo-se dessas formas estruturais, de quem podem se revestir referidas pessoas, são estas entidades privadas ou públicas. Se é vontade do particular que determinou seu aparecimento, a entidade, corporação ou fundação é de Direito Privado. Se é a vontade do Estado que determinou seu nascimento, a entidade, corporação ou fundação é de Direito Público⁽¹²⁾.

Da mesma forma Alessandro Groppali, ao efetuar a classificação das pessoas jurídicas, distingue-as em corporações e fundações, segundo o critério da estrutura ou em pessoas públicas ou privadas, segundo o critério da capacidade jurídica, escopo e controle a que as mesmas se submetem. Logo, é possível que uma pessoa jurídica seja, estruturalmente, uma fundação e, sob o ponto de vista do seu regime, uma fundação pública⁽¹³⁾.

Tais distinções são fundamentais para a apreciação da matéria. Permitem, de um lado, demonstrar a possibilidade jurídica da fundação de Direito Público, como modalidade de órgão autárquico e, por outro, estabelecer as necessárias delimitações entre referida pessoa e a fundação privada instituída pelo Poder Público.

3. A fundação na Teoria Geral do Direito. O problema de personalidade moral.

Cabe à Antropologia Filosófica o estudo relativo à essência, auto-realização e autodesenvolvimento do homem. Para tanto, intenta conhecer a natureza e os princípios constitutivos do ser humano, indicando em que consiste sua realização segundo a ordem traçada por sua natureza.

Segundo Roger Verneaux, pessoa é o “homem espiritual que transcende do universo por sua liberdade, aberto a todo ser e capaz de entrar em comunhão com as demais pessoas”⁽¹⁴⁾. O homem transcende ao nível biológico e a toda sociedade temporal, segundo idêntico pensamento de Jacques Maritain⁽¹⁵⁾. Por isso, um dos conteúdos morais da idéia de Direito é o do valor da pessoa humana⁽¹⁶⁾. Não destoam semelhantes colocações do pensamento do primeiro escolástico, que foi Boécio: “Persona est rationalis naturae individua substantia”.

Em virtude das qualidades que perfazem o estatuto ontológico da pessoa, o ser humano, portador de razão e entendimento (capacidade de conhecimento) e de vontade livre (capacidade de agir com conhecimento de causa mediante livre eleição e decisão) é considerado sujeito natural da ordem normativa.

O homem, em virtude de sua própria natureza é pessoa e, pois, sujeito de direito. Icilio Vanni, apesar de positivista, assim se expressa: “O homem antes de ser pessoa no sentido jurídico, é pessoa no sentido antropológico. Em sua própria constituição psicofísica leva o homem os elementos e as condições para que o Direito possa reconhecer-lhe a capacidade de sujeito de Direito”⁽¹⁷⁾.

Assim sendo, o conceito técnico jurídico de pessoa (em contraposição ao de objeto do direito) como protagonista da ordem social e jurídica tem correspondência com o de pessoa, definido pela Antropologia Filosófica. A capacidade de ser sujeito de direito deriva da própria natureza humana.

Mas a mesma faculdade tem sido reconhecida às pessoas jurídicas, ou mais explicitamente, a todo agrupamento de seres humanos que, com disciplina e ordem, congregam esforços para a realização de fins comuns. A causa material é integrada pelos seres humanos; a causa formal pela união necessária em torno de objetivos comuns.

A questão é, então, a seguinte: possuem estes entes personalidade tão completa quanto a das pessoas naturais?

Hans Kelsen e Francisco Ferrara criticam a teoria tradicional, que identificou o conceito de sujeito de direito com o de pessoa, no sentido da Antropologia Filosófica.

Anotam ambos que a personalidade jurídica, tanto referente aos seres humanos quanto aos entes coletivos é, apenas, uma categoria jurídica, forma de unificação, para certos fins, de relações humanas. Personalidade jurídica, para Hans Kelsen, é tão-somente, um meio de que se vale a Ciência do Direito para imputação das condutas dos seres humanos que atuam em nome da sociedade. Diz Kelsen: “a pessoa jurídica no sentido estrito da palavra não é senão a personificação de uma ordem que regula a conduta de vários indivíduos, a saber, um ponto comum de imputação de todos aqueles atos humanos determinados

pela mesma ordem”. A atribuição de personalidade na pessoa jurídica é uma situação idêntica à da pessoa física. Kelsen esclarece: “A chamada pessoa física é a personificação de um complexo de normas que regulam a conduta de um mesmo indivíduo”⁽¹⁹⁾. Em ambas as hipóteses ocorre uma construção jurídica, um artifício técnico, decorrente da teoria da imputação normativa. Também Ferrara entende que a personalidade é uma categoria jurídica, uma forma jurídica de unificação de relações. O Direito Objetivo reconhece personalidade ao agrupamento dos seres humanos que se associam para a consecução de objetivos comuns. As sociedades passam a ter, então, personalidade diversa da dos elementos que a compõem⁽¹⁹⁾.

Tais coletividades se compõem de indivíduos que tencionam alcançar fins comuns. Ao conceder-lhes personalidade, o Direito unifica sua atuação e favorece seu desenvolvimento e expansão.

Não é diferente o que ocorre com as fundações. Considera-as o Direito como pessoas jurídicas para unificar as atividades concernentes aos serviços para os quais foram instituídas pelo fundador.

A questão é mais complexa. O Direito não é pura técnica. O substrato da pessoa não pode ser indiferente ao jurista. Segundo observa Del Vecchio, “a qualidade de sujeito de direito não depende, no homem, de uma concessão extrínseca e arbitrária de outra pessoa, já que deriva imediatamente da mesma natureza humana, até ao ponto em que o próprio indivíduo não dispõe do poder de aliená-la ou renunciá-la. Nesse sentido, a lei que atribui a cada um a condição jurídica de pessoa, ainda que não esteja sancionada pela ordem positiva, é uma lei natural”⁽²⁰⁾. Pessoa em sentido filosófico e pessoa em sentido jurídico são conceitos diferentes, mas se referem à mesma realidade. Javier Hervada ensina: “Todo sistema jurídico positivo se baseia, pelo menos, na jericidade natural dos homens, isto é, em que por natureza existe a capacidade e a tendência de relacionar-se juridicamente... A jericidade natural significa que, por natureza, o homem está relacionado juridicamente com os outros sendo, em consequência, protagonista do sistema jurídico. Ser pessoa não é de origem positiva, senão natural, porque os homens, por natureza, são sujeitos de direito”⁽²¹⁾.

A função da técnica, na espécie, não é outra coisa senão a de colocar a pessoa sob o signo do Direito, acrescentando-lhe a nota de protagonista do cenário jurídico.

Quanto aos agrupamentos humanos que são constituídos para alcançar fins comuns mediante colaboração dos seus integrantes, pode-se dizer que estes, por analogia, participam do conceito de pessoa. Na sociedade, como assinala Donald Pierson, existem as notas características do “consenso, solidariedade, ação conjugada, posição e função no grupo, tratamento dos indivíduos mediante entendimentos e sentimentos comuns com o propósito de desenvolver personalidades e agir conjugadamente na realização de fins comuns”⁽²²⁾.

As corporações e as fundações existem para possibilitar ao ser humano o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Assim sendo, tem suas raízes nos “fins existenciais humanos”. A propósito, Johannes Messner ensina: “a estrutura natural da sociedade, em sua totalidade, encerra um pluralismo social, e, em consequência, as comunidades e as sociedades menores, que têm suas raízes nos fins humanos existenciais, estão dotadas de traços de dignidade e de liberdade próprias da pessoa humana”⁽²³⁾.

Tais traços característicos permitem que as sociedades sejam consideradas pessoas, por analogia. Não discrepa desse entendimento a natureza das fundações. Estas constituem entidades que têm raízes, em última instância, na vida social. Os mesmos fundamentos que justificam a atribuição de personalidade jurídica às sociedades devem prevalecer para as fundações. Diz, expressamente, Karl Larenz: “Se o ordenamento jurídico atribui à fundação capacidade jurídica, tratando-a como sujeito de direito, de modo idêntico à pessoa física, isto se baseia numa analogia justificada pelo fato de que a vontade do fundador, objetivada ao instituir a fundação, é atualizada de novo e outra vez pela atividade dos órgãos que cumprem referida vontade; portanto, também neste caso, de modo idêntico ao da associação, pode-se encontrar uma unidade de atuação no sentido de uma realidade objetivo-imaterial e sociológica”⁽²⁴⁾.

Justifica-se, portanto, a consideração analógica, para o fim de atribuição de personalidade jurídica, nos termos do pensamento de Messner, corroborado por Larenz.

Não se trata, portanto, de mera imputação normativa, decorrentes de simples processo de pura técnica. O processo técnico reveste-se de importância, mas não pode ser desconectado de dados prévios, da “natureza das coisas”. Por outras palavras: pensamos que o aspecto lógico formal do conceito jurídico de pessoa deve ser admitido como correto, já que é exata a afirmação segundo a qual o Direito, como técnica, exhibe um processo de imputação normativa. Mas essa imputação não pode ser arbitrária decorrência do processo de construção. Este processo está delimitado pela valoração que preside a toda e qualquer construção da técnica jurídica. É a valoração decorre do estatuto ontológico da pessoa.

4. A fundação no Direito Privado. Notas Características.

A origem, a estrutura e os contornos da fundação têm sido estudados pelo Direito Civil, de longa data. Mas seus cultores, naturalmente, apreciam-na segundo características próprias dessa disciplina jurídica.

Em síntese, vejamos a conceituação civilística para posterior confronto com a apresentada pelo Direito Administrativo.

V. Rossel e H. Mentha, juristas suíços, com base no artigo 60 do Código

Civil Suíço, definem a fundação como “a afetação de um patrimônio a um objetivo especial e lícito, em geral permanente, com uma organização material e administrativa comandada pelo objetivo a realizar”⁽²⁵⁾ Do mesmo entender é a colocação de Andrea Torrente: “o negócio de fundação é o ato com o qual uma pessoa separa alguns bens do próprio patrimônio e lhe destina a um escopo determinado”⁽²⁶⁾.

A fundação é, na verdade, um ente social com personalidade jurídica, compreendendo os órgãos encarregados de sua administração, os quais dispõem de patrimônio próprio para o fim de realizar a afetação dada pela vontade do instituidor. Há todo um conjunto de relações de seus participantes: fundador, destinatários presentes e futuros que se beneficiam do patrimônio e órgãos de gestão. De uma forma ou de outra, todos são co-autores, coparticipam para a realização da obra fundacional. Esta alcança seus fins pela vontade do fundador, que indica o escopo e estabelece os destinatários; pelo patrimônio, posto por aquele à disposição da mesma meta; e pela administração ou gestão, também prevista pela vontade do fundador. A obra pode ir avante graças aos recursos materiais do patrimônio reservado pelo fundador, e à ação diligente dos encarregados do poder de dirigi-la.

Esta é a realidade fundacional. Seu organismo é complexo. Constituída para viver indefinidamente, desde que o fim seja realizável e se disponha de patrimônio para atender às suas necessidades, tal organismo difere do da sociedade.

Por isso, a distinção entre corporações (*universitas personarum*) e fundações (*universitas bonorum*) que o Direito Civil incorporou à sua doutrina é de suma importância. Permite retrair as notas características das fundações e entrever a possibilidade da fundação de Direito Público. Esta é plenamente compatível com a noção civilística.

As corporações constituem agrupamentos de pessoas que, com certa disciplina, unificam seus esforços para a obtenção de um fim comum. As fundações são “complexos de bens destinados por ato irrevogável de vontade a um certo fim, com caráter de perpetuidade ou de duração indeterminada” consoante excelente síntese de Del Vecchio⁽²⁷⁾.

No caso das corporações prevalece o elemento pessoal, embora não possa faltar o elemento patrimonial; no caso das fundações, o elemento patrimonial é o prevalente, ainda que deva estar presente o elemento pessoal, já que é a vontade do fundador que se manifesta no ato de instituição, devendo ser realizada na vida da fundação.

O confronto entre referidos entes foi apresentado, de maneira nítida, por Alberto Trabucchi. Diz o jurista que as corporações se distinguem das funda-

ções sob tríplice aspecto: o escopo, a vontade e os órgãos dirigentes. “O escopo, nas associações, é interno e próprio da entidade, que é constituída para outorgar vantagens aos seus associados; nas fundações, ao contrário, o interesse que se procura é externo e a entidade só tem por função realizar vantagens para outros. No que se refere à vontade, esta nas fundações é externa ao ente já que provém do fundador; nas associações, é interna, já que deriva dos mesmos membros da entidade que dispõem sobre sua constituição, governo e fim da pessoa jurídica. No que se refere aos órgãos diretivos, nas associações os mesmos são dominantes; nas fundações, submetem-se à vontade de quem constituiu o ente”⁽²⁸⁾.

O fim, a organização e a previsão de recursos constituem os elementos da fundação. Contudo, o elemento vontade, referido por Trabucchi, merece especial consideração. Nas fundações, proclama o jurista, a vontade é externa, enquanto que nas associações é interna. Realmente, a configuração da entidade em estudo depende, antes de mais nada, do negócio fundacional, que é um ato de destinação, uma declaração de vontade, cujo conteúdo deve ser a fixação do objetivo e a destinação do patrimônio. A fundação é, nesta ordem de considerações, uma organização que provém da referida declaração de vontade. Nesse sentido é a conceituação de Pierre Pescatore, in verbis: “a fundação é uma pessoa moral, encarregada conforme a vontade do fundador, da administração de um patrimônio afetado a uma obra determinada e à gestão dessa obra”⁽²⁹⁾.

O que caracteriza a fundação é, em última análise, o elemento vontade, que, no caso, prevem do fundador, sendo, como diz Trabucchi, exterior ao ente. Tem razão Limongi França ao afirmar que o fato da associação consciente é nota peculiar à natureza humana, não havendo, a rigor, sociedade de bens. A referência à sociedade de bens é admissível apenas para ressaltar a importância do patrimônio, completa o citado mestre⁽³⁰⁾.

Forçoso é convir que a fundação depende da vontade do fundador, mas esta vontade se perpetua e é atualizada pela atividade humana dos órgãos que a executam, como preleciona Karl Larenz.

O patrimônio, juridicamente falando, é objeto, não podendo ser considerado sujeito de direito. Logo, não é ele que define a fundação na sua essência. É incorreto, salienta Heinrich Lehmann, qualificar a fundação pelo patrimônio de destino. A vontade na associação é autônoma, pois é decisiva para sua configuração; mas na fundação ela é heterônoma, vem determinada pelo fundador no negócio fundacional, limitando-se os administradores a seu exato cumprimento. Segundo o citado jurista, “o decisivo, em contraposição com a associação, é que a fundação não consiste em uma união de pessoas, cuja vontade determine o fim da fundação, senão que este vem imposto pela vontade do fundador no documento de fundação. Os administradores da fundação devem se limitar a cumprir esta vontade. A vontade da fundação é heterônoma, vem determinada pelo fundador no negócio da fundação”⁽³¹⁾.

Nesta ordem de idéias, pode-se adotar, para fins do pretendido confronto entre a fundação privada e a fundação pública, conceito analítico de fundação privada adotado por Heinrich Lehmann, a saber: “fundação é uma organização criada por declaração de vontade privada para a obtenção de um fim duradouro, dotada de personalidade jurídica independente, e que não consiste numa aliança de pessoas, senão que está dotada de meios patrimoniais para alcançar o fim estabelecido no negócio fundacional”⁽³²⁾.

As notas características da conceituação de fundação privada decorrente do Direito Civil acrescentam alguns elementos à definição de fundação *in genere*, como categoria, decorrente da Teoria Geral do Direito. As diferenças específicas são as que se referem à origem, ao fim e à função da entidade. Com efeito, a fundação privada tem sua origem na vontade do fundador; está adstrita, sob o ponto de vista teleológico, à realização dessas atividades sociais (*singulorum utilitas*) sem atingir as que dizem respeito à satisfação de interesses públicos, sendo, por isso, submetida aos princípios setoriais que informam os institutos do Direito Civil.

Tais notas específicas não destroem o princípio da unidade substancial inerente ao conceito emitido pela Teoria Geral do Direito.

Vejamos, porém, as notas que o Direito Administrativo atribui às fundações públicas. Estas se configuram em outros moldes, assumindo feições próprias e inconfundíveis. Assim, poderemos estabelecer a almejada linha de confronto entre ambos os institutos.

5. A fundação no Direito Público. Notas características. Confronto com a fundação de Direito Privado.

Definida a fundação *in genere*, como categoria jurídica, cabe verificar se o instituto pode ser disciplinado por ambas as disciplinas jurídicas, isto é, pelo Direito Civil e pelo Administrativo. Por ser o instituto tradicionalmente disciplinado pelo Direito Civil, alguns juristas tem entendido que se trata de matéria privativa dessa disciplina jurídica.

Seguindo a recomendação do Prof. José Cretella Júnior, segundo a qual é necessário um estudo preliminar da categoria fundação *in genere*, para, ao depois, verificar a análise das espécies, procuramos apresentar, nos parágrafos anteriores, algumas considerações sobre a pessoa jurídica no âmbito da Teoria Geral do Direito.

A fundação é, antes de mais nada, uma categoria. Assiste razão ao ilustrado mestre.

Senão, vejamos. Como ensina Eduardo Garcia Maynez, o Direito estuda-

do sob o ponto de vista formal, implica em determinados objetos lógicos, os quais decorrem deste conceito lógico jurídico fundamental: “direito é a regulação bilateral, externa e coercível do comportamento humano”. São conceitos implicados nessa definição os de norma atributiva e norma prescritiva. A regulação jurídica consiste na “conexão necessária e recíproca de uma norma que obriga e outra que faculta”. Esse caráter bilateral condiciona, por sua vez, a exterioridade e a coercibilidade. Como conceito implicado no de regulamentação bilateral corresponde, no plano de conduta, o de relação jurídica, que estabelece vínculos entre o sujeito do direito e o sujeito do dever. Assim, diz Garcia Maynez: “sujeito de direito é qualquer ente capaz de intervir, como pretensor ou como obrigado, numa relação jurídica”. E acrescenta: “os sujeitos de direito são individuais ou coletivos. Substratum do primeiro é o homem. O substratum da pessoa jurídica pode ser bem uma coletividade de indivíduos (universitas personarum), bem de um patrimônio de afetação ou destino (universitas bonorum)”. A tipologia das pessoas jurídicas é matéria que se inclui entre os conceitos jurídicos fundamentais. Fundação é, pois, um conceito lógico jurídico fundamental⁽³³⁾.

Da mesma forma, Rafael Preciado Hernandez, cuja obra revela notável contribuição neotomista, inclui a pessoa, natural ou jurídica, entre os conceitos jurídicos fundamentais de caráter material, e o sujeito, como mero destinatário da norma, entre os conceitos jurídicos fundamentais de caráter formal. Neste último caso, ele é considerado como titular da faculdade ou direito subjetivo e titular da obrigação ou dever jurídico. Entre os sujeitos, está incluída a fundação⁽³⁴⁾. No mesmo sentido é o parecer de Luis Recasens Siches⁽³⁵⁾.

Realmente, um é o problema da estrutura, outro o da capacidade jurídica: o primeiro é o objeto da Teoria Geral do Direito; o segundo, das disciplinas jurídicas, a saber do Direito Civil e do Direito Administrativo.

Assim é possível a existência de fundação pública desde que a configuração desta se conforme, de um lado, ao paradigma da fundação e, por outro, esteja de acordo com os cânones do Direito Administrativo.

Andrea Torrente diz expressamente que as pessoas jurídicas, em qualquer de suas modalidades, isto é, associações e fundações se distinguem em pessoas de direito público e de direito privado: as primeiras, destinadas a perseguir interesses gerais são disciplinadas pelo Direito Administrativo; e as segundas, destinadas a interesses de natureza singular, que não podem ser incluídas entre os fins do Estado, são regidas pelo Direito Civil⁽³⁶⁾. Idêntica é a lição de Karl Larenz, segundo o qual “entre as pessoas jurídicas, tanto de direito privado quanto de direito público, devem-se distinguir as associações, nas quais é essencial a existência de membros, das instituições e fundações, que dispõem unicamente de órgãos, isto é, administradores para a realização das missões a ela encomendadas”⁽³⁷⁾.

Em suma: tanto na esfera do Direito Civil quanto na do Direito Administrativo são possíveis corporações e fundações.

Já analisamos as pessoas jurídicas no âmbito do Direito Civil. Vejamos como se definem as pessoas jurídicas estatais.

Segundo o Prof. José Cretella Júnior, autarquia é “toda pessoa jurídica pública que, dentro dos limites do direito objetivo e com capacidade para administrar-se, é considerada pelo Estado como um de seus entes”. Estas pessoas se desdobram em fundações e corporações. Fundação pública consiste “numa afetação, por uma pessoa pública, de um patrimônio a um serviço público personalizado, criado pela pessoa pública, com regime jurídico próprio, informado por princípios de direito público”. Corporação pública consiste numa “pluridade de pessoas físicas determinadas que se agrupam, personalizando-se para a consecução de fins de interesse público”⁽³⁸⁾.

As autarquias são, portanto, corporações públicas ou fundações públicas. De acordo com as definições acima transcritas, forçoso é convir que elas se distinguem pela estrutura, isto é, pelo seu constitutivo real. As corporações são constituídas pelo agrupamento de pessoas que se reúnem para a consecução de um objetivo comum (no caso, de interesse público); as fundações constituem decorrência da afetação de um patrimônio a um fim público. Nada impede a adoção, pelo Direito Público, da distinção entre corporação e fundação, para a caracterização das pessoas públicas que constituem objeto de sua regulamentação.

Logo, a distinção entre as entidades que se encontra na Teoria Geral do Direito, revive no Direito Civil e persiste no Direito Administrativo. Contudo, as fundações públicas se distinguem das privadas por certas notas específicas.

Não há, porém, que confundir as fundações de Direito Público com as fundações de Direito Privado instituídas pelo Estado. Pode o Estado instituir pessoas de Direito Privado para cumprir objetivos imprescindíveis ao aprimoramento da vida social. Apesar de estas fundações serem de iniciativa do Estado (criadas por lei), contanto, para sua efetiva realização, de recursos advindos do patrimônio público, não perdem a natureza de Direito Privado, ficando sujeitas à fiscalização por seus atos ao órgão do Ministério Público. As vicissitudes dessas fundações se subsumem nas normas do Código Civil, enquanto que as fundações de Direito Público, por serem parcelas de Administração, se enquadram no sistema normativo do Direito Administrativo. São autarquias. O regime jurídico é o critério que permite distinguir entre a fundação de Direito Público e a fundação de Direito Privado instituída pelo Estado.

O poder público pode criar corporações ou fundações. Estas podem ser públicas ou se revestir das características do Direito Privado.

Nesta ordem de idéias, duas conclusões se impõem: em primeiro lugar, as fundações públicas constituem uma realidade jurídica; em segundo lugar, sua configuração obedece aos cânones do Direito Administrativo.

A fim de estabelecer um paralelo entre o conceito de fundação privada, transcrito da obra de V. Rossel e H. A entha, vejamos a noção de fundação pública, consoante o ensinamento de André Buttgenbach.

Diz o jurista belga que a fundação pública consiste na “afetação realizada, pelas autoridades públicas, de um patrimônio especial, juridicamente distinto do patrimônio geral do poder criador, a um serviço público que, para a gestão desse patrimônio e a realização de seu objeto, é dotado de autonomia orgânica técnica, sob a tutela e o controle deste último”⁽³⁹⁾.

Desta definição, pode-se, de início, deduzir que a fundação pública é uma autarquia. Trata-se de órgão dotado de autonomia orgânica e técnica, colocado sob a vigilância do Estado, como ressalta o citado jurista. Seus elementos são os seguintes: a) escopo, consistente na prestação de um serviço público, determinado pelo Estado (princípio da finalidade); b) administração entregue a um serviço público dotado de autonomia para a gestão do patrimônio; c) patrimônio, distinto do patrimônio geral, que é destinado com exclusividade ao fim previsto (princípio da especialidade e da indisponibilidade).

Além disso, outras notas decorrentes destas são importantes. Segundo ensina o Prof. José Cretella Júnior, a criação, extinção e transformação desses órgãos depende, em todos os casos, de texto legal. Além disso, adianta o ilustre mestre que a fundação, de um lado, goza das prerrogativas de potestade pública, e, por outro, é atingida por restrições e sujeições, por estar vinculada, em ambas as hipóteses, aos interesses públicos, estando, em consequência, sujeita à vinculação tutelar e processo especial de prestação de contas⁽⁴⁰⁾.

Por isso, as fundações são informadas pelos princípios setoriais da aut executoriedade, da autotutela e da especialidade, entre outros⁽⁴¹⁾.

Tais notas permitem extremar a fundação de Direito Público da de Direito Privado. O escopo, na fundação de Direito Privado, é determinado por ato de vontade (negócio fundacional) do fundador; na de Direito Público, é o Estado quem determina o fim-atuação da fundação, sempre subordinado à prestação de serviço público. A administração, na fundação de Direito Privado, pode ser determinada, de antemão, pelo fundador; na fundação de Direito Público, é o Estado quem determina a exigência do serviço público a ser cumprido, o qual pode sofrer as convenientes adaptações, sempre a cargo do Estado. O patrimônio, na fundação de Direito Privado, provém do ato de dotação do instituidor; na de Direito Público, o patrimônio é do Estado, sendo especialmente destacado e afetado ao fim-público. O controle e a vigilância, na fundação de Direito

Privado é de caráter negativo, limitando-se o Estado a impedir que a vontade do fundador seja desprezada e violada a ordem pública (vigilância exercida pelo fiscal da lei, o Ministério Público); na fundação de Direito Público é positiva, já que cabe ao Estado promover a atividade programada e exigir seu integral cumprimento (tutela administrativa e vigilância ininterrupta).

Com tais características, nota-se que a fundação de Direito Público, consistente na afetação jurídica especial, pelos órgãos públicos, de um patrimônio, a um serviço público, nos precisos termos da definição de André Buttgenbach, distingue-se, nitidamente, da fundação de Direito Privado, devidamente conceituada por Rossel e Mentha. Organicamente, é um serviço público descentralizado e autárquico, criado pelo Estado, com autonomia técnica, administrativa e financeira, tendo seu próprio regime jurídico.

6. Conclusões. Nossa posição.

As conclusões deste estudo podem ser fixadas nos seguintes enunciados:

- I. Doutrinariamente, inexistente fundamento para se rejeitar a existência da fundação de Direito Público. O estudo da categoria fundação cabe à Teoria Geral do Direito. Trata-se, no caso, de conceito jurídico fundamental para toda e qualquer configuração jurídica posterior. Sendo conceito básico, a categoria compreende, ordena e serve de apoio a outros que lhes são subordinados.
- II. A divisão estabelecida pela Teoria Geral do Direito, entre corporações (universitas personarum) e fundações (universitas bonorum) possibilita semelhante distinção nas esferas jurídicas do Direito Privado e do Direito Público havendo, em consequência, corporações e fundações privadas ao lado de corporações e fundações públicas.
- III. A tipologia das pessoas jurídicas é, assim, matéria da Teoria Geral do Direito. Cabe-lhe delimitar, dentro dessa classificação, a fundação “in genere”, a qual serve de paradigma para as disciplinas jurídicas. Não se pode confundir o “constitutivo real” com a “configuração concreta”. Nesta se manifesta a diferença específica, já que os atributos acrescentados pelo Direito Administrativo ao gênero próximo passam a configurar a espécie.
- IV. A fundação se manifesta, com características próprias, no Direito Civil e no Direito Administrativo, sendo juridicamente configurável a fundação de Direito Público. A bipartição não rompe a unidade do conceito; permite, apenas, a atribuição de regime adequado às peculiaridades de cada caso.
- V Não deve a fundação de Direito Público ser estudada nos moldes privatísticos. As fundações públicas constituem uma realidade jurídica, obedecendo sua configuração aos cânones do Direito Administrativo.

- VI. No Direito Público, suas feições próprias, elevam-na à categoria de ente autárquico, decorrendo esta conclusão do exame de sua natureza em confronto com as instituições opostas e similares.
- VII. Seus caracteres são os seguintes: escopo, consistente em serviço público criado por lei e determinado pelo Estado; administração entregue a um serviço público dotado de autonomia para a gestão técnica e patrimonial da entidade; patrimônio próprio, distinto do geral, destacado e afetado a um fim-público; tutela administrativa e vigilância positiva do Estado.

Referências Bibliográficas

- (1) Lopes Meirelles, Hely, Direito Administrativo Brasileiro, 8ª ed., R.T., 1982, p. 350.
- (2) Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, Princípios Gerais do Direito Administrativo, vol. II, Forense, 1974, p. 203.
- (3) Cirne Lima, Ruy, Princípios de Direito Administrativo, 6ª ed., R.T., 1987, p. 66.
- (4) Bevilacqua, Clovis, Teoria Geral do Direito Civil, 2ª ed., Livraria Francisco Alves, 1929, p. 158/159.
- (5) Lopes Meirelles, Hely, Direito Administrativo Brasileiro, 8ª ed., R.T., 1982, p. 351/352.
- (6) Reale, Miguel, Direito Administrativo, Forense, 1969, p. 5, 17/27.
- (7) Bevilacqua, Clovis, Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado, Fonseca Magalhães, Bahia, 1987, p. 151/152.
- (8) Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano, Manual de Direito Romano, 4ª ed., Saraiva, 1961, p. 52.
- (9) Iglesias, Juan, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1972, p. 166/168.
- (10) Cretella Júnior, José, Fundações de Direito Público, Forense, 1976, p. 13.
- (11) Cretella Júnior, José, obra citada, p. 10 e 65.
- (12) De Ruggiero, Roberto, Instituições de Direito Civil, vol. I, trad. Ary dos Santos, Saraiva, 1934, p. 430 e 451.
- (13) Groppali, Alessandro, Avviamento allo Studio del Diritto, Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1951, p. 124.
- (14) Verneaux, Roger, Filosofia del Hombre, trad. L. Medrano, Herder, 1977, p. 233/234.
- (15) Maritain, Jacques, L'Homme et l'État, trad. da versão inglesa por Robert e France Prélot, Presses Univ. France, 1965, p. 12.

- (16) Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. Juan Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 143
- (17) Vanni, Icilio, *Filosofía del Derecho*, trad. Rafael Urbano, Librería Beltrán, Madrid, 1941, p. 124.
- (18) Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, textos Universitarios, México, 1969, p. 113.
- (19) García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 16ª ed., Ed. Porrúa, México, 1969, p. 290 e segs.
- (20) Del Vecchio, Giorgio, *Los Principios Generales del Derecho*, trad. Juan Ossorio Morales, 2ª ed., Barcelona, 1948, p. 77.
- (21) Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1981, p. 119.
- (22) Pierson, Donald, *Teoría e Pesquisa em Sociologia*, 18ª ed., Melhoramentos, 1981, p. 155/156.
- (23) Messner, Johannes, *Ética Social, Política y Economía a la luz del Derecho Natural*, trad. J.L. Barrios Sevilha, J.M. Rodríguez Paniagua e J. Enrique Díez Rialp, Madrid, 1977, p. 197.
- (24) Larenz, Karl, *Derecho Civil, Parte General*, trad. Miguel Izquierdo e Macías Picaeva, Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 239.
- (25) Rossel, V. e Mentha, H., *Manuel du Droit Civil Suisse*, vol. I, nº 258, p. 171.
- (26) Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privado*, 6ª ed., Milão, Dott A. Giuffrè, 1965, p. 74.
- (27) Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 9ª ed., Milão, Dott A. Giuffrè, 1953, p. 277.
- (28) Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 26ª ed., Padua, Cedam Casa Ed. Dott Antonio Milani, 1983, p. 107/108.
- (29) Pescatore, Pierre, *Introduction a la Science du Droit*, Presses Universitaires, Luxembourg, 1960, p. 250/251.
- (30) Limongi França, Rubens, *Instituições de Direito Civil*, Saraiva, S. Paulo, 1988, p. 71/72.
- (31) Lehmann, Heinrich, *Tratado del Derecho Civil, Parte General*, trad. José M. Navas, Ed. Rev. del Derecho Privado, 1956, p. 634.
- (32) Lehmann, Heinrich, ob. citada, p. 658.
- (33) García Maynez, Eduardo, *Logica del Concepto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1959, p. 157/159; 163; 178/183 e 188/189.

- (34) Preciado Hernandez, Rafael, Lecciones de Filosofia del Derecho, 6ª ed., Ed. Jus, México, 1970, p. 127/140.
- (35) Recasens Siches, Luis, Introducción al Estudio del Derecho, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1972, p. 148 e segs.
- (36) Torrente, Andrea, ob. citada, p. 72.
- (37) Larenz, Karl, ob. citada, p. 167.
- (38) Cretella Júnior, José, Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., Forense, 1977, p. 157; 265/267.
- (39) Buttgenbach, André, Theorie Générale des Modes de Gestion des Services Publiques en Belgique, Bruxelles, Maison Ferdinand Lacier, 1954, p. 305.
- (40) Cretella Júnior, José, Fundações de Direito Público, Forense, 1978, p. 68/92.
- (41) Cretella Júnior, José, Os Cânones do Direito Administrativo, separata da Revista de Informações Legislativas do Senado Federal, nº 97, jan./março 1988.
São Paulo, janeiro de 1988.

A EMBAIXADA PERMANENTE E AS ORIGENS DA DIPLOMACIA

Vicente Marotta Rangel

Professor Titular do Departamento de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da USP

Resumo: O objetivo do artigo é demonstrar que antes da criação das embaixadas permanentes havia freqüentemente na Europa e na Ásia atividades diplomáticas. Precedendo a pesquisa, o Autor preocupa-se em precisar o conceito de diplomacia. Depois, é apresentado o rol dessas atividades.

Resumé: Le but de l'article c'est démonstrer qu'avant l'établissement des ambassades permanentes, il y avait souvent en Europe et en Asie des activités diplomatiques. Avant de s'engager dans la recherche, l'Auteur essaie de préciser le concept de diplomatie. Un inventaire de ces activités vient ensuite.

Unitermos: Diplomacia; Imunidade diplomática.

1. É noção difundida, embora nem sempre clarificada e aceita, a de que somente a partir do Século XV se constituíram as chamadas embaixadas permanentes. Discute-se se a prioridade no instituí-las coube à Milão, Veneza ou à Florença, havendo mesmo quem a reivindique para séculos anteriores, ainda que medievais. Cabe-nos, porém, indagar se antes delas teriam havido atos próprios da diplomacia. Existiriam eles? A resposta, afirmativa, promana da leitura de historiadores. Dois textos de Eurípedes Simões de Paula o corroboram. Citemô-los: "Com Justino II (565-578)... os turcos procuram Bizâncio e ofereceram sua aliança contra os persas... Um funcionário bizantino acompanhou os embaixadores até o Khan Dizaboulos..." "**Alguns Aspectos das Relações do Ocidente com o Extremo Oriente Durante a Antiguidade e a Idade Média**", *Revista de História*, 1960, nº 43, p. 13. Diz ainda o saudoso mestre da Universidade de São Paulo que, "em 568 o grão Khan Dizaboulos envia à Bizâncio uma embaixada para propor uma aliança contra os persas..." "**O Comércio de Bizâncio com o Extremo Oriente**", *Revista Filosofia Ciência e Letras*, 1941, p. 63.

2. Todavia não é fácil tarefa precisar as origens da diplomacia. Para o fim de identificá-las, necessário se faz, liminarmente, determinar o próprio conceito de diplomacia, encargo esse, por seu turno, problemático, uma vez que o con-

ceito se refere a processo inserido na história⁽¹⁾. Quanto às definições de diplomacia, convém notar *prima facie* não corresponderem elas a objetivos isoláveis como os produtos da natureza, que independem das consciências em que os mesmos se apresentam; e nem se inserem entre as definições – como as constantes de leis e regulamentos – que chegam a criar o seu próprio objeto. A definição de diplomacia parece melhor enquadrar-se em uma terceira espécie, a que se refere Jean Baechier⁽²⁾, a das definições que dependem das consciências humanas e se reportam a fatos inseridos no contexto dos fenômenos sociais, amalgamados entre si de modo a compor uma totalidade orgânica e da qual é praticamente inviável extrair, intacto e delimitado, o objeto a definir.

3. Da variedade de significados do termo “diplomacia” é testemunho a multiplicidade de definições que lhe tem sido propostas. Harold Nicolson se reporta a pelo menos cinco acepções: 1) como sinônimo de “política exterior”; 2) como sinônimo de “negociação”; 3) como processo ou mecanismo mediante os quais se leva a cabo essa negociação; 4) como ramo do Serviço Exterior do Estado; 5) como qualidade ou dom abstrato.

que em seu sentido mais favorável implica habilidade na condução da negociação internacional e em seu pior sentido supõe os aspectos mais insidiosos da diplomacia.

Após relatar essas diferentes acepções, propõe-se o autor inglês perfilhar, “como termo de referência”, a definição do dicionário de Oxford, a saber: “Diplomacia é o manejo das relações internacionais mediante a negociação; o método mercê do qual se ajustam e manejam essas relações por meio de embaixadores e enviados; o ofício ou arte do diplomático”⁽³⁾.

4. O termo “diplomacia” remonta etimologicamente, como se sabe, ao termo “diplom”, do verbo grego pregar, dobrar, o qual, por sua vez está na origem do vocábulo “diploma”, significativo, em Roma, de certas classes de passaportes ou títulos de circulação formados de placa dupla especialmente dobrada ou cozida e, a seguir, por extensão, de documentos de arquivo, relativos a acordos exteriores ou aptos o conferir determinado privilégio a seu titular⁽⁴⁾.

(1) Sobre a diferença de abordagem entre a palavra e o conceito no processo da história, vide comentários de Sérgio Buarque de Holanda ao **Léxico dos Conceitos Fundamentais** de Otto Bruner, Werner Conz e Reinhart Rosellek: “O Atual e o Inatural na Obra de Leopold von Rank” **Revista de História**. vol. 100, tomo II, pp. 479-480.

(2) **Qu'est-ce que l'idéologie?** Paris. Gallimard, 1976, pp. 11/16 (Introduction).

(3) **Diplomacy**. 3ª ed. London, Oxford University Press, 1963, pp. 13-14.

(4) Rodrigues Araya. “Diplomacia”. **Enciclopédia Jurídica Omega**. Buenos Aires, VI-II, p. 890; Chazelle, Jacques. **La Diplomatie**, 2ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1968, p. 10.

O mais antigo uso desse termo, com essa acepção, parece remontar, no vocabulário inglês, ao ano de 1645. Leibniz em 1693, e Dumont em 1726, publicaram, respectivamente, o **Codex Juris Gentium Diplomaticus** e o **Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens**, coletâneas de tratados e demais documentos oficiais. Os termos “*diplomaticus*” e “*diplomatiques*”, constantes dos títulos dessas obras, eram aplicados – escreveu Satow –

a um corpo ou coleção de papéis governamentais originais,

mas como o assunto dessas coleções particulares era política exterior, **corps diplomatique** surge como equivalente a

corpo do direito das gentes

e **diplomatique** como tendo vínculos com relações internacionais. Donde a aplicação do termo às pessoas conectadas com tais assuntos⁽⁵⁾. Segundo lembra Jacques Chazelle, o uso de termos “*diplomata*” e “*diplomático*”, perfilhados na acepção atual a partir do século XVIII, coincide com o processo de acabamento na Europa das primeiras nações modernas⁽⁶⁾. Em lugar desses termos, empregavam-se anteriormente – assinala Rodriguez Araya⁽⁷⁾ – “*negociação*” e correlatos.

5. Explica-se a ancianidade das atividades diplomáticas pelo fato de serem elas decorrência do relacionamento entre unidades políticas, o qual é, por sua vez, expressão do impulso natural de sociabilidade. Lembra-se, a propósito, a assertiva de Redslob⁽⁸⁾, segundo a qual

a diplomacia é tão remota quanto os próprios povos.

Sem embargo de eventuais atos de desconfiança e hostilidade, notam-se entre as nações mais antigas “certos complexos de interesses recíprocos que pressupõem contato e colaboração entre os indivíduos e as sociedades”... A diplomacia nasceu – observa R. Numelin⁽⁹⁾ –

quando pela primeira vez um chefe de tribo enviou junto a outro chefe emissário com o fim de negociar um assunto, ou quando dois chefes de tribos diferentes se reuniram para discutir pacificamente problemas comuns.

(5) Satow, Ernest. **A Guide to Diplomatic Practice**. 4ª ed., London, Longmans, 1958, p. 2.

(6) *Op. cit.*, p. 10.

(7) *Op. cit.*, p. 890.

(8) **Histoire des grands principes du Droit des Gens**. Paris, 1923, p. 78.

(9) **Les Origines de la Diplomatie**. Paris, 1945, pp. 83-104.

É bem de ver que a menção no caso à relação entre as tribos deve ser enfocada na perspectiva dos tempos legendários, numa época em que elas constituíam as únicas unidades políticas, providas conseqüentemente de órgão investido de poder de comando. Precederam assim, no tempo, às **pólis** das comunidades helênicas.

Do relacionamento de unidades políticas, defluiu a tendência delas de acomodar seus interesses específicos, eventualmente conflitantes. A idéia de negociação está inserida no conceito de diplomacia. Implícita se encontra ainda nesse conceito a noção de que os contatos entre unidades políticas se processam em atmosfera de paz, a de que pelo menos entre elas não haja estado de beligerância.

Também a idéia de imunidade está inserida no mesmo conceito. Desde as épocas mais distantes se estabeleceu o costume de conceder aos negociantes garantias que se negavam aos guerreiros, as necessárias para que eles pudessem cumprir suas missões, em que pese o fato das restrições severas impostas aos estrangeiros⁽¹⁰⁾. O princípio da imunidade diplomática, pondera Nicolson⁽¹¹⁾, foi o primeiro a ser firmemente estabelecido. Encontra-se entre os aborígenes australianos, nas leis de Manu, inserido também nos poemas homéricos,

onde os arautos eram vistos como dotados de santidade especial outorgada não apenas por Hermes, senão também pelo próprio Zeus.

Os atenienses e espartanos não ignoravam – adverte Graham Stuart⁽¹²⁾ – ter violado esse princípio ao assassinar o emissário persa de Dario. Quando dois nobres espartanos ofereceram sua vida como reparação, Xerxes mostrou seu respeito ao princípio, recusando-lhes o oferecimento.

6. Nos tempos primevos, a diplomacia se apresentou com três características: ser ambulante, ser inorganizada e estar circunscrita no tempo e no espaço. Este último traço decorria das limitações dos meios de comunicação. Ambulante, ela consistia no envio de negociadores com vistas ao exame de questão precisa: acordos comerciais, tratados de paz, de aliança, solução de litígios e de conflitos armados. Inorganizada, ela vingava de modo rudimentar nas nações mais antigas – egípcios, assírios, judeus, persas – alcançando alguma consistência entre os gregos e, mais ainda, entre os romanos⁽¹³⁾

(10) NICOLSON, *op. cit.*, p. 16-17.

(11) **The Revolution of Diplomacy**. 2ª ed., New York, Collier Books, 1966, p. 11.

(12) **Le Droit et la Pratique Diplomatique et Consulaires**. Recueil des Cours. Académie de Droit International, 1934-II, t. 48, p. 464.

(13) Cahier, *op. cit.*, p. 22.

Da ancianidade da diplomacia é prova o tratado de paz assinado por Ramsés II em 1280 a.C., pelo qual se assegurava ao Egito e aos hititas, uma aliança defensiva e ofensiva e mesmo a extradição dos refugiados políticos.

Inexistia na Idade Antiga, lembra Vaughan Williams⁽¹⁴⁾, nada que se assemelhasse a um Ministério de Relações Exteriores.

Em Atenas, por exemplo, a “Ecclesia” geriu os negócios estrangeiros, assim como os internos. Ela recebia os representantes dos Estados estrangeiros e era autoridade que concluía os tratados. Nomeava os funcionários que deveriam participar das diversas missões enviadas para o exterior, os quais, ao regressar, lhe faziam relatório sobre a missão desempenhada (pois raro era confiar a um só homem tal encargo).

Desde o século VI a.C., adotaram as **pólis** gregas o costume de escolher como embaixadores

os oradores mais eloqüentes, os advogados forenses mais hábeis da comunidade.

Eram designados para defender

a causa de sua cidade perante as assembléias formulares das confederações, ou meramente as unidades estrangeiras.

Não se lhes exigia se informassem dos países visitados ou apresentassem relatório ao regressar, embora pudessem fazê-lo.

Tudo o que se lhes pedia era pronunciarem magnífico discurso.

Foi o que fizeram, no século posterior, os embaixadores atenienses perante a conferência convocada por Esparta em 432 a.C. e que decidiu, não obstante, em prol da declaração de guerra contra Atenas⁽¹⁵⁾. Tais funções apenas em parte poderiam, em verdade, ser qualificadas como de diplomáticas, porquanto, além de esporádicas e circunscritas no tempo⁽¹⁶⁾, não eram adstritas a sigilo e os negociadores não se conformavam senão com as normas de sua própria **pólis**⁽¹⁷⁾

(14) *Les Méthodes du Travail de la Diplomatie*. Recueil des Cours. Académie de Droit International, 1924-VII, t. 4, p. 231.

(15) Nicolson, *op. cit.*, pp. 18-19.

(16) “Il negoziatore ellenico dell’alleanza o della pace... ha autorità circoscritta a qual negozio... adempiuta la commissione, torna all’inviante porge il recosonto e con ciò termina l’ufficio, simile in questo all’anfizione ed al legato” (Santi Nava. “Diplomazia i Diplomatici”, *Novissimo Digesto Italiano*. V, 1960, p. 653).

(17) Chazelle, *op. cit.*, pp. 12-13.

Tanto méritos quanto deméritos resultaram do sistema das cidades gregas, no dizer de Nicolson. Os méritos consistiram: a) no reconhecimento de que as relações internacionais deveriam ser governadas por princípios estáveis; b) no desenvolvimento dos mecanismos da negociação; c) na prática da diplomacia aberta. Entre os deméritos constou o malogro em superar o descompasso entre a concepção de uma diplomacia democrática e as imposições de governos despóticos⁽¹⁸⁾.

7. Legionários, lavradores e construtores de estradas, não eram os romanos, alega-se, tão bem dotados quanto os gregos, para a teoria e a arte das negociações. Mas além dessa possível carência de dom e vocação, a estrutura da sociedade da época em que Roma progrediu e dominou não foi de molde a estimular o progresso da diplomacia. Roma não admitia nenhuma relação de igualdade com as demais cidades, povos, impérios. Ela entrevia essa relação sob um prisma romanocêntrico, colonialista, administrativo. Somente em suas últimas etapas como Império é que Roma sentiu a necessidade da arte da negociação ou de uma diplomacia idônea⁽¹⁹⁾.

Nomeados pelo Senado, os embaixadores romanos – **oratores** ou **nuntii** – eram designados para atribuições de curta duração, **ad hoc**, para as quais tinham instruções mas raramente plenos poderes. Deviam ao regressar dar contas da missão recebida. Eram geralmente de nível senatorial. Quanto aos negociadores estrangeiros, Roma lhes concedia imunidades extensivas aos acompanhantes, dos quais se excetuavam, todavia, os empregados. Mas submetia esses negociadores a um protocolo humilhante.

Em relação a dois pontos, pelo menos, Roma imprimiu progresso à arte e à prática da diplomacia: ao sustentar estarem as imunidades sujeitas à tutela do **ius gentium**; e ao defender o princípio do respeito às obrigações assumidas em contratos e tratados: **pacta sunt servanda**.

Ainda no início do último quartel do século IV d.C., o Império Romano ou o mundo romano – **orbis romanus** – abrangia toda a Europa a oeste e ao sul do Reno e do Danúbio (inclusive a “Bretanha”, atual Inglaterra) assim como o Oriente-Próximo asiático, inclusive o norte da Mesopotâmia (com exceção da Arábia) e toda a África mediterrânea. Havia então, é certo, diferenças profundas entre as duas principais partes do Império (**partes orientis** e **partes occidentis**). Naquela, era o grego a língua de alta cultura, havia menor número de pagãos, a filosofia helênica gerou concepção do cristianismo que não alcançava a mesma repercussão na parte ocidental. Nesta, além do latim que prevalecia como língua comum e de instrumento de cultura, a vida urbana e o grande co-

(18) *The Evolution of Diplomacy*, p. 34.

(19) Nicolson, *Diplomacy*, pp. 23-24.

mércio tiveram proporções menos extensas. Malgrado essas diferenças, subsistia a unidade, arrimada em passado e aspirações comuns, na autoridade do direito romano, na convergência do poder político, na interconexão regular das duas partes, que se fazia através do *mare nostrum*, o Mediterrâneo. Tal unidade cessou, todavia, como se sabe, com as grandes invasões dos “bárbaros”, que se sucederam do último quartel do século IV até o fim do século VI, e cuja principal conseqüência foi a queda do Império no Ocidente, ao final do século V. O propósito de restabelecer essa unidade foi o escopo básico do imperador Justiniano, louvado no mesmo ideal romano tradicional que inspirou sua grande obra legislativa. Não obstante êxitos parciais, tal propósito malogrou definitivamente, como se sabe, no plano militar e político⁽²⁰⁾.

8. Foi com o declínio do Império Romano que a diplomacia – pondera Chazelle⁽²¹⁾ – assumiu a forma de arte política, em conseqüência da necessidade de compor rivalidades e conciliar adversários. Essa arte adquiriu impulso na corte de Bizâncio, onde surgiram os primeiros organismos governamentais encarregados de política exterior, se formaram os primeiros negociantes profissionais e as regras de protocolo e de precedências alcançaram importância desmesurada.

Bizâncio tirava sua força e sua segurança

– esclarece Simões de Paula⁽²²⁾ –

da sua organização administrativa, mas esta era mantida pelo seu comércio. A história bizantina é, em grande parte, a história de sua política financeira e do seu comércio. Constantinopla gozou dessa excepcional situação comercial devido principalmente à sua admirável posição geográfica de cidade edificada num estreito que separa a Ásia da Europa, o Oriente do Ocidente, servindo, portanto, de local ideal de reunião a todos os mercadores do mundo. A sua população era composta principalmente de gregos e armênios, dois povos que possuem grande aptidão para o comércio. Nessas condições, não é de admirar que o nome de Bizâncio tenha sido, durante séculos, sinônimo de riqueza, de cidade cujo “tesouro não tem fim nem medida, de cidade dum luxo estranho e magnífico, cujo imperador enviava às Igrejas e cortes bárbaras do Ocidente jóias e pedras preciosas.

Não foi sem sólidos motivos, pois, que os turcos enviaram, em 568, embaixada

(20) Cf. François L. Ganshof, *Le Moyen Âge, Histoire des Relations Internationales*, I, Paris, Hachette, 1953, pp. 5-11.

(21) *Op. cit.*, p. 14.

(22) “O Comércio de Bizâncio com o Extremo Oriente”, *op. cit.*, pp. 53-54.

à Constantinopla para propor aliança contra os persas, tanto mais que estes eram

o maior inimigo de Roma no Oriente: rivalidade política, por causa da hegemonia sobre a Armênia, cristalizada no século III, hostilidade religiosa, uma vez que a Pérsia cultuava o masdeísmo, de caráter dualista⁽²³⁾.

Mas não apenas em receber, senão em enviar negociadores, se esmerou o Império bizantino, consciente de que o recurso à diplomacia e não às armas era o melhor instrumento para enfrentar eventuais ameaças de vizinhos poderosos, ou para exercer hegemonia sobre povos mais débeis. Criou-se, no decorrer do século XIII, departamento governamental para assuntos exteriores, que se encarregava de ensinar a arte da negociação e da organização e envio de embaixadas. Outro departamento foi também instituído – **Skrinion Barbarón** – destinado à recepção e controle das embaixadas estrangeiras. Questões de protocolo e cerimonial suscitavam interesse e sobre elas o Imperador Constantino Porphirogenitus escreveu extenso tratado, que serviu de manual para seus sucessores⁽²⁴⁾.

Durante algum tempo, o papa manteve representantes permanentes perante o imperador bizantino, os **apocrisiários**, mas, a partir da primeira metade do século VIII, preferiu ter emissários **ad hoc**, os **missi**, ou **legati apostolicae sedis**. Tanto aqueles, quanto estes, possuíam competência em matéria religiosa, o que tornava difícil assimilá-los aos diplomáticos. Em nível estritamente político e também comercial se mantinham os vínculos entre Constantinopla e cidades italianas, sujeitos, aliás, a diferentes graus de intensidade, a vicissitudes de comunicação e entendimento.

A principal herdeira da experiência e das tradições bizantinas sobre diplomacia foi Veneza,

“velha cidade perdida no fundo do Adriático e assentada sobre um grande número de ilhas na foz do Rio Pó, que conseguira manter-se mais ou menos imune às invasões bárbaras”⁽²⁵⁾.

(23) Ganshof, **op. cit.**, p. 7.

(24) Cf. José Júlio Santa Pinter, **Teoría y Práctica de la Diplomacia**. Buenos Aires, Depalma, 1958, pp. 37-47. Harold Nicolson, **The Evolution of Diplomacy**. New York Collier Books, 1966, pp. 39-42. Ganshof, **op. cit.**, pp. 38-39. Luis Garcia Arias, **Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional**. Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1946, pp. 410-412.

(25) Eurípedes Simões de Paula, Alguns Aspectos da Economia Medieval do Ocidente. **Revista de História**, 1964, vol. XXIX, p. 281.

Herdeira também por vocação própria. Sabe-se que, desde o século IX, se distinguira na conservação metódica dos arquivos sobre política exterior, inclusive das instruções aos embaixadores e relatórios destes sobre a missão recebida. Tanto o progresso nas relações recíprocas entre as repúblicas italianas, quanto a intensificação dos vínculos que as ligavam a países estrangeiros à península, concorreram para que as missões diplomáticas usufríssem, desde o século XIII, de relativa estabilidade e alcançassem uma certa duração, inicialmente, de três a quatro meses e, a partir do século XV, alguns anos⁽²⁶⁾. Não foi apenas, todavia, o atributo de maior continuidade temporal o critério básico para a qualificação das chamadas embaixadas permanentes, mas também o fato de haver relação de reciprocidade entre os países por ela envolvidos. Mais ainda: as atividades dessas embaixadas não mais se restringiram às tradicionais, de representar e negociar, e passaram a se reportar especificamente às de informar e avaliar com fidelidade e constância.

São Paulo, julho de 1988.

(26) Chazelle, *op. cit.*, p. 15.

TELENOVELA: INDUSTRIALIZAÇÃO DAS IMAGENS E DOS SONHOS

Antonio Chaves

Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: A telenovela é uma mercadoria destinada a crescer extraordinariamente nos próximos anos. O seu consumo é calculado em cerca de dez milhões de horas em todo o mundo, noventa por cento dos quais em apenas seis nações: Estados Unidos, Itália, Canadá, Japão, Filipinas e Brasil. As duas maiores “fábricas” são, no mundo, a TV Globo e a Televisa Mexicana, todavia a TV Bandeirantes está exportando.

Riassunto: La telenovela é una merce destinata a crescere straordinariamente nei prossimi anni. Il suo consumo é calculato in circa di dieci milioni di ore in tutto il mondo, 90% del quale da appena sei nazioni: Stati Uniti, Italia, Canadá, Giappone, Filippine e Brasile. La due maggiori “fabbriche” sono, nel mondo, la TV Globo e la Televisa Messicana, ma anche la Rede Bandeirantes sta esportando.

Unitermos: Indústria cultural; Fome de imagens.

Encarnando um dos produtos típicos de cultura de massa, a telenovela, produto da industrialização das imagens, dos sonhos, do espírito, fez com que, como nunca antes, a vida privada entrasse no circuito comercial e industrial, nunca o “murmurar do mundo” tivesse sido, ao mesmo tempo, fabricado industrialmente e vendido comercialmente.

Com esse introito, inspirado em E. MORIN, *L'industria culturale*, Il Mulino, Bolonha, 1963, p. 9, dá início ANGELO ZACCONE TEODOSI à sua tese: **A telenovela é uma mercadoria pobre que faz estremecer o mercado rico**, apresentada à Reunião de Estudos: “A aldeia global: aquela parte do mundo denominada America Latina”, organizada pelo “Teleconfronto, IV Exposição Internacional dos telefilmes”, Chianciano Termas, 23 maio-1º junho 1986, enriquecida com elementos ulteriores e publicada em “Gulliver”, mensário político sobre comunicações de massa, via Bertoloni, 44, Roma, n. 6, junho 1986, pp. 20-33.

É uma contribuição do mais alto interesse, principalmente para o público brasileiro, não apenas pela riquíssima coleta de dados e bibliografia invocada, como ainda pela elegante exposição, revelando profundo conhecimento da situação latinoamericana, especialmente brasileira.

Começa realçando as dimensões quantitativas impressionantes de fenômeno: um imaginário arquivo-videoteca de telenovelas já conteria dezenas e dezenas de milhares de horas de programas.

A indagação se a telenovela fabrica e impõe, ou reflete as necessidades do público complica-se, demonstra desde logo, quando a mercadoria telenovela é submetida, como acontece na grande “fábrica” da TV Globo, no seu processo criativo-produtivo a cuidadosas pesquisas de mercado, que verificam continuamente sua correspondência por parte do conjunto dos consumidores, não-somente a nível de audiência, mas de avaliação quantitativa do agrado por parte do público que pode, pelo menos parcialmente, participar até mesmo no desenvolvimento da narração.

Ao nível de indústria audiovisual, a telenovela é o produto que mais do que qualquer outro assume a roupagem de mercadoria, despindo-se do elegante manto de “unicidade” para apresentar como o seu maior “appeal” de marketing-mix justamente a circunstância da sua inexorável seriação, ao lado dos seus baixos (para os mercados internacionais) preço de venda e custo de produção.

Calcula o consumo de programas de TV em quantidade de horas em cerca de 10 milhões por ano, a nível planetário, das quais 90% são “consumidas” por apenas seis países: EUA, Itália, Canadá, Japão, Filipinas, Brasil.

Estimando a produção mensal de imagens no mundo inteiro que não passa de alguns milhares de horas, é fácil perceber a enorme diferença entre a procura e a oferta, e como seja grande a fome de imagens, destinada a crescer muito nos próximos anos, abrindo inimagináveis espaços a produtos (e subprodutos) que, de outro modo, permaneceriam segregados em seus mercados “provinciais”.

Analisa as características estéticas, sociológicas, econômicas e acentua a diferenciação entre a telenovela em língua portuguesa, que dá importância ao look, à cenografia, aos pormenores técnicos, retomadas externas, siglas gráficas refinadas, e em espanhol, apoiando-se principalmente no pathos emotivo, descurando pois, da ambientação e da cenografia, prevalecendo freqüentemente nas telenovelas mexicanas uma explícita empostação pedagógico-paternalista.

Quanto ao mercado, assinala a barreira lingüística como um dos problemas para a rápida colocação nos mercados internacionais, constituindo a dublagem um ulterior obstáculo à vendagem imediata de um programa, embora a preço baixo.

Explica as razões da maior vendagem dos produtos televisivos mexicanos: mais fácil colocação num mercado lingüístico mais amplo por ser a língua oficial da Espanha (38 milhões de habitantes) e de 20 nações do centro e América

do Sul (230 milhões), além de ser corrente entre os filipinos (um milhão) e dos habitantes que não falam inglês dos EUA, cerca de 16 milhões, alcançando um total de cerca de 290 milhões, enquanto que o português, além de Portugal (10 milhões) do Brasil, população não selvícola (130), Guiné-Bissau e Cabo Verde (1 milhão), Angola (9 milhões), Moçambique (12 milhões) perfaz um total de cerca de 160 milhões de pessoas.

Apresenta estatísticas de importação de programas na América Latina nos principais países, indica a proveniência, em percentagem, dos programas importados, a distribuição por categorias em percentagem sobre o total transmitido: informativos, educativos, culturais, religiosos, diversão, esporte, tece comentários a respeito e indica que os países que adotaram a televisão antes da invenção dos videogravadores, quase todos os latinoamericanos, foram obrigados a produzir um certo número de programas ao vivo. Transcreve E. KATZ e G. WEDELL, **Broadcasting in the third world**, Cambridge, Harvard Press, 1977, p. 73:

“O Brasil produziu todos os seus programas para os primeiros nove anos de televisão ao vivo, até ser introduzida a tecnologia do telecinema no país, em 1959... O primeiro Vtr foi introduzido em 1964”,

mas contrapõe opiniões segundo as quais teria sido introduzido em 1962.

Indica que até então a Globo havia produzido cerca de 120 telenovelas, com uma média de 70 capítulos, implicando uma armazenagem de mais de oito mil horas de telenovelas, o que significaria transmitir durante um ano inteiro, 24 horas por dia, sem qualquer reprise.

As duas maiores “fábricas de telenovelas” do mundo são a Rede Globo e a Televisa Mexicana.

Desenvolve considerações a respeito de cada uma delas, mostrando que o custo de produção de uma novela gira em torno de 20 a 30 mil dólares para um produto “médio”, enquanto que o custo de produção nos EUA de uma hora de **Dallas** custa entre 30 a 50 vezes mais: cerca de um milhão de dólares.

Aponta como outro protagonista do oligopólio produtor das telenovelas a Rede Bandeirantes de São Paulo, que também entrou firme na exportação, desembarcando naturalmente também na Itália.

Com base em P. FARINOTTI, **I maghi del canale**, Milão, Rizzoli, 1985, p. 122 mostra que foi certa sedução de Sonia Braga a vencer o ceticismo dos europeus em lançar as telenovelas. A primeira foi a **Radiotelevisione** da Suíça

italiana (Risi) que dublou em italiano algumas telenovelas, depois adquiridas pela **Retequattro**:

“O sucesso da primeira telenovela, **Dancin’ Days**, foi impressionante. Constituiu uma pequena revolução do gosto, difundiu uma verdadeira febre que não poupou nenhuma, ou quase, mulher italiana... inserida às 14h00, reinventou o período da tarde chamado cor-de-rosa e revelou uma nova, rica mina publicitária, tornando a Retequattro a líder da tarde”,

fazendo com que a sua audiência alcançasse, às duas horas da tarde, três milhões de pessoas.

Escrava Isaura, retransmitida no mês de janeiro de 1982, alcançou o pico de 5 milhões, abrindo caminho a que as telenovelas alcançassem cada vez maiores espaços, passando de colocação “natural” para “tradicional”.

Um acordo com a Retequattro permitiu-lhe, em 1982, exibir *Ciranda de Pedra*, *Marisa*, *A Sucessora*, e na estação 1983-1984 dobrar a exibição no horário entre 13h00 e 15h00, replicando **Dancin’Days** às 18h50-19h30, determinando um hábito de audiência ao qual seguiu **Sinhosinha Flô**, **Marrom Glacé**, **O Astro**, **Malu Mulher** e **Água Viva**, alcançando com **Os ricos também choram**, em 1986, cerca de 10% da programação das redes comerciais italianas, que aumentou em 1986.

Existem na Itália três ou quatro sociedades de importação e de distribuição de telenovelas, além de vários operadores independentes. Até 1983 os clientes privilegiados eram naturalmente as redes, que hoje já compram por conta própria. A Telemontecarlo já nem mais tem necessidade de adquirir, por ser emanção da própria TV Globo, ao que deve ser atribuído o fato de, em 1985, ter sido reduzido pela metade, com relação a 1984 o peso do Brasil nas estatísticas da importação. Os clientes, tornaram-se assim as emissoras locais independentes (ou pequenos circuitos), que pretendem uma exclusividade regional de pelo menos alguns meses, razão porque uma telenovela pode ser colocada no máximo em 20 estações de televisão no país inteiro.

Até 1984 era justamente a Itália, com uma fome exasperada de imagens, que constituía uma das maiores fontes de lucro para a venda de telenovelas latinoamericanas, alcançando cada capítulo para uma rede local até 7.000 dólares, ao passo que Portugal fornecia às telenovelas brasileiras proventos bem limitados: um capítulo não alcançava mais do que 500 dólares.

Pouco a pouco foi crescendo a demanda, como demonstram as vendas, ao exterior, da TV Globo, passando de 8 milhões de dólares em 1982, para 12 ao ano seguinte e 15 em 1984, ano em que a Televisa também vendeu para o exterior esta mesma quantia.

Cresce cada vez mais o mercado em língua espanhola nos EUA: em 1985 havia 3.500.000 pessoas de fala espanhola em Los Angeles, 2.500.000 em Nova Iorque, um milhão em Miami, 800.000 em San Antonio, 740.000 em Chicago, 730.000 em San Francisco.

A TV Globo apóia-se todavia também no mercado norte-americano de língua inglesa depois de ter, em março de 1984, o Channel Four, da Grã-Bretanha, decidido adquirir **A Escrava Isaura** e dublá-la.

Com a Exposição Internacional de Produtos da TV de Cannes, em abril de 1984, as telenovelas iniciam a conquista da Europa: a Tf 1 compra da TV Globo **Baila Comigo** e o Canal Plus adquire **A Escrava Isaura** e **Dancin'Days** a 20.000 dólares o capítulo (dos quais 8.000 para a dublagem) telenovelas compradas também pela Alemanha e pelos Países Escandinavos.

A Escrava Isaura foi vendida também na China, dublada em quatro dialetos, tendo sido sua protagonista Lucélia Santos proclamada "atriz do ano" em Pequim. A China comprou também 65 capítulos de **Dancin'Days** e de outras três telenovelas num total de 500 horas. Telenovelas foram vendidas em 1985 também às televisões francesa, finlandesa, belga, suíça, polonesa, húngara e países africanos.

A TV Globo, que em 1972 não exportava quase nada, conseguiu vender, dez anos depois, também na Alemanha, e tenciona vender telenovelas para pelo menos 110 países no mundo inteiro.

Calcula Angelo Zaccone Teodosi o fluxo mundial de programas em cerca de 500.000 horas por ano, das quais 60-70% dos EUA e cerca de 10% da América Latina. Os Estados Unidos obtém da exportação de imagens de 600 a 700 milhões de dólares, e o Brasil e o México de 30 a 40, por enquanto!

Conclui demonstrando que a telenovela exemplifica a possibilidade de produzir televisão a baixo custo, mantendo-se ligada às próprias culturas nacionais, o que deveria servir de estímulo às sonolentas indústrias de televisão da Europa, que continua sujeitando-se à energia mítico-fabulatória de culturas que não são suas.

São Paulo, junho de 1988.

INTOXICAÇÃO POR MACONHA

Odon Ramos Maranhão

Professor Titular do Departamento de Medicina Forense da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O Autor analisa os critérios para o diagnóstico de intoxicação por “maconha”, resume os resultados de inquérito sobre motivação de uso e sintomas clínicos, ilustrando sua exposição com um caso de interesse forense.

Abstract: The Autor analyses diagnostic criteria for “cannabis” intoxication, resumes data on motivation for use and clinical symptoms, illustrating his exposition with a forensic case.

Unitermos: Sintomas Imediatos; Caso Forense; Parecer Médico Legal.

Seguramente não constituem novidade alguma os efeitos do “Tetrahydrocannabinol” (princípio ativo da “Maconha”) sobre o organismo humano⁽⁷⁾. Nos últimos anos têm-se estudado os efeitos sobre as funções dos sistemas nervoso, cardiovascular e respiratório, bem como eludido sua eficácia como agente anticonvulsivante⁽⁵⁾. O interesse médico-legal é outro: saber da possibilidade de quadros tóxicos e desenvolvimento de dependência⁽⁶⁾.

Embora autoridades afirmem a inoquidade dos produtos contendo “maconha”⁽¹⁰⁾, a descrição de intoxicação tanto aguda quanto crônica é sustentada por não menos respeitados especialistas⁽⁴⁾. Nesse sentido são relevantes os ensinamentos de KRAMER & CAMERON em publicação oficial da O.M.S.⁽⁸⁾, que podem ser resumidos nas seguintes assertivas:

- (1) A quantidade de material psicoativo é influenciado: (a)– pelas características da planta, (b)– pelo lugar e as condições do cultivo, (c)– pelo tipo de preparação e (d)– pela “idade” do material.
- (2) os sintomas dependem: (a)– da dose, (b)– das condições de uso, (c)– da expectativa do usuário, (d)– do tipo de personalidade do usuário.
- (3) As manifestações clínicas podem ser: (A)– Sintomas imediatos, (B)– Intoxicação aguda, (C)– Intoxicação crônica e (D)– Dependência.

A– Sintomas imediatos – (dose baixa ou moderada)

- 1– Euforia
- 2– Alterações sensoperceptivas
- 3– Diminuição do senso de identidade
- 4– Diminuição do senso de realidade
- 5– Alucinações visuais e auditivas

- B- Intoxicação aguda (dose alta)
- 1- Idéias Paranóides
 - 2- Ilusões - Delírios
 - 3- Despersonalização
 - 4- Confusão (estado confusional)
 - 5- Inquietude - Excitação
 - 6- Alucinações
 - 7- Ataxia (infreqüente)

Este quadro (1 a 7) assemelha-se a um quadro psicótico agudo

- 8- Estreitamento da consciência
- 9- Crise de pânico

- C- Intoxicação crônica (uso prolongado e com grande quantidade)

- 1- Uveíte
- 2- Bronquite (semelhante à do tabagismo)
- 3- "Déficit" psicomotor
- 4- Rebaixamento das funções cognitivas
- 5- Síndrome amotivacional (apatia - falta de objetivos)

- D- Dependência (uso crônico: regular ou periódico)

- 1- grande dependência psíquica, com desejo dos efeitos subjetivos
- 2- discreta ou nula dependência física
- 3- às vezes se desenvolve tolerância para doses altas.

BONNET⁽⁴⁾, respeitado mestre da Escola Argentina, é mais detalhista. A sua longa descrição pode ser resumida nos quadros seguintes:

I - Intoxicação aguda:

a - fase eufórica

Sinais físicos - 1ª fase	Sintomas psíquicos - 2ª fase
1- Congestão conjuntival	1- Sensação de bem-estar
2- Sudorese abundante	2- Euforia expansiva
3- Taquicardia	3- Hiperacusia (tendência a isolar-se em local silencioso)
4- Náusea/vômito	4- Hipersensibilidade visual (uso permanente e desnecessário de de óculos escuros)
5- Midríase	5- Exaltação erótica
6- Aumento de apetite	6- Preservação da crítica e da lucidez
7- Crioestesia das extremidades	

b – fase confusional

Manifestações neurológicas	Sintomas psíquicos
1– Marcha ebriosa sem ataxia	1– Desorientação têmporo-espacial 2– Perda da noção de tempo e de espaço 3– Lentidão ideativa, com atraso no entender e no executar 4– Hipersensibilidade sonora e cromática 5– Ilusões. Alucinações oniroides. Imagens fantasmagóricas. Audição de fonemas 6– Deformação subjetiva da imagem corporal 7– Crises de riso imotivado (semelhante à embriaguez) 8– Reações delirantes, tipo paranóide, com pânico. Podem ocorrer auto e heteroagressões

c – fase de êxtase

-
- 1– Estado crepuscular
 - 2– Acalmia geral: tranqüilidade, sono, êxtase
 - 3– Deformação subjetiva da imagem corpórea
-

d – fase final = sono e despertar

-
- 1– Sono profundo
 - 2– Despertar com lembranças agradáveis das vivências confusas da êxtase
 - 3– Anorexia
 - 4– Sequidão na boca
 - 5– Cefaléia
 - 6– Repetição do uso da droga para voltar às sensações mencionadas
-

II – Intoxicação crônica

Sinais físicos	Sintomas psíquicos
1– Anorexia, Emagrecimento, Caquexia progressiva	1– Síndrome “esquizo-paranóide” (perda do pragmatismo estado catônico puerilidade euforia imotivada)
2– Mal perfurante plantar, por avitaminose	2– Síndrome confusional simples ou onírico
3– Conjuntivite crônica e congestão conjuntival	3– Síndrome depressiva
4– Bronquite catarral crônica (fumante)	4– Síndrome delirante (interpretativa paranóide)
5– Gastrite crônica	5– Síndrome delirante alucinatória (auditiva e às vezes visual)
6– Câimbras e dores polineuríticas, por avitaminose	

A Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)⁽⁹⁾ reconhece tanto o abuso (intoxicação) pela maconha, quanto a dependência dessa substância. Tanto é assim, que a Classificação Internacional de Doenças (CID 9) inclui:

305– Abuso de drogas sem dependência – Inclui casos em que uma pessoa, para a qual nenhum outro diagnóstico é possível, receba assistência médica em virtude de efeitos adversos de uma droga da qual ela não é dependente (como definida em 304) e que tenha feito uso por iniciativa própria em detrimento de sua saúde ou atuação social.

A divisão 304.2 inclui: Cannabis

304– Dependência de drogas – Estado psíquico e por vezes também físico resultante de uso de uma droga, caracterizado por reações de comportamento e outras que sempre incluem uma compulsão para usar a droga de modo contínuo ou periódico a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e por vezes evitar o desconforto de sua falta. A tolerância à mesma pode ou não estar presente. Uma pessoa pode apresentar dependência de mais de uma droga.

A divisão 304.3 registra Cannabis (CID 9 pag. 200/202).

O DSM III (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – 3ª ed.) publicado pela APA (American Psychiatric Association)^(1, 2) é bem mais detalhista:

305.20– Intoxicação por Cannabis – As características essenciais são sintomas psicológicos e físicos específicos e efeitos desadaptativos comportamentais devidos a uso recente de cannabis. Os sintomas psíquicos incluem euforia, intensificação subjetiva das percepções, sensação de lentificação do tempo (cinco minutos parecem uma hora), preocupações com os estímulos auditivos e visuais e apatia. A euforia pode ser expressa por marcante senso de bem-estar e relaxamento. O indivíduo pode se tornar indiferente ao seu meio. A taquicardia está invariavelmente presente, embora menos proeminente do que nos usuários crônicos. Congestão conjuntiva está quase sempre presente. Outros sintomas físicos incluem aumento do apetite, usualmente por guloseima e boca seca. Efeitos comportamentais maladaptativos incluem ideação paranóide, acessos de pânico e afetividade disfórica. A pessoa pode acreditar que está morrendo ou enlouquecendo. Alguns pensam que estas reações adversas ocorrem mais em personalidades rígidas, em pessoas que já tiveram perturbação psicótica ou em circunstâncias consideradas ameaçadoras, como uma “batida policial” Outros efeitos maladaptativos comportamentais incluem comprometimento do julgamento e interferência na atuação social ou profissional (pag. 157).

Oferece o seguinte roteiro diagnóstico:

A– Uso recente de Cannabis.

B– Taquicardia.

C– Pelo menos um dos seguintes sintomas psíquicos nas duas horas seguintes ao uso: 1– Euforia – 2– Intensificação subjetiva das percepções – 3– Senso de lentificação temporal – 4– Apatia.

D– Pelo menos um dos seguintes sintomas físicos nas duas horas após o uso: 1– Congestão conjuntiva – 2– Aumento do apetite – 3– Boca seca.

E– Efeitos comportamentais maladaptativos: ansiedade excessiva, suspeições ou idéias paranóides, comprometimento do julgamento, interferência na atuação social ou profissional (pag. 158).

305.2x– Abuso de Cannabis – A característica essencial é um padrão de uso patológico por pelo menos um mês, que causa um comprometimento do funcionamento social ou profissional.

O critério diagnóstico inclui:

A– Uso patológico – intoxicação pelo dia todo; uso diário por pelo menos um mês, episódios delirantes.

B– Comprometimento das funções sociais e laborativas: marcante perda

de interesse pelas atividades anteriores, perda de amizades, ausência no trabalho, perda de emprego ou dificuldades legais.

C- Persistência da perturbação por pelo menos um mês (pag. 176).

304.3x- Dependência por Cannabis – Caracteriza-se por um comprometimento do funcionamento social ou laborativo devido ao uso de Cannabis e tolerância (a síndrome de privação não está demonstrada de modo conclusivo). A existência e o significado da tolerância, com uso de altas quantidades de Cannabis, ainda é matéria controvertida.

O critério diagnóstico inclui:

A- Uso patológico de Cannabis ou comprometimento da atuação social ou laborativa devido a esse uso.

- Uso patológico – intoxicação pelo dia todo, uso quase diário pelo menos por um mês, episódios delirantes.

- Comprometimento da atuação social ou laborativa – marcante perda de interesse pelas atividades anteriores, perda de amizades, faltas ao trabalho, perda de emprego, dificuldades legais.

B- Tolerância – necessidade de marcantes aumentos da quantidade de Cannabis para obter o efeito desejado ou efeito nitidamente diminuído com o uso da mesma quantidade de substância.

292.11- Distúrbio delirante por Cannabis – Trata-se de uma Síndrome Orgânica Delirante, usualmente com delírios persecutórios, que se segue imediatamente ao uso ou durante a intoxicação por Cannabis. Há controvérsia a este respeito, pois o distúrbio persiste por poucas horas, que é o período usual da intoxicação.

Critério diagnóstico:

A- Uso recente de Cannabis.

B- Síndrome orgânica delirante nas duas horas após o uso.

C- O distúrbio não persiste por mais de seis horas após o término do uso da substância.

D- Não pode ser atribuído a outra causa física ou mental.

Como fica evidente, a APA admite muitas manifestações patológicas – fi-

sicas, psíquicas e sociais – atribuíveis ao uso de maconha, seja em forma aguda, seja crônica.

Muitos estudos têm demonstrado que nem todas as pessoas apresentam esses fenômenos, que são variáveis como já se mencionou (Cf. KRAMER & CAMERON acima). Nesse sentido é muito importante o Inquérito realizado por BERKE & HERNTON¹¹, do qual também aqui vai um resumo (em quadros para facilitar).

Esses autores inquiriram 1.600 usuários, obtiveram 534 protocolos de respostas e tabularam 522 casos. As características da amostra estudada e os resultados obtidos foram os seguintes:

INQUÉRITO SOBRE USO DE MACONHA

BERKE & HERNTON⁽³⁾ elaboraram 1.600 questionários, obtiveram 534 respostas e analisaram 522 protocolos. Os resultados obtidos podem ser tabulados para apresentação esquemática. Foi o que elaboramos e aqui apresentamos:

IDADE	%	SEXO	%
ATÉ 15	0,4	MASCULINO	79
16 a 19	23,3	FEMININO	21
20 a 25	58,0		
26 a 30	11,0		
MAIS DE 30	7,3		

ESTADO CIVIL	%	PROFISSÕES	%
SOLTEIRO	80,0	ESTUDANTES	26,6
CASADO	14,0	ARTISTAS	18,8
SEPARADO	3,9	CLERICAIS	9,2
DIVORCIADO	1,5	EXECUTIVOS-	
VIÚVO	0,2	D-IRETORES	7,1
NÃO INFORMARAM	0,4		

INÍCIO DE USO	%	TEMPO DE USO	%
ANTES DE 15 anos	14,0	MENOS DE 1 ANO	7,0
16 a 19	57,0	1 – 2	35,0
20 a 25	23,6	3 – 4	25,0
26 a 29	3,1	5 – 6	16,6
DEPOIS DE 30	2,3	MAIS DE 6	16,4

Verifica-se que apenas uma parcela de usuários apresenta fenômenos físicos e psíquicos relacionados ao uso da maconha:

MOTIVAÇÃO

INICIAL	%	DE CONTINUAÇÃO	%
1. CURIOSIDADE	38,7	1. ESTÍMULO EMOCIONAL	30,0
2. PRESSÃO SOCIAL	19,0	2. USO DE OUTRA DROGA	16,2
3. DESEJO DE EXCITAÇÃO E EXPERIÊNCIAS NOVAS	11,0	3. AMPLIAÇÃO DOS SENTIDOS	12,7
4. ESTÍMULO EMOCIONAL	10,2	4. POR GOSTAR DA DROGA	12,5
5. USO DE OUTRA DROGA	7,9	5. MELHORIA DOS DESEMPENHOS	12,0
6. AMPLIAÇÃO DOS SENTIDOS	6,4	6. PRESSÃO SOCIAL E SOCIABILIDADE	8,4
7. REVOLTA E OPOSIÇÃO	4,8	7. REVOLTA E OPOSIÇÃO	4,7
8. ANTECEDENTES (GOSTO, CHEIRO, ETC.)	2,0	8. DESEJO DE EXCITAÇÃO E EXPERIÊNCIAS NOVAS	2,0
		9. CURIOSIDADE	1,5

SINTOMAS

FÍSICOS (POS. 48,4% NEG. 50,7%)	%	PSÍQUICOS (POS. 25,5% NEG. 73,0%)	%
NÁUSEA	21,4	1. PARANÓIA PERSEGUIÇÃO	19,5
2. MAU ESTAR	20,7	2. MEDO	13,0
3. VÔMITO	14,0	3. DEPRESSÃO E DESESPERO	13,0
4. TONTURA-VERTIGEM	13,3	4. ANSIEDADE	8,0
5. CEFALÉIA	5,6	5. SENSO DE IRREALIDADE	6,5
6. EXAUSTÃO	4,5	6. ALUCINAÇÕES	6,0
7. DESMAIO	4,0	7. SENSACÃO DE PERTURBAÇÃO MENTAL	5,1
8. INDOLÊNCIA	3,4	8. DIFICULDADE EM COMUNICAÇÃO	4,6
9. SENSACÃO DE FRIO	3,2	9. SENSACÃO DE HORROR	4,2
10. SUDORESE	2,5	10. CONFUSÃO	4,2
11. OUTROS	7,4	11. OUTROS	15,9

CASO FORENSE – PARECER MÉDICO-LEGAL

Tive a oportunidade de estudar um caso de intoxicação por maconha e fornecer um Parecer para fins forenses. O que se pode apresentar como ilustração prática da matéria acima estudada vai aqui reproduzido:

1. Eu, abaixo assinado, Prof. Dr. Odon Ramos Maranhão, tendo recebido a consulta de E.S.M., assistida por seus Patronos, conforme adiante se registra, analisando os elementos consignados em local próprio e examinado a interessada, dou o meu Parecer.

2. Conforme Laudo de fls 33/45 do Processo, foi determinado e efetuado o exame psiquiátrico da consulente, por ter sido presa em seu domicílio, onde possuía e usava maconha. No decurso do Processo-crime, declarou-se dependente do tóxico. O Laudo Médico, porém, negou a existência da dependência e a considerou plenamente imputável.

3. Tendo em vista que após sete dias de detenção no DEIC, ingressou na Clínica... e que o Laudo está com data muito posterior, bem como que as anotações deste divergem das constantes do arquivo da Clínica, resolveu solicitar o presente Parecer, visando esclarecer a aparente contradição.

4. Para informar o signatário deste Relatório, forneceu-lhe cópias de documentos:

a- exame psiquiátrico de lavra do Dr. E.C., realizado durante a internação na Clínica;

b- laudo da Coordenadoria de Saúde Mental;

c- resultado de E.E.G., feito a pedido do Dr. E.C.;

d- exame psicológico;

e- atestado do Dr. P.S.S. referente a intercorrência clínica datada de um ano antes;

f- atestado de alta hospitalar, lavrado pelo Dr. E.A.F.;

g- declaração referente às anotações hospitalares do tempo da internação da consulente.

5. Para complementar esses dados, submeteu-se a várias entrevistas psiquiátricas. Posteriormente foi enviada para psicoterapia, sendo indicado o Dr. P.V.M.

DADOS DOS DOCUMENTOS

6. Do laudo da Coordenadoria convém destacar:

a- “Há dois anos e meio, em consequência a problemas que atribui a vivências infantis, começou a periciada a fazer uso de substâncias tóxicas, as quais identifica como maconha”;

b- “Uma vez obtido o relaxamento do flagrante para tratamento em hospital especializado, foi a examinanda, segundo seu relato, internada na Clínica..., onde se submeteu a tratamentos por psicofarmacos. Teve alta dois meses depois, em condições mais satisfatórias, embora sob forte ação medicamentosa, que continuou em uso por mais seis meses, em doses decrescentes”;

c- Exame psíquico – “perfeita adequação e irradiação emocional em suas exteriorizações”... “ao momento não constatamos a existência de distúrbios de consciência”... “não constatamos distúrbios senso-perceptivos”... “sua associação de idéias se processa em velocidade normal, de forma coerente e sem entraves. O pensamento quanto ao seu curso e conteúdo não denota anormalidades”... “seu julgamento e crítica acerca dos fatos ocorridos são adequados”... “seu pragmatismo, presentemente prejudicado” (fls 39/40 do laudo);

d- Psicotestes – provas de Raven Rorschach, T.A.T., Pfister e desenhos, aplicados por psicóloga D.M. – “falta de confiança no contato social”... “seu tipo de vivência é extratensivo”... “pouca capacidade de elaboração emocional, ocasionando-lhe reações mais condicionadas a impulsos, que logo se transformam em atos”... “controle consciente rebaixado”... “personalidade neurótica” (fls 41/42);

e- “Em vista do exposto, concluímos tratar-se o quadro em apreço de uma personalidade neurótica, em função da qual veio a examinanda a fazer uso habitual, mas não constante, de substâncias tóxicas, sem que todavia tenha havido hábito, manifestações de dependência física ou mental”... “do ponto de vista psiquiátrico-forense imputável” (fls 44).

7. Exame psiquiátrico de lavra do Dr. F.C. constam os seguintes dados de interesse:

a- “os pais da consulente separaram-se quando esta freqüentava ainda o curso pré-primário” (fls 42);

b- “passou a viver com os avós maternos em ambiente austero” (fls 42);

c- “deflorada precocemente, passou a ter relacionamentos indiscrimina-

dos, vindo a se fixar num alcoólatra estelionatário, que chegou a espancá-la freqüentemente” (fls 43);

d- “sobrevieram-lhe duas gravidezes interrompidas por aborto” (fls 43);

e- esteve na Europa e “já voltou viciada em maconha” (fls 43);

f- E.E.G. – (bem anterior) revela disritmia (fls 44);

g- aos 12 anos teve meningite purulenta (fls 44);

h- “pai irascível e rancoroso; mãe portadora de quadro depressivo e alcoolismo; avô paterno suicida, tio-avô paterno e primos de ambos os lados portadores de moléstia mental” (fls 44);

i- exame mental – “bem orientada tanto auto como alopsiquicamente”... “o curso do pensamento não apresenta bloqueios, aceleração ou lentidão”... “exagero dos processos imaginativos normais”... “seu humor é variável da exaltação à depressão”... “ausência de perturbações senso-perceptivas. Memória e atenção conservadas. Embotamento afetivo”... “esfera volitiva enfraquecida. Predominam os impulsos e passa destes à ação, sem prévia censura. Não compreende bem as repressões sociais e a diferença entre o certo e o errado”... “Há, portanto, sério comprometimento dos sentimentos éticos e da noção de valores e do juízo crítico” (fls 45);

j- “Como se já não bastasse, surge aos 12 anos um processo meningítico e talvez uma disritmia, não aparente aos exames da época, mas patente agora, o que lhe aumenta a agressividade e a impulsividade” (fls 47);

8. O E.E.G. feito na Clínica (atual) permitiu que se estabelecesse esta conclusão: “EEG de vigília apresentando discreta assimetria inconstante entre os hemisférios cerebrais, mais acentuada entre as áreas occipitais (amplitude mais elevada à direita), onde se observa maior número de ondas pontiagudas”

“Ritmo de base de freqüência instável”.

“Traçado de sono leve espontâneo sugestivo de atividade irritativa, de principal projeção nas áreas temporais: raros paroxismos irregulares polimorfos, sem predomínio nítido em qualquer dos hemisférios”

9. Os psicotestes apreciaram vários aspectos da personalidade da consultante, dos quais destacamos:

a- “é elevada a impulsividade latente” (fls 55).

b- “não se revela capaz de reações afetivas maduras, acompanhadas de controle racional” (fls 55).

c- responde escassamente ao estímulo afetivo e quando o faz é de maneira impulsiva” (fls 55).

d- “ainda em plano profundo observam-se impulsos agressivos e destrutivos, prontos a serem postos em atividade” (fls 56).

e- “possível depressão” (fls 58).

10. Atestado do Dr. P.S.S.

“Atesto, para os devidos fins, que a Srta. E.S.M., com 23 anos, residente à rua..., esteve internada no Hospital..., em São Paulo, entre os dias..., com um quadro de meningite purulenta, confirmado pelo exame de liquor feito pelo Dr. J.B.R., tendo passado por tratamento intensivo e tido alta.

Este atestado é fornecido a pedido de seus pais, que o procuraram no referido Hospital”

11. Atestado de alta hospitalar de lavra do Dr. E.F.

“Atesto, para fins judiciais, que a Srta. E.S.M. se encontra em condições atuais de alta hospitalar, visto que as razões determinantes de sua internação foram obviadas.

Deverá, outrossim, permanecer sob medicação e controle clínico periódico” (pouco tempo após os fatos).

12. Declaração do Dr. E.A.F. Trata-se de documento manuscrito, cujo texto aqui se transcreve:

“DECLARAÇÃO

Declaro, a pedido da interessada, Srta. E.S.M. – RG..., que a mesma esteve internada nesta Clínica... por indicação do Dr. E.F. e sob custódia do Dr. A.C.C.P. visto ter ingressado na Clínica após 7 dias (sete) de detenção no DEIC.

À entrada se mostrava ansiosa, sendo necessária sedação para sono. Tendo em conta os dados de entrada, histórico de uso sistemático de maconha diariamente e de forma imoderada, foi instituído esquema medicamentoso de sedação e semi-impregnação, após a realização de exames complementares solicitados por esse médico.

Durante sua estada aconteceram vários episódios de inquietação e atritos com funcionários, pois no início da internação se recusava a aceitar a rotina hospitalar e as determinações da enfermagem.

Terminado o esquema de medicação, progressivamente aumentada até a semi-impregnação, começou a haver estabilização e regressão do quadro de entrada recebendo a paciente sua alta em condição de **remissão social**. Pelos dados do histórico, exame de entrada e evolução foi diagnosticada sob nº 304.5 (TOXICOMANIA – DEPENDÊNCIA DE CANABIS) Código da W.H.O.

Durante sua internação foi submetida a exame eletrencefalográfico e a testes de Inventário de Personalidade.

Esses exames, por determinação de seu médico assistente Dr. E.F., foram realizados fora da Clínica e os resultados ficaram em poder do Dr. E.F., não constando em nossos arquivos (Dr. E.A.F.)”.

ESTADO PSÍQUICO ATUAL

13. Apresenta-se às entrevistas bem posta, em atitudes corretas, mostrando-se consciente e orientada auto e alopsiquicamente. Estabelece conveniente contato com o mundo exterior e presta informes com facilidade e interesse.

A associação ideativa é fluente, dentro do considerado normal. O curso e a estrutura do pensamento estão preservados. Memória sem alterações patológicas. Não externa indícios de perturbações senso-perceptivas. Ansiosa e angustiada, deixa entrever disposição depressiva e fortes inibições. Reage à essa disposição, forçando um contato aparentemente alegre, que se dissipa ao abordar fatos de sua vida pregressa. Quando submetida a situações frustrantes, irrita-se e passa a atuar impulsivamente. Suas ambições intelectuais e culturais desbordam os limites de sua potencialidade. Assim procura comunicar uma imagem de sua pessoa algo discrepante da realidade. É imaginativa e dada a devaneios. A realidade externa imediata é percebida de modo distorcido, a ponto de ser aceita tardiamente e de modo forçado.

Explica o uso de maconha como fator de ajuste social e autovalorização, pois lhe possibilita vencer suas inibições. Infantilismo emocional extravasado nas atividades profissionais pregressas, que se substituem por indolência e mesmo inatividade. Julgamento (juízo crítico) e senso ético influenciados pelo infantilismo emocional.

Inquirida sobre as condições em que foi detida, esclarece ter feito uso impulsivo de maconha ao ponto de se sentir euforizada e ao mesmo tempo algo confusa (cai em contradições desapercibidas).

Ao se dar contas de que a polícia procurava o tóxico e certamente o encontraria, elaborou uma história pueril e quase desconexa. Contudo foi detida em atitude de indiferença e quase insensível (emocionalmente).

Atualmente apresenta rebaixamento do pragmatismo e certa dificuldade em organizar e executar um plano de vida exigente ou sistemático, pelo que procurou tratamento psicoterápico.

14. A título experimental foi submetida a duas provas psicológicas: (a) Inventário de Personalidade de Minnesota (MMPI) e (b) Teste de Harrower-Steiner (Rorschach de escolha múltipla).

O primeiro ficou prejudicado, pois o índice de HORST mostrou não ter compreendido e elaborado bem as respostas. O segundo mostra ajuste forçado, emotividade contida, possibilidade de reações impulsivas e sinais de neurose (choque sombrio e choque cromático).

DISCUSSÃO E CONCLUSÃO

15. Os dados referentes ao exame a que se submeteu a consulente ao tempo de sua internação no Sanatório permitem estabelecer:

- a- apresentava-se excitada precisando sedação;
- b- ocorreram episódios de inquietação e atrito com funcionários;
- c- foi considerada “dependente de cannabis” – 304.5 do W.H.O.

16. Anteriormente à internação havia permanecido detida no DEIC, o que indica ter passado por suspensão do uso da maconha por uma semana. Entretanto, o quadro tóxico persistia, tanto que foi mantida hospitalizada por cinquenta e quatro dias e ainda ao deixar a Clínica foi mantida sob efeito de medicamentos.

17. O laudo da Coordenadoria da Saúde Mental foi elaborado vinte e um meses após a alta hospitalar e vinte e dois meses após os fatos.

Dessa forma, a descrição de um estado mental que passou por tratamento não deve corresponder às condições psíquicas da consulente ao tempo dos fatos, objeto do Processo.

18. O exame feito pelo Dr. F.C. não está datado, mas registra no seu título – “Exame psiquiátrico realizado na pessoa de E.S.M., branca, brasileira, solteira, com 23 anos de idade, na Clínica...” Isso significa ter sido realizado

em época mais próxima dos fatos. Depois de afirmar: “Ihe aumenta a agressividade e a impulsividade”, conclui: “Trata-se de personalidade fraca, vivendo num meio que favorece este enfraquecimento e agravada por fatores orgânicos”.

19. Todos esses dados reforçam a assertiva do exame de ingresso hospitalar: “dependente de cannabis”. Efetivamente foi ali recebida num quadro agitado e confessou ter feito uso prolongado e habitual de maconha, ainda que de modo descontínuo. De fato, os quadros psicotóxicos por maconhismo crônico são conhecidos e podem ser:

- a- desordens agudas e subagudas;
- b- psicoses residuais; e
- c- deterioração da personalidade.

(Cf. – El Uso de Cannabis – Informe do un grupo científico de la OMS – nº 478 – págs. 28 e 29).

As desordens psicotóxicas se manifestam por idéias paranóides, ilusões, alucinações, acessos delirantes, despersonalização, confusão, **agitação e excitação** (idem, ibidem – pág. 26). Essa mesma agitação foi anotada por outros autores (Porot – Manuel Alphabetique de Psychiatrie – pág. 93 – PUF). E foi exatamente esta a condição em que a consulente iniciou o processo sedativo no Sanatório.

20. É verdade que a maconha não cria uma específica dependência física, tanto que inexistente uma síndrome de abstinência (“there is no generally recognized withdrawal syndrome” – Goodman & Gilman – The Pharmacological Basis of Therapeutics – pág. 306).

Contudo há uma **dependência psíquica**: Drug dependence of the cannabis (marihuana) type is a state arising from the **chronic**, regular, or **periodic** use of cannabis preparations. Its characteristics are as follows: (1) **a moderate to strong psychic dependence related to the desired subjective affects**;... (grifos nossos) (Kramer & Cameron – A Manual on Drug Dependence – World Health Organization – Genebra).

E essa **dependência psíquica** foi diagnosticada ao tempo dos fatos de interesse processual. Evidentemente o diagnóstico de **dependência** englobava o quadro psicotóxico, que era manifestação da mesma.

21. Os cinqüenta e quatro dias de hospitalização foram suficientes para

remover o quadro tóxico (que é passível de remissão), mas insuficientes para modificar a imaturidade da paciente, que – por isso mesmo – procura tratamento psicoterápico para evitar recidivas. Não só a intoxicação foi superada, como a dependência psíquica – tratada – se dissipou. Essa a razão do exame feito posteriormente não apurar indícios dessa dependência à droga (cannabis).

22. Os quadros psicotóxicos, em geral, comprometem – durante a sua vigência – as capacidades de entendimento e determinação de seus portadores. A impulsividade aliada a rebaixamento de crítica gera ações inopinadas e executadas sem controle racional. A dependência a qualquer droga impulsiona o viciado à sua busca, a qualquer preço, mesmo quando preserva a capacidade de entendimento (perde a autodeterminação). Por isso, esses agentes são tidos como inimputáveis e passíveis de internação para tratamento (Cf. Mena Barreto – A Lei Antitóxicos Comentada – pág. 36).

O estado de intoxicação da paciente – que persistiu desde a sua detenção até a internação hospitalar – indica que suas capacidades certamente estavam prejudicadas, especialmente a volitiva. Assim, deveria ser submetida a tratamento, conforme determina a Lei (art. 10 da Lei Antitóxicos – cf. opus cit).

Essa internação, contudo, a paciente procurou “sponte sua” e obteve alta hospitalar. Não voltou ao hábito e está em tratamento psicoterápico.

23. Diante dessas considerações podemos estabelecer que:

a– E.S.M. foi portadora de quadro psicotóxico por maconhismo crônico;

b– Trata-se de dependência psíquica da maconha e a intoxicação crônica lhe comprometia as capacidades, especialmente a volitiva, pelo que não pode ser tida por imputável a esse tempo;

c– O tratamento a que se submeteu na Clínica... por mais de cinquenta dias promoveu a remissão do quadro tóxico e da dependência psíquica;

d– Por ser personalidade frágil e ainda desejava de maior progresso pessoal, procurou e está em psicoterapia;

e– Não apresenta, atualmente, perturbação ou desvio que faça supor ser provável o seu retorno ao uso habitual de maconha.

QUESITOS E RESPOSTAS

24. A consulta da paciente pode ser resumida nos seguintes quesitos:

1º – E.S.M. apresentava alguma perturbação no tempo de sua internação na Clínica...?

2º – Tinha, nessa época, preservadas suas capacidades de entendimento e determinação?

3º – Ainda apresenta sinais ou sintomas de maconhismo?

4º – Precisa, ainda, de algum tratamento?

25. Respostas aos quesitos:

Ao 1º – Quadro psicotóxico por maconhismo crônico, como se analisa neste Parecer.

Ao 2º – Não: vide Discussão.

Ao 3º – Não.

Ao 4º – Há indicação de psicoterapia, a qual a paciente está se submetendo.

Este meu PARECER, que entrego à consulente, para o uso devido.

São Paulo,...

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A.M.A. – **American Medical Association** – Diagnostic and Statistical Manual of Mental Diseases. IV revisão (DSM III) – 10ª tiragem, 1983.
2. A.M.A. – **American Medical Association** – Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais – DSM III R., trad. port., Ed. Manole, São Paulo, 1989.
3. BERKE, J. & HERNTON, C. – **The Cannabis Experience** – Ed. Peter Owen, Londres.
4. BONNET, E.F.P – **Medicina Legal** – 2ª ed., Buenos Aires, Ed. López, 1980, vol II: 1582 e seg.
5. CARLINI, E.A. – Maconha (cannabis sativa): mito e realidade. Med. e Cult. **36** (1-3): 24-33, 1981.

6. GIUSTI, G. – **Medicina Legale** – Milão, Ed. Dott, 1985, págs 315 e seg.
7. GOODMAN, L.S. & GILMAN, A. – **The Pharmacological Basis of Therapeutics**. Nova York, 15ª ed., Mac Millan Publ., págs. 306-309.
8. KRAMER, J.F. & CAMERON, L.C. – **A Manual on Drug Dependence** – Ed. WHO, págs. 35-38.
9. OMS – Organização Mundial da Saúde – **Classificação Internacional de Doenças – CID-9**, Ed. Port., vol I.
10. RAMOS, O.L., GUIMARÃES, R.X. et al. – Administração crônica de canabidiol em seres humanos. *Rev. Ass. Méd. Bras.*, **19**(5): 185-190.

São Paulo, outubro 1989

ESTUDO DOS HOMICÍDIOS DE AUTORIA FEMININA

José Maria Marlet

Professor Associado do Departamento de Medicina Forense da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O autor estudou quatrocentos prontuários de mulheres homicidas, retirados aleatoriamente dos arquivos da PRODESP. Estudou a frequência da cor da pele, o estado civil, o grau de instrução e o número de reincidências cometidas após o homicídio. Concluiu que as mulheres brancas contribuíram com quase dois terços dos homicídios; que não há diferença entre a frequência com que as mulheres casadas e as solteiras matam; que as criminosas com educação primária são responsáveis por quase três quartos dos homicídios; que as mulheres que trabalham dentro de casa (do lar ou domésticas) concorrem com dois terços dos assassinatos e que são raras as mulheres que reincidem mais de três vezes após o homicídio.

Résumé: L'auteur a pûs, aléatoirement, des archives du PRODESP, 400 fiches de femmes homicides pour étudier la rélation entre la couleur de la peau, l'état civil, le niveau d'instruction et le numero de reincidences. Après l'étude il a conclu le suivant:
les femmes blanches sont responsables par deux tiers des homicides;
il n'y a pas de différence entre les numeros d'homicide des femmes maries et des femmes célibataires;
les criminelles qu'ont le niveau d'instruction primaire sont responsables par trois quarts des homicides;
les femmes de ménages ou celles que s'occupent des maisons sont responsables par deux tiers des assassinats et le niveau de reincidence n'est plus que trois fois après l'homicide.

Unitermos: Violência; Homicídios; Mulheres Homicidas.

INTRODUÇÃO

Temos observado, não raras vezes, que as publicações de Criminologia sofrem uma grave distorção: análises extensas e, às vezes profundas, exclusivamente acadêmicas, carentes de preocupação com a realidade objetiva de delinqüência. Muitas vezes os autores estão mais preocupados com as opiniões e teorias de seus colegas do que em observar o fenômeno criminológico.

A Epidemiologia constitui-se em poderosa arma para descobrir e avaliar o

que acontece no dia-a-dia de criminalidade, pois põe em evidência fatos e relações causais que de outro modo passariam despercebidos.

O estudo epidemiológico do crime, isto é, de como o mesmo se comporta na comunidade, está eivado de dificuldades, quer pela precariedade de nossas informações estatísticas, quer pela magnitude da “cifra negra” de criminalidade, que oscila de maneira inversa à atividade policial.

Escolhemos o crime de homicídio, para este estudo, por ser uma das modalidades delituosas que menores cifras negras apresentam.

Por outro lado, a literatura criminológica é pobre em trabalhos sobre a delinquência de autoria feminina. A maioria dos estudos referem-se a ilícitos penais de autoria masculina, provavelmente pelo fato de que, entre nós, os homens são responsáveis por mais de 90% dos crimes, limitando-se a estender às mulheres os conhecimentos coletados entre homens, esquecendo as características próprias das mulheres, e o comportamento e as reações tipicamente femininas.

Pelas razões expostas, limitamos nosso estudo aos homicídios de autoria feminina.

Metodologia

Foi estudada uma amostra aleatória de 400 mulheres que tinham cometido violação do artigo 121 do Código Penal registradas na PRODESP, procurando analisar algumas das características das mesmas. Assim, estudamos a cor da pele, o estado civil, o grau de instrução, o número de reincidências após o homicídio e a profissão.

Resultados

A tabela 1 e os gráficos 1 e 2 mostram que as mulheres brancas contribuíram com dois terços aproximadamente do total (64,4%) das mulheres assassinadas, caindo a porcentagem para 21,5% nas mulheres pretas; para 11,4% nas pardas e 2,7% nas amarelas.

TABELA 1

Mulheres homicidas, segundo a cor da sua pele, do Estado de São Paulo, 1984

	COR	Nº	%
Branco		237	64,4
Preto		79	21,5
Amarelo		10	2,7
Pardo		42	11,5
Total		268	100,0

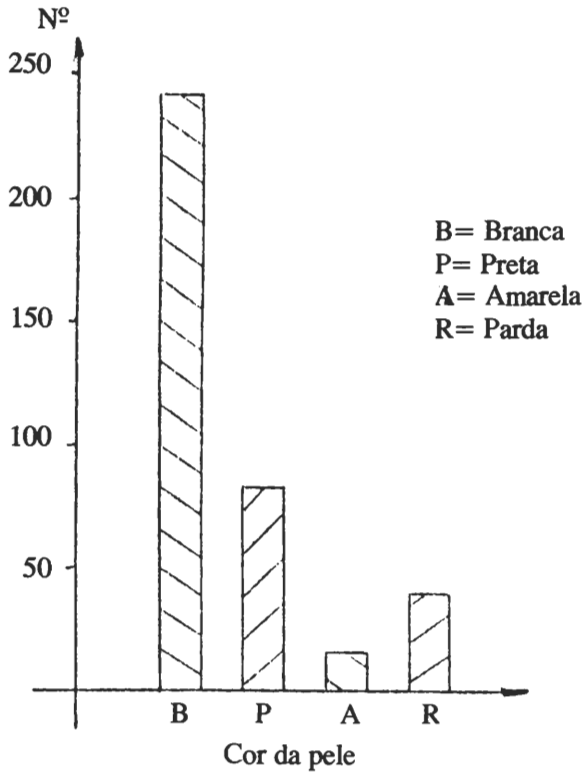


Fig. 1

Mulheres homicidas, segundo a cor de sua pele. Estado de São Paulo, 1984.

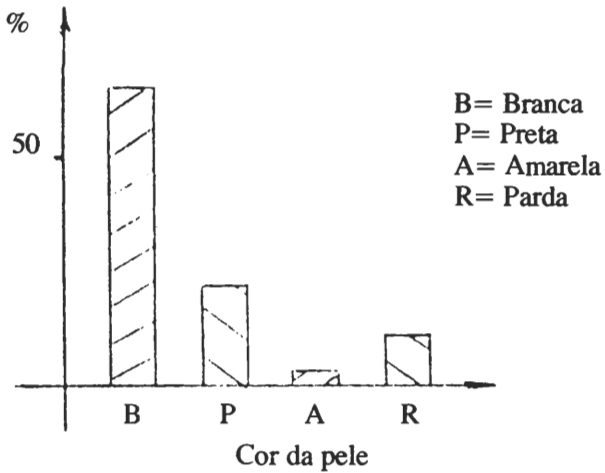


Fig. 2

Porcentagens de mulheres homicidas, segundo a cor de sua pele.
Estado de São Paulo, 1984.

O estado civil pode ser apreciado na tabela 2 e nos gráficos 3 e 4. Enquanto que 44,5% das mulheres que mataram eram casadas e 41,5% solteiras, as viúvas e as desquitadas contribuíram, respectivamente, com 9,0% e 5,0%.

TABELA 2

Homicídios de autoria feminina, segundo o estado civil da criminosa.
Estado de São Paulo, 1984.

ESTADO CIVIL	Nº	%
Viúva	31	9,0
Desquitada	17	5,0
Casada	152	44,5
Solteira	142	41,5
Total	342	100,0

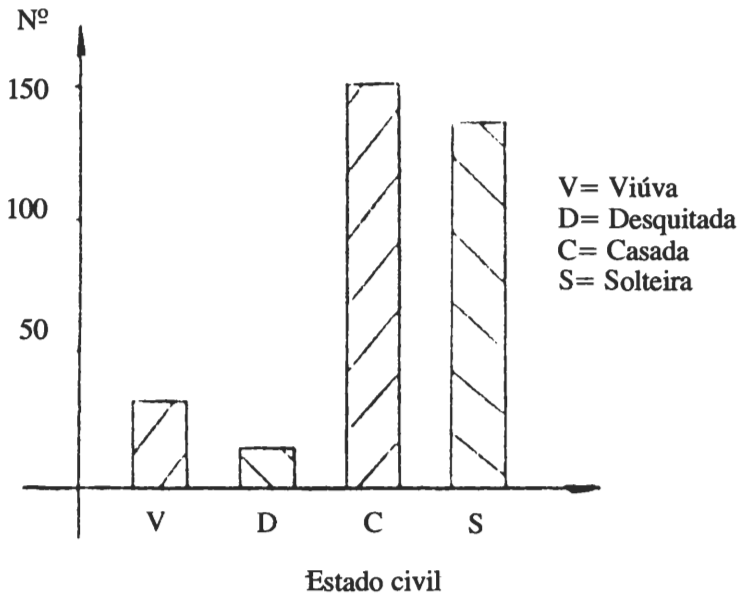
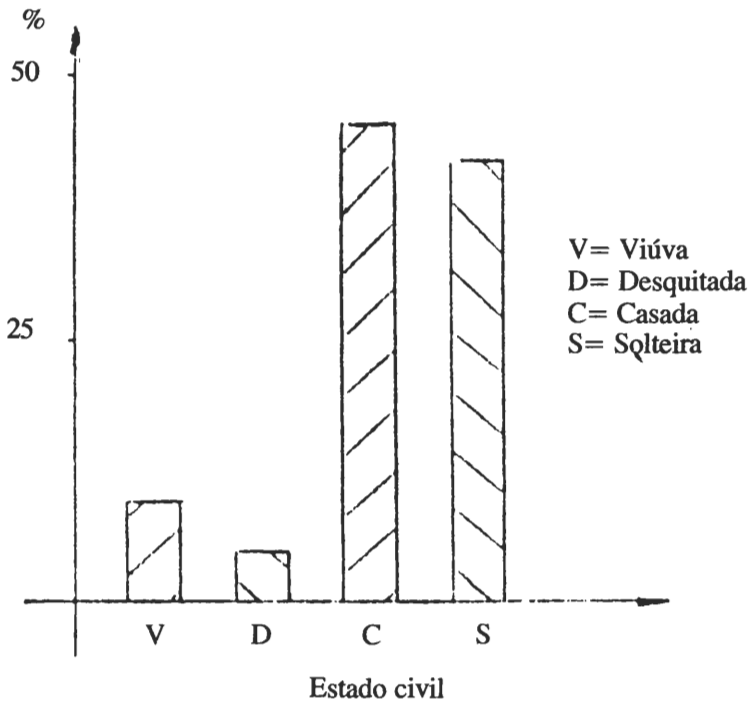


Fig. 3

Homicídios de autoria feminina, segundo o estado civil da criminosa.
Estado de São Paulo, 1984.

**Fig. 4**

Porcentagens de homicídios de autoria feminina, segundo o estado civil da criminosa.

Estado de São Paulo, 1984.

O grau de instrução das homicidas está apresentado na tabela 3 e nos gráficos 5 e 6. Nelas observa-se que quase três quartos (70,1%) das mulheres homicidas têm educação primária. As mulheres assassinas com educação secundária ou superior cai para 13,8% e 6,3%, respectivamente. As analfabetas contribuíram com apenas 9,8%.

TABELA 3

Grau de instrução das mulheres homicidas.

Estado de São Paulo, 1984.

GRAU DE INSTRUÇÃO	Nº	%
Analfabeto	37	9,8
Primário	265	70,1
Secundário	52	13,8
Superior	24	6,3
Total	378	100,0

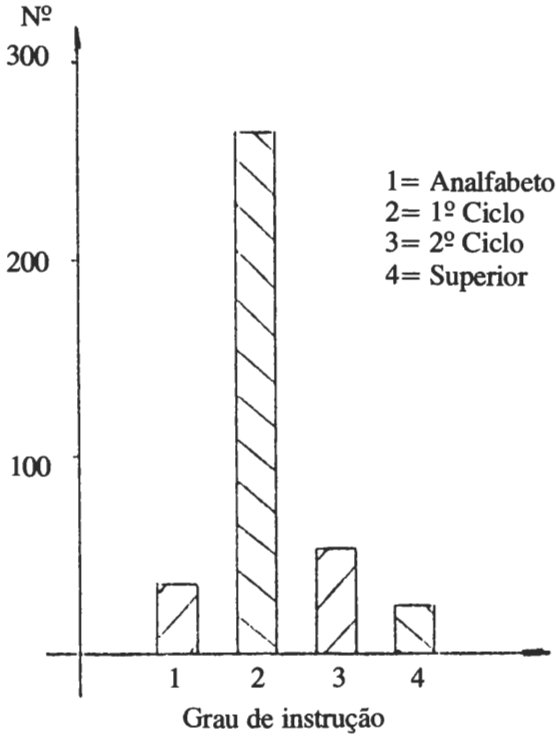


Fig. 5
Mulheres homicidas, segundo o grau de instrução.
Estado de São Paulo, 1984.

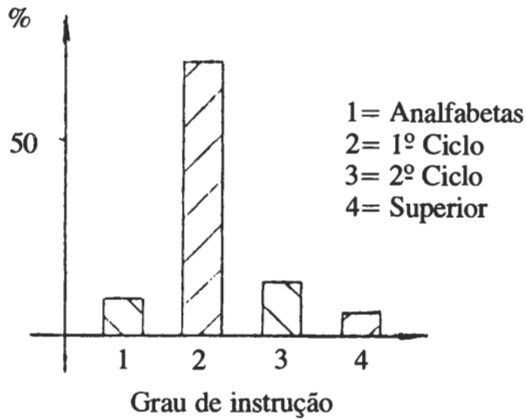


Fig. 6
Porcentagens de mulheres homicidas, segundo o grau de instrução.
Estado de São Paulo, 1984.

Em relação à profissão, constata-se na tabela 4 e nos gráficos 7 e 8, que as mulheres de prendas domésticas e as domésticas contribuíram com quase dois terços (66,7%), caindo as outras profissões para valores inferiores a 5,0%. É de se notar que estiveram presentes na amostra profissões como a de advogado, arquiteto, engenheiro, dentista e enfermeiro.

TABELA 4
Profissão de mulheres homicidas.
Estado de São Paulo, 1984.

PROFISSÃO	Nº	%
Prendas domésticas	117	34,5
Doméstica	09	32,2
Costureira	14	4,1
Comerciante	11	3,3
Professora	10	3,0
Estudante	8	2,4
Lavradora	8	2,4
Garçonete	4	1,2
Outras	57	16,9
Total	338	100,0

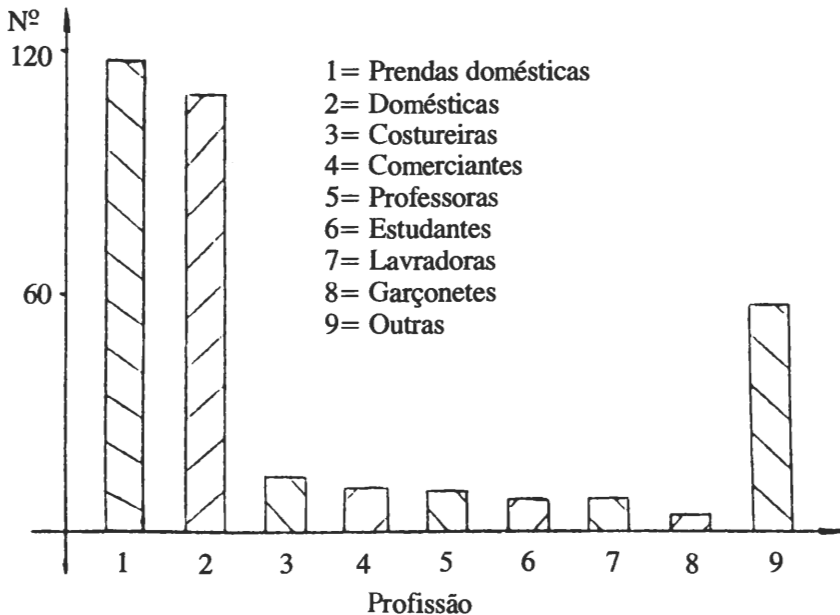


Fig. 7
Mulheres homicidas, segundo sua profissão.
Estado de São Paulo, 1984.

TABELA 5

Número de reincidências de autoria feminina cometidas após o primeiro homicídio.

Estado de São Paulo, 1984.

Reincidências	Frequência	%
0	120	31,9
1	161	42,8
2	49	13,1
3	20	5,3
4	4	1,1
5	6	1,6
6	3	0,8
7	1	0,3
8	5	1,3
9	5	1,3
10	2	0,5
TOTAL	376	100,0

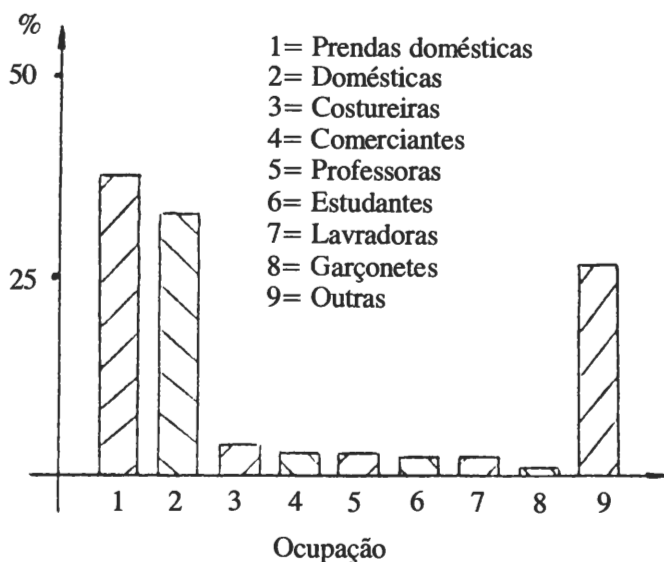


Fig. 8

Porcentagens de mulheres homicidas, segundo sua profissão.
Estado de São Paulo, 1984.

Na tabela 5 e nos gráficos 9 e 10 apresentamos o número de reincidências cometidas pelas mulheres após o primeiro homicídio. Consta-se quase dois terços (68,1% das mulheres que incidiram no artigo 121 do Código Penal e reincidiram após o homicídio; que 61,2% cometeram até três crimes pós-homicídio e que o número de assassinos com grande frequência de reincidência é pequeno, embora tenha constatado na amostra estudada uma mulher com 18 reincidências.

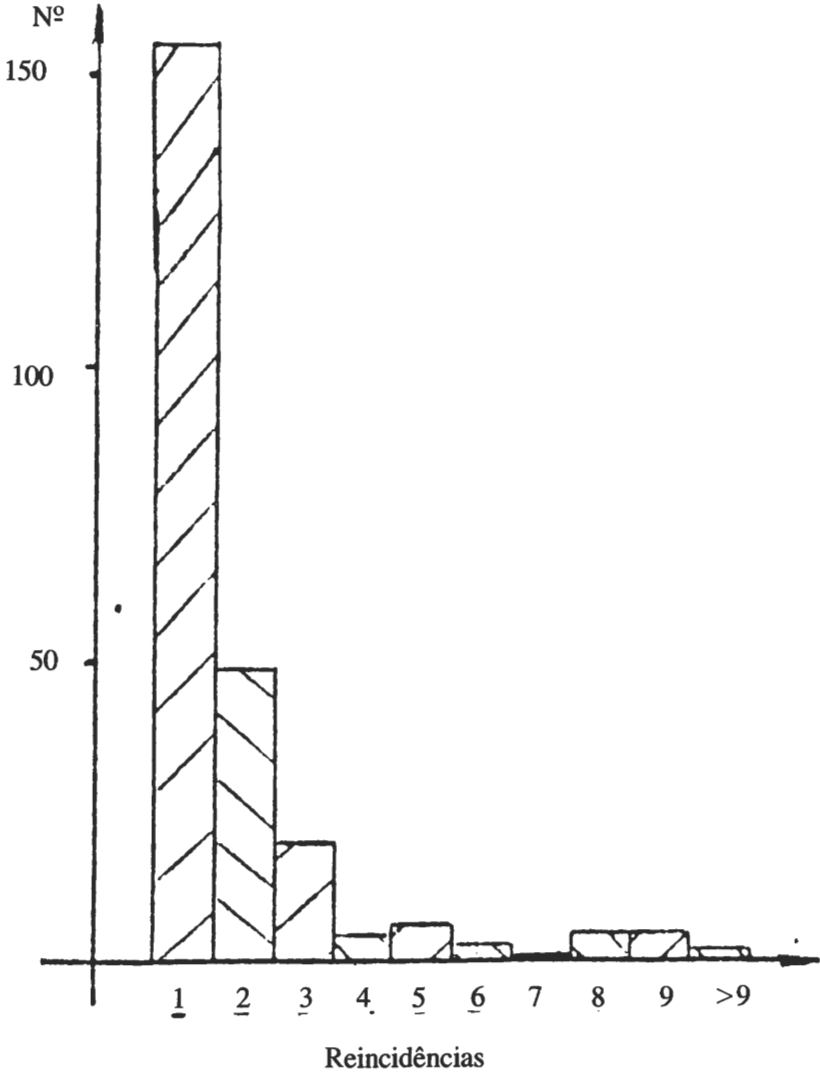


Fig. 9
Reincidências de autoria feminina cometidas após o primeiro homicídio.
Estado de São Paulo, 1984.

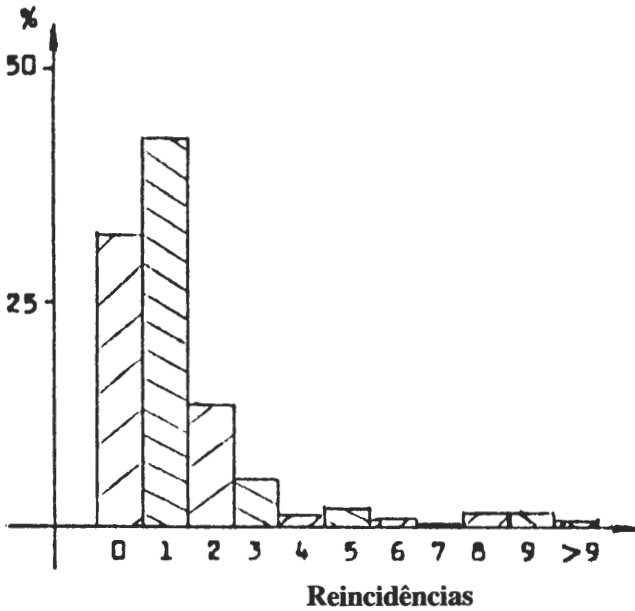


Fig. 10: Porcentagens de reincidências de autoria feminina cometidas após o primeiro homicídio. Estado de São Paulo, 1984.

Conclusões

Do exposto conclui-se que:

- 1) as mulheres brancas concorrem com quase dois terços dos homicídios – de autoria feminina e que as pretas e mulatas contribuem com um terço, sendo muito pequena a participação das amarelas;
- 2) a proporção de casadas e solteiras que mataram se equivalem;
- 3) as mulheres com nível educacional primário contribuem com quase três quartos dos homicídios;
- 4) as mulheres que trabalham dentro de casa (prenda doméstica e domésticas) são autoras de dois terços dos assassinatos;
- 5) são raras as mulheres que reincidiram mais de três vezes após o primeiro homicídio.

AS CAUSAS DE REDUZIDO VALOR ECONÔMICO E O SEU TRATAMENTO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO: O JUIZ DAS VINTENAS; O ALMOTACÊ; O JUIZ DE PAZ

Luiz Carlos de Azevedo

Professor Doutor do Departamento Processual da Faculdade de Direito da USP

Resumo: Entre os cargos da administração judicial e extrajudicial nas Ordenações do Reino incluíam-se alguns que tinham por finalidade julgar as causas de reduzido valor econômico. Assim, o juiz das vintenas e o almotacê. O primeiro, escolhido entre os homens bons da aldeia, decidia rapidamente os litígios, sem sobre eles “fazer processo”, com alçada até 400 réis. O segundo, que traz antiga origem, a qual no corpo do trabalho se descreve, possuía inúmeras atribuições, tanto administrativas, quanto judiciais. No Brasil, a Carta Constitucional de 1824 criou o juiz de paz, devendo este tentar conciliar as partes e decidir as causas, cujo valor não excedesse a 16\$000, vigiar a conservação das matas, etc. Foram instituídos criados nas legislações anteriores, com o propósito de permitir o acesso à justiça das pessoas, mesmo as mais humildes.

Résumé: Parmi les fonctions de l'administration judiciaire e extrajudiciaire on trouvait dans les Ordenations du Royaume quelques-unes qu'avaient comme but juger les demandes qu'avaient une petite valeur économique comme celles de juge des vingtaines et “almotacê”. Le juge des vingtaines, choisi parmi les hommes bons du village, décidait rapidement les conflits, sans “faire de la procédure”, avec juridiction jusqu'à 400 “réis” (l'argent de l'époque). “L'almotacê” avec origine ancienne, avait plusieurs fonctions, soit administratives, soit judiciaires. Au Brésil, la Constitution de 1824 a créé le juge de paix qui devait essayer la conciliation des parties en conflit et décider les demandes, dont la valeur n'était supérieure à 16\$000, et encore surveiller la conservation des forêts, etc. C'étaient des instituts créés par textes antérieurs avec le but de pourvoir l'accès à la justice des personnes, surtout les plus simples.

Unitermos: Juiz das Vintenas; Almotacê; Juiz de paz.

1. As Ordenações Filipinas, a exemplo das anteriores, vinham divididas em cinco livros, cuidando o primeiro, em especial, de todos os magistrados e demais cargos da administração judicial e extrajudicial.

Ali se descrevem, em pormenores, as atribuições destes funcionários, partindo dos mais elevados, como o Regedor da Casa da Suplicação, o Chanceler-Mor, os Desembargadores do Paço e da mesma Casa, os Corregedores, e ou-

tros, para chegar aos mais simples, como os meirinhos, carcereiros, porteiros e pregoeiros.

Incluem-se no rol outras relevantes funções, imprescindíveis também ao regular exercício da Justiça e da Administração: Procuradores do Conselho, Curadores, Advogados, Tabeliães, Escrivães, Vereadores.

Entre os magistrados, que muitos eram, encontram-se alguns cujas funções, nem sempre unicamente judiciais, revelam a preocupação do legislador da época, no sentido de dar tratamento mais aligeirado aos feitos, dispensando-se formalidades ou praxes tão comuns àquele mesmo período.

Na verdade, este cuidado ascendia a tempos ainda mais antigos, provindo do próprio Direito Costumeiro, no qual já aparecia o intuito de fornecer pronta Justiça aos comunheiros e habitantes das vilas e povoados, sem que lhes estorvassem maiores empecilhos ou se lhes exigisse provisão de dispendioso numérico.

2. Assim, a par dos juizes ordinários, eleitos pelos homens bons do Conselho, mais confirmação real; e a par dos juizes de fora-parte, designados diretamente pelo soberano, vamos encontrar, também, o juiz das vintenas, incumbido de julgar as causas, nas aldeias menores, afastadas uma légua ou mais das cidades ou vilas, e que contassem com pelo menos vinte vizinhos, ou vinte “fogos”, como se costumava dizer.

Este homem bom da aldeia, após haver prestado juramento perante à Câmara, “conhecia e determinava verbalmente as contendias” que ocorressem entre os seus moradores, sendo a alçada fixada segundo o número de vizinhos, até no máximo quatrocentos réis; e tudo “sem apelação, nem agravo” e “sem sobre isso fazer processo”. (ORD. FIL. LIV. I. TIT. LXV, § 73)

Embora de limitada jurisdição, pois lhes era vedado conhecer das causas nas quais se litigasse sobre bens de raiz, e assim também das causas criminais, o juiz das vintenas deve ter bem servido em sua época aos interesses da comunidade, pois Cândido Mendes de Almeida, em breve anotação que faz ao parágrafo mencionado, lamenta tenha sido a instituição aniquilada pela nova organização judiciária do Império, pois era ela “mais uma das facilidades que o antigo Direito Costumeiro outorgava aos povos na decisão das pequenas demandas, poupando-lhes fadigas e despesas, concorrendo os queixosos às povoações em procura de juizes, advogados, etc.”. (Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Rio, 1870, tip. do Inst. Filomático, pg. 144).

3. Outra interessante figura deste elenco, é o almotacê.

Era este um oficial do Concelho, que tinha a função de fiscalizar o abastecimento dos gêneros alimentícios e os seus preços, controlar pesos e medidas,

percorrer a vila e zelar pela sua limpeza e ordem; (a respeito, Ruy d'Abreu Torres, verbete in "Dicionário de História de Portugal", Porto, 1971, pg. 121) já desde 1145 as posturas municipais dele dão conta, ressaltando Herculano "que o objeto principal do cargo era a polícia do comércio interno do município e o impedir as falsificações na grosseira indústria fabril daquela época". (Alexandre Herculano, "História de Portugal", Lisboa, 1916, Aillaud e Bertrand, Francisco Alves, Liv. VIII, parte II, pg. 319).

Mas as suas atribuições, como se verá, iam muito além do simples controle, isto porque, além dos encargos administrativos, também lhe assomavam poderes jurisdicionais.

O nome almotacé provém do árabe, "almuhtasib" ou simplesmente "muhtasib", "inspetor do mercado", (e este, de "haçaba", contar, calcular) já que existia este cargo na administração muçulmana, tendo passado à península ibérica quando da invasão.

Mas, na sua origem ainda mais remota, traz correspondência com o "prae-fectus annonae", do Império e com os "aediles curules" da República Romana; pois a estes também coubera exercer a polícia e jurisdição dos mercados, controlando as vendas e verificando pesos e medidas; e além destas funções administrativas, dispunham de certos poderes jurisdicionais, tanto que prendiam malfeitores e julgavam infrações menores, denunciando aos cônsules aquelas de maior gravidade (cf. Jean Gaudemet "Institutions de l'antiquité", Paris, 1967, Sirey, pg. 348; nas fontes, Cícero, "De legibus", III, 3, 7; Digesto, 1, 2, 2, 26, 48, 2, 13; Códice, 1, 4, 4).

No seu trabalho sobre o direito islâmico, Joseph Schacht encontra um elo importante no encadeamento destas idéias: quando do início da expansão islâmica, e ainda no Oriente Médio, os magistrados bizantinos, bem como os oficiais da administração das cidades conquistadas, a¹andonam as províncias aos invasores. Mas, pelo menos um cargo da administração local, que reunia também funções jurisdicionais, posto que limitadas, parece ser adotado pelos invasores: é o cargo de "inspetor de mercados" ("agoranómos"). ("An Introduction to Islamic Law", Oxford, 1964, At the Clarendon Press, pg. 25). Daí o "muhtasib" e, a seguir, o nosso almotacé.

As Ordenações Afonsinas já prescreviam as atribuições destes oficiais, (ORD. AF. LIV. TIT. XXVIII §§1 a 23) mas a codificação seguinte acrescentou um rol de outras tantas tarefas, entre as quais aquelas de conhecer das demandas "que se fizerem sobre o fazer ou não fazer de paredes de casas, ou quintais, e assim de portais, janelas, frestas ou eirados"; (ORD. MAN. LIV. I, TIT. XLIX, § 24) dispondo, enfim, e largamente, sobre todo o direito de vizinhança. (§§ 25 e segs.)

Todos estes feitos deveriam ser “livrados bem e diretamente”, “com brevidade, sem processos e grandes escrituras”, decidindo o próprio almotacé sobre as apelações e agravos nas causas que não excedessem a quantia de seiscentos réis. (ORD. MAN. LIV. I, TIT. XLIX, § 19; ORD. FIL. LIV. I, TIT. LXVIII, § 2)

3. Finalmente, o juiz de paz, criado, entre nós, pela Carta Constitucional de 1824.

Esta idéia de preservação da paz parte dos confins da História: e vamos encontrá-la tanto na “pax romana”, quanto entre os povos germânicos; para estes, possuía a paz um sentido amplo e transcendental; “fridr”, significava o conjunto de todas as forças providas do mais íntimo da natureza, atuando no âmbito das inúmeras “sippen”, ou famílias germânicas, de modo a influir decisivamente naqueles que a integravam. (cf. Marco Scovazzi, “Scritti di Storia del Diritto Germânico, Milão, 1975, Guiffré, vol. I, pg. 202)

Assim, embora notoriamente conhecidos como um povo guerreiro e individualista, traziam os germânicos impregnado em suas consciências um sentimento coletivo e igualitário de bem-estar do grupo a que cada um de seus membros pertencia, tudo com vistas a atender ao objetivo maior, isto é, à manutenção da paz.

Violá-la, seria atentar contra os interesses da “sippe”, seria incidir na mais grave das faltas, a qual trazia, por conseqüência, severa punição, equivalente à pena capital: o culpado era banido da comunidade. (Scovazzi, op. cit., vol. II, pg. 125)

No primitivo direito Ilisitano, esta mesma idéia persiste junto às comunas e povoados. Cada qual possuía sua carta ou diploma, onde se inscreviam os direitos e deveres coletivos dos habitantes da aldeia ou vila, as relações entre estes habitantes e a entidade outorgante e todas as demais regras referentes ao direito público local (cf. Guilherme Braga da Cruz, *História do Direito Português*, Coimbra, 1955, pg. 297)

Mas, todo este direito vinha arraigado no costume, onde repercutiam traços visíveis da ascendência germânica. A própria vida jurídica local ia buscar assento no concelho, onde se reuniam os homens bons, aptos a atender aos interesses da comunidade, conhecendo e decidindo, também, a respeito das eventuais controvérsias então suscitadas. E este concelho nada mais era senão a constância e repetição do antigo “mallum”, ou assembléia germânica, pois ali se inspirara e nos seus moldes funcionava. (A respeito, Paulo Merea, “Organização Social e Administração Pública”, in “História de Portugal”, Barcelos, 1929, Portucalense Ed. Ltda., pg. 512)

E persistia, então, a idéia de paz, aparecendo na “paz de el-rey”, que proibia se cometessem violências por onde este passasse, quando da marcha itinerante que de hábito empreendia pelos seus domínios; (lei de D. Dinis, 1318, no Livro das Leis e Posturas, fl. 62, 1ª coluna, na edição publicada, pg. 190) na paz do concelho, do mercado, da igreja, e mais ainda, na paz da casa, onde se ressaltava a inviolabilidade do domicílio: “nenhum nom va aa herdade de nenhũm homem nem a ssa casa pera lhi fazer mal”. (Lei de D. Dinis, 1303, Livro das Leis e Posturas, fls. 22v^o, fim da 1ª coluna, ou pg. 80).

No entanto, a expressão “juiz de paz”, ao que consta, não aparece a esse tempo no direito lusitano e nem mesmo mais tarde.

Ela é oriunda do direito inglês, onde também se cuidou de preservar a paz nos condados, durante a Idade Média. E tal intuito, embora remonte a anos anteriores, vem expressamente reafirmado com Eduardo III, em 1327. (Sir William Holdsworth, “A History of English Law, Londres, 1969, Methuen e Co. Ltda., Vol. I, pg. 287)

No Brasil, a organização judiciária, até a Independência, seguia os moldes das disposições reinóis. Com a proclamação, embora permanecessem em vigor as Ordenações Filipinas, outras idéias vieram se incorporar ao direito da nação nova; e a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824 determinava que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”. (art. 161) “Para este fim, haverá juizes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira que se elegem os vereadores das Câmaras”. Suas atribuições, veio fixá-las na lei de 15 de outubro de 1827: entre outras, cabia-lhes conciliar as partes que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos que estiverem ao seu alcance, julgar pequenas demandas, cujo valor não exceda a 16\$000, fazer separar os ajuntamentos, em que há manifesto perigo de desordem, fazer que não haja vadios e providenciar para que não se formem quilombos, vigiar sobre a conservação das matas e florestas públicas e obstar nas particulares o corte de madeiras reservadas por lei, compor as contendas e dúvidas entre os moradores do distrito acerca de caminhos, passagem, águas, limites, tapagens e cercados, etc.

Lei de 11 de outubro de 1837 irá dar-lhes o conhecimento de todas as ações derivadas de contratos de locações de serviços, competência que será mantida pelo Decreto de 15 de março de 1842; do mesmo modo, conhecerão e decidirão as causas da almotaceria que não excederem a sua alçada, na forma do Dec. de 26.8.1830 e Lei de 3.12.1841.

No entanto, ainda no Império, como na República, a competência do juiz de paz foi sendo gradativamente reduzida, encontrando-se atualmente restrita à habilitação e celebração dos casamentos (art. 144, § 1º da Constituição de 1967)

A Constituição de 5 de outubro de 1988 pretende dar novo alento a instituição, ao dispor que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão a “justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofícios ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. (art. 98, II)

Será, possivelmente, mais uma forma de tornar a justiça mais acessível e próxima do povo, anseio que, como se viu, constitui tradicional preocupação em nosso direito.

Por outro lado, sempre será oportuno realçar o significado da conciliação, instituição provinda dos primórdios do cristianismo e do mais antigo Direito Carônico, (“Não causarás cismas, mas reconciliarás os que lutam entre si”, “Didaqué” ou “Doutrina dos Doze Apóstolos”, 4, 3, fim do século II) e que se amoldaria no Direito Comum, para passar às codificações lusitanas, tanto que estavam os juízes incumbidos de dizer às partes “que antes que fizessem despesas e seguissem entre elas os ódios e dissensões, que concordassem, e não gastassem suas fazendas por conta de suas vontades, porque o vencimento das causas sempre era duvidoso”. (ORD. FIL. LIV. III, TIT. XX, 1; ORD. MAN, LIV. III, TIT. XV, 1; ORD. AF. LIV. III, TIT. XX, 5)

Possa a desembocadura do juizado especial de pequenas causas, realidade presente, (Lei nº 7.244, de 7.11.84) representar o resultado deste esforço desenvolvido no passado, oferecendo também aos mais humildes, a justiça que a todos por direito cabe.

São Paulo, fevereiro de 1988.

O NEGRO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Eunice Aparecida de Jesus Prudente

Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: No Brasil à escala sócio-econômica corresponde uma escala racial, na qual o contingente negro do povo, encontra-se nas camadas subempregadas e carentes, a despeito da igualdade jurídica, estabelecida pela Constituição Federal. Contradições da própria ordem jurídica, educação oficial preconceituosa, ação contínua dos meios de comunicação de massa veiculando estereótipos, mantêm a situação terrível em que se encontram os afrobrasileiros. A discriminação racial no mercado de trabalho. Urgia mudanças nesta ordem injusta com a tipificação da discriminação racial como crime, reavaliação da presença do negro na História do Brasil, autêntica participação política do povo brasileiro.

Abstracts: In Brazil the racial scale is juxtaposed with the social-economical scale which settles the black population in the underemployed and destituted portion of the society despite the juridical equality established by the Federal Constitution. Contradictions in the Law System itself, the continuous action of the mass communication showing racial stereotypes and the prejudiced official educational system maintain the unbelievable situation the Afro-Brazilians live in this country. Also, the racial prejudice in the working field is a reality. There ought to be changes in this unjust order. Discrimination must be considered a crime. A total reevaluation of the role of the negro in the History of Brazil as well as thier true political participation in our society urge to happen. Law System of 1988. Law nº 7.716/88.

Unitermos: Discriminação Racial; Negros; Racismo; Discriminação Racial no Emprego.

Sob a óptica jurídica, a problemática vivida pelos afrobrasileiros, nos aponta uma questão dual, que diz respeito às importantíssimas posições ocupadas pelo elemento negro na ordem jurídica brasileira: 1530 a 1888 – a) objeto de direito e ou sujeito de direito; após 1888 – b) sujeito de direito.

As contradições jurídicas revelam um ordenamento composto por regras impostas por uma elite, permanecendo o povo alijado do exercício do poder político. Ditado por elites (cultural, financeiras e/ou agrária), o Direito brasileiro não promoveu como não promove o desenvolvimento sócio-econômico. Ele não revoluciona, pelo contrário, vem confirmando posições de mando em de-

trimento do exercício dos direitos humanos (individuais e sociais) propugnadas pelas Constituições brasileiras.

O Brasil não possui seu “Código Negro”, materialmente falando, a exemplo de outros estados americanos. As leis referentes aos escravos permaneceram esparsas em normas das Ordenações Manuelinas, Filipinas e após 1822, em leis de natureza civil-comercial, e Código Criminal, Código de Processo Criminal, Codificação das Leis Civis, etc.

Mesmo após 1822 as Ordenações do Reino e inúmeras disposições do Direito Romano, permaneceram em vigor, utilizadas como subsidiária do Direito brasileiro para questões com escravos.

A Constituição Imperial outorgada por Dom Pedro I em 1824 era de cunho liberal, garantia considerável, rol de direitos humanos/individuais, herdados do ideário liberal revolucionário (1789). Vigiu até 1889, permitindo o trabalho escravo (1888), sobre o qual formalmente silenciava.

1. O Negro Objeto de Direito

Durante quase quatrocentos anos o negro foi objeto útil de compra e venda, sujeito à hipoteca. Conforme classificação de Teixeira de Freitas, Consolidação das Leis Civis (1858), os escravos pertenciam à classe dos bens móveis, ao lado dos semoventes⁽¹⁾. Com os semoventes figuravam nos contratos de terras como bens acessórios dos imóveis.

O escravo podia pertencer a mais de um proprietário, como objeto de condomínio. Nesses casos o escravo seria alugado a um dos condôminos ou a terceiros, Ord., Ls IV, Tit. 96, § 5º:

“Tendo os herdeiros ou companheiros, alguma coisa, que não possam entre si partir sem dano, assim como escravo... não há devem partir, mas devem-na vender a cada um delles, ou a outro algum qual mais quizerem ou por se aprazimento trocarão com outras cousas... e não poderem por esta maneira avir, arrendala-ão e partirão entre si”⁽²⁾.

Os escravos, com a morte do proprietário, entravam para o acervo hereditário e junto com os demais bens eram partilhados entre os herdeiros. Os filhos dos escravos eram legalmente denominados “fructos” ou “crias”. Lei nº

(1) Freitas, Augusto Teixeira – Consolidação das Leis Civis, 3ª ed., Rio de Janeiro, H. Garnier, Livreiro – Editor, 1896 (P. XXXVII).

(2) Malheiro, Agostinho Perdigão – Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social, Rio de Janeiro, Ed. Nacional, 1866, p. 81 (nota 335).

1.237/1864, art. 4º, item II, se refere aos nascituros escravos, como “**acessões naturais**” :

O escravo podia ser alforriado a título oneroso ou gratuito, por carta, testamento ou disposição de lei. Também no ato do batismo o senhor podia declarar livre seu escravo. Como ato de liberalismo a alforria era condicionada a prazos, cláusulas adjetas, condições. A prestação de serviços era o modo mais utilizado, fosse ao próprio proprietário ou a terceiros por ele indicado durante lapso de tempo.

Todavia as alforrias podiam ser revogadas por ingratidão do liberto para com seu patrono. Vigiam disposições das Ordenações do Reino, Livro IV, Título 63, § 7º, afrontando a Constituição Imperial (art. 7º), porque pela alforria o escravo entrava para o mundo livre. Tornava-se cidadão, brasileiro, entretanto, revogada a alforria, ocorria a reescravização, com a perda dos direitos de cidadão. Ocorre que a Constituição brasileira não previa perda de cidadania nessas condições⁽³⁾.

O Código Criminal (art. 179) define como crime a redução de pessoa livre à escravidão, mesmo assim aplicava-se as disposições Filipinas; prevalecendo os interesses econômicos dos senhores.

Inclusive a interpretação dada no artigo 179 da Constituição Imperial era drástica. Este dispositivo assegurava os direitos individuais: vida, liberdade, segurança e também o direito à propriedade. Pois bem, justamente esta norma constitucional/liberal foi evocada perante o Tribunal Superior de Justiça, em defesa de proprietários, que utilizavam suas escravas no meretrício. E, aquela Suprema Corte acolheu o “rufianismo” permitindo ao proprietário o livre uso de seus bens/escravos⁽⁴⁾.

a) Conseqüências

– O grupo afrobrasileiro sofrerá ininterrupta agressão aos seus **direitos de personalidade**, direitos inerentes à pessoa. Não se torturou, espancou os negros inconscientemente, mas para anular a personalidade (a aptidão para ser pessoa) e transformar um homem em escravo. Trata-se de direitos que integram o homem, são essenciais à pessoa: vida, liberdade, direito ao nome, à reputação, à honra, à imagem, à criação intelectual, o direito ao próprio corpo, etc. Sem eles a pessoa não existe como tal!

(3) Malheiro, Agostinho Perdigão, Op. Cit., p. 190 e segs. (Parte I).

(4) Moraes, Evaristo de – A Campanha Abolicionista, R. de Janeiro, Livraria Editora Leite Ribeiro, 1924, p. 176 e segs.

– As vendas e trocas separou entes queridos, impedindo a formação do núcleo social básico, a família. Esta situação ficará mais clara quando estudiosos (sociólogos, historiadores) pesquisam a política imigratória⁽⁵⁾. O sucesso do imigrante europeu e asiático dependeu, como se comprovou, da proteção às famílias imigrantes. Das providências legais com vista à integração da família imigrante ao povo brasileiro.

2. O Negro Sujeito de Direito

Apenas o ser humano é sujeito de direitos e obrigações. Mas para o Direito Penal brasileiro, o negro era uma pessoa especial. Não para ter sua vida, seu patrimônio protegido, mas para ser mais severamente punido que as pessoas livres.

E, desde a chegada dos primeiros escravos africanos ao Brasil (1530) até 1888, negro era sinônimo de escravo e branco era sinônimo de livre/cidadão.

Nossa Constituição de 1824 de caráter liberal estabelecia no citado art. 179: “nº 18 – Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da Justiça e da equidade”; “nº 19 – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

Entretanto, o Código Criminal que veio à luz em 1830 impunha as tais penas cruéis ao escravo, já proibidas pela Carta Magna, justamente quando este resistisse à escravização. Isso em pleno florescimento da doutrina liberal.

O art. 60 do Código Criminal do Império é grotesco em sua severidade: “Se o Réu for escravo, e incorrer em pena que não seja capital ou de galés será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar”⁽⁶⁾.

O princípio do contraditório e demais garantias processuais eram obrigados pela Constituição Imperial. O Código de Processo Criminal promulgado em 1832, art. 332 exigia votação unânime sobre fato criminoso para a imposição da pena capital⁽⁷⁾. E mais uma vez, venceu o racionarismo escravista, com o ad-

(5) Amado, Janaína – Constituição ao Estudo de Imigração Alemão no Rio Grande do Sul (São Leopoldo – 1824-1874) in Rev. Ciência e Cultura SBPC, vol. 29 nº 7/1977, p. 748 e Nota nº 23.

(6) Brasil, Leis, decreto, etc. – Código Criminal de Império do Brasil, 2ª Ed. Rio de Janeiro, Ed. Eduardo de Henrique Lemmert, 1876.

(7) Azevedo, Noé – As Garantias da Liberdade Individual em Face das Novas Tendências Penais, São Paulo, Rev. Tribs., 1936, p. 37.

vento da Lei nº 4, de 10 de junho de 1835. Submetia a rigoroso processo o réu-escravo acusado, pois simplesmente alterou a exigência para 2/3 do número de votos para condenação do réu/escravo à pena de morte. Sem cogitar do grau de culpabilidade. O escravo acusado era julgado pelo Juiz do termo mais próximo e da sentença condenatória não cabia recurso.

A existência de leis cruéis, como a de nº 4/1835 deixa clara a tenaz resistência do negro à escravidão, e a utilização do Direito como instrumento de opressão.

3. A Liberdade Formal

Somente um conflito internacional de grandes proporções, envolvendo interesses capitalistas da Inglaterra, – Guerra contra o Paraguai –, seguida de revoltas intestinas promovidas pelos negros ex-combatentes, vitoriosos; conseguiram desarticular o sistema escravista no Brasil. São as mesmas armas utilizadas na Guerra do Paraguai que promovem fugas maciças de escravos e a formação de novos quilombos.

Segue-se a libertação gradual dos escravos:

a) Lei dos Sexagenários, Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885, libertava os proprietários dos velhinhos improdutivos; b) Lei do Ventre Livre, Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, cujo primeiro artigo dizia: “Art. 1º – Os filhos da mulher escrava, que nascerem no império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre”. “§ 1º – Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los até a idade de oito anos completos”. Chegando o filho da escrava a esta idade o senhor da mãe terá a opção ou de receber do estado a indenização de 600\$000 ou de utilizar-se dos serviços do menor até 21 anos completos”.

Na realidade, o proprietário recebia a indenização e os menores eram entregues pelo Estado às associações e terminavam abandonados pelas ruas das cidades, da mesma forma que os velhinhos sexagenários.

4. O Negro e a Política Imigratória

D. João VI (1808) ficou estarecido com o Brasil que conheceu. A população negra era mais numerosa que a branca, e em Decreto de 25 de novembro de 1808 inicia a política imigratória para o Brasil, “de gentes brancas livres”.

(8) Moraes, Evaristo, Op. Cit., p. 3.

As primeiras leis referentes à imigração são manifestamente racistas e os povos recebidos provinham do Norte da Europa⁽⁹⁾:

– Carta Régia de 23 de setembro de 1811, colonos irlandeses para São Pedro (RS);

– Decreto de 6 de maio de 1828, colonos suíços para Nova Friburgo (RJ);

– Decisão nº 80, de 31 de março de 1824, colonos alemães para São Leopoldo (RS); etc.

A primeira disposição legal que admite imigrantes europeus, sem exigir origem, data de 1874, Decreto nº 5.524, de 7 de janeiro de 1874. E realmente desta data até 1900 o Brasil recebeu 803.000 imigrantes, sendo 577.000 provenientes da Itália⁽¹⁰⁾.

No Brasil a pirâmide sócio-econômica é racial, o contingente afrobrasileiro engrossa a base desta pirâmide entre os assalariados e subempregados. Os imigrantes europeus, asiáticos e seus descendentes permeiam todas as classes sociais brasileiras.

O Direito brasileiro exerceu funções distintas com referência aos dois grupos:

Leis Imigratórias = Direito com vistas à Promoção Humana: caráter benéfico: 1. salário; 2. proteção à família; 3. educação às crianças; 4. reconhecimento do casamento protestante; 5. respeito lideranças oficiais: diplomatas, padres, pastores. Objetivo = integrar a família imigrante ao Brasil.

Leis Escravistas = Direito mantenedor do “status quo”: caráter punitivo: 1. destruição do ego; 2. descaracterização da cultura; 3. sujeição à prisão e às penas domésticas; 4. impedimentos à formação de núcleo familiar; 5. proibição à qualquer ação conjunta; 6. disseminação do medo/desconfiança; 7. morte às lideranças. Objetivo = dividir para submeter.

5. Negro Cidadão

A Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, aboliu a escravidão; a partir da Lei Áurea o negro brasileiro é cidadão, titular de direitos e obrigações.

(9) Demoro, Luis – Coordenação de Leis de Imigração e Colonização do Brasil, Rio de Janeiro, Departamento de Estudos e Planejamento, Instituto Nacional de Imigração e Colonização, 1960, p. 32.

(10) Dallari, Dalmo de Abreu – O Pequeno Exército Paulista, São Paulo, Perspectiva, 1977, p. 5.

Tal titularidade constitui mera formalidade, uma vez que, não será recebido como trabalhador livre no mercado de trabalho. Prefere-se o imigrante.

Não se nota qualquer providência legal, com vistas à integração dos novos cidadãos, pelo contrário, o jurista Rui Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo provisório republicano, promoveu a incineração de documentos referentes à escravidão africana no Brasil. Seu objetivo imediato era impossibilitar cobrança de indenizações prometidas pelos republicanos aos senhores de escravo, mas acabou por causar irreparável prejuízo à recuperação da memória nacional⁽¹¹⁾.

O menosprezo para com o negro, por parte daqueles que até 1888 (o advento da República foi em 1889) eram abolicionistas, fica claro quando se pesquisa as leis imigratórias. Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890 em seu artigo 1º, é taxativo: “É inteiramente livre a entrada, por portões da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho... excetuados os indígenas da Ásia e da África...”⁽¹²⁾.

Ora, o direito ao trabalho também é fundamental para aqueles que possuem somente sua força de trabalho para oferecer à sociedade. O trabalho é o instrumento para se atingir os demais direitos sociais fundamentais (saúde, educação, etc.). Se não fosse a mulher negra garantir a sobrevivência de sua família, trabalhando como empregada doméstica, a raça negra não teria sobrevivido à miserabilidade das primeiras décadas de cidadania!

A primeira Constituição brasileira de cunho social foi promulgada em 1934 e ao lado dos direitos individuais-tradicionais, garante os direitos sociais (reconhecimento dos sindicatos, melhores condições de trabalho, salário mínimo, descanso semanal remunerado, férias anuais, assistência médica e sanitária ao trabalhador, proteção ao menor e a mulher trabalhadora).

O incremento da industrialização nas cidades do Sudoeste brasileiro, a exigência de concurso para ocupar cargos públicos; a implantação de escolas públicas gratuitas, cursos noturnos e profissionalizantes; bem como a ação contestatória ininterrupta de Associações Negras, destaque-se a Frente Negra Brasileira (extinta pela ditadura Vargas em 1937), possibilitaram ao negro iniciar com décadas de atraso a concorrência com os imigrantes e seus descen-

(11) Simonsen, Roberto C. – As Conseqüências Econômicas da Abolição – (Conferência Comemorativa do 1º Cinquentenário da Abolição – I de Maio de 1938) in Ensaios Políticos e Econômicos, São Paulo, Federação das Indústrias do Estado de S. Paulo, janeiro, 1943, p. 23.

(12) Rodrigues, José Honório – África e Brasil, Outro Horizonte, 2ª ed., R. de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964, p. 86.

dentos. A despeito de o Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945 (Getúlio Vargas), declarar em seu artigo 2º: **“Atender-se-á na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e de desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes de sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional”**.⁽¹³⁾ grifo nosso.

6. Discriminação Racial: Crime Contra a Pessoa

A primeira lei brasileira contra a discriminação racial é a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 de autoria do então deputado federal por Minas Gerais, Dr. Afonso Arinos de Melo Franco.

Tipifica a prática de racismo como mera contravenção penal, ora é visível a todos que a discriminação racial fere a integridade física e psíquica. É portanto crime e dos mais graves. O autor em suas memórias afirma: **“O texto não sofreu nenhuma modificação, nem na Câmara nem no Senado, a não ser uma emenda que eu mesmo apresentei, quando do trânsito do projeto pela Comissão de Justiça, incluindo a figura de contravenção por negativa de trabalho em empresa pública ou privada, por preconceito de cor”**⁽¹⁴⁾.

Imagine-se, além de definir prática criminosa como infração leve, justamente o racismo no mercado de trabalho sequer constava do projeto de lei. Mesmo com esta correção, a Lei Afonso Arinos apresentava-se casuística e desatualizada.

Observe-se fato recente, ocorrido em São Paulo, quando os proprietários de casa noturna são acusados de impedir a entrada de jovem negra em seu estabelecimento, por motivo de raça.

Trata-se do Processo nº 134/85, 8ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo. Os acusados alegaram inocência e que a recusa seria motivada pelo fato de a festa ter caráter **“privê”**. Realmente, tal modalidade de festividade não era contemplada pela casuística Lei nº 1.390. E ao juízo penal não se permite o uso de analogia.

A sentença absolutória, proferida pelo MM. Juiz, Dr. R. Paulo Miguel de Campos Petroni, merece protesto e sobretudo reflexão, tão pasmados permanecem com os conceitos, ali emitidos, sobre a mulher negra:

“J.S.S.; A.T.N.; R.J.O.F.; A.C.S., foram acusados com base no art. 4º da Lei 1.390/51, constando terem em 26.6 e 4.2.85, em estabelecimento

(13) Rodrigues, José Honório, Op. Cit., p. 93.

(14) Franco, Afonso Arinos de Melo – A Escalada: Memórias. Rio de Janeiro, José Olympio, 1965, p. 177.

noturno, impedido a entrada das vítimas H.O.M.O. e D.O., por serem de cor preta. Consta que alegaram tratar-se de festa privativa e o último confirmou o preconceito racial.

Proc. policial judicialmente do 4º Dist., e em Juízo, interrogados, negaram a imputação, vindo prévias com testemunhas, ouvidas.

O Dr. Promotor manifestou-se pela absolvição, entendendo não provada a acusação, tendo sido seguido pela defesa.

Relatado, decido.

Depois de minucioso parecer ministerial de páginas 153-157, que endosso, nada mais resta, a não ser absolver os quatro acionados.

Realmente, a ofendida não foi barrada por questão racial, e nem ela é propriamente negra. Parece mais para branca que para mulata, pelas duas fotos juntadas.

Tratava-se de festa “privê”, estando o “club” alugado, como é comum, mas mesmo assim, foi ela atendida, recebendo explicações.

Os réus nunca admitiram a acusação, e um deles apenas falou que a “burguesia paulistana” (!?) acha que se pretos freqüentarem o local, o nível cairá. Mas essa absurda opinião não foi do acionado, que expressamente declarou nada ter contra os negros.

Não houve segregação racial.

No Brasil, esta praticamente não existe. Os negros são queridos, ídolos não só nos esportes, músicas, cinema, etc., e as mulatas, sem qualquer dúvida, são cobiçadas pela grande maioria dos homens, sejam brancos ou pretos. Aliás, as “amarelas” também.

Infelizmente, há muito mais segregação social e econômica, que racial, mas isso, data maxima venia, não configura o delito da inicial.

Tanto é, que processos, com base na antiga “Lei Afonso Arinos” são raríssimos, mesmo havendo juristas da tez escura.

Ficam os quatro absolvidos, conforme art. 386 IV do CPP. Acolho também os argumentos da defesa, lembrando que são os réus primários”.

7. Sistema Constitucional Vigente

O direito tão cioso no passado, em defesa dos direitos da sociedade escravista, hoje, pune brandamente a discriminação, além da má redação que a Lei nº 1.390/51 apresentava.

Afinal, quando o legislador pretendeu (realmente!) proteger o principal bem da humanidade – a vida, foi simples e objetivo, Código Penal:

“Art. 121 – Matar alguém: Pena – reclusão de 6 a 20 anos”.

Tal situação foi revista pela Assembléia Nacional Constituinte e conforme artigo 5º da Constituição Federal de 1988; temos:

“XLIII – A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”.

Ainda em 1988 foi apresentado o Projeto de Lei nº 668/88 (Câmara dos Deputados) de autoria do ilustre deputado Carlos Alberto Caó (PDT), antigo presidente da Associação Brasileira de Imprensa, tipificando como crime atos resultantes de preconceito de raça ou de cor. Após aprovação pela Câmara tomou o nº PLC nº 52/88, no Senado Federal, enviado para sanção, teve vetados os artigos 2º, 15, 17 e 18 pelo Presidente Sarney.

Afinal em 5 de janeiro de 1989 veio à luz a Lei nº 7.716, Lei Caó, marco histórico na legislação brasileira, reivindicação antiga das lideranças afrobrasileira e de toda a sociedade civil, voltada para a proteção dos direitos humanos:

“LEI Nº 7.716 – DE 5 DE JANEIRO DE 1989

Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Art. 2º. (Vetado).

Art. 3º. Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 4º. Negar ou obstar emprego em empresa privada:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 5º. Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 6º. Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau:

Pena: reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Art. 7º. Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar:

Pena: reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Art. 8º. Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 9º. Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função

pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses.

Art. 17. (Vetado).

Art. 18. Os efeitos de que tratam os artigos 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Art. 19. (Vetado).

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 21. Revogam-se as disposições em contrário”.

Todavia às providências de ordem legal deverão juntar-se alterações profundas na educação oficial, pois há muito pesquisadores de áreas diversas vêm demonstrando que o elemento negro foi um agente civilizador, ao lado de outros povos formadores das nações americanas. Urge ampla revisão na História do Brasil.

Quanto à educação informal aguarda-se, sobretudo dos meios de comunicação de massas, atuação decente com referência à imagem dos afrobrasileiros, diurnamente deturpada, incentivando práticas racistas.

Note-se que o artigo 15 do citado Projeto de Lei nº 668/88, que agravava as penalidades quando a discriminação racial fosse praticada por órgãos da imprensa, foi vetado pelo Executivo. Porém, os representantes do povo opinarão quando da elaboração de contratos de concessão para particulares explorarem os serviços de radiodifusão sonora, de som e imagens e demais serviços de telecomunicações.

A Constituição Federal de 1988 é inovadora:

“Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XII – apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão”.

Os efeitos da Lei nº 7.716 no meio social dependem agora dessas providências somadas à ação ininterrupta da sociedade civil, da qual o **“movimento negro”** (associações afrobrasileiras) constitui parte integrante.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Janaina – Contribuição ao estudo da imigração alemã no Rio Grande do Sul; São Leopoldo, 1824-1874. Revista Ciência e Cultura, São Paulo, 29(7): 735-7, jul. 1977.

- ARARIPE, Tristão de Alencar – Código Civil Brasileiro, ou Leis Civis do Brasil, Rio de Janeiro, Laemmert, 8 85
- ARARIPE, Tristão de Alencar – Consolidação do processo criminal do Brasil. Rio de Janeiro, Cruz Coutinho, 1876.
- AZEVEDO, Noé – As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1936. Tese (livre-doc.). Fac. Dir. USP.
- BANDECCHI, Brasil – Conceituação do escravo face às escrituras de compra e venda. Separata da Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, São Paulo, Inst. Est. Bras. USP, 8, 1970.
- BASAVE, Agustín – La dimension jurídica del hombre; fundamentos antropológicos de la filosofía del derecho. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, 9(36): 31-6, out./dez. 1972.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. – Código Penal; decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado pela legislação posterior, inclusive pela Lei nº 6.416/77, São Paulo, Saraiva, 1980.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. – Colleção das leis do Império do Brasil, 2ª ed. Ouro Preto, Tip. Silva, 1835, v. 3.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. – Constituição da República Federativa do Brasil, 1967; emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 1979.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. – Constituição do Brasil. Org. Car. os Eduardo Barreto, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1971, 2 v.
- BUENO, José Antônio Pimenta – Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro, Villeneueu, 1857.
- CHIAVENATO, Júlio José – O Negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai, São Paulo, Brasiliense, 1980, 259 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José – Dicionário de Direito Administrativo, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – Consciência negra. Folha de São Paulo, São Paulo, 25 nov. 1979. Tendências/Debates.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – Constituição e revolução do estado brasileiro, Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, 72(1): 35-34, 1977. Número especial em comemoração ao Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – O futuro do estado. São Paulo, Saraiva, 1972.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – O pequeno exército paulista. São Paulo, Perspectiva 1977.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – Vivem em Sociedade, São Paulo, Ed. Moderna, 1985.

- DEMORO, Luis – Coordenação de leis de imigração e colonização do Brasil, Rio de Janeiro, Dep. Est. Plan. Inst. Nac. de Imigração e Colonização, 1960.
- FERNANDES, Forestan; NOGUEIRA, Oracy; PEREIRA, João Batista Borges – A questão racial brasileira vista por três professores. *A Gazeta*, São Paulo, 27 ago. 1966. Entrevista.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Comentários à Constituição Brasileira; emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, 3 v.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Curso de Direito Constitucional – 17ª ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1989.
- FIGUEIRAS JÚNIOR, Araújo – Código Criminal do Império do Brasil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1876.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo – A escalada; memórias. Rio de Janeiro, José Olympio, 1965.
- FREITAS, Augusto Teixeira – Consolidação das Leis Civis, 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1896.
- GALLO, Jorge Ivan Hubner – La igualdad desde el punto de vista filosófico, social y jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 9(36): 113-20, out./dez. 1972.
- GARCIA, Basileu – Instituições de Direito Penal, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1976, v. 1. t.1, t. 2.
- IBGE (OLIVEIRA, Lúcia Elena Garcia – PORCARO, Rosa Maria; e ARAÚJO, Tereza Cristina N.) – O Lugar do Negro na Força de Trabalho/Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Rio de Janeiro, IBGE, 1981.
- MALHEIRO, Agostinho Marques Perdígão – Escravidão no Brasil; ensaio histórico, jurídico, social. Rio de Janeiro, Ed. Nacional, 1866.
- MORAIS, Evaristo de – A campanha abolicionista. Rio de Janeiro, Ed. Leite Ribeiro, 1924.
- MOURA, Clóvis Steiger de Assis – Os Quilombos e a Rebelião Negra, São Paulo, Brasiliense, 1988.
- MOURA, Clóvis Steiger de Assis – Brasil: Raízes do Protesto Negro, São Paulo, Global, 1983.
- NASCIMENTO, Abdias do – O Negro Revoltado, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982.
- PRUDENTE, Celso – Pedagogia da Violência Racial, Folha de S. Paulo, São Paulo, 19 de fevereiro de 1988, p. 10.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus – Preconceitos Racial e Igualdade Jurídica no Brasil – A Cidadania Negra em Questão. Campinas (SP), Ed. Julex, 1988.

RODRIGUES, José Honório – Independência, revolução e contra revolução; a liderança nacional. São Paulo, Francisco Alves & EDUSP, 1975.

RODRIGUES, José Honório – África e Brasil – Outro Horizonte, 2ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964.

SANTOS, Hélio – Chegou a Hora de Refletir, Revista Veja, São Paulo, 16 de junho de 1982, p. 162.

SILVEIRA, Alípio – Prevenção da criminalidade a partir das suas raízes, 2ª ed., São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1979.

SIMONSEN, Roberto C. – As conseqüências econômicas da abolição. In ENSAIOS sociais, políticos e econômicos. São Paulo, Fiesp, 1943, p. 20-39.

São Paulo, novembro de 1989.

INTERPRETAÇÃO DE ISENÇÃO OBJETIVA

Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo

Professor Assistente, Doutor de Legislação Tributária da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: Trata-se de um estudo sobre a interpretação de isenção objetiva pois, a lista de serviços do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISS”), isentava os serviços de montagem de guindastes portuários quando realizados com material fornecido pelo interessado ou quando realizados para o poder público ou uma autarquia. Aí reside a questão, já que uma autarquia federal foi transformada em empresa pública, donde a indagação: a isenção do ISS é aplicável a tal situação? O parecer analisa a questão proposta à luz do direito administrativo (transformação de uma autarquia em empresa pública), do direito constitucional (o enquadramento dos fatos nos artigos da Constituição Federal) e do direito tributário (a isenção e sua interpretação), concluindo pela aplicabilidade da norma isencional à situação descrita. Chama-se a atenção que o parecer foi preparado à época da vigência da Constituição Federal de 1969.

Résumen: El artículo es una opinión legal preparada para una empresa cuyo ejecutivo solicitó que no la publicásemos. Pasado el tiempo, fallecido dicho ejecutivo y cambiado el objeto social de la empresa, no más hay razón para no publicar el artículo, ya que la promesa fué debidamente cumplida. Trátase de la interpretación de exención objetiva pues la lista de servicios del Impuesto sobre Servicios exentaba los servicios de montaje de grúas de pórtico para puertos cuando hecho con material suministrado por el interesado o cuando hecho para el poder público o una autarquia. De ahí resulta la cuestión, ya que una autarquía federal fué transformada en una empresa pública: todavía subsiste la mencionada exención del Impuesto sobre Servicio? El artículo analiza la cuestión planteada a la luz del derecho administrativo (transformación de una autarquía en empresa pública), del derecho constitucional (los artículos de la Constitución Federal concernientes al tema) y del derecho tributario (la exención, interpretación de dicha exención). Llamamos la atención al hecho de que el artículo ha sido preparado en la vigencia de la Constitución Federal de 1969.

Obs.: Este trabalho foi preparado em fevereiro de 1979 para uma cliente que, com o mesmo, alcançou seu objetivo. Foi solicitado, na ocasião, sua não publicação porém, como agora seu proprietário e executivo principal faleceu e a empresa mudou seu objeto social, não mais há motivo para manter a promessa feita, devidamente cumprida. A publicação do parecer se deve ao fato não apenas da especificidade do tema, como também de sua importância. Recomenda-se que a leitura do trabalho seja feita tendo em conta a época de sua preparação (vigia a Constituição Federal de 1969) e o

fato da lista de serviços do Decreto Lei 834/69 haver sido modificada, pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, que não mais abriga disposição igual à do item 48 da lista antiga, vigente na ocasião. Visa-se, portanto, colaborar no aprimoramento dos estudos sobre a interpretação de isenção objetiva, mormente nesta fase da incerteza econômica e alta taxa inflacionária que, geralmente, acarreta um agravamento da tributação por uma legislação tributária merecedora da maior atenção por parte de todos quantos sofrerem seu efeito.

Unitermos: Isenção de Impostos; Imposto Sobre Serviços; Empresa Pública.

Os Antecedentes dos Fatos

1. A Consulente é uma companhia que, dentre outros objetivos estatutários, monta e instala guindastes de grande porte nos portos nacionais, cuidando, também, da importação desse material mediante o recebimento de comissões, eis que é representante exclusiva de um dos maiores fabricantes mundiais. Em decorrência desta sua atividade, a Consulente sempre se manteve estreitamente ligada ao Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (“DNPVN”), que, como autarquia federal ligada ao Ministério dos Transportes, lhe conferia a isenção de tributos incidentes naqueles serviços de montagem e instalação, pioneiros em nosso país, executados na conformidade de contratos especialmente celebrados.
2. Segundo cláusulas expressas dos supra-aludidos contratos, a Consulente se obriga não só a proceder a conservação do material que vier a instalar, como também a executar os serviços de manutenção e reparos das avarias sofridas pelo mesmo nos embarques e desembarques, imposições absolutamente necessárias como pré-condições para a efetiva possibilidade de cumprir as suas obrigações contratuais de montagem e instalação dos guindastes portuários.
3. Em cumprimento dos mencionados contratos, que constitui uma das suas mais importantes e básicas atividades, a Consulente procedeu a montagem e instalação de um grande número de guindastes nos portos brasileiros, cuidando de sua conservação, providenciando a manutenção e reparo de eventual avaria nos embarques e desembarques do material que iria montar e instalar.
4. Cumpre observar que, em decorrência do disposto no item 48 da lista de serviços a que se refere o artigo 3º, inciso VI, do Decreto Lei nº 834, de 8 de setembro de 1969, os serviços de montagem e instalação dos guindastes estão isentos do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, (“ISS”), eis que prestados a uma autarquia federal, o DNPVN, que se transformou na Empresa de Portos do Brasil S.A. (“PORTOBRÁS”), empresa pública vin-

culada ao Ministério dos Transportes, por força do disposto na Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975.

Os Fatos

5. Recentemente, celebrou a Consulente contrato com a PORTOBRÁS para a realização dos serviços de montagem de guindastes portuários no porto de “X”.
6. Face às peculiaridades da prestação de seus serviços, a Consulente instalou um canteiro de obras no local de execução dos mesmos, e na conformidade do mandamento legal (DL 406, de 31.12.68, art. 12, “a”), providenciou a inscrição do aludido estabelecimento prestador de serviços junto à Prefeitura Municipal de “X”.
7. Ocorre que, enquanto os serviços prestados pela Consulente eram para o DNPVN, não houve problema de qualquer espécie mas, tão logo esta autarquia foi transformada em empresa pública, a PORTOBRÁS, e novo contrato foi firmado com esta, a Prefeitura Municipal de “X” passou a exigir o ISS da Consulente na conformidade de item específico de sua lista de serviços, reprodução do retromencionado item 48 da lista de serviços do Decreto Lei nº 834/69.

O Direito

A – Empresa Pública

8. A empresa pública é fenômeno relativamente recente entre nós que constituímos um dos poucos, senão o único país, até donde se tem notícia, a legislar um estatuto para as empresas assim denominadas “strictu sensu”. Com efeito, se Trajano de Miranda Valverde é considerado o divulgador da sociedade de economia mista entre nós (exposição de motivos da até pouco vigente lei das sociedades anônimas), cujo anteprojeto apresentou em 1939) o Ministro Bilac Pinto foi o apresentador da empresa pública, em célebre conferência pronunciada em 1952, no auditório da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro “O declínio das sociedades e a economia mista e o advento das modernas empresas públicas”, publicada em RDA nº 32/1), quando destacou suas características internas mais relevantes.
9. Muito se tem falado e escrito sobre a empresa pública que foi objeto não só de seminários (como os patrocinados pela ONU e realizados em Rangoon, 1954; Nova Delhi, em 1959; Genebra em 1966) mas também de congressos internacionais em que o tema tem sido tratado (Estambul, 1953; Spira, 1961; Paris, 1965; Upsala, 1966), conferências como as promovidas pelo Instituto de Direito Comparado Ítalo-Íberoamericano da Universidade de Bolonha,

reunidos nos conhecidos *Studia Albornotiana*, do mesmo modo que constitui assunto cuja bibliografia pátria começa a avolumar-se através de inúmeros livros e artigos.

10. Grande parte das empresas públicas brasileiras provém da transformação de antigas autarquias, o que tem levado alguns estudiosos a verem no fenômeno uma **desautarquização das autarquias** (v. g. José Jappur, “Declínio das autarquias”, in RDA nº 127/34), situação agravada pela supressão da palavra **autarquia** no artigo 170, § 2º da Constituição Federal (a Lei Maior de 1967, no artigo 163, § 2º, mantinha tal expressão), donde “**o declínio das autarquias importou na certidão de nascimento das empresas públicas**” (José Jappur, O.c., p. 34-35). Sem embargo, para o estudo da empresa pública brasileira, sua eclosão e evolução deve ser citado o artigo do Professor J.B. Cotrin Neto, “Teoria da empresa pública de sentido estrito”, publicado na RDA nº 122/21, leitura obrigatória para aprofundamento do tema.

11. Discorrendo sobre as empresas públicas no Brasil, em parecer publicado na RDA nº 84, o Professor Caio Tácito asseverou:

“II – 1 – Duas tendências devem ser assinaladas como estimuladoras da expansão das empresas públicas no Brasil: de um lado, a exploração estatal de indústrias de base, de outro, e mais recentemente, o declínio das concessões de serviço público” (O.c., p. 434).

12. Nicola Balog, Professor da Faculdade de Direito de Belgrado e autor do relatório sobre a “Organização administrativa das empresas públicas”, tema do Congresso Internacional de Ciências Administrativas realizado em Paris, em 1965, e, no início de seu relatório (apresentado nos volumes 87, 88, 89 e 90 da RDA) realça que a organização das empresas estatais depende não só do sistema constitucional mas, também, do regime econômico social vigente, eis que diz respeito à questão da política do desenvolvimento.

13. Precisamente sob a perspectiva desta importante observação é que se comentará a questão, uma vez que a sistematização legal da empresa pública brasileira tem sua gênese na chamada Reforma Administrativa (DL nº 200, de 25.02.1967). É conveniente rememorar que esta é produto das inúmeras modificações trazidas pelo Governo pós-1964 que, pretendendo estabelecer um novo plano desenvolvimentista, iniciou uma série de reformas dentre as quais a retrocitada, a bancária (Lei nº 4.595, de 31.12.1964), a do mercado de capitais (Lei nº 4.728, de 14.07.1965), a do sistema tributário (Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965), etc., culminando com uma nova constituição (de 24.01. 1967).

14. Iniciando o estudo do ponto que interessa aclarar, tem-se o conceito legal de empresa pública, como sendo:

“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” (DL nº 900, de 29.09.69, art. 1º, que modificou a redação do art. 5º, II, do DL nº 200, de 25.02.67) (o art. 5º do DL 900, permite a participação no capital de empresa pública em que a União seja majoritária, doutras pessoas de direito público interno e entidades da Administração Indireta da União, Estados, DF e Municípios).

15. Logo, da definição legal supra, pode-se tirar as seguintes características essenciais desse tipo de empresa: (a) personalidade jurídica de direito privado; (b) capital exclusivo da União, ou, também, de entidade pública ou sociedade de economia mista; (c) criação por lei, (d) estrutura de direito privado. No mesmo sentido e realçando o desempenho de atividade que transcenda os objetivos imediatos da administração, veja-se o artigo do Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti sobre as “Empresas públicas e as sociedades de economia mista” (in RDA nº 128/1).

16. Voltando a atenção à legislação anterior a mencionada Reforma Administrativa, mais exatamente àquela que criou o DNPNV, Lei nº 4.213, de 14 de fevereiro de 1963, constata-se a criação da citada autarquia em substituição ao antigo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, entidade ligada ao então Ministério da Viação e Obras Públicas, especificando o artigo 3º as atribuições da novel autarquia, “in verbis”:

“(a) superintender, orientar, controlar e fiscalizar a política de portos e vias navegáveis da União;

(b) exercer todas as atividades que couberem à administração federal no setor de portos e vias navegáveis, no âmbito da viação e obras públicas;

(c) estudar, planejar, projetar, programar, orientar, superintender, promover e executar e fiscalizar obras e serviços de melhoria ou desenvolvimento dos portos e vias navegáveis, de proteção e defesa das costas e margens das vias navegáveis e de recuperação de áreas que interessem aos mesmos;

(d) cooperar com outros órgãos da administração federal, estadual, municipal e autárquica, para a realização de obras e serviços que digam respeito a portos e vias navegáveis, e objetivos correlatos;

- (e) supervisionar e fiscalizar a exploração dos portos a cargo da União e de concessionários;
- (f) administrar os portos que vierem a ser incorporados ao DNPVN, desde a incorporação e até que seja estruturada a organização definitiva para os mesmos;
- (g) supervisionar e fiscalizar os portos não organizados, qualquer que seja a forma de utilização do embarcadouro;
- (h) administrar e explorar as vias navegáveis que forem por ele criadas, melhoradas ou conservadas;
- (i) propor alterações no Plano Nacional de Viação, no setor de portos e vias navegáveis;
- (j) manter atualizado o Plano Portuário Nacional instituído por lei;
- (l) promover desapropriação dos bens necessários à consecução de suas finalidades;
- (m) elaborar seu orçamento geral e programas anuais de trabalho;
- (n) propor ao governo a representação do país em congressos internacionais de portos e vias navegáveis, bem como promover, patrocinar ou auxiliar os congressos nacionais ou os internacionais que se realizem no país;
- (o) aprovar projetos e fixar gabaritos das obras de arte especiais que devam ser construídas por quaisquer entidades públicas ou privadas, sobre vias navegáveis ou não, ouvidas as autoridades navais e portuárias;
- (p) promover a retirada de cascos ou outros objetos submersos que obstruam ou impeçam a navegação nos portos e vias navegáveis, e decidir sobre a disposição dos salvados;
- (q) examinar (VETADO) da oportunidade e conveniência da implantação dos regimes de porto, zona e entreposto francos;
- (r) estruturar, em autarquias federais, nos moldes previstos nesta lei, se não for adotada outra forma para a sua administração, os portos que vierem a ser organizados e os portos atualmente sob regime de concessão se estes vierem a ser incorporados ao DNPVN;
- (s) participar de sociedade de economia mista como representante da

União, na exploração comercial de portos e execução de serviços de dragagem, nos moldes desta lei;

(t) exercer quaisquer outras atividades tendentes ao desenvolvimento dos portos e vias navegáveis”.

17. Ainda que sucintamente, e circunscrito ao tema, é de fixar a lição do Professor Hely Lopes Meirelles a respeito da autarquia:

“A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da administração centralizada. Por essa razão à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse público”

●●●

“A autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma longa manus do Estado, deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da administração matriz, e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais de seus serviços, mais especializados e mais flexíveis que os da Administração centralizada” (Direito administrativo brasileiro. 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975. p. 305, 307).

18. Pautando-se na conformidade da legislação, através da Lei nº 6222, de 10 de julho de 1975, o governo foi autorizado a constituir a PORTOBRÁS, uma empresa pública de capital pertencente inteiramente a ele próprio, de estrutura de direito privado, que substituindo o extinto DNPVN, tem as seguintes finalidades elencadas no artigo 4º da supra aludida lei:

I – promover a execução da Política Portuária Nacional, segundo diretrizes baixadas pelo Ministério dos Transportes;

II – realizar ou promover e aprovar estudos, planos e projetos destinados a construção, expansão, melhoramento, manutenção e operação dos portos, bem como executar serviços de assistência técnica para os mesmos fins;

III – executar ou promover, autorizar e aprovar a execução de obras e serviços de construção, expansão e melhoramento de portos ou de suas instalações, qualquer que seja o regime de exploração dos mesmos;

IV – administrar e explorar os portos;

V – fiscalizar a administração dos portos que se encontrem em regime de concessão ou autorização;

VI – coordenar, superintender e fiscalizar, técnica, operacional e administrativamente, as entidades que lhe sejam vinculadas;

VII – promover o aproveitamento das vias navegáveis interiores, desenvolvendo sua utilização em favor da navegação;

VIII – autorizar a construção ou a execução de obras e serviços de qualquer natureza que afetem as vias navegáveis interiores;

IX – promover a captação, em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados, diretamente ou por suas subsidiárias, na execução de suas programações;

X – promover desapropriações, nos termos da legislação em vigor;

XI – propor aos órgãos competentes da Administração Federal as medidas necessárias à instalação, permanência e funcionamento de serviços de comunicação, desobstrução, sinalização, segurança, polícia, alfândega, higiene, saúde e outras atividades afins.

§ 1º – A competência discriminada nos item VII e VIII deste artigo cessará quando se constituir a entidade prevista no parágrafo único do artigo 3º desta lei.

§ 2º – As atividades da PORTOBRÁS serão exercidas sem prejuízo da competência legal dos Ministérios e demais órgãos da Administração Federal relacionadas com portos e vias navegáveis”.

19. Justapondo-se as atribuições do antigo DNPVN e as da PORTOBRÁS, constata-se, indubitavelmente, serem elas as mesmas, exceto na transitoriedade da competência desta sobre as atividades relativas às vias navegáveis interiores, a qual persistirá até a constituição de uma entidade especialmente destinada a exercer tal atividade. Todavia, mais clara se tornará esta não discrepância se se atentar ao estatuto da PORTOBRÁS (ver artigo 5º do mesmo), aprovado através da Portaria nº 284, de 20 de abril de 1978, do Ministro dos Transportes.
20. Tendo-se em conta a transformação de uma autarquia (o DNPVN) em uma empresa pública (a PORTOBRÁS), é conveniente verificar a posição da doutrina ante tal circunstância. Ajustando-se como luva ao caso, tem-se a lição precisa do Professor José Cretella Júnior em seu livro “Empresa pública”:

“Se a empresa pública tem sua gênese na autarquia, a transferência de esquemas implica tão só alteração do regime jurídico, jamais a mudança na

essência mesma da atividade anteriormente exercida. O enquadramento da autarquia na empresa pública é, para empregar a linguagem precisa de Achille Donato Giannini, uma “alteração de meios, não de escopos, formal e instrumental, não substancial” (Istituzioni di diritto tributário. 9ª ed., 1965. p. 66, nota 33).

Se a autarquia “serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei” (Decreto nº 6.016, de 22 de novembro de 1943), “com patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública” (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, artigo 5º, I), é transformada em empresa pública, “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União” (artigo 5º, II), ou “com a participação da União, que tenha em mãos a maioria do capital votante e participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, como de entidades de administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios” (artigo 5º do Decreto-Lei nº 900), nem por isso tal transformação vai atingir o objeto da autarquia, ou seja, “o serviço estatal descentralizado”, “as atividades típicas da administração pública”, metamorfoseando-as em “atividades econômicas”. O que é “privado”, por natureza, não se transforma em “público”, pela alteração do molde jurídico, porque alteração de continente não implica mudança de conteúdo.

O enquadramento da autarquia na categoria jurídica empresa pública reflete-se no regime jurídico, que de público passa a privado, mas não chega a atingir a natureza intrínseca da atividade, que continua a ser tipicamente administrativa.

Transformam-se os instrumentos e, pois, os respectivos regimes jurídicos; conservou-se, porém, o objeto, que continuou o mesmo. Dizer objeto é, dizer fim” (O.c., Ed. Bushatsky, São Paulo, 1973. p. 190-191).

21. Otto Eduardo Vizeu Gil, em fundamentado artigo sobre “A rede ferroviária nacional como sociedade anônima”, lembrando que não havia como confundir a natureza jurídica da empresa – que foi e é de direito privado – com suas prerrogativas de direito público, resultante do fato de exercer, por delegação, um serviço público de competência privada da União Federal, sintetiza admiravelmente:

“O que se busca, quando se retira da administração centralizada o exercício de um serviço público, entregando-o a uma entidade juridicamente desvinculada ao Poder Central, é emprestar a esse serviço – que remanece tão público e tão relevante como ao tempo que precedeu a descentralização – a flexibilidade reputada indispensável à sua continuidade e crescente utilidade, o que nem sempre é possível quando esse serviço se emaranha nas tre-

liças asfixiantes das normas e regulamentos administrativos. Mas daí não se segue que, por descentralizado, e operado por empresa privada, deva esse serviço perder as prerrogativas por igual indispensáveis à sua permanência e aprimoramento e sem as quais, perdido debaixo de toda a sorte de gravames que a sua própria natureza torna inarredáveis, esse serviço público tornaria por se deteriorar” (O.c., in RDA nº 94, p. 387).

22. No mesmo sentido, em artigo sobre a “Organização e mecânica administrativa das empresas públicas”, o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, na parte relativa ao regime administrativo dos serviços públicos, assevera:

“É, pois, natural que o poder público assuma através das empresas públicas (e das fundações), os encargos decorrentes do progresso social e econômico: tais encargos, em razão do serviço que é público, exigem doação de regime jurídico – administrativo adequado à prestação em melhores condições dos serviços públicos essenciais.

Daí porque as empresas públicas, além do privilégio na exclusividade da prestação do serviço, pela maioria das legislações está exonerada de direitos fiscais como imposto ou taxas, não obstante a indeclinável posição de pessoa jurídica de direito privado” (O.c., in RDA nº 104, p. 73-74).

23. Examinando a “Empresa pública e serviço público” em profundo artigo publicado no famoso *Studia Albornotiana* dedicado a empresa pública, Cesar Albiñana Garcia – Quintana, Catedrático de Organização, Contabilidade e Procedimento da Fazenda e Empresas Públicas da Universidade de Madrid, tratando das versões sobre a noção de serviço público leciona:

“El servicio público puede ser entendido em sentido amplio, jurídico o formal. Cuando el derecho público dejó de girar en torno al concepto de soberanía, el servicio público se constituyó en su base o fundamento. En esta versión se confunde el servicio público con la acción administrativa que atiende necesidad de carácter público. El interés público es su nota distintiva. Que la gestión del servicio público la retenga la propia Administración o la conceda a un particular, es intrascendente. Si la Administración pública produce es porque la producción satisface intereses públicos. La índole de la actividad administrativa es indiferente en esta noción jurídica del servicio público. Tanto las prestaciones materiales como las inmateriales son propias del servicio público así entendido”.

Mais adiante, versando a questão do lucro, expõe magistralmente:

“Sin embargo, el lucro en la empresa pública, según ya se ha indicado, tiene una proyección o sentido distinto del que se propone la empresa priva-

da. No puede caerse en este mimetismo respecto de la empresa privada. La empresa pública no es una empresa privada de propiedad pública. Es evidente que se dan semejanzas, || muy calificadas, de la empresa pública con la empresa privada. Pero tal relación se semejanza queda condicionada por el conjunto de los fines políticos, económicos y sociales que el Estado se propone conseguir a través de la empresa pública, sobre todo en una época en que la Administración pública se ha puesto al servicio de las políticas – en plural – del bienestar” (O.c., in *Studia Albortiana*. nº X, 1970. p. 478, 498).

24. Buscando uma classificação da empresa pública na conformidade dos fins para cuja consecução operam, Gaetano Stamatii, Diretor Geral do Tesouro Italiano, em artigo sobre a “Empresa pública no marco da ação econômica do estado”, também publicado no *Studia Albortiana*, as subdivide, grosso modo, em cinco grupos distintos:

“(a) empresas que actúan con el fin de gestionar servicios públicos, sea por motivo sociales, en particular redistributivos, sea por motivos económicos;

(b) empresas que operan con el fin de contribuir al desarrollo económico del país, actuando sobre todo en los sectores productivos “estratégicos” o “propulsivos”, para evitar la aparición de “estrangulamientos” en puntos críticos para el desenvolvimiento del proceso de desarrollo;

(c) empresas que actúan con el fin de regular la estructura del mercado sea con una acción de quebrantamiento de las formaciones monopolísticas y oligopolísticas, sea con una acción dirigida a estabilizar el mercado operando sobre el mecanismo de los precios;

(d) empresas que actúan con fines innovativos políticos – sociales, como son esencialmente el empleo de los recursos disponibles localmente, sean estos recursos naturales, sean mano de obra;

(e) empresas que operan para garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en las diversas regiones y para conseguir la elevación de las condiciones económicas de las áreas en depresión”. (O.c., in *Studia Albortiana* nº X, 1970. p. 54).

25. Considerando não só o objetivo social da PORTOBRÁS como também a transcrição das lições das eminentes autoridades citadas, tem-se que a transformação do antigo DNPVN, uma autarquia federal, na mencionada empresa pública, visou, dentre outras razões, flexibilizar e agilizar a administração de um inquestionável serviço público, prestado em setor de fundamental interesse ao desenvolvimiento nacional, qual seja os portos e as vias navegáveis internas.

B – A Questão à Luz da Constituição Federal

26. Constitucionalmente, a questão se subsume a três artigos da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), “in verbis”:

“Art. 19 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

●●●

III – Instituir imposto sobre:

(a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

●●●

§ 1º – O disposto na alínea “a” do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes; mas não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda.

§ 2º – A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais”.

“Art. 170 – Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º – Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º – Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º – A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”.

“Art. 8º – Compete à União:

●●●

XV – Explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

●●●

(d) as vias de transportes entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território;

●●●

XVII – Legislar sobre:

(m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;
...”

27. O primeiro artigo transcrito, inserido no capítulo do sistema tributário, diz respeito ao princípio da imunidade recíproca, enquanto o segundo artigo, constante do título relativo à ordem econômica e social, visa o resguardo da igualdade de todos perante a lei, uma vez que a empresa particular não poderá resistir à concorrência da empresa pública isenta ou imune. O último artigo, propositalmente transcrito ao final, localizado no capítulo da União, no título da organização nacional, atesta a competência exclusiva desta para explorar as vias navegáveis, legislar sobre regime dos portos e navegação de cabotagem.
28. É de se salientar, no tocante ao artigo 170 e parágrafos da Constituição Federal, que o mesmo constituía o artigo 163, da Lei Maior de 1967, não encontrando parâmetro na Magna Carta de 1946. Portanto, trata-se de inovação introduzida no regime constitucional de 1967.
29. Da atenta leitura dos artigos supratranscritos da Constituição Federal e à vista de toda esta, resulta que o fato da imunidade recíproca abranger apenas as autarquias e não as empresas públicas, deve-se à circunstância destas realizarem atividade econômica visando lucro enquanto aquelas realizam serviço público prestado pelo próprio Estado e, como tal, não deve sofrer tributação. A empresa pública quando objetiva a realização de atividade monopolizada é incluída na imunidade recíproca (a contrário sensu do art. 170, § 3º da própria CF), ao passo que é sujeita ao mesmo regime das empresas privadas quando realiza semelhante tipo de atividade. O fato de, “ad exemplificatione”, o artigo 6º, parágrafo 1º, inciso III do Decreto Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968 (Art. 6º – Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o

que a importa do exterior ou o que arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e apreendida. § 1º – Considera-se também contribuinte: ... III – Os órgãos de administração pública direta, as autarquias e **empresas públicas** federais, estaduais ou municipais, **que vendam**, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, **mercadorias** que, para esse fim, **adquirirem ou produzirem...**” grifos nossos) aludir expressamente às empresas públicas não invalida, antes confirma o acima dito, eis que a atividade visada pelo legislador, “in casu”, é uma atividade normal de concorrência com a empresa privada, justificando-se a tributação.

30. Roborando o afirmado, e ficando apenas com um autor, “brevitatis causa”, socorre-se do ensinamento do saudoso Mestre Aliomar Baleeiro, que, com sua inegável autoridade de especialista na matéria, constituinte de 1946, parlamentar e Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu clássico “Limitações constitucionais ao poder de tributar”, aclara de modo a não dar margem a dúvidas:

“Não nos repugna, como adiante exporemos, a isenção de impostos locais, de uma atividade privada essencial à realização dos fins cometidos pela Constituição ao Governo Federal, ad instar do art. 19, § 2º, da CF. de 1969, em que pese a opinião contrária de Filadelfo Azevedo, Temístocles Cavalcanti e outros que escreveram sob o regime de 1946. Mas o critério identificador da isenção há de ser sempre a conexão entre o fato gerador dos impostos, que se visa a elidir, e sua atividade fundamentalmente pública ou governamental. Não basta seja tal fato a existência de bem, renda ou serviço de um Governo ou de suas autarquias. Isso não passa de presunção iuris tantum, que se exclui pela prova em contrário do poder interessado na tributação”.

Encerrando o capítulo da imunidade recíproca, o pranteado autor retorna ao ponto, sintetizando:

“Mais do que em qualquer outro ramo do Direito, no Constitucional a interpretação há de ser analógica e sistemática. A Constituição completa a Constituição. O todo esclarece cada parte. É o que se infere do art. 153, § 36, dela.

A indagação sobre os efeitos econômicos do tributo e a identificação de quem o suporta de fato, sofrendo a amputação de seus recursos, são imperativos que promanam, p. ex., do art. 19, § 1º, in fine, da CF. de 1969. E o legislador das normas gerais do Direito Financeiro o entendeu bem no art. 6º, § 1º, III, do Decreto Lei nº 406, de 1968”.



“Por que os órgãos públicos da administração direta e indireta devem pagar ICM nas vendas a particulares, ainda que só aos seus serventuários? Porque esse imposto deve atingi-los e não às entidades vendedoras, que deverão incluir os tributos nos preços como fazem as empresas privadas.

Por que as empresas públicas não monopolizadas devem submeter-se ao regime tributário das empresas privadas? Porque estas não poderiam sobreviver na livre competição se suportassem a concorrência das empresas oficiais alivadas de ônus tributários que atingissem a 20%, 30% ou mais, conforme a natureza de mercadorias, deixando de os transferir aos compradores” (O.c., 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 144, 171).

C – O Cerne da Questão

31. Uma vez expostos os antecedentes dos fatos e os fatos, foi visto que o DNPVN era uma autarquia à qual cometia a realização da importante incumbência de superintendência, orientação, controle e fiscalização da política de portos e vias navegáveis da nação. Que tal incumbência era um serviço público relevante ao desenvolvimento nacional, é ponto inquestionável após a transcrição de artigos da legislação e dos ensinamentos de acadêmicos doutrinadores do país. Extinta a aludida autarquia e sucedida pela empresa pública PORTOBRÁS, indisputável a não modificação das atribuições daquela em comparação às da nóvel empresa que, inobstante a descentralização representada pela autarquia sucedida, teve sua ação flexibilizada para melhor permitir a consecução de suas finalidades.
32. Também pelas lições dos mestres citados, constatou-se que a mudança operada não implicou, em absoluto, em perda do caráter de serviço público das funções desempenhadas pela PORTOBRÁS. Focada a questão sob a óptica da constituição, verificou-se que, com a transformação da autarquia em empresa pública, esta perdeu a imunidade recíproca que gozava sob o pálio do § 1º do artigo 19 da Lei Maior. Sem embargo, a própria Lex Legum, no § 2º do mesmo artigo 19 permite a concessão de isenções de impostos estaduais e municipais, mediante lei complementar e atendendo relevante interesse social e econômico nacional, permissão esta utilizada no item 48 da lista de serviços a que se refere o artigo 3º, inciso VI, do Decreto Lei nº 834, de 08 de setembro de 1969, “in verbis”:

“Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos prestados ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido (excetua-se a prestação do serviço ao poder público, às autarquias, a empresas concessionárias de produção de energia elétrica)”.

33. Jamais se argúa, no tocante ao ponto, haver a aludida permissão sido utilizada anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de

outubro de 1969, eis que não há discrepância entre a fundamentação constitucional da época (CF-67, art. 20, § 2º) e da atual, sendo que, ademais, idêntica disposição consta da lista municipal de serviços da Prefeitura de “X”.

34. Posta assim a questão, eis o cerne da mesma: pode a Prefeitura Municipal de “X”, ante a mera transformação do DNPVN, autarquia federal, em empresa pública, a PORTOBRÁS, alegando não mais estar esta protegida pela norma isencional do item 48 da lista de serviços editada pelo Decreto Lei nº 834, de 08 de setembro de 1969, o qual corresponde ao item “y” de sua lista de serviços, exigir da Consulente o pagamento do ISS pelos serviços de montagem e instalação dos guindastes portuários para a PORTOBRÁS?
35. Não, efetivamente não pode mais assim agir a Prefeitura Municipal de “X” e, isto, é o que se demonstrará a seguir.

D – A Interpretação de Isenção

36. Doutrinariamente, o estudo da isenção, de um modo geral, vem ligado à questão da incidência, não incidência e imunidade, eis que a conceituação de todas elas diz respeito a incidência ou não incidência, ao surgimento ou não surgimento da obrigação tributária. Legalmente, a isenção é uma forma de exclusão do crédito tributário (CTN, art. 175), instituída, necessariamente, em lei que especificará as condições e os requisitos exigidos para sua concessão, os tributos a que se aplica, bem como o prazo de sua duração, se for o caso (CTN, art. 176).

Valendo-se do ensinamento de Manoel Lourenço dos Santos, tem-se:

“Isenção é dispensa de pagamento de tributo, que o Estado concede a alguém, exonerando-o, momentaneamente, de obrigações tributárias que específica, por considerações de política econômica ou social, a seu critério” (Direito tributário. 4ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 1973. p. 84).

37. Há uma polêmica doutrinária no tocante à isenção, dividindo os doutos em duas posições: aqueles que, ante a norma isencional, entendem inexistir a obrigação tributária principal, face a não ocorrência da situação fática descrita na lei como apta a conduzir ao nascimento desta; aqueles que entendem nascida a obrigação tributária principal pela mera realização da situação fática legal descrita como fato gerador da mesma, porém, a despeito do nascimento da obrigação tributária principal, acontece a inexigibilidade do pagamento do tributo. Reduzindo a uma expressão mais simples estas posições tem-se que os primeiros vêem-se, “in casu”, uma não incidência enquanto os segundos crêem ser devido o tributo mas, há uma dispensa de seu pagamento.

38. O CTN, como visto, contornou a questão ao declarar a isenção como excludente do crédito tributário, situação que pode significar tanto uma quanto outra das posições suprarreferidas. Cumpre, todavia, realçar que o estudo do tema implica a leitura do clássico artigo do Professor Walter Barbosa Corrêa “Não-incidência, imunidade e isenção” (in RT nº 335/37), básico para posicionamento sobre a questão.
39. Sem embargo da dicotômica posição, a doutrina não discrepa, em se referindo à classificação das isenções, no aceitar aquela que, tendo em conta os fins que o preceito isentivo busca atingir, as distingue em subjetivas e objetivas. Assim, com clareza, expõe José Souto Maior Borges em seu conhecido livro “Isenções tributárias”:

“A norma jurídica de isenção subjetiva visa **direta** ou **imediatamente** às pessoas e **indireta** ou **mediatamente** aos bens, atos, fatos ou situações que, na sua ausência, estariam submetidos ao tributo, porque é ditada em função de considerações valorativas de natureza pessoal.

Diversamente, da norma jurídica de isenção objetiva à sujeição tributária, decorre uma inversão nessa fenomenologia jurídica: não sendo instituída por considerações pessoais, ela tem como alvo, **direta** e **imediatamente** certos bens, atos, fatos ou situações, só **indireta** ou **mediatamente** alcança as pessoas beneficiadas. Isto porque a relação tributária é sempre pessoal” (O.c., 1ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, p. 257/58).

40. Rubens Gomes de Souza, o mestre de todos nós, em retomando o estudo das isenções em profundo e fundamentado parecer sobre a “A reforma tributária e as isenções condicionadas”, na parte relativa ao fundamento das isenções tributárias, após explicitar que a outorga de isenção não configura uma renúncia mas, sim, uma forma de exercício do poder de tributar, expõe com a autoridade que se lhe reconhecia:

Pela mesma razão, a isenção nunca pode ser acusada de ensejar desigualdade de tratamento. A norma isencional como qualquer outra norma de lei, aplica-se às pessoas, aos bens ou aos negócios a que se refere, não a título individual, mas em razão de se encontrarem tais pessoas, bens ou negócios na situação que a lei considerou objetivamente como justificando, no interesse público, um tratamento legal específico.

Trata-se, em outras palavras, de pessoas, bens ou negócios que a lei reputa diferentes dos demais, e é da essência da igualdade de tratamento que não sejam tratadas igualmente coisas diferentes, ressalvado, é claro, que a diferença reconhecida pela lei não seja meramente arbitrária”.

Continuando, e aludindo à distinção entre as isenções condicionais ou concedidas a prazo certo e as impropriamente chamadas de gratuitas, aclara:

“Se, em ambos os casos, o fundamento da isenção é o interesse público reconhecido pela lei, o governo concedente pode – ou, melhor ainda, deve – reexaminar aquele fundamento a qualquer tempo e retirar a isenção por outra lei, sempre que se convença de que a razão de interesse público, que num dado momento a justificara, não mais subsiste”.

Prosseguindo, e arrematando a citação na parte pertinente à questão, o Mestre precisa:

“Isenções existem, com efeito, que podem atuar sem que a norma que as concede saia do campo objetivo do chamado “estatuto do contribuinte” para identificar-se com determinado beneficiário. São as isenções conferidas genericamente a determinados bens ou atividades, e que aproveitam a pessoas unicamente porque estas sejam titulares de tais bens, ou exerçam tais atividades” (O.c., in RDA nº 92, p. 3770-378).

41. Norteadando, agora, a fundamentação para o cerne da questão, chega-se à interpretação. Segundo Amilcar de Araújo Falcão, tributarista de cujo convívio a morte cedo nos privou, em seu respeitado “O fato gerador da obrigação tributária”, no estudar a interpretação das leis tributárias e após aduzir que, atualmente, como qualquer outra lei, ela comporta qualquer tipo de interpretação, expõe lapidamente:

“Interpretar uma lei é declarar-lhe o sentido, o alcance. Não há na interpretação, qualquer atividade criadora ou inovadora. A atividade intelectual do exegeta é meramente declaratória: ele declara o que se contém na lei, entendida esta racional, lógica ou sistematicamente e feitas, portanto, as necessárias correções de eventuais deficiências léxicas do texto” (O.c., 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974. p. 48).

42. Fábio Fanucchi, outro tributarista falecido há não muito, em tratando o tema da interpretação e integração da legislação tributária, pondera acertadamente:

“A integração da legislação comporta dois movimentos distintos: o de jungí-la ao sistema jurídico e o de encontrar nela a solução para todas as hipóteses que ocorram sobre a matéria que regula. A integração citada no Código Tributário Nacional envolve esses dois movimentos.

A legislação tributária não poderá ser examinada dissociadamente das demais normas jurídicas que compõem um complexo sistema de regência. Não são raras as vezes em que ela até empresta de outras legislações tipos

que servem para os seus fins, conforme já vimos no início deste estudo. No instante em que assim procede o legislador tributário, simplesmente inserindo no texto legal a denominação de um instituto de outro ramo do direito, estará obrigando o intérprete à integração da lei no sistema jurídico, visto que sem esse recurso seria impossível a elucidação daquilo que ela determinou. Mas, é evidente que nem sempre esse empréstimo expresso se verifica e, no entanto, mesmo assim, a integração do texto no sistema ainda se impõe na elucidação da lei” (Curso de direito tributário brasileiro. 3ª ed., São Paulo, Resenha Tributária, 1975. Vol. I, p. 191-197).

43. Escrevendo precisamente sobre a interpretação e aplicação das leis tributárias, o Professor Ruy Barbosa Nogueira chama a atenção ao fato de o direito tributário ser um ramo autônomo que se utiliza de conceitos e institutos próprios, de institutos doutros ramos do direito e de institutos de estrutura mista, alterada pelo direito tributário (material) para que possa atender seus fins (alcançar juridicamente a capacidade econômica do contribuinte), e conclui com a clareza que lhe é peculiar:

“Essa análise prévia, no momento da interpretação, é relevante para que o hermenauta possa saber em que fonte se terá de abeberar para apreender e bem interpretar, na sua plenitude, a respectiva categoria jurídica” (Da interpretação e da aplicação das leis tributárias. 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1974, p. 55).

44. Ainda nas lições sobre a interpretação da lei tributária, é de se trazer à colação o escólio do Professor Dino Jarach:

“Seria equivocado creer que en materia tributaria las leyes se interpretan economicamente y no juridicamente. Alguien lo dijo, pero es un desatino, porque las leyes siempre se interpretan juridicamente, y la interpretación opuesta a la jurídica, sino que, simplemente, es un criterio jurídico en el sentido de que dichas leyes deben interpretarse con una modalidad especial, inherente a su naturaleza”. ... “La interpretación no es nunca la de la letra de la ley; la ley no tiene interpretación. Lo que es objeto de la interpretación es, precisamente, la realidad, no el texto legal” (Curso superior de derecho tributario. Nueva ed., Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969. p. 274, 280).

45. Voltando a atenção ao CTN, constata-se que este, no capítulo IV do livro segundo, artigos 107 usque 112, cuida da interpretação e integração da legislação tributária, dispondo dever a autoridade competente se utilizar, na falta de disposição expressa, da seguinte ordem para aplicação da legislação tributária: I – analogia; II – princípios gerais de direito tributário; III – princípios gerais de direito público; IV – equidade (CTN, art. 108). Ora, a norma legal destina-se à autoridade competente para aplicar a legislação

tributária, a qual utilizará, de modo sucessivo, os aludidos preceitos no caso de inexistência de disposição terminante de lei. Inobstante isso, não se deve entender como taxativa a disposição do artigo 108, à vista do que rezam os artigos que se lhe seguem no mesmo capítulo, conforme a autorização ponderação do Mestre Aliomar Baleeiro que arremata:

“As velhas e novas regras da experiência humana, filtradas pelos Doutores e Tribunais, no trato das normas, em princípio encontram agasalho na busca do sentido e alcance das leis fiscais, depois de exauridos os meios do art. 108” (Direito tributário brasileiro. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 392, art. 108).

46. Em verdade, por respeito ao mandamento legal aludido e acatamento ao supratranscrito escólio, é que se iniciou o tratamento da interpretação pela citação dos ensinamentos dos Douros para, restringindo-se à parte que interessa, patentear: a) a lei tributária, como qualquer outra lei, comporta qualquer tipo de interpretação e nisto inexistente atividade criadora ou inovadora (item 41); b) a integração da legislação tributária referida no CTN implica no movimento de jungí-la ao sistema jurídico e o de encontrar nela a solução para todas as hipóteses (item 42); c) como o direito tributário se utiliza de institutos próprios, de institutos doutros ramos do direito além de institutos mistos, o hermeneuta deve atentar a esta circunstância para saber donde fundamentar-se para bem interpretar (item 43); d) a interpretação econômica não passa de critério jurídico para interpretação inerente à natureza da lei, eis que não se interpretará sua redação mas, a realidade (item 44).
47. Todavia, uma conciliação se faz necessária eis que o CTN, no mesmo capítulo da interpretação e integração da legislação tributária, fixa:

“Art. 111 – Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

●●●

II – outorga de isenção;

●●●”

48. Como harmonizar um dispositivo que explicita uma ordem de princípios a serem sucessivamente atendidos pela autoridade competente para aplicação da legislação tributária, com outro que prescreve uma interpretação literal da mesma, quando disponha sobre outorga de isenção? Usar a analogia e a equidade por um lado e a literalidade da lei no outro, não implica em antinomia?

49. Inicialmente, convém ressaltar que os parágrafos primeiro e segundo do artigo 108 do CTN se encarregam de adequar a analogia e a equidade, circunscrevendo o emprego da primeira delas no não redundar na exigência de tributo não previsto em lei e, no concernente à segunda, de modo a não permitir dispensa do pagamento de tributo devido. Atendeu-se, dessarte, o princípio da legalidade. Ademais, diga-se que a utilização dos princípios elencados no artigo 108 será feita pela autoridade na ausência de disposição expressa. O artigo 111 é terminante na sua redação, convindo não se olvidar que isenção é o não pagamento de tributo, concedido pelo Estado em consideração à razões de política econômica ou social (item 36). Se a regra é que todos contribuam, na conformidade de sua capacidade econômica, para a manutenção dos serviços públicos, a isenção não implica em ferir a isonomia mas, como bem mostrou o Mestre Rubens Gomes de Sousa, exercitar o poder de tributar no resguardo do interesse público tratando desigualmente situações diferentes (item 40).
50. Logo, não há nenhuma antinomia entre a regra do artigo 108 – que diz respeito a interpretação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conduzindo ao nascimento desta – e a regra do artigo 111 – que diz respeito à isenção e conduz ao não pagamento de tributo que seria devido caso inexistisse o preceito isencional – as quais visam situações distintas.
51. Compreende-se, assim, a intenção de não permitir o enquadramento à norma de isenção de situações não figuradas na lei concedente, evitando se arranhe a isonomia, donde prescreverem a interpretação literal nesse particular. Tal compreensão seria difícil sem o acatamento do escólio do Mestre Aliomar Baleeiro e citação dos ensinamentos dos respeitadas professores (cf. resumo do item 46), os quais ensejarão a integração dos termos do artigo 111 do CTN ao sistema jurídico (tributário), de modo a procurar neste mesmo sistema a solução para as hipóteses que ocorram em seu âmbito, realizando a referida conciliação (item 47).
52. Discorrendo sobre “Interpretação literal das isenções tributárias”, em artigo inserto na coletânea “Proposições tributárias”, organizada em memória de Rubens Gomes de Sousa, Carlos da Rocha Guimarães, conhecedor da dificuldade do tema que trata de modo brilhante, destaca, no início de seu estudo, uma frase de Goethe: “no entanto as palavras devem conter uma idéia”. Após a colocação do problema e análise de uma série de premissas, versando a interpretação das normas de interpretação, o seguro tributarista assevera com precisão:

“Se reconhecemos que a interpretação literal é insuficiente para uma correta aplicação da lei, em geral, e das leis de isenção em particular, cabe-nos indagar se devemos ficar apegados a essa interpretação “literal” do

texto que propugna a literalidade. Como salientamos acima, também o art. 111 tem de ser aplicado e nada nos impede de indagar do alcance da expressão “literalmente” por ele empregada.

Na dúvida, temos de admitir que essa expressão não poderia ter tido como finalidade excluir, do dispositivo que concede uma isenção, casos que normalmente nele se incluem pelas próprias circunstâncias que levaram à sua promulgação, sem que tal exclusão implique em verdadeira contradição com a própria lei. Essa condição com a essência da lei de isenção, implicaria, a nosso ver, em ferir a sua própria literalidade, a qual só pode ser a expressão daquele sentido, ainda que deficientemente expressado.

Rubens Gomes de Sousa já havia mostrado o sem razão de ser da interpretação literal” (V. *Compêndio de Legislação Tributária*, Editora Resenha Tributária, 1975. p. 77, nº 16).

Mais adiante, encerrando o artigo conclui:

“Com base na pesquisa do conceito do direito, e, em consequência, da fixação da natureza da interpretação jurídica, bem como das normas de interpretação do CTN, tanto à luz da sua sistemática, como de seus trabalhos preparatórios, somos levados a considerar que, quando o art. 111 do CTN fala em interpretação literal, não quer realmente negar que se adote, na interpretação das leis concessivas de isenção, o processo normal de apuração compreensiva do sentido da norma, mas simplesmente impedir que se estenda a exoneração fiscal a casos semelhantes, alargando, além do seu exato limite, o que diz a letra da lei, sem, no entanto, deixar de incluir, na interpretação do texto legal, todos os casos que a sua significação indica como nele incluídos, sem o que a própria letra da lei também estaria ferida, e a exoneração, assim truncada, ficaria sem sentido” (O.c., São Paulo, Resenha Tributária, 1975. p. 59, 61).

53. Para espancar de vez renitente dúvida de que a interpretação literal não pode senão ser entendida nos termos delimitados por Carlos da Rocha Guimarães, quais sejam: “não negar que se adote na interpretação das leis concessivas de isenção o processo normal de apuração compreensiva do sentido da norma, não alargando sua extensão para além dos limites da lei mas incluindo, na interpretação de seu texto, todos os casos que sua significação indica como nele incluídos”, transcreve-se a lição do Mestre Rubens Gomes de Sousa, citada pelo tributarista no destaque supra de seu pensamento:

“É claro que esta teoria, ligando a aplicação do direito tributário rigorosamente à letra da lei, na realidade eliminava todo o problema da interpretação, que ficava reduzido à simples análise gramatical dos textos, inclusive

quando os resultados dessa análise fossem evidentemente diversos ou mesmo contraditórios aos objetivos visados pela lei, o que sempre podia ocorrer em razão de defeitos de redação, ou da modificação das condições econômicas, políticas, sociais, etc., em relação às existentes ao tempo em que a lei fora feita. Além disso, esse método de interpretação tinha ainda o inconveniente de induzir o legislador a fazer leis casuísticas, isto é, leis que procurassem prever e regular minuciosamente todas as hipóteses possíveis". ... "Até mesmo sob o ponto de vista político, a teoria da interpretação literal ou estrita conduz a resultados pouco satisfatórios. Um sistema legal que procure regular rigidamente todas as atividades humanas é característico dos governos autoritários, de modo que a teoria da interpretação literal, inspirada em sua origem pelo liberalismo, acaba chegando ao resultando exatamente oposto, isto é, ao totalitarismo. O seu principal defeito, entretanto, é o de repousar sobre uma base cientificamente errada, a de que o direito tributário seja direito excepcional, o que, como já vimos (§ 8º), não é exato" (Compêndio de Legislação Tributária. São Paulo, Resenha Tributária, 1975. p. 77-78, nº 16).

54. Fundamentada, assim, a questão, é de se iniciar o procedimento de subsunção da mesma aos ensinamentos doutrinários e cuidar da aplicação da norma legal à situação fática. Primeiramente, é ponto pacífico que a isenção consubstanciada no item 48 da lista de serviços referida no artigo 3º, inciso VI, do Decreto Lei nº 834, de 08 de setembro de 1969, idêntica à disposição encontrada na lista de serviços da Prefeitura Municipal de "X", atende ao permissivo constitucional (cf. item 33), constituindo o referido decreto lei uma lei complementar.
55. Extrema de dúvidas é o fato de o preceito isencional do item "Y" da lista de serviços da Prefeitura Municipal de "X" consubstanciar uma isenção objetiva. Com efeito, é de se analisar este ponto estratégico à apreensão do cerne da questão. Assim, a regra é a tributação pelo ISS de serviços de instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos ao usuário final do serviço, desde que este seja feito com material fornecido exclusivamente por ele. Porém, há uma exceção à regra, e aí a isenção, qual seja: excetar-se-á da tributação pelo ISS o serviço que for prestado ao poder público e às autarquias.
56. Ora, colima o preceito isencional os serviços de instalação e montagem de aparelhos e máquinas prestados ao poder público e autarquias, com material fornecido exclusivamente por eles, não importando quem preste o serviço. O importante, é de se frisar, são os serviços prestados e para quem os mesmos são realizados. Forçosa a admissão desta circunstância eis que, em sendo um imposto indireto (que repercute), a não isenção do ISS, "in casu", implicaria no prestador do serviço englobar o "quantum" de tributo a ser pago no preço total dos serviços, repassando ao usuário final o peso da

incidência fiscal. Como o usuário final é o poder público e autarquias, necessariamente, se concluiria arcarem ambos com o imposto, implicando em violação ao princípio da imunidade recíproca.

57. Que outro não pode ser o entendimento, patenteia Bernardo Ribeiro de Moraes, procurador da Prefeitura de São Paulo, e reconhecidamente uma das maiores autoridades em ISS, quando, aludindo ao disposto no artigo 11 do Decreto Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968 (modificado pelo art. 1º da Lei Complementar nº 22, de 09 de dezembro de 1974), que versa sobre a isenção a obras de construção civil, hidráulica e engenharia consultiva contratados com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, assegura:

“No caso em tela, a lei colocou em primeiro plano os elementos objetivos dos pressupostos, não levando em conta, para sua eficácia, a pessoa relacionada a tais pressupostos. O que se isentou, através do art. 11 do Decreto Lei nº 406, de 1968, foi a execução de obras hidráulicas ou de construção civil contratadas com as pessoas ali arroladas. O legislador levou em conta, na concessão do benefício, não o prestador do serviço, mas a execução da obra e a pessoa a quem a mesma é destinada” (Doutrina e prática do imposto sobre serviços. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975. p. 577).

58. Versando hipótese que parece ter sido idealizada para o caso presente, o Professor Fernando Sainz de Bujanda, em conhecidíssimo informe preparado para o “Colóquio sobre isenções, subvenções e outros estímulos fiscais” realizado em Madrid, em 1963, no qual pugnou por uma teoria das isenções tributárias, aborda a classificação das isenções em subjetivas e objetivas, criticando as chamadas “exenciones mixtas” que, em verdade, não passam de isenções objetivas. Pontifica o festejado Mestre:

“La construcción es, em apariencia, sugestiva. Pero tan pronto como se ahonda un poco en su análisis se advierte que no es posible mantener, desde el punto de vista jurídico, la autonomía de las pretendidas exenciones mixtas. Estas no son otra coisa que una modalidad de las exenciones objetivas, según mostraré seguidamente.

Empecemos, por el fundamento de este tipo de exenciones. Es claro que, por su conducto, no se pretende tan sólo, ni siquiera primordialmente, favorecer al sujeto que, dada la estructura de la exención, ha de intervenir en la operación para que ésta quede desgravada. Lo que se persigue es que la operación, considerada en si misma, no atraiga la carga fiscal hacia ninguno de los sujetos que en ella participan. Pensemos, por ejemplo, en ciertos préstamos que realizan las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, o en las compraventas de grano en que interviene el Servicio Nacional del Trigo. Las exenciones que nuestro ordenamiento positivo decreta en favor de tales

contratos habrían de calificarse, con el empleo de los criterios antes aludidos, como mixtas, dado que el régimen de desgravación previsto exige que esos actos para estar exentos, se ejecuten por las mencionadas entidades.

Pero no es sólo a éstas a las que trata de beneficiar con la exención, sino, más bien, a los sujetos que intervienen en las citadas operaciones, ya que, verosímelmente, serían ellos quienes, en definitiva, habrían de soportar la carga fiscal, dada la facilidad con que la otra parte contratante, por su posición preeminente en el tráfico, podría repercutirles el impuesto satisfecho. Así, en los ejemplos citados, no es sólo a las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, o al Servicio Nacional del Trigo, a quienes trata de desgravar, sino también a los prestatarios y a los vendedores o adquirentes del cereal, aunque, a la hora de consignar la exención, esas personas no puedan, naturalmente, ser nominativamente designadas. Para que el beneficio fiscal pueda alcanzarles no hay más camino que eximir a la operación, considerada en su objetividad” (Hacienda y Derecho. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963. Vol. III, segunda parte, cap. IV, p. 455-456).

59. Resulta, da magistral sintetização do acatado mestre espanhol, que aplicando sua hipótese à questão, ter-se-á que os serviços de montagem e instalação dos guindastes portuários para o DNPVN, serviço este realizado com material fornecido exclusivamente por este, enquadra-se, perfeitamente, no permissivo legal, ensejando o gozo de isenção objetiva que jamais foi questionada, enquanto prestado àquela autarquia. A transformação desta em uma empresa pública, a PORTOBRÁS, que em tudo e por tudo realiza a mesmíssima função que competia ao DNPVN, como demonstrado “exabundantia”, não significou uma alteração do caráter público de seus serviços e, como tal, a PORTOBRÁS continua amparada pelo preceito isencional do item “y” da lista municipal de serviços de “X”.
60. Aí o ponto fulcral da questão pois, à descentralização dos serviços públicos prestados por antiga autarquia que se transformou em empresa pública, não se pode pretender que o Estado altere toda sua legislação tributária a fim de continuar ao amparo dos privilégios que necessariamente devem resguardar sua atividade de prestação de serviços públicos. Portanto, para deslindar a questão é preciso subsumí-la à disposição legal aplicável, qual seja, o artigo 111, inciso II do CTN. Daí a interpretação literal do preceito isencional não deve ser feita de modo a distanciar o alcance de seu texto do sistema jurídico mas, integrando-o no mesmo e buscando na apreensão de seu sentido sua efetiva razão de ser.
61. Em assim sendo, não se pode deixar de interpretar estar a Consulente sob o pálio da isenção objetiva, entendendo abranger o disposto do item y, da já aludida lista municipal de serviços, a empresa pública PORTOBRÁS, sucessora da antiga autarquia DNPVN. O contrário, qual seja, aplicar literalmente a disposição legal sob a invocação de evitar estender inadmissi-

velmente a norma isencional, é flagrante retrocesso interpretativo, desconhecimento total das normas de integração do sistema jurídico em geral e do tributário em particular, ignorância do substrato econômico da imposição fiscal, enfim, permitir que o próprio Estado arque com o peso da tributação, pelo fenômeno da repercussão tributária!

62. A jurisprudência não foi em absoluto olvidada no preparo da fundamentação do direito da Consulente, tendo sido minuciosamente consultada. Ocorre que, face a especificidade desta questão, concernente à interpretação de isenção objetiva, outorgada sem condições de quaisquer espécie e sem prazo, não se encontrou um único acórdão do Pretório Excelso, até onde se pode verificar, que pensasse a questão. Copiosos são os acórdãos referentes à isenção, focando multifários aspectos, alguns memoráveis como, por exemplo, o problema dos poderes implícitos (ao tempo da Constituição de 1946), imunidade recíproca, etc. A preferência pela doutrina deu-se por esta razão e, mesmo nela, o assunto é parcamente tratado, em razão da mencionada especificidade da hipótese legal estudada.
63. Ultimando a fundamentação desta parte relativa ao cerne da questão, interpretação de isenção tributária objetiva, traz-se à colação o escólio de Heinrich Beisse, Juiz da Corte Fiscal Federal (BFH) da República Federal da Alemanha, constante do verbete “interpretação (Auslegung)” do “Dicionário expositivo do direito tributário e das ciências fiscais”, traduzido especialmente pelos Professores Ruy Barbosa Nogueira e Gerd W. Rothmann para compor a coletânea “Estudos tributários”, editada em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa:

“A interpretação das leis apesar de toda a metodologia rigorosa é, em última análise, uma arte, cujo exercício é impregnado da personalidade do intérprete, especialmente do Juiz, da sua experiência, das idéias de ordem e posição científica básica. É necessariamente entretecida de valorações (B 2 c) como, aliás, toda a ciência jurídica nos últimos cem anos que tomou o rumo da **ciência de conceitos para o da ciência de valores**. No entanto, os Juizes de valor somente podem ser desenvolvidos dentro das limitações (d) e diretrizes do Direito Constitucional em vigor” (O.c., São Paulo, Revista Tributária. p. 38).

Conclusão

Face a tudo quanto foi explicitado, não temos dúvida alguma de que a norma isencional estudada abriga os serviços prestados pela Consulente à PORTOBRÁS em território não só da municipalidade de “X” como também de quaisquer cidades, as quais não poderão tributá-los. Tal tributação, em ocorrendo, constitui violação de direito líquido e certo, defendível através de mandado de segurança.

São Paulo, fevereiro de 1979.

SOLUÇÕES PACÍFICAS DE LITÍGIOS NA AMÉRICA LATINA: RETROSPECTIVA 1988

Guido Fernando Silva Soares

Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP

Resumo: Trata-se de analisar, nos últimos 20 anos, a situação dos conflitos regionalizados na América Latina, e das maneiras de sua solução pacífica, com o recurso aos denominados meios de soluções extrajudiciários, não previstos no sistema jurídico da Organização dos Estados Americanos, OEA. São repassados os institutos dos bons ofícios, da mediação, da conciliação e da arbitragem, com ênfase na atuação dos arranjos diplomáticos e das organizações de integração econômica regional. Em um estudo tópic, examinam-se as cláusulas compromissórias (arbitrais) tais quais existentes nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, o que pode ser um indicativo de como o Brasil tem entendido a solução arbitral nas suas relações internacionais.

Summary: This is a general analysis of the last 20 years of regional conflicts in Latin America, as well as the means which were used to deal with them, such as the so-called extrajudicial means, not included within the framework of the Organization of American States, OAS. There are considerations about mediation, conciliation and arbitration, with emphasis on the diplomatic negotiations and on the regional economic integration organization. In a topic study, there is an analysis of the arbitral clauses (compromissory clauses) such as those existing in the international agreements subscribed by Brazil, which can be good indicators of how Brazil has provided for the Country's international relations.

Unitermos: Soluções Pacíficas de Litígios Internacionais. Relações Internacionais na América Latina, fora do contexto da OEA. Arbitragem no Brasil (cláusulas arbitrais em tratados internacionais vigentes). Organizações Internacionais de integração econômica na América Latina, como soluções pacíficas de controvérsias.

RESUMO: I – Introdução: Delimitação do Tema. 2 – Os Modos de Soluções Pacíficas de Controvérsias e Seu Hermetismo. 3 – Soluções Pacíficas de Controvérsias: Impacto das Organizações Internacionais. 4 – Um Estudo de Caso: Soluções Arbitrais Previstas em Tratados em que o Brasil é Parte. 5 – Conclusões. Bibliografia.

I – Introdução: Delimitação do Tema

Do temário do Seminário “Integração Solidária para a Manutenção da Paz na América Latina”, em Caracas, organizado pelo “Instituto de Altos Estudos

de América Latina” da Universidade Simón Bolívar de Caracas, constava o tema: **Exame dos Principais Tratados Bilaterais e Multilaterais Vigentes entre Países Latino-Americanos (Não-Pertencentes ao Sistema Interamericano) sobre Soluções Pacíficas de Conflitos, com Ênfase Especial em Seu Possível Hermetismo e Suas Aplicações.** Outros relativos à mesma preocupação, quanto aos mecanismos de integração solidária e soluções pacíficas na região, igualmente figuravam da pauta do referido seminário, e tinham sido precedidos de vários estudos preliminares encetados, em particular, pela “Asociación de Investigaciones y Especialización sobre Temas Iberoamericanos”, AIETI, de Caracas.

Com a finalidade de bem distribuir as tarefas dos pesquisadores e dos resultados de seus trabalhos, o eminente Prof. Dr. Miguel Angel Burelli Rivas, Diretor do mencionado “Instituto de Altos Estudios de América Latina” de Caracas, remeteu o documento “Descripción Substantiva del Proyecto”, que deveria servir de parâmetro para as comunicações. Na verdade, qualquer análise da situação política na América Latina deve levar em consideração a existência e atuação da Organização dos Estados Americanos, OEA, ainda que seja para concluir sobre sua inoperância; o presente estudo, não estrará na análise da atuação da OEA, nem pretenderá sequer examinar as causas de sua inoperância na região, tarefa a outros atribuída.

Já a própria caracterização da América Latina, como uma entidade monolítica, pode levar a distorções e simplificações perigosas, numa análise da política internacional atual; muito mais sujeito a erros e generalizações abusivas, pretender vislumbrar um particularismo no Direito Internacional Público, quando se trata de fenômenos regionais, ou ainda, uma eventual contribuição do mundo latino-americano ao capítulo das soluções pacíficas de litígios entre Estados. Isto posto, ater-nos-emos aos termos da “Descripción Substantiva del Proyecto” que assim dispõem:

El mantenimiento de la paz preocupa a todos los países del área. Casi todos mantienen conflictos de envergadura y cada vez más generalizado y diversificados (v. Wolf Grabendorf, *Zwischenstaatliches Konfliktverhalten und Regionales Konfliktpotential in Lateinamerika*, Stiftung Wissenschaft und Politik... noviembre (1980). Generalmente se lo ha enfocado desde el punto de vista jurídico-normativo, y por eso se ha considerado que cuanto más hermetico es un tratado, mayores posibilidades existen de que se logre un arreglo satisfactorio en una situación conflictiva. Sin embargo, ejemplos múltiples y muy caracterizados (el Pacto de Bogotá es tal vez el mejor) demuestra que los Estados latinoame-

ricos son reacios a admitir procedimientos que suponen el consentimiento anticipado a soluciones que dictará obligatoriamente un órgano ajeno a las Partes. (v. Michael A. Morris y Victor Millán, **Controlling Latin American Conflicts**, Boulder, Colorado, Westview, 1984).

Segundo o extenso título enunciado para o tema, trataremos de examinar os seguintes aspectos:

a) os principais tratados bilaterais e multilaterais vigentes nos Países latino-americanos, tratados esses que não se enquadram no sistema interamericano;

b) dos tratados cuja vigência se enquadram no ítem anterior, serão examinados aqueles que, de forma direta (tratados sobre soluções pacíficas de conflitos) ou de forma indireta (tratados sobre comércio, amizade e consulta, navegação, etc., que contenham cláusulas de soluções pacíficas de conflitos), consagram o recurso às soluções pacíficas de controvérsias;

Sendo assim, tomada a qualificação do que seja **integrante do sistema interamericano**, ficam excluídos do presente trabalho os seguintes temas, que são bastante relevantes para o estudo das soluções pacíficas de controvérsias: a) a análise da Carta da OEA e sua compatibilidade com as soluções pacíficas constantes da Carta da ONU; b) o inteiro teor do Tratado Interamericano de Soluções Pacíficas; c) os mecanismos do TIAR; d) as soluções elaboradas sob a égide da OEA ou com sua efetiva participação, seja em soluções multilaterais formais ou informais, seja em soluções de caráter bilateral.

O segundo aspecto (tratados multilaterais ou bilaterais que consagram a solução pacífica de controvérsias), respeitado o limite anteriormente posto, faz-nos rejeitar um exame dos outros tratados interamericanos igualmente relevantes para o tema, tais as convenções relativas a asilo diplomático e a asilo territorial (Caracas, durante a X Conferência Interamericana, em 28 de março de 1954), a Convenção Internacional sobre a Condição dos Estrangeiros (VI Conferência Interamericana, Havana, em 28 de fevereiro de 1928), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (IX Conferência Panamericana de Bogotá, em 1948) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) e um sem número de atos internacionais votados nas reuniões ordinárias e extraordinárias dos órgãos da OEA.

O terceiro aspecto (competência e jurisdição dos órgãos de soluções pacíficas, **inter partes** e **inter alios**) pelas mesmas razões já examinadas, **não poderá tratar** do papel de mediador, conciliador, condutor de negociações nos bons officios, que o Secretário Geral da OEA, por força dos tratados interamericanos vigentes e por força dos costumes regionais, possui “pleno jure”. Tam-

bém não serão estudadas as possibilidades de atuação das reuniões “ad hoc” dos Ministros das Relações Exteriores dos Estados Interamericanos, na solução pacífica de controvérsias. Neste particular, as Reuniões de Consultas que se têm verificado, Grupo de Contadora, a respeito das propostas de paz na América Central (Colômbia, México, Panamá e Venezuela), o Grupo de Apoio **Contadora Support Group** (Argentina, Brasil, Peru e Uruguai), nos períodos de 1984 a 1987, considerados como ações de mediadores, assim como o denominado “Consenso de Cartagena” (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, República Dominicana, Equador, México, Peru, Uruguai e Venezuela), comunicado dos Ministros das Relações Exteriores e dos Responsáveis pelas Finanças dos Países envolvidos, de 22 de junho de 1984, relativo à dívida externa e desenvolvimento econômico, representam atuações diplomáticas modernas e muito mais atuantes, que os tradicionais canais existentes na OEA; sendo assim, merecerão destaque como meios de solução pacíficas de controvérsias, que não se enquadram no sistema interamericano.

c) no exame dos textos dos tratados globais de solução pacífica de controvérsias ou das cláusulas contidas em outros tratados, a ênfase será colocada na questão da competência e jurisdição dos órgãos das soluções pacíficas porventura estabelecidos naqueles instrumentos, seja no que diz respeito às partes contratantes, seja no que respeita a terceiros;

d) segundo as tendências modernas do Direito Internacional (Jessup, McNair, Ch. de Vischer, Fr. Rigaux), na análise das relações entre os Estados, merece lugar privilegiado a posição das relações comerciais entre particulares submetidos a leis de Estados diferentes e, ainda, outro tipo mais moderno, as relações entre Estados e particulares estrangeiros, relações essas que afetam diretamente o entendimento pacífico entre os Estados.

O primeiro aspecto (tratados que se encontram fora do sistema interamericano), exige uma definição do que se entende, no presente trabalho, por **sistema interamericano**. Na verdade, no capítulo de soluções pacíficas de conflitos, a própria história e o desenvolvimento orgânico e funcional da OEA demonstram a busca de mecanismos políticos e diplomáticos para evitar-se um confronto bélico entre os Estados participantes das organizações antecessoras da OEA, (a então União Pan-Americana). No regime anterior à modernização do sistema interamericano, em particular no Entre-Guerras, devem ser mencionados os esforços que resultaram durante a reunião da VI Conferência Panamericana de 1928, em Havana, na qual se assinou o Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamente) e várias outras convenções (direitos e deveres dos Estados, funcionários diplomáticos) que foram desmembradas do Projeto Eptácio Pessoa de codificação do Direito Internacional Público; de igual importância, deve-se mencionar no mesmo Entre-Guerras, a VIII Conferência Panamericana de 1938, em Lima, que, dentre as 12 declarações aprovadas, adotou a Declaração sobre a Solidariedade Continental Americana, gênese do sistema

de solidariedade que será consagrado no Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, TIAR, assinado no Rio de Janeiro a 2 de setembro de 1947, portanto, já no sistema da moderna OEA⁽¹⁾.

O sistema interamericano, na verdade, pode ser definido por um tripé, construído sobre três tratados elaborados após a Segunda Guerra Mundial, em conformidade com a instalação do sistema de segurança coletiva das Nações Unidas, com a vigência da Carta de São Francisco de 26 de junho de 1945: a **Carta da Organização dos Estados Americanos**, assinada no decurso da IX Conferência Interamericana de Bogotá de 30 de abril de 1948 (emendada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, subscrito durante a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, em vigor a partir de 27/II/1970); o **Pacto de Bogotá, Tratado Interamericano de Soluções Pacíficas**, assinado no decurso da mesma IX Conferência Interamericana de Bogotá; e o **Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, TIAR**, ou Tratado do Rio de Janeiro, assinado nessa Cidade, a 2 de setembro de 1947. Considera-se, pois, como **integrante do sistema interamericano**: a) os Estados pertencentes à OEA, nas suas relações recíprocas; b) as soluções elaboradas no marco institucional da OEA, seja por iniciativa e atuação dos Estados dentro das normas da OEA, seja por iniciativa e atuação dos funcionários investidos em funções de órgãos de soluções pacíficas de controvérsias (com ênfase nas funções de bons ofícios e mediação do Secretário-Geral da OEA); c) as atuações dos Estados ou da OEA em relação a Estados não membros da mesma, mediante a aplicação das normas específicas dos tratados interamericanos a Estados terceiros (como foi o caso questionável da importância das Decisões do Conselho da OEA, na Crise dos Mísseis Nucleares em Cuba, onde se verificou a oposição Kennedy-Khrushchov, em 1962⁽²⁾).

O quarto aspecto, (relações entre particulares e entre particulares estrangeiros e Estados situados na América), apresenta particular interesse no presente estudo, especialmente levando-se em conta a ênfase que se pretende quanto ao hermetismo dos atos normativos e sua aplicação aos Estados envolvidos. Na verdade, conforme a “Description Sustantiva del Proyecto”, existe uma relação entre hermetismo de soluções, de um lado, e de outro, as possibilidades de executar-se a medida de solução de controvérsia criada pelo ato normativo. Também se pretende demonstrar que a razão de tal correlação entre hermetismo e aplicabilidade, reside na resistência dos Estados latino-americanos de admitir soluções baseadas em procedimentos que suponham o consentimento antecipado à jurisdição de órgãos alheios às Partes. Tais temores, em que pese a atual situação econômica do mundo em geral, onde o fluxo dos capitais

(1) Veja-se: M.J. Yepes, **Philosophie du Panaméricanisme et Organisation de la Paix**, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1941.

(2) Veja-se: J.G. Stoessinger, **The Might of Nations, World Politics in Our Times**, Random House, Nova York, 1967, em particular, pág. 165 e ss.

privados é muito mais significativo que os fluxos de capitais controlados pelos Estados, podem representar uma ameaça à soberania dos Estados, soberania no sentido seiscentista de J. Bodin, mas não conseguem sequer disciplinar as relações de um mundo de relações comerciais internacionais, que se regem por normas próprias (a *lex mercatoria*) muitas vezes insusceptíveis de controle pelos Estados; enquanto, no sistema interamericano, demoram-se décadas para regulamentar a arbitragem comercial internacional, o que, enfim, foi timidamente feito no México, em 1968, (Segunda Conferência Interamericana sobre Arbitragem Comercial), que ressuscitaria a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, criada em 1933, por ocasião da Sétima Conferência Interamericana de 1933⁽³⁾. Enfim, tão somente em 30 de janeiro de 1975, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, no Panamá, foi assinada a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, por delegados de doze países, “sempre relutantes em subcreverem atos internacionais que impliquem na transformação de seu direito privado interno”⁽⁴⁾. Ora, se pensarmos que tão somente nos dias atuais (1986) nove países latino-americanos ratificaram a Convenção do Panamá (Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Uruguai e Venezuela), na qual se encontram ausentes a maioria dos Países do Continente Americano, pode-se constatar a inoperância do sistema interamericano em elaborar normas relativas à arbitragem comercial internacional. Por outro lado, é igualmente notável que existem ausências importantes na Convenção de Nova York de 10 de junho de 1958 “sobre homologação e execução de laudos arbitrais estrangeiros”, pois do Continente Americano, tão somente ratificaram a mesma: Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, México, Panamá, Trinidad-Tobago, EUA e Uruguai; quanto ao Brasil, é o único país da América Latina (talvez do mundo) a ainda ser parte do Protocolo de Genebra de 1923, “relativo a cláusulas de arbitragem”⁽⁵⁾.

No capítulo das relações entre Estados e particulares estrangeiros, a omissão do sistema interamericano é ainda mais lamentável. Na Convenção BIRD, **Convenção sobre Resolução de Controvérsias Relativas a Inversões entre Estados e Particulares**, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1965 (*Recueil des Traités* da ONU, nº 8.359), sem embargo da presença crescente dos países novos da Ásia e África, não participam Países da América Latina,

(3) Veja-se: “Report of the Vice President of the Interamerican Commercial Arbitration Commission”, Donald B. Straus, na VI Conferência Interamericana sobre Arbitragens Comerciais, realizada no Rio de Janeiro, em 5/6 de abril de 1976.

(4) **Apud** “Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Pacíficas de Litígios e das Arbitragens Comerciais Internacionais”, de Guido F.S. Soares, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 1976, vol. LXXI, pág. 163 ss.

(5) Informações **apud** Frank E. Nattier “International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards” in **Texas International Law Journal**, 1986, vol. 21, nº 3, p. 405.

além da Guiana, Jamaica e Trinidad-Tobago. Ora, se tivermos em mente que o Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Inversões, criado na Convenção BIRD, é um dos foros mais adequados a resolver controvérsias relativas a inversões de capitais privados na América Latina e que tais capitais são a grande fonte de endividamento externo da região, pouco se compreende sobre a relutância dos Países da América Latina em ficar à margem do referido Centro do BIRD e continuar apegada a uma concepção ultrapassada de soberania, ligada a uma teoria irrealista no Século XX (as doutrinas Drago e Calvo válidas para impedir as intervenções diretas dos Estados nos negócios internos de outro, com o fito de proteger inversões de seus particulares, fenômenos que hoje não mais existem, à vista da força das multinacionais e de outros meios mais poderosos e menos arriscados que as intervenções armadas diretas).

Finalmente, como necessidade preliminar, deseja-se no presente trabalho esclarecer que a análise do assunto se fez a partir da posição de um analista brasileiro, que não teve acesso à documentação já existente e preparada pela "Asociación de Investigación y Especialización sobre Temas Iberoamericanos" (AIETI) conforme consta da **Descripción Sustantiva del Proyecto**, que o autor recebeu com carta do Sr. Dr. Miguel Angel Burelli Rivas, DD. Diretor do Instituto de Altos Estudios da América Latina da Universidade Simón Bolívar, em 6 de julho de 1988. Sendo assim, o presente estudo deve refletir uma visão pessoal de um analista brasileiro, sem acesso a um levantamento global de documentação nos países latino-americanos e nos pertencentes ao Continente.

2. Os Modos de Soluções Pacíficas de Conflitos e Seu Hermetismo

Modos de soluções pacíficas de conflitos são os instrumentos elaborados pela cultura do homem, através de sua história, para prevenir o confronto armado direto ou a utilização de seu eventual emprego (ameaças indiretas ou diretas, que na linguagem moderna se denomina: dissuasão). Numa visão ampla, pode-se afirmar que a própria norma do direito seja ela uma forma de solução pacífica de conflito, na medida em que determina padrões de comportamento desejáveis pela sociedade (norma primária, ou endonorma), com a exclusão de outros, tidos por ilegais ou injustos, e que, portanto, devem ser repelidos por um sistema secundário de sanções legitimadas pela lei (norma secundária ou perinorma). Numa visão técnica, contudo, aqueles modos de solução de controvérsias são os instrumentos específicos fixados em lei, aos quais se recorrem para evitar uma confrontação: no direito interno dos Estados, os instrumentos criados pela Constituição dos mesmos e determinados pelas leis ordinárias: a atuação do Poder Judiciário, a atuação quase-judiciária dos outros órgãos do Estado (do Legislativo e da Administração) e as soluções extrajudiciárias elaboradas pelas partes, às quais a lei admite força de solucionar conflitos (a transação, a solução arbitral de litígios privados, a desistência de direitos, a negociação e rene-

gociação de contratos, negócios, etc.); no direito internacional, em particular devido à inexistência de um legislador supranacional único, à imperfeição das normas secundárias (pela inexistência de um Poder de aplicar sanções existentes), pela complexidade na existência de sujeitos soberanos, os meios pacíficos são muito mal fixados em lei, alguns apenas esquematizados e outros mal elaborados.

Na verdade, nas relações internacionais, não se pode, como nos direitos internos, buscar uma qualificação do conflito, para depois, buscar-se o meio de solucioná-los. No Direito Internacional, o formalismo dos meios de solução pacífica de conflitos pode ser antes uma dificuldade para sua utilização. Por tais motivos, a definição e classificação dos meios pacíficos de conflitos são imprecisas, variam de autor para autor, de diplomacia para diplomacia de Estados, de séculos para séculos. A própria definição dos conflitos e dos meios de solucioná-los, quando contida em tratados internacionais, pode ser uma definição passageira, susceptível de sofrer as variações conceituais e ideológicas contidas naqueles tratados definidores.

O Século XX tem sido pródigo em desafiar a tipologia dos meios pacíficos de solução de conflitos: de um lado, viu surgir conflitos novos, inexistentes à época em que os meios pacíficos clássicos foram elaborados (a dissuasão nuclear, os conflitos de natureza econômica criados por particulares e que arrastam os Estados, os conflitos nascidos da intervenção econômica do Estado na esfera da economia interna e do comércio internacional); por outro lado, elaboraram-se soluções novas, aparecidas no seio das organizações internacionais, que, ou vieram reformular a tipologia existente nos séculos anteriores (a mediação e os bons ofícios, que ganham novas formas com as atuações dos altos funcionários dos organismos internacionais) ou fazer aparecer novas (em particular, a solução judicial, nos organismos de integração econômica, a exemplo da Corte de Justiça das Comunidades Econômicas Europeias, ou a solução revolucionária da criação de sociedades comerciais internacionais interestatais, do tipo ITAIPU-BINACIONAL, ou comerciais internacionais com a participação indireta dos Estados, do tipo URENCO, LATINEQUIPE...).

Sendo assim, a tentativa de classificar os conflitos internacionais em conflitos de natureza política (nos quais os interesses conflitantes teriam origem em fatos ainda não regulados pela norma jurídica) ou de natureza jurídica (originários de uma interpretação conflitante de uma norma jurídica pré-existente), à maneira de Verdross e H. Kelsen, embora seja sedutora do ponto de vista acadêmico, não representa nenhuma solução para sua aplicação: na verdade, a classificação tem por finalidade não só conhecer a tipologia dos conflitos, mas buscar a solução adequada, ou em outras palavras, a classificação deve ter uma finalidade de dar os instrumentos adequados à sua solução.

Mesmo assim, reconhecendo a dificuldade do tema, pode-se, como o faz o

Prof. Dr. Celso D. de Albuquerque Mello⁽⁶⁾, classificar os modos de solução pacífica dos litígios internacionais em: a) **diplomáticos** (1 – negociações diplomáticas, bilaterais e multilaterais; 2 – serviços amistosos; 3 – mediação; 4 – bons ofícios); b) **jurídicos** (1 – comissão de inquérito; 2 – conciliação; 3 – arbitragem; 4 – solução judiciária); c) **políticos** (soluções dadas pelas organizações internacionais). O mesmo Prof. Albuquerque Mello reconhece a dificuldade na classificação dos institutos, ao reconhecer que os modos políticos não deixam de ser modos diplomáticos, como ocorre com a consulta. “A conciliação pode ser um modo jurídico ou político. Entretanto, colocamos nesta classificação a solução dos litígios internacionais no âmbito das organizações internacionais que têm um procedimento próprio e preferimos, assim, estudá-la em separado” (op. cit., p. 986, nota 4).

Admitida a correlação entre hermetismo das soluções pacíficas de controvérsia e a eficácia dos meios na efetiva solução dos conflitos, pode-se dizer que quanto mais formal é o modo de solução pacífica de controvérsia (por implicar numa aceitação prévia de sua instituição, de seu funcionamento, dos resultados de sua atuação no mundo formal) mais susceptível de se tornar eficaz e produzir seus efeitos no mundo prático (mais exequível é sua solução por parte dos Estados envolvidos). Os estudos sobre a eficácia das soluções mais perfeitas e formais existentes nas relações humanas, ou seja, a eficácia das decisões do Poder Judiciário no interior dos Estados, têm merecido atenção da doutrina internacional moderna. Não foi por outra razão que a **Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française**, nas “Journées Françaises de Paris et Aix-en-Provence” em 1985, propôs uma investigação internacional sobre o tema “L’Effectivité des Décisions de Justice”⁽⁷⁾, em face da perplexidade quanto à efetiva atuação na vida da sociedade das decisões judiciais, em outras palavras, aos efeitos reais das sentenças judiciais no mundo prático!

Isto posto, pode-se dizer que existe uma escala de formalismo crescente e, portanto, de possível acatamento de suas soluções no mundo real por parte dos Estados envolvidos, expressa na seguinte gradação: negociações diplomáticas multilaterais, negociações diplomáticas bilaterais, serviços amistosos, mediação, bons ofícios, comissão de inquérito, conciliação, arbitragem e solução judiciária por órgãos judicantes internacionais (aos quais se reconhece a competência ex-officio e prévia para os litígios a eles submetidos pelos Estados ou por particulares). Quanto às soluções pacíficas elaboradas a partir dos organismos internacionais, sua formalidade e/ou força normativa e eficaz dependerão das situações dos tratados fundações que os instituíram, ou dos tratados de adesão aos mesmos, conforme se verá a seguir; também, dependerão, “ratione ma-

(6) **Apud Direito Internacional Público**, Rio de Janeiro, São Paulo, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 8ª Edição, rev. e aum., 1986, pág. 977 e ss.

(7) **Apud: Travaux de l’Association Henri Capitant**, Paris, Economica, 1987.

teriae”, dos interesses conflitantes, sendo mais provável que nos organismos de integração econômica, as soluções de controvérsias sejam aceitas com mais facilidade que aquelas elaboradas por organismos de natureza política ou diplomática.

Nas últimas três décadas, os conflitos que tiveram sua solução encaminhada através de meios pacíficos na América Latina, conflitos esses que representaram uma ameaça à paz na região, ou que punham em perigo a convivência harmônica das relações comerciais entre os Estados da região, para os seguintes: a) a situação, ainda não resolvida, na América Central; b) a questão do endividamento externo dos países da região, em vias de equacionamento no que respeita a uma solução global e concertada; c) a proscrição de armas nucleares na América Latina; d) a proteção dos direitos humanos; e) o conflito das Malvinas; e f) as formas de integração econômica da região, com a modernização das estruturas existentes (transformação da ALALC na ALADI), ou a criação de órgãos específicos de soluções pacíficas de litígios de natureza econômica (instituição da Corte de Justiça do Acordo de Cartagena, em 28 de maio de 1979) e g) a Questão da Região do Canal de Beagle, que foi submetida à mediação de Sua Santidade o Papa João Paulo II, em decorrência do acordo de submissão assinado entre Argentina e Chile, em Montevidéu, em 8 de janeiro de 1979.

Na América Central, há uma situação de violação da paz na região, representada pela presença de guerrilheiros opositores ao Governo instalado na Nicarágua, que têm agido a partir de ações levadas avante, seja no território da própria Nicarágua, seja a partir de territórios dos Estados vizinhos, com o apoio aberto dos EUA (que foi mesmo trazido às barras da Corte Internacional de Justiça, no episódio da colocação de minas explosivas no litoral da Nicarágua). A partir de 1983, formou-se o Grupo de Contadora entre os seguintes países, que passaram, desde então, a oferecer sua mediação entre a Nicarágua e EUA: Colômbia, México, Panamá e Venezuela) aos quais se juntariam, posteriormente, Argentina, Brasil, Peru e Uruguai, formando o denominado Grupo de Apoio. Em 15 de fevereiro de 1987, num comunicado assinado em San José pelos Presidentes da Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Honduras, esses países se aproximam das soluções elaboradas pelo Grupo de Contadora e pelo Grupo de Apoio, no sentido de reuniões formais e conjuntas entre as partes em litígios e as partes mediadoras, em data posterior, em Esquipulas, na Guatemala. Note-se que a proposta de paz na América Central apresentada pela Costa Rica, foi aprovada pelo Senado dos EUA por uma resolução (de 97 a 1 votos) de 12 de março de 1987⁽⁸⁾.

No que respeita à questão do endividamento externo da América Latina, frente aos credores norte-americanos, europeus-ocidentais e japoneses (bancos

(8) In 26 I.L.M. 573 e as reações de Nicarágua à proposta da Costa Rica, apud 26 I.L.M. 580 (1987).

e instituições financeiras privados) e frente às instituições creditícias internacionais, (o BIRD e o BID), há **poderosas razões que militam contra** uma ação conjunta dos países da região, na elaboração de uma estratégia de renegociação dos débitos, de forma coordenada, harmônica e satisfatória a seus interesses particulares: as estruturas das dívidas são diversas em relação a cada país da América Latina; inexistem um foro de coordenação das políticas exteriores no que respeita à mencionada renegociação conjunta; inexistem formas de relacionamento conjunto da América Latina com as Comunidades Econômicas Européias (a exemplo dos acordos de Lomé entre as antigas colônias africanas e as ex-metrópoles européias), e enfim, inexistem uma real coordenação de políticas econômicas nacionais no que respeita às relações econômicas internacionais, representando os acordos bilaterais CEE/países individuais da América Latina, antes um empecilho à mencionada coordenação de políticas de países da região. É significativo que somente após a admissão da Espanha e Portugal nas Comunidades Européias em 1985, tenha o Parlamento Europeu passado a Resolução (doc. A2-194/86) “sobre as relações econômicas entre a Comunidade Européia e a América Latina (J.O.C.E. Nº C46/102 de 23 de fevereiro de 1987).

De seu lado, os Ministros das Relações Exteriores e os responsáveis pelas Finanças da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela, que a imprensa tem denominado **Grupo de Cartagena**, assinaram um **Comunicado Conjunto sobre a Dívida Externa e Desenvolvimento Econômico**, em 22 de junho de 1984, em Cartagena de Índia (texto **apud 23 I.L.M. 1169 [1984]**), com as reações do denominado “Clube de Londres”: Canadá, Comunidades Européias, França, R.F. da Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido e EUA, (“Summit Communiqué Text stresses Debtor’s Need for Greater Assistance”, no mesmo **I.L.M.**, página 1179). Para os efeitos do presente estudo, importa transcrever: **uma das declarações**

(§ 10. The Ministers reiterated the fact that each country was responsible for its own external debt negotiations. At the same time, they warned that recent experience demonstrated that the foreign debt problem affecting developing countries could not be solved just by talks with banks, the isolated action of multilateral lending organisations or the simple working of market mechanisms. Therefore, general policy guidelines on the restructuring and refinancing of debts had to be defined and accepted so that they might be used as a frame of reference for individual country negotiations. Their implementation had to be adapted to each country’s specific circumstances given the wide variety of external debt situations and the different types of measures required to reestablish conditions for growth in each particular economy)

e o estabelecimento de consultas e de acompanhamento posterior

(§ 19. To carry out the guideline and proposals set forth in this consensus, and contribute to the dialogue with creditor countries, permanently examine the international economic situation and assess the implementation of the proposed initiatives, the Ministers of Foreign Affairs and those responsible for the area of finance decided to institute a mechanisms for regional consultation and follow up. Other countries in the region may participate in this process. § 20. The Ministers agreed that this mechanism for consultation and follow up would be used to: I. facilitate the exchange of information and experiences at the regional level, as well as providing support for technical assistance in relation to debt, financing and similar questions; II. promote contacts with other developing countries outside the region; III. foster a dialogue with the Governments of creditors countries, and using the adequate procedures with international financial organizations and international banks).

Comparados com os procedimentos das décadas anteriores, e com o formalismo exagerado dos esquemas existentes ao nível do sistema interamericano, é notável a tentativa de buscar entendimentos, através da fixação de normas mínimas, dentro de um quadro geral referencial normativo, a partir do qual normas mais específicas e com normatividade específica serão elaboradas ao nível internacional e internamente coordenadas com os parceiros. É a técnica da plena utilização de normas programáticas (muito mais atuantes que os tradicionais “gentlemen’s agreements”), que são um dos instrumentais mais adequados na formulação e condução de políticas econômicas, em particular, a nível internacional (a exemplo das diretivas amplamente utilizadas nas Comunidades Econômicas Europeias).

A questão do desarmamento, que até o final da Segunda Guerra Mundial e meados de 1960, era tratada em termos de armamentos convencionais, a partir de então, com o fenômeno da escalada nuclear (impossibilidade de estabelecer-se um limite entre o armamento clássico e o armamento nuclear, por parte dos Estados detentores de armas nucleares, o que implica na impossibilidade de distinguir-se guerra clássica e guerra nuclear) tem sido tratada em termos de armamento nuclear, tanto nos foros da ONU, quanto em negociações bilaterais EUA-URSS e multilaterais em Genebra, Helsinky e Viena. São tais razões porque as questões do desarmamento clássico (redução de exércitos, delimitação de áreas de estacionamento, limitações a ações individuais dos Estados...) têm sido englobadas nas discussões sobre desarmamento nuclear.

Neste particular, a América Latina deu sua contribuição pioneira no Século XX, ao instituir uma área do globo terrestre totalmente livre de armamentos nucleares, e que seria seguida, em época recente, com a adoção, em Rarotonga, nas Ilhas Cook, em 6 de agosto de 1985, do Tratado da Zona Livre Nu-

clear do Pacífico Sul, (“The South Pacific Nuclear Free Zone Treaty”, conforme 24 I.L.M. 1440-1985). Trata-se da assinatura do Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina, assinado na cidade do México, em 14 de fevereiro de 1967, *brevitatis causa*, que denominaremos **Tratado de Tlatelolco** (nome do bairro da Capital do México, onde se situa sua Chancelaria, local da firma daquele instrumento internacional).

Também denominado Tratado do México, não resta dúvida que sua elaboração se deveu aos esforços do Embaixador Alfonso Garcia Robles, então Ministro das Relações Exteriores do México, que, somente por tais méritos, além de outros pessoais, mereceu o Prêmio Nobel da Paz de 1982; representa ele uma importante medida colateral (“collateral measure”) na expressão do Prof. Eric Stein⁽⁹⁾ no sentido de freiar a corrida armamentista e a proliferação de armas nucleares no mundo. Na verdade, segundo o Prof. Eric Stein, o Tratado de Tlatelolco é uma medida colateral, pois, juntamente com o Tratado da Antártica (Washington, em 1º de dezembro de 1959), o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e Demais Corpos Celestes (AG da ONU em 19 de dezembro de 1966) e o Tratado de Colocação de Armas Nucleares e outras Armas de Destruição Maciça nos Leitões Marítimos e nos Fundos Oceânicos e no Seu Subsolo (aberto à assinatura na AG da ONU desde outono de 1970), ao lado do Tratado de Moscou de 5 de agosto de 1963 (Proscrição de Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água) o estabelecimento do “Telefone Vermelho” entre a Casa Branca e o Kremlin (Memorando de Entendimento de 20/06/1963, para diminuir a “síndrome do ataque de surpresa”) e a criação pela ONU da Agência Internacional de Energia Atômica, a AIEA, em Viena em 1957, representam esforços de diminuir a corrida armamentista nuclear.

No que respeita ao Tratado de Tlatelolco, é a tentativa de tornar uma extensa região do universo, livre dos armamentos nucleares. Para tanto, no seu texto principal, estabelece proibições aos Estados signatários da América Latina, no sentido de refrearem-se de colocar, fabricar, transportar, deixar estocar, adquirir... qualquer arma nuclear, definida esta como “qualquer artefato que seja susceptível de liberar energia nuclear de forma não controlada e que tenha um conjunto de características próprias para o seu emprego com fins bélicos” (excluindo-se “o instrumento que possa ser utilizado para o transporte ou a propulsão do artefato... se é separável do artefato e não parte indivisível do mesmo”, art. 5º §§ 1º e 2º do Tratado de Tlatelolco).

Reconhecendo, implicitamente, que qualquer medida colateral e unilateralmente proposta por um grupo de países de uma parte do mundo, no caso o

(9) Apud “Impact of New Weapons Technology in International Law: Select Aspects” in *Recueil des Cours* da Academia de Direito Internacional da Haia, tomo 133, 1971, vol. II, pág. 250 e ss.

grupo dos países da América Latina, não teria qualquer efeito, se os Estados possuidores de armas nucleares, ou ainda, se os Estados extracontinentais ou continentais que tenham “de jure” ou “de facto” responsabilidade sobre territórios situados na área de aplicação do Tratado, não reconhecessem as medidas auto-impostas, o Tratado de Tlatelolco condicionou o início de vigência de seu texto à assinatura e vigência do **Protocolo I** (Estados extracontinentais ou continentais com responsabilidade sobre territórios na América Latina) e do **Protocolo II** (Estados que possuam armas nucleares); sendo assim, somente após a aplicação indireta do Tratado de Tlatelolco à Holanda, Reino Unido, EUA e França (Protocolo I) e aos EUA, URSS, Reino Unido, França e R.P. da China, estará o mesmo em pleno vigor (art. 28 e §§).

No que respeita ao presente estudo, o Tratado de Tlatelolco estabeleceu uma Organização para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina, **OPANAL**, que, em coordenação com a Agência Internacional de Energia Atômica, AIEA, deverá verificar, através de inspeções e controles, a aplicação do Tratado, no território dos países latino-americanos signatários do mesmo. Vê-se, assim, que é fundado um organismo internacional, com seus funcionários próprios, anacionais e imunes, com personalidade de Direito Internacional Público própria, enquanto órgãos de soluções de controvérsias e de aplicação das normas do Tratado de Tlatelolco. (Veja-se além, o papel moderno das organizações internacionais na solução pacífica de controvérsias, cujas considerações cabem *in totum* à análise do papel da OPANAL).

Na verdade, a criação da OPANAL, como meio de solução pacífica de litígios, é uma das características dominantes dos últimos tempos no Direito Internacional Público, conforme será analisado a seguir, no próximo item. Com efeito, a instituição de organismos internacionais, às quais as partes instituidoras conferem jurisdição graciosa e contenciosa sobre determinados assuntos controvertidos, pode ter uma gradação que vai desde órgãos de coordenação política e administrativa, até o grau mais complexo e elevado da criação de tribunais com jurisdição automática e prévia sobre os assuntos de sua alçada (Veja-se além).

No caso da proteção dos direitos humanos na América Latina, não se chegou até o ponto em que a Europa Ocidental atingiu, com a criação da Corte Europeia dos Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo e competência para conhecer de reclamações de indivíduos contra Estados. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, instituiu uma Comissão Interamericana de Direito Humano e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta de seus juízes nacionais dos Estados signatários, cuja competência é conhecer dos litígios a ela submetidos tão somente pelos Estados-Parte e a Comissão, após o esgotamento dos processos previstos perante esta (art. 61 §§ 1º e 2º). Sua jurisdi-

ção não é automática nem obrigatória, ficando tais efeitos condicionados à aceitação dos Estados-Partes da mesma, no momento da ratificação ou adesão da Convenção de San José, ou a qualquer momento (art. 62 § 1º), o que anula, em parte, o dever de dizer o direito da referida Corte, à revelia dos Estados!

Contudo, foi no campo da integração econômica regional que se viu aparecer uma corte judiciária, ao lado de um organismo diplomático permanente: a criação da Corte de Justiça do Acordo de Cartagena (“tout court” Corte de Justiça do Pacto Andino) pelo Tratado assinado entre Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, em 28 de maio de 1979, em Cartagena, Colômbia (em vigor a partir de 3 de maio de 1983), com seu Estatuto criado por decisão nº 184 da Comissão do Pacto Andino de 9 de agosto de 1983, com sede em Quito, Equador e composto por cinco juízes indicados pelos Estados partes do Pacto Andino⁽¹⁰⁾.

No que se refere à utilização dos meios pacíficos para solução de controvérsias entre Estados da América Latina, duas crises podem provar: a) que a adequada utilização da mediação pode prevenir um conflito bélico entre Parte em litígio (a Questão do Canal de Beagle entre Argentina e Chile) e b) que os instrumentos do sistema interamericano de solução de litígios necessitam um “aggiornamento” aos tempos atuais, a fim de tornar-se operantes e impedir a interferência de Estados extracontinentais nos assuntos situados na América Latina (a Crise das Malvinas).

Coerentes com a tradição secular de resolver os litígios relativos a fronteiras entre os Estados por meios pacíficos, presentes na história da América Latina, Argentina e Chile resolveram submeter à mediação de Sua Santidade o Papa João Paulo II, a disputa relativa aos limites marítimos no extremo sul da América do Sul, no Canal de Beagle. Através de um tratado assinado em Montevidéu em 8 de janeiro de 1979⁽¹¹⁾ os Plenipotenciários da Argentina e do Chile conferiram poderes à Sua Santidade para mediar a disputa, na aplicação “dos requisitos de justiça, equidade e prudência, como uma base segura para a coexistência fraterna” de ambos os povos (*verbatim*).

Já no conflito que opôs a Argentina à Grã-Bretanha, conflito bélico naval, onde numerosas vidas foram perdidas, a propósito da soberania sobre as ilhas Malvinas (que os britânicos denominam Falklands), nem se viu qualquer atuação conjunta dos Países latino-americanos contra a agressão extracontinental (e portanto, o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, TIAR, de 1947 permaneceu letra morta), nem as tentativas de mediação surtiram qualquer

(10) Apud 18 I.L.M. 1203 (1979) e 23 I.L.M. 422 (1984).

(11) Texto apud 18 I.L.M. 1 (1979).

efeito. A guerra se desenvolveu com sua crueza, tendo a Grã-Bretanha permanecido na posse das Ilhas Malvinas, sem que o justo título sobre a soberania na região tenha sido esclarecido e fixado pelo Direito Internacional a seu favor.

3. Solução Pacífica de Controvérsias: Impacto das Organizações Internacionais

O título desta seção do presente trabalho, propositalmente, repete o mesmo de um trabalho do Prof. Dr. Vicente Marotta Rangel, Prof. Catedrático de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, não só por querer-se prestar as homenagens devidas, como, em particular, por ser o referido trabalho extremamente importante para o tema, dada sua oportunidade e sua excelência. O artigo encontra-se publicado in *Anuario Jurídico Interamericano*, OEA, Washington, 1985.

O postulado de que os Estados Latino-Americanos são indóceis (“reacios”) à idéia de uma submissão generalizada e plena de competência a órgãos previamente constituídos, pode, com algum temperamento, ser estendida a todos os Estados na atualidade. É o que se ressalta no mencionado artigo do Prof. Marotta Rangel:

“Em decorrência do postulado da igualdade soberana dos Estados, emerge a regra pela qual a subordinação a processos de soluções de controvérsia depende de consentimento das partes na controvérsia. Daí se segue também a norma pela qual somente mediante acordo prévio entre as partes é também que, em princípio, o processo de solução é escolhido. Como aplicação prática do mesmo postulado tendem os Estados a preferirem os processos políticos aos jurídicos⁽¹²⁾.”

Apesar de estar uma organização internacional baseada na vontade expressa do Estado de acatar suas decisões, o que se depreende da assinatura de um tratado-fundação, ou da adesão a uma organização internacional já existente, o fato é que a aceitação automática da jurisdição das mesmas organizações internacionais não é matéria pacífica. O exemplo mais notável é o da aceitação da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, que é a reformulação da anterior Corte Permanente de Justiça Internacional.

Empregamos a expressão **jurisdição automática** para significar que o órgão judicante tem sua competência e jurisdição fixadas por lei, são elas inafastáveis pelas partes, uma vez que fixadas pelo legislador superior às partes em

(12) Vicente Marotta Rangel, *op. cit.*, pág. 21.

litígio e em época anterior ao surgimento do litígio; a jurisdição automática é sempre uma força em ação, independente da vontade das partes e, quando em estado latente, guarda os requisitos de vir a ser acionada, pelos motivos elencados em lei, igualmente independentes do querer das partes ou de uma das partes isoladamente. A jurisdição automática repele: a) o conceito de atividade “ad hoc” pois ela existe antes do litígio e se aplica “ratione personae” a todos os indivíduos submetidos a ela; b) o conceito de vontade concertada entre as partes, para determinar sua incidência nos assuntos trazidos a seu julgamento (mesmo que haja concerto entre as partes num tribunal nacional, a intervenção de terceiros pode transmutar o pedido inicial; c) a possibilidade de, por um acordo entre os litigantes, o julgador limitar seus poderes de dizer o direito, ou ainda de aplicar soluções não previstas em lei (o caso do julgamento fora das normas de direito, por equidade, comuns na arbitragem); d) a mudança da competência do julgador, no curso da lide, pela vontade das partes. Na verdade, na jurisdição automática, a competência e jurisdição do julgador advém de uma norma que as partes não podem modificar, desde o momento em que se submetem a ela, e, portanto, se diz que é uma jurisdição anterior ao litígio.

No outro extremo conceitual, existe o que denominamos **jurisdição construída pelas partes**, na qual os julgadores retiram seus poderes de um pacto entre os litigantes. Ela inexistente como força atual ou potencial de maneira prévia a uma controvérsia qualquer indefinida: ou ela é criada na emergência de um conflito (por um ato de criação do órgão judicante ou de aceitação de um órgão pré-existente, até então sem jurisdição sobre as partes) ou ela é posta em ação, prevista que estava para um litígio eventual e que no momento ocorreu (constituição do tribunal por força de uma cláusula, que tinha efeitos futuros, a cláusula compromissória, também dita arbitral, com a ocorrência dos pressupostos para sua entrada em ação). Na jurisdição construída pelas partes são totais os efeitos das vontades dos litigantes: a) no momento da constituição do órgão julgador, a determinação de seus poderes (determinação dos limites objetivos e subjetivos da “res judicata” arbitral); b) a prevalência da vontade concertada entre as partes, mesmo durante o decorrer do procedimento, pois é ela a fonte dos poderes do julgador; c) a plena liberdade das partes de ordenar o procedimento a ser seguido pelo julgador; d) a possibilidade de julgamento por equidade, fora das formas e regras de direito material existentes, por permissivo das partes.

O exemplo mais acabado da jurisdição automática é o da jurisdição dos órgãos judicantes dos Poderes Judiciários dos Estados; o exemplo da jurisdição construída pelas partes é o do árbitro ou árbitros que as partes elegem para dirimir um conflito. A maneira de instituição dos poderes dos primeiros, como já se disse, é a norma pré-existente à controvérsia; na arbitragem, a instituição dos julgadores, seus poderes e seus limites são criadas por um pacto; o **compromisso** (de criação da arbitragem para aquele momento) o **ato de submissão** a um organismo pré-existente, em que se reconhece sua competência e jurisdição

(veja-se o “terms of referee” existente no Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris) ou uma **cláusula compromissória**, também chamada arbitral, contida em um contrato qualquer (e a cláusula é uma disposição de resolver qualquer controvérsia nascida daquele contrato pela via arbitral, portanto, disposição para o futuro, sem que possa haver um litígio presente).

Na história recente das relações internacionais, o primeiro tipo de jurisdição que surgiu foi a jurisdição construída pelas partes, e de duas maneiras: a) na constituição de tribunais arbitrais “ad hoc”, para resolver controvérsias presentes às partes (vide a utilização generalizada da arbitragem para solucionar litígios entre os Estados, nos Séculos anteriores e, no corrente, na América do Sul, os litígios de fronteiras estatais, em particular, no Brasil, com a atuação do barão do Rio Branco); b) no estabelecimento de um mínimo de regras e uma instituição permanente, a Corte Permanente de Arbitragem, em decorrência das Conferências da Paz da Haia de 1888 e 1907. Guardou a Corte Permanente de Arbitragem da Haia seu caráter de jurisdição construída pelas partes, uma vez que o art. 31 da Convenção da Haia de 1899 dispunha que “as Potências que recorrerem à arbitragem, devem assinar um ato especial (compromisso) no qual, claramente, se determinam o objeto do litígio, assim como a extensão dos poderes dos árbitros. Tal ato implica no comprometimento das Partes a se submetem de boa fé à sentença arbitral”⁽¹³⁾.

Como jurisdição automática, os exemplos mais evidentes nas relações internacionais, são a Corte de Justiça das Comunidades Econômicas Européias e a Corte Européia dos Direitos Humanos, criadas, respectivamente pelo Tratado de Roma de 25/III/1957 (criação da CEE e da EURATOM) e pela Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, assinada, igualmente em Roma, a 4/XI/1950. Assinado o tratado-fundação da CEE (ou a esta admitido, via adesão àquele), assinada a Convenção dos Direitos Humanos de 1957 (ou feita a adesão à mesma), os Estados reconhecem **pleno jure** as jurisdições dos respectivos tribunais, não sendo necessária a assinatura posterior de qualquer outro ato de submissão aos poderes dos mesmos.

A Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora da atual Corte Internacional de Justiça, de igual forma como esta, não chegou a se constituir em um órgão judicante com uma jurisdição automática plena. Na verdade, por força do art. 36 e §§ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, institui-se a denominada **cláusula facultativa de jurisdição obrigatória**: facultativa porque os Estados **podem** subscrever atos formais em que reconheçam a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. Mas, mesmo tendo reconhecido a jurisdição obrigatória da CIJ (seja no ato de a ela serem admitidos, seja em ato

(13) Guido F.S. Soares, **Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, pág. 50 e ss.

posterior), os Estados podem a qualquer momento **retirar** o seu consentimento na jurisdição automática da mesma; por outro lado, conforme se tem observado, em que pese os termos do Estatuto, no referente à jurisdição da CIJ, os Estados, que submetem uma questão ao julgamento da mesma, na maioria das vezes, firmam um compromisso e nele estabelecem os limites do poder dos julgadores. Pode-se, pois, concluir que a Corte Internacional de Justiça é hoje uma solução a meio caminho entre a adoção da jurisdição construída pelas partes e a jurisdição automática.

No mencionado artigo, o Prof. V. Marotta Rangel admite que

No âmbito de organizações internacionais sucede, pois, cada vez com maior freqüência, que mais de um órgão leve a cabo, em relação com determinado conflito, atividades dirigidas a solucioná-lo. A difusão dessa prática e a tendência à politização das relações internacionais, o que é uma característica dos tempos contemporâneos, atuam no sentido de favorecer a viabilidade de procedimentos pacíficos diferentes ao judicial, inclusive nos casos em que este último seria utilizável. E, tal sentido se orienta particularmente a prática das organizações internacionais, tanto as de caráter político, como as de cunho não político. (*Id.*, p. 23)

O capítulo dos meios pacíficos de soluções de conflitos tem sido enriquecido com o nascimento e proliferação das organizações internacionais, sobretudo aquelas de integração econômica. Por responderem estas a uma necessidade econômica premente dos Estados participantes, tendem aquelas soluções a ser aceitas pelos participantes, podendo-se dizer que possuem maior hermetismo (no sentido proposto pelo presente estudo) que as soluções elaboradas nos organismos de vocação política geral, como a ONU, a OEA ou ainda nos esquemas normativos especialmente elaborados para dirimir controvérsias (a CIJ, o Pacto de Bogotá...).

Já se fez referência à recente criação da Corte de Justiça do Pacto Andino, criado dentro do marco institucional do Acordo de Cartagena, acordo esse que instituiu uma organização de integração econômica do tipo aproximado a um **mercado comum** (portanto, mais integrativo que as organizações de integração econômica do tipo **área de livre comércio**).

Merece transcrição, para o exame do caso de dois outros organismos de integração econômica existentes na América Latina, a ALADI (ALALC) e o MCCA, as palavras escritas pelo referido Prof. Vicente Marotta Rangel (*Id.*, p. 38), com abundante citação de outras autoridades:

Desde 1967, a ALALC contou, observa BARROS CHARLIN, com um sistema de solução de controvérsias que “combina as negociações diplomáticas clássicas com instâncias arbitrais e às quais jamais recorreram as Partes Contratantes, tradicionalmente partidárias dos entendimentos diretos”. O tratado constitutivo da ALALC contemplava nos artigos 22 e 23 a possibilidade de controvérsias entre as partes contratantes e se referia aos procedimentos a seguir em tais casos; Resoluções das Conferências das Partes Contratantes também instituíram procedimentos específicos para a eventualidade em que a aplicação dessas Resoluções provocasse discrepâncias, “Tambien es cierto – pondera Felipe Paolillo – que los órganos comunes de las instituciones de integración aparecen como foros naturales, en donde los Estados Miembros pueden ventilar sus diferencias, provocar un examen público de las mismas, y aún intentar la búsqueda, de manera informal, de una solución. Pero en ningún caso puede hablarse de “mecanismos” o de “sistema de solución de controversias” y mucho menos de “procedimientos jurisdiccionales”. Se trata de un conjunto de procedimientos simples, informales y flexibles, no vinculados entre sí, generalmente establecidos y utilizados “ad hoc”, y que en la práctica terminaron frecuentemente, por adoptar la forma de negociaciones diplomáticas”. É o que também assevera estudo, publicado em 1971, “de los procedimientos de derecho utilizados para la solución de conflictos en la ALALC”, no qual, entre outras conclusões gerais, se diz que “solo en un reducido número de controversias, los puntos conflictivos, fueron objeto de análisis jurídico muy profundos”. O tratado instituído da ALADI, de 12 de agosto de 1980, não trouxe inovações a respeito⁽¹⁴⁾.

(14) Vicente Marotta Rangel, *op. cit.*, p. 38; as citações de Barros Charlin são de “Análisis Comparativo de los Tratados de Montevideo 1960 y 1980” in **El Derecho de la Integración en América Latina**, 1979. 1982, INTAL-BID, 1983, vol. I, p. 234 nota 14 *in fine*; e Felipe Paolillo “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, in **Perspectivas**, vol. 2, p. 107 e F. Paolillo e Carlos Ons Idart, “Estudios de los Procedimientos de Hecho Utilizados para la Solución de Conflictos en la ALAC” in **Derecho de la Integración**, INTAL, nº 9, outub. de 1971, pp. 19 a 74, conforme notas no artigo do Prof. V. Marotta Rangel, “Solução Pacífica de Controvérsias e o Impacto das Organizações Internacionais”, já mencionado.

Na verdade, nos fenômenos de integração econômica, o fato de os Estados juntarem esforços para, em comum, realizarem uma tarefa que lhes é impossível realizar sozinhos, ou que é dificultada pela ação concorrencial de outros Estados vizinhos, representa um meio de solução pacífica de conflito. Dois exemplos merecem destaque, na América do Sul: a) a criação de empresas estatais binacionais, de natureza empresarial (a ITAIPU-BINACIONAL e CORPUS); e b) a instituição de organismos comunitários de gestão de recursos internacionais: no Tratado da Bacia do Prata assinado em Brasília a 23 de abril de 1969 e no Tratado de Cooperação Amazônica, assinado na mesma Capital, em 3 de julho de 1978, sendo que este último tipo, embora não seja um esquema de integração econômica "stricto sensu", pelas motivações econômicas de exploração comum dos recursos considerados, pode assim ser tido.

Por outro lado, igualmente, merece destaque a emergência de outros órgãos dos Estados na condução da diplomacia, que se alarga para compreender não só os Chefes dos Poderes Executivos, mas também os órgãos da Administração Indireta (ou Descentralizada, como é o caso da ELETROBRÁS e da ANDE na BINACIONAL ITAIPU) e ainda os Poderes Legislativos dos Estados (a institucionalização do Parlamento Latino-Americano, em Lima, em 16 de novembro de 1987).

O Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai para o "Aproveitamento Hidrelétrico dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, Pertencentes em Condomínio aos Dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a Foz do Rio Iguazu", assinado em Brasília, em 26 de abril de 1973, de maneira satisfatória e inteligente solucionou uma série de questões entre ambos os países. Foi o espírito contemporâneo que preside o moderno Direito Internacional Público que animou seu nascimento: a noção de que as normas internacionais são antes normas de construção de padrões harmoniosos de cooperação internacional do que esquemas proibitivos de condutas indesejáveis, (dando razão aos doutrinadores que vêm na norma de Direito Internacional um sistema mais de atuações do que um sistema de proibições, o Direito da Cooperação, contra o Direito Internacional Clássico).

Firmado entre Estados, Brasil e Paraguai, o Tratado de Brasília deixa intocados os limites ribeirinhos entre ambos os países e cria uma empresa binacional, com uma dupla sede, em Brasília e em Assunção, com uma presidência de duas cabeças (brasileira e paraguaia) e a diretoria dividida equanimemente entre as nacionalidades dos dois países, a empresa ITAIPU, com personalidade jurídica própria, e a finalidade de realizar o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos abrangidos pelo tratado. Constituída com a igual participação acionária da ELETROBRÁS, sociedade de economia mista de Direito brasileiro e da ANDE, autarquia de Direito paraguaio, terá, enquanto empresa de natureza comercial, as funções de administrar o empreendimento nascido com o trata-

do e realizar operações comerciais com terceiros (preferentemente, de nacionalidade brasileira ou paraguaia, na verdade, empresas controladas pelo Estado, uma vez que dedicadas à produção de energia elétrica, em ambos os países, atividades, por lei, monopolizadas pelo Estado).

Sem qualquer imunidade de jurisdição ou de execução, pois empresa de natureza comercial, a ITAIPU-BINACIONAL está sujeita às regras dos direitos privados, tanto nas relações comerciais, quanto nas relações trabalhistas em que entrar como parceiro ou contratador⁽¹⁵⁾. As divergências surgidas, no que respeita à aplicação e execução do tratado serão resolvidas pelo Conselho da ITAIPU, mas, as divergências entre os Estados (art. XXII), serão resolvidas pelos meios diplomáticos usuais, “o que não retardará ou interromperá a construção e/ou a operação do aproveitamento hidrelétrico e de suas obras e instalações auxiliares”.

Em idêntico espírito que animou a instituição da ITAIPU-BINACIONAL, em 3 de dezembro de 1974, os Chanceleres da Argentina e do Paraguai, em 3 de dezembro de 1973, assinaram em Assunção, o Tratado de Yaciretá, para o aproveitamento hidrelétrico, a melhoria das condições de navegabilidade do Rio Paraná na altura da Ilha de Yaciretá e, eventualmente, a atenuação dos efeitos depredadores das inundações produzidas por enchentes extraordinárias. É criada, igualmente, uma entidade binacional a YACIRETÁ, nos mesmos moldes que a ITAIPU-BINACIONAL.

O que é mais notável no assunto, foi a assinatura de um Acordo Tripartite assinado na cidade de Presidente Stroessner, no Paraguai, entre os Ministros das Relações Exteriores desse país, da Argentina e do Brasil, com vistas a uma coordenação dos trabalhos relativos ao regime comum do Rio Paraná e à compatibilização entre as monumentais obras de engenharia dos complexos ITAIPU e YACIRETÁ.

Importa transcrever as palavras do Prof. Dr. Jerónimo Irala Burgos, Decano da Faculdade de Ciências Jurídicas e Diplomáticas da Universidade Católica de Assunção, no seu artigo “Los Acuerdos de Itaipu, Yacireta y Corpus sobre la Explotación de los Recursos Hidroeléctricos del Rio Paraná: una Nueva Forma de Cooperación Internacional en la Cuenca del Prata, entre Paraguay, Brasil y Argentina:

Los conflictos y tensiones que enfrentaban a países del área en pleitos cuyos orígenes se remontam al coloniaje, hoy están encontrando un adecuado marco jurídico y una rica canalización económica capa-

(15) Veja-se: Guido F.S. Soares **Das Imunidades de Jurisdição e de Execução**, São Paulo, Ed. Forense, 1983.

ces de convertirlos en motivos de cooperación e inclusive de integración. Así como Alemania y Francia superaron una rivalidad secular, marcada inclusive con sangrientas guerras, por medio de un modelo de integración tan audaz como fué en su momento, el de la Comunidad Económica del Carbón || del Acero, Argentina, Brasil y Paraguay están eliminando obstáculos que se interponían en sus relaciones internacionales y llegando a acuerdos que, consolidados en la región, se proyectarán sin duda a áreas cada vez más extensas y contribuirán a hacer que América Latina vaya conquistando una presencia y una capacidad negociadora de creciente importancia en la política mundial. (Asunción, Noviembre de 1979).

No que se refere às normas relativas aos espaços de interesse comum na América do Sul, e também dentro do espírito que presidiu a formação de ITAI-PU-BINACIONAL e da empresa Argentina-Paraguaiá, merecem destaques dois Tratados assinados em Brasília: o Tratado da Bacia do Prata de 23 de abril de 1969 e o Tratado de Cooperação Amazônica de 3 de julho de 1978. São ambos tratados fechados, não susceptíveis de receber adesões e têm em comum o fato de **não prever soluções pacíficas de controvérsias por órgãos estranhos a eles** (nem cláusulas arbitrais, nem qualquer outro recurso à arbitragem ou solução judiciária em caso de desavença na interpretação dos textos). Na verdade, ambos criam órgãos de implementação dos tratados, que representam a função de executores das medidas propostas e de foros de resolução de controvérsias.

Artigo II

Os Ministros das Relações Exteriores dos Países da Bacia do Prata reunir-se-ão uma vez por ano, em data que será sugerida pelo Comitê Intergovernamental Coordenador, a fim de traçar diretrizes básicas da política comum para a consecução dos propósitos estabelecidos neste Tratado; apreciar e avaliar os resultados obtidos; celebrar consultas sobre a ação de seus respectivos Governos no âmbito do Desenvolvimento multinacional integrado da Bacia; dirigir a ação do Comitê Intergovernamental Coordenador e, em geral, adotar as providências necessárias ao cumprimento do presente Tratado através das realizações concretas por ele requeridas.

Parágrafo Primeiro. Os Ministros das Relações Exteriores poderão reunir-se em sessão extraordinária, mediante convocação efetuada pelo Comitê Intergovernamental Coordenador por solicitação de pelo menos três das Partes Contratantes.

Parágrafo Segundo. Se excepcionalmente o Ministro das Relações Exteriores de uma das Partes Contratantes não puder comparecer a uma reunião, ordinária ou extraordinária, far-se-á representar por um Delegado Especial.

Parágrafo Terceiro. As decisões tomadas em reuniões efetuadas em conformidade com este artigo requererão sempre o voto unânime dos cinco países.

Artigo III

Para os fins do presente Tratado, o comitê Intergovernamental Coordenador é reconhecido como o órgão permanente da Bacia encarregado de promover, coordenar e acompanhar o andamento das ações multinacionais, que tenham por objeto o desenvolvimento integrado da Bacia do Prata, e da assistência técnica e financeira que promova com o apoio dos organismos internacionais que estime convenientes, bem como de executar as decisões que adotem os Ministros das Relações Exteriores.

Parágrafo Primeiro. O Comitê Intergovernamental Coordenador se regerá pelo Estatuto aprovado na segunda Reunião de Chanceleres dos Países da Bacia do Prata, celebrada em Santa Cruz de la Sierra, Bolívia, de 18 a 20 de maio de 1968.

Parágrafo Segundo. Em reunião extraordinária, para tal fim especialmente convocada, poderão os Ministros das Relações Exteriores, sempre pelo voto unânime dos cinco países, reformar o Estatuto do Comitê Intergovernamental Coordenador.

Artigo IV

Sem prejuízo das disposições internas de cada país, serão órgãos de cooperação e assessoramento dos Governos as Comissões ou Secretarias nacionais, constituídas de conformidade com a Declaração Conjunta de Buenos Aires. As Comissões ou Secretarias poderão estabelecer contatos bilaterais, obedecendo sempre aos critérios e normas dos países interessados e disso mantendo devidamente informado, quando for o caso, o Comitê Intergovernamental Coordenador.

O Tratado de Cooperação Amazônica assinado em Brasília a 3 de julho de 1978, entre as Repúblicas da Bolívia, do Brasil, da Colômbia, do Equador, da Guiana, do Peru, do Suriname e da Venezuela, é um texto complexo, que versa desde questões relativas à preservação do meio ambiente, até a liberdade de navegação do Rio Amazonas, em direção ao Atlântico. Seu art. XXVI expressamente declara ser sua duração ilimitada e não estar aberto a adesões. Para o tema em estudo importa transcrever o seguinte:

Artigo XX

Sem prejuízo de que posteriormente se estabeleça a periodicidade mais adequada, os Ministros das Relações Exteriores das Partes Contratantes realizarão reuniões cada vez que o julgarem conveniente ou oportuno, a fim de fixar as diretrizes básicas da política comum, apreciar e avaliar o andamento geral do processo de cooperação amazônica e adotar as decisões tendentes à realização dos fins propostos neste instrumento.

Parágrafo Primeiro. Celebrar-se-ão reuniões dos Ministros das Relações Exteriores por iniciativa de qualquer das Partes Contratantes sempre que conte com o apoio de pelo menos outros quatro Estados Membros.

Parágrafo Segundo. A primeira reunião de Ministros das Relações Exteriores celebrar-se-á dentro de dois anos seguintes à data de entrada em vigor do presente Tratado. A sede e a data da primeira reunião serão fixadas mediante entendimento entre as Chancelarias das Partes Contratantes.

Parágrafo Terceiro. A designação do país sede das reuniões obedecerá ao critério de rodízio por ordem alfabética.

Artigo XXI

Representantes diplomáticos de alto nível das Partes Contratantes reunir-se-ão, anualmente, integrando o Conselho de Cooperação Amazônica, com as seguintes atribuições:

1. Velar pelo cumprimento dos objetivos e finalidades do Tratado.
2. Velar pelo cumprimento das decisões tomadas nas reuniões de Ministros das Relações Exteriores.
3. Recomendar às Partes a conveniência ou oportunidade de celebrar reuniões de Ministros das Relações Exteriores e preparar o temário correspondente.
4. Considerar as iniciativas e os projetos que apresentem as Partes e adotar as decisões pertinentes para a realização de estudos e projetos bilaterais ou multilaterais, cuja execução, quando for o caso, estará a cargo das Comissões Nacionais Permanentes.
5. Avaliar o cumprimento dos projetos de interesse bilaterais ou multilateral.
6. Adotar as normas para o seu funcionamento.

Parágrafo Primeiro. O Conselho poderá celebrar reuniões extraordinárias por iniciativa de qualquer das Partes Contratantes, com o apoio da maioria das demais.

Parágrafo Segundo. A sede das reuniões ordinárias obedecerá ao critério de rodízio, por ordem alfabética, entre as Partes Contratantes.

Artigo XXII

As funções de Secretaria serão exercidas, **pro tempore**, pela Parte Contratante em cujo território deva celebrar-se a seguinte reunião ordinária do Conselho de Cooperação Amazônica.

Parágrafo Único. A Secretaria **pro tempore** enviará, às Partes, a documentação pertinente.

Artigo XXIII

As Partes Contratantes criarão Comissões Nacionais Permanentes encarregadas da aplicação, em seus respectivos territórios, das disposições deste Tratado, assim como da execução das decisões adotadas pelas reuniões dos Ministros das Relações Exteriores e pelo Conselho de Cooperação Amazônica, sem prejuízo de outras atividades que lhes sejam atribuídas por cada Estado.

Artigo XXIV

Sempre que necessário, as Partes Contratantes poderão constituir comissões especiais destinadas ao estudo de problemas ou temas específicos relacionados com os fins deste Tratado.

Dos textos transcritos, importa observar a similitude de atribuições entre o Comitê Intergovernamental de Coordenação do Tratado da Bacia do Prata e o Comitê Intergovernamental Coordenador do Tratado de Cooperação Amazônica. Não só órgãos diplomáticos de assegurar a vigência dos tratados, mas igualmente órgãos executivos de coordenação de políticas governamentais e de solução pacífica de controvérsias.

Finalmente, digno de nota no capítulo de solução pacífica de controvérsias, foi o Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano, assinado em Lima, em novembro, dia 16 de 1988⁽¹⁶⁾ por delegações dos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Revelando a mais clara tendência das relações internacionais do Século XX, da sua democratização, a mencionada institucionalização, a exemplo do que ocorre com os Países da Europa Ocidental integrantes das Comunidades Econômicas Européias (o Parlamento Europeu), tenta tornar os Poderes Legislativos dos Estados copartícipes na formulação e condução dos procedimentos diplomáticos e da política exterior dos Estados.

4. Um Estudo de Caso: Soluções Arbitrais Previstas em Tratados em que o Brasil é Parte

A arbitragem, como já se mencionou, tem sua base de criação e de limites de atuação, na vontade das partes em litígio: trata-se da instituição de órgão ou órgãos judicantes, pela vontade presente e determinada numa controvérsia presente (o compromisso, ato formal que descreve o litígio e limita os poderes dos árbitros) ou pela vontade generalizada, com efeitos futuros, numa controvérsia que poderá acontecer entre as partes (cláusula compromissória ou arbitral, constante em acordos mais gerais). A grande distinção entre o compromisso e a

(16) Texto in 27 I.L.M. 430 (1988).

cláusula arbitral é a precisão em que descrevem os efeitos da manifestação da vontade: no compromisso, nomeiam-se os árbitros, descrevem-se suas atribuições, os prazos de decisão e, inclusive, os eventuais efeitos das decisões prolatadas na sentença arbitral; e fundamental no compromisso, a descrição do litígio, seu objeto, o que constituirá nos limites dentro dos quais os árbitros deverão atuar.

Já na cláusula compromissória, inexistente litígio, mesmo que as partes venham a delimitar o objeto de uma eventual controvérsia, não poderão ter o suficiente grau de previsibilidade a ponto de descrever os detalhes de uma controvérsia. Na verdade, o direito privado comparado dos Estados apontam diferentes efeitos às cláusulas compromissórias nos contratos entre particulares, que podem, com alguma adaptação, ser aplicados aos tratados: a) o efeito de uma promessa (de louvar-se em árbitros, obrigando as partes a construir o tribunal julgador ou a instituir o árbitro único); b) o efeito negativo de afastar outras soluções de litígios, notadamente, em algumas legislações, a ida aos poderes judiciários locais. No Direito Internacional, dependendo dos termos em que a cláusula é redigida nos tratados, pode ela representar um meio alternativo de recurso à arbitragem, ou um meio direto, na hipótese de falharem ou não ser possíveis outras soluções (como os bons ofícios, a mediação...).

No caso do presente artigo, para ilustrar os tipos de cláusulas compromissórias (ou arbitrais), fez-se um levantamento dos tratados em devida forma assinados pelo Brasil e dentre os mais significativos, arrolaram-se algumas cláusulas que podem ilustrar sua complexidade. Note-se, de início, que semelhantes cláusulas obedeceram a um costume internacional, não refletindo uma posição pré-estabelecida no que respeita uma tipificação das mesmas segundo uma praxe da diplomacia brasileira. Foram os tratados agrupados em três grupos: 1. tratados multilaterais; 2. tratados trilaterais (Brasil, EUA e a AIEA) e 3. tratados bilaterais. O citado levantamento tentou reunir tratados e convenções vigentes para além do sistema interamericano, como tem sido a preocupação do presente trabalho.

1 – Tratados Multilaterais⁽¹⁷⁾

1.1 – Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, assinada na Haia, em 14 de março de 1954, Decreto nº 44.851/58 (DOU-24 de novembro de 1958).

(17) A primeira data se refere à assinatura dos acordos. O Decreto é o da promulgação, em geral, acompanhado do texto oficial dos acordos. Elidiram-se as datas de início de vigência na ordem internacional, bem como as datas de aprovação pelo Congresso Nacional Brasileiro.

Art. XXII – Processo de Conciliação

1. As Potências protetoras prestarão seus bons ofícios, sempre que o considerem conveniente no interesse dos bens culturais e, especialmente, se as Partes em conflito não estiverem em acordo quanto à aplicação ou à interpretação das disposições da presente Convenção ou de seu Regulamento.

2. Para esse fim, cada uma das Potências – protetoras, a pedido de uma das Partes ou do Diretor-Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, ou por iniciativa própria, poderá propor às Partes em Conflito uma reunião de seus representantes, e, em particular, das autoridades incumbidas da proteção dos bens culturais, a qual poderá eventualmente ser celebrada em território de um país neutro apropriadamente escolhido. As partes em conflito ficam obrigadas a aceitar as propostas de reunião que lhes forem feitas. As potências protetoras proporão às Partes em conflito, para a sua aprovação, o nome de uma personalidade nacional de um país neutro, ou de uma pessoa indicada pelo Diretor-Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, a qual será convidada a participar dessa reunião na qualidade de presidente.

1.2 – Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 21 de novembro de 1947, Decreto nº 52.288/63 (DOU-30 de julho de 1963).

31ª Seção

Cada Agência especializada providenciará modos apropriados de resolver:

- a) Disputas resultantes de contratos ou outras disputas de caráter privado nas quais a agência especializada seja parte;
- b) Disputas que envolvam qualquer funcionário de uma agência especializada que, por motivo de sua posição oficial, goze de imunidade, se a imunidade não houver sido dispensada, de conformidade com as disposições da 22ª Seção.

32ª Seção

Todas as divergências resultantes da interpretação ou aplicação da presente Convenção serão submetidas à Corte Internacional de

Justiça, a não ser que, em qualquer caso, as partes convenham em recorrer a outro modo de solução. Se surgir divergência entre uma das agências especializadas, por um lado, e um membro do outro, pedir-se-á um parecer consultivo sobre qualquer questão legal em causa, de acordo com o artigo 96 da Carta e o artigo 65 do Estatuto da Corte e as disposições aplicáveis dos ajustes concluídos entre as Nações Unidas e a agência especializada interessada. O parecer emitido pela Corte será aceito como decisório pelas partes.

1.3 – Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova York em 30 de março de 1961, Decreto nº 54.216/64 (DOU-1º de setembro de 1964).

Art. 48 – Controvérsias

1. Se surgir entre duas ou mais Partes uma controvérsia acerca da interpretação ou da aplicação da presente Convenção, as referidas Partes se entenderão com o fim de resolver a controvérsia, seja por negociações, investigação, mediação, conciliação, arbitragem, recurso a organismos regionais, processo judicial, ou outros recursos pacíficos que elas venham a escolher.

2. Qualquer controvérsia que não possa ser resolvida na forma prevista será submetida à Corte Internacional de Justiça.

1.4 – Acordo sobre Privilégios e Imunidades da Agência Internacional de Energia Atômica, aprovado pela Junta de Governadores da AIEA, em Viena, a 1º de julho de 1959, Decreto nº 59.309/66 (DOU-30 de setembro de 1966).

Art. X – Solução de controvérsias

Seção 33ª

A Agência deverá prever processos adequados de solução para:

a) as controvérsias em matéria de contratos e outras controvérsias de direito privado nas quais a Agência for parte;

b) as controvérsias nas quais estiver implicado um funcionário ou um perito da Agência que, em virtude de sua situação oficial, gozar de imunidade se esta imunidade não tiver sido suspensa de acordo com as disposições das Seções 21ª e 25ª.

Seção 34^a

A menos que, num caso determinado, as partes convenham em recorrer a outro meio de solução, qualquer dúvida resultante da interpretação ou aplicação do presente Acordo será submetida à Corte Internacional de Justiça de acordo com o Estatuto da Corte. Se surgir uma controvérsia entre a Agência e um Estado-Membro e as partes não convirem em outro meio de solução, será pedido um parecer consultivo sobre qualquer questão legal suscitada, de acordo com o Artigo 96 da Carta das Nações Unidas e do Artigo 65 do Estatuto da Corte, assim como as disposições correspondentes do Acordo concluído entre a Organização das Nações Unidas e a Agência. O parecer da Corte será aceito pelas partes como decisivo.

1.5 – Convenção de Aviação Civil Internacional, (Criação da OACI) adotada em Chicago em 1944.

Capítulo XVIII Disputas e falta de Cumprimento Artigo LXXXIV Solução de Disputas

Qualquer desacordo entre dois ou mais Estados contratantes sobre a interpretação ou a aplicação desta Convenção e seus anexos que não puder ser resolvido por meio de negociações será, mediante pedido de qualquer dos Estados, envolvido no desacordo decidido pelo Conselho. Nenhum membro do Conselho terá direito a voto na solução pelo Conselho de qualquer disputa na qual seja parte interessada. Qualquer Estado contratante poderá, observado o disposto no Artigo LXXXV, pedir revisão da decisão do Conselho a um tribunal arbitral ad hoc, aceito pelos demais interessados, ou à Corte Permanente de Justiça Internacional. Qualquer Recurso desta ordem será levado ao conhecimento do Conselho dentro do prazo de 60 dias, contados a partir da data do recebimento de notificação da decisão do Conselho.

Artigo LXXXV Processo Arbitral

Se qualquer Estado contratante envolvido em disputa na qual a decisão do Conselho estiver sendo apelada não tiver aceito o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e os Estados contratantes interessados não chegarem a um acordo no tocante à

escolha do tribunal arbitral, cada um dos Estados contratantes, parte na disputa, nomeará um árbitro e estes indicarão um juiz. Se algum Estado contratante envolvido na disputa deixar de nomear um árbitro dentro de um período de três meses, contados a partir da data do apêlo, o Presidente do Conselho escolherá, de uma lista de indivíduos qualificados e disponíveis, mantida pelo Conselho, um árbitro para este Estado. Se, dentro de trinta (30) dias, os árbitros não chegarem a um acordo sobre o juiz, o Presidente do Conselho escolherá um juiz da referida lista. Os árbitros e o juiz constituirão então, conjuntamente, um tribunal arbitral. Qualquer tribunal arbitral constituído nos termos deste ou do precedente artigo adotará seu próprio processo e decidirá por maioria de votos, podendo entretanto o Conselho determinar o processo a ser adotado na hipótese de dar-se um atraso excessivo na sua opinião.

2 – Trilaterais

Acordo para a Aplicação de Salvaguardas entre o Brasil, os Estados Unidos e a Agência Internacional de Energia Atômica, concluído em Viena, a 10 de março de 1967, Decreto nº 63.705/68 (DOU-4 de dezembro de 1968).

Parte VII – Solução de Litígios

Seção 27^a

Qualquer controvérsia surgida da interpretação ou aplicação deste Acordo não solucionada por negociação ou por outro meio acordado entre as Partes interessadas, será submetida, a pedido de qualquer Parte, a um tribunal arbitral constituído como segue:

(a) Se a controvérsia envolver apenas duas das Partes deste Acordo, concordando as três Partes em que a terceira não se acha envolvida, as duas Partes interessadas designarão, cada uma, um árbitro, e os dois árbitros assim designados elegerão um terceiro, que será o Presidente. Se, no fim de trinta dias após o pedido de arbitramento, uma das duas Partes não tiver designado um árbitro, qualquer uma das duas poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça que designe um árbitro. Adotar-se-á o mesmo procedimento se, dentro de trinta dias após a designação ou nomeação do segundo árbitro, o terceiro não tiver sido eleito; ou

(b) Se a controvérsia envolver as três Partes neste Acordo, cada parte designará um árbitro e os três árbitros assim designados elegerão, por decisão unânime, um quarto árbitro, que será o Presidente, e um quinto. Se, dentro de trinta dias após o pedido de arbitramento, qualquer das Partes não tiver designado um árbitro, qualquer delas poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça para nomear o número necessário de árbitros. Aplicar-se-á o mesmo procedimento se, dentro de trinta dias após a designação ou nomeação do terceiro dos primeiros três árbitros, o Presidente ou o quinto árbitro não tiverem sido eleitos.

A maioria dos Membros do Tribunal arbitral constituirá quórum, e as decisões serão tomadas por voto da maioria. O procedimento arbitral será estabelecido pelo tribunal. As decisões do tribunal, inclusive todas as normas relativas à sua constituição, procedimento, jurisdição e a divisão entre as Partes das despesas do arbitramento obrigarão todas as Partes. A remuneração dos árbitros será fixada na mesma base daquela relativa aos juízes ad hoc da Corte Internacional de Justiça.

Seção 28^a

As decisões da Junta relativas à implementação deste Acordo, com exceção das relativas apenas à Parte VI, serão imediatamente postas em execução pelas Partes, se assim estiver previsto, até a solução final de qualquer controvérsia⁽¹⁸⁾.

3 – Bilaterais

3.1 – Tratados de Paz

3.1.1 – Acordo entre o Brasil e a Itália para Incentivar as Relações de Colaboração entre os Dois Países e Resolver as Questões Atinentes ao Tratado de Paz, firmado no Rio de Janeiro a 8 de outubro de 1949, Decreto nº 28.369/50 (DOU-3 de agosto de 1950).

Artigo X

Caso surjam entre os dois Governos divergências – o que se espera não aconteça – quanto à interpretação ou aplicação do presente

(18) A Parte VI diz respeito às despesas com a implementação das responsabilidades, que deverão ser arcadas meio a meio pelos signatários, bem como a responsabilidade exclusiva do Brasil, perante terceiros, por risco nuclear e seguros.

acordo, e que não possam estas ser resolvidas pelas vias diplomáticas normais, ou mediante um árbitro, caso com sua nomeação concordassem os dois Governos as eventuais controvérsias serão deferidas à Corte Internacional de Justiça.

- 3.1.2 – Tratado de Paz com o Japão, firmado em São Francisco, EUA, a 8 de setembro de 1951, Decreto nº 30.948/52 (DOU-23 de junho de 1952).

Capítulo VI – Solução de Conflitos

Artigo 22

Se, na opinião de algumas das Partes signatárias do presente Tratado, surgir um conflito quanto à interpretação ou execução do Tratado que não possa ser resolvido por recurso a um Tribunal especial de reclamação ou por outro meio adotado de acordo, a pendência será a requerimento de qualquer das Partes, submetida à decisão da Corte Internacional de Justiça. O Japão e as Potências Aliadas, que não sejam ainda partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, depositarão, junto ao Escrivão da Corte, na ocasião em que ratificarem o presente Tratado, e em conformidade com a resolução, de 15 de outubro de 1946, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a declaração geral de que aceitam a jurisdição da Corte de maneira geral e sem necessidade de acordo especial, quanto a todos os conflitos a que se refere este Artigo.

3.2 – Para evitar dupla-tributação

- 3.2.1 – Brasil-Noruega, Convenção para Evitar a Dupla-Tributação e Prevenir Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital, assinada no Rio de Janeiro a 20 de outubro de 1967, Decreto nº 66.110/70 (DOU-28 de janeiro de 1970, pág. 657/661).

Artigo 25 – Procedimento Amigável

(1) Quando uma residente em um Estado Contratante considerar que as medidas tomadas por um ou por ambos os Estados Contratantes conduzam ou possam conduzir, em relação a ele, a uma tributação contrária às disposições da presente Convenção, poderá independentemente dos recursos previstos pela legislação nacional desses Estados, submeter o seu caso à apreciação da autoridade competente do Estado Contratante onde residir.

(2) A autoridade competente, se a reclamação se lhe afigurar justificada e não dispuser de meios para lhe dar uma solução satisfatória, esforçar-se a por resolver o caso por meio de um entendimento amigável com a autoridade competente do outro Estado Contratante, a fim de evitar uma tributação em desacordo com esta Convenção.

(3) As autoridades competentes dos Estados Contratantes esforçar-se-ão por resolver, através de acordo amigável, as dificuldades ou as dúvidas a que possa dar lugar a interpretação ou aplicação da Convenção. Podem também conferenciar a fim de evitar a dupla tributação nos casos não previstos na Convenção.

(4) As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão comunicar-se diretamente entre si a fim de buscar um acordo nos termos indicados nos parágrafos anteriores.

3.2.2 – Brasil-Finlândia, Decreto nº 73.496/74 (DOU-21 de janeiro de 1974).

Art. 25 – “ipsis litteris” com o Brasil-Noruega.

3.2.3 – Brasil-França, Decreto nº 70.506/72 (DOU-16 de maio de 1972).

Art. 25 – “ipsis litteris” como Brasil-Noruega.

3.3 – Sobre Transportes Aéreos Regulares

3.3.1 – Brasil-Espanha firmado no Rio de Janeiro, a 28 de novembro de 1949, Decreto nº 35.178/54 (DOU-15 de março de 1954).

Artigo 12

As Autoridades Aeronáuticas de ambas as Partes Contratantes resolverão, de comum acordo, toda questão referente à interpretação e aplicação deste Acordo, e de seu Anexo. Quando isto não for possível, submeterão o assunto a um Juízo Arbitral, órgão ou entidade, à escolha das mesmas Partes Contratantes.

As Partes Contratantes comprometem-se a conformar-se com as medidas provisórias que possam ser tomadas por esse Juízo Arbitral no curso do litígio, assim como com a decisão arbitral, considerando esta em todo caso definitiva.

- 3.3.2 – Brasil-Suíça, firmado em Berna a 10 de agosto de 1948, Decreto nº 27.950/50 (DOU-8 de julho de 1950).

Artigo VII

As divergências entre as Partes Contratantes, relativas à interpretação ou aplicação do presente Acordo ou de seu Anexo, que não estiverem sujeitas às normas prescritas no capítulo XVIII da citada Convenção sobre Aviação Civil Internacional, então puderem ser resolvidas por meio de consulta direta deverão ser submetidas a um Juízo Arbitral, órgão ou entidade, à escolha das mesmas Partes Contratantes.

- 3.3.3 – Brasil-Itália, assinado em Roma, a 25 de janeiro de 1951, Decreto nº 31.419/52 (DOU-18 de setembro de 1952).

Artigo 10

As divergências entre as Partes Contratantes sobre a interpretação ou a aplicação do presente Acordo e do seu Anexo, quando não estiverem sujeitas às normas prescritas no Capítulo 18 da Convenção de Chicago, e não puderem ser resolvidas por meio de consultas diretas, serão submetidas à decisão de um Juízo Arbitral, órgão ou entidade, à escolha das mesmas Partes Contratantes. Caso tais procedimentos não forem possíveis, serão elas submetidas a um Tribunal Arbitral de três membros, dois dos quais nomeados respectivamente por uma e pela outra Parte Contratante, sendo o terceiro designado pelo Presidente do Conselho da Organização de Aviação Civil Internacional que o escolherá entre pessoas incluídas na lista de árbitros prevista pelo Regulamento da OACI e que não tenham a nacionalidade de qualquer das Partes Contratantes.

As Partes Contratantes comprometem-se a conformar-se com as decisões arbitrais que, em qualquer caso, serão consideradas como definitivas.

- 3.3.4 – Brasil-Japão, assinado no Rio de Janeiro a 14 de dezembro de 1956, Decreto nº 51.605/62 (DOU-4 de dezembro de 1962).

Artigo IX

1. Se surgir qualquer divergência entre as Partes Contratantes relativa a interpretação ou aplicação do presente acordo, as Partes

Contratantes primeiramente se esforçarão por resolvê-la mediante negociação.

2. Se as Partes Contratantes não chegarem a uma solução por negociação:

a) Podem convir em submeter a divergência a um tribunal arbitral designado por entendimento mútuo, ou a alguma outra pessoa ou órgão, para que seja emitido um parecer consultivo, ou

b) se não concordarem com isso ou se, tendo concordado em submeter a divergência a um tribunal arbitral, não puderem chegar a acordo quanto à sua composição, qualquer Parte Contratante poderá submeter a divergência ao Conselho da Organização de Aviação Civil Internacional, para que seja emitido um parecer consultivo;

c) As Partes Contratantes envidarão todos os esforços possíveis, conforme os meios de que dispuserem para dar cumprimento à opinião expressa em qualquer parecer dessa natureza.

3.3.5 – Brasil-Alemanha Federal, assinado no Rio de Janeiro a 29 de agosto de 1957, Decreto nº 54.173/64 (DOU-26 de agosto de 1964).

Artigo 12

1. Excetuadas as disposições em contrário deste Acordo, qualquer divergência entre as Partes Contratantes relativa à interpretação ou aplicação do mesmo, que não puder ser resolvida mediante consulta, será submetida a uma comissão mista de três membros, dos quais um será designado por cada Parte Contratante e o terceiro escolhido pelos dois primeiros, desde que não seja nacional de qualquer das Partes Contratantes. Cada Parte Contratante designará seu representante dentro de sessenta dias contados da data de entrega, feita por qualquer delas, de uma nota diplomática que solicite apreciação da divergência. O terceiro membro será escolhido dentro de trinta dias após a expiração do prazo de sessenta dias.

2. Se qualquer das Partes Contratantes deixar de designar seu representante dentro do prazo indicado ou se o terceiro membro não houver sido escolhido dentro do limite de trinta dias, qualquer das Partes Contratantes poderá solicitar ao Presidente do Conselho da OACI que faça a designação do membro ou membros necessários para completar a comissão.

3. As Partes Contratantes envidarão seus melhores esforços dentro dos limites de seus poderes para dar cumprimento ao parecer da comissão escolhida. Cada Parte Contratante se responsabilizará pelos gastos resultantes da atividade de seus representantes, bem como pela metade dos outros gastos.

3.3.6 – Brasil-México, assinado na Cidade do México a 17 de outubro de 1966, Decreto nº 67.697 de 3 de dezembro de 1970 (DOU-7 de dezembro de 1970).

Artigo 11

1. Salvo disposição em contrário, qualquer divergência entre as Partes relativas à interpretação ou aplicação do presente Acordo, que não puder ser resolvida por meio de consultas, será submetida, para fins de parecer consultivo, a um Tribunal de três árbitros, sendo um designado por cada uma das Partes e o terceiro pelos dois árbitros assim escolhidos, com a condição de que o terceiro árbitro não seja nacional de nenhuma das Partes. Cada uma das Partes designará um árbitro dentro do prazo de 2 meses a contar da data da apresentação, por uma das Partes à outra de uma Nota diplomática, solicitando o arbitramento de uma divergência; o terceiro árbitro será escolhido decorrido um mês após o citado período de 2 meses.

2. Se qualquer das Partes deixar de designar seu próprio árbitro no prazo de 2 meses, ou se não se chegar à designação do terceiro árbitro dentro do prazo indicado, qualquer das Partes poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça que proceda à designação ou designações que forem necessárias, mediante a seleção de árbitro ou árbitros.

3. As Partes envidarão o melhor de seus esforços, no limite de suas faculdades, para pôr em prática a opinião exarada em dito parecer consultivo. Cada parte arcará com a metade dos gastos do Tribunal arbitral.

3.3.7 – Brasil-Dinamarca. Decreto nº 66.237/70 (DOU-23 de 1º de novembro de 1970). art. 14⁽¹⁹⁾.

3.3.8 – Brasil-Suécia, Decreto nº 65.813/69 (DOU-10 de dezembro de 1969) art. 14⁽¹⁹⁾.

(19) Incorporam as regras do art. 85 da Convenção de Chicago de 1944.

- 3.3.9 – Brasil-Noruega, Decreto nº 66.238/70 (DOU-23 de fevereiro de 1970) art. 14⁽¹⁹⁾
- 3.3.10 – Brasil-Países Baixos, Decreto nº 26.900/49 (DOU-25 de agosto de 1949).
- 3.3.11 – Brasil-Turquia, Decreto nº 30.693/52 (DOU-3 de abril de 1952); repete os termos do acordo Brasil-Suíça.
- 3.3.12 – Brasil-Portugal, Decreto nº 35.902/54 (DOU-26 de outubro de 1954); seu art. VIII é idêntico ao do Acordo Brasil-Suíça.
- 3.3.13 – Brasil-Paraguai, Decreto nº 35.543/54 (DOU-28 de maio de 1954); seu art. IX é idêntico ao do Acordo Brasil-Suíça.
- 3.3.14 – Brasil-França, Decreto nº 27.538/49 (DOU-30 de dezembro de 1949); idêntico ao do Acordo Brasil-Suíça.

3.4 – Sobre Cooperação Tecnológica e Usos Pacíficos da Energia Nuclear

- 3.4.1 – Brasil-Alemanha Federal, Acordo Geral de Cooperação nos Setores da Pesquisa Científica e do Desenvolvimento Tecnológico, assinado em Bonn a 9 de junho de 1969, Decreto nº 65.160 (DOU-17 de setembro de 1969).

Artigo 12

1. As divergências surgidas quanto à interpretação ou à aplicação deste Acordo serão dirimidas sempre que possível pelas Partes Contratantes.

2. Caso não seja possível dirimir uma divergência por negociação direta, cada Parte Contratante pode exigir que a divergência seja submetida à decisão da Corte Permanente de Arbitragem da Haia.

- 3.4.2 – Brasil-Alemanha Federal, Convênio sobre a Entrada de Navios Nucleares em Águas Brasileiras e Sua Permanência em Portos Brasileiros, firmado em Brasília, a 7 de junho de 1972, Decreto nº 74.600/74 (DOU-25 de setembro de 1974).

Artigo 10

1. As Partes Contratantes procurarão resolver por via diplomática qualquer controvérsia eventualmente provocada pela interpretação ou aplicação do presente Convênio e, para esse fim, levarão em conta, primordialmente, as disposições da Convenção de Bruxelas no que concerne à responsabilidade por danos nucleares.
2. Se uma controvérsia não puder ser dirimida por essa forma, será submetida, por petição de uma das Partes Contratantes, a um tribunal arbitral.
3. O tribunal arbitral se constituirá, quando as circunstâncias o exigirem, de forma que cada Parte Contratante designe um membro e os dois membros se porão de acordo para escolher como presidente um cidadão de um terceiro Estado, o qual será nomeado pelos Governos das duas Partes Contratantes. Os membros serão designados no prazo de dois meses e o Presidente no de três meses, a partir da notificação de uma Parte Contratante à outra de que deseja submeter a controvérsia a um tribunal arbitral.
4. Se os prazos previstos no item 3 não forem observados, cada Parte Contratante poderá, na ausência de outro acordo, solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça que proceda às designações necessárias. Caso o Presidente seja cidadão de uma das Partes Contratantes ou se encontre impedido por outra causa, caberá ao seu substituto efetuar as designações. Se este também for cidadão de uma das Partes Contratantes ou se também se encontrar impedido, as designações competirão ao membro da Corte Internacional de Justiça que siga imediatamente na ordem hierárquica e não seja cidadão de uma das duas Partes Contratantes.
5. O tribunal arbitral tomará suas decisões por maioria de votos. Cada Parte Contratante custeará os gastos de seu membro e de sua representação no processo arbitral. Os gastos do Presidente e os demais gastos serão custeados em partes iguais pelas duas Partes Contratantes. O tribunal arbitral poderá adotar outra distribuição dos gastos. Nos demais, o tribunal arbitral adotará seu próprio regulamento.

3.4.3 – Brasil-Alemanha Federal, Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear, assinado em Bonn, a 27 de junho de 1975, Decreto nº 76.695/75 (DOU-2 de dezembro de 1975).

Artigo 8

(1) As Partes Contratantes empenhar-se-ão para solucionar divergências sobre a interpretação do presente Acordo por via diplomática.

(2) Quando as divergências não puderem ser solucionadas da maneira acima, adotar-se-ão processo de arbitragem previsto no Artigo 10 do Acordo sobre a Entrada de Navios Nucleares em Águas Territoriais Brasileiras e sua Estada em Portos Brasileiros, concluído entre as Partes Contratantes em 7 de junho de 1972.

3.5 – **Sobre Garantia de Investimentos**, assinado em Washington, a 6 de fevereiro de 1965, Decreto nº 57.943/66 (DOU-16 de março de 1966).

Artigo VI

1. Divergências entre os dois Governos relativas à interpretação das disposições deste Acordo serão resolvidas, na medida do possível, por meio de negociações entre os mesmos. Se determinada divergência não puder ser resolvida dentro de um período de seis meses subsequente à solicitação de tais negociações, a mesma poderá ser submetida, a pedido de qualquer um dos Governos, a arbitramento, de acordo com o parágrafo 4 deste Artigo.

2. Qualquer reivindicação concernente a um investimento garantido de conformidade com o presente Acordo, contra qualquer dos Governos, que possa constituir matéria de Direito Internacional Público, será, a pedido do Governo que formule a reivindicação, submetida a negociações. Se, ao fim de seis meses subsequentes ao pedido de negociações, os dois Governos não resolverem a reivindicação por acordo mútuo, a mesma, inclusive se a questão constitui ou não matéria de Direito Internacional Público, será submetida a arbitramento de acordo com o parágrafo 4 deste Artigo.

3. Serão excluídas das negociações e do procedimento arbitral, aqui contemplados, os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado Soberano. Em consequência, fica entendido que reivindicações decorrentes de desapropriação de bens de investidores privados estrangeiros não apresentam questões de Direito Internacional Público a não ser e até que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais

termos são definidos no Direito Internacional Público. O valor em dinheiro de qualquer reivindicação submetida para negociação ou arbitramento nos termos deste acordo, não deverá exceder à importância da compensação paga por força de garantias concedidas, em conformidade com este Acordo, com relação ao investimento objeto de reivindicação.

4. Questões surgidas nos termos dos parágrafos 1, 2 e 3 deste Artigo serão submetidas, a pedido de qualquer dos Governos, a um tribunal arbitral que se pautará pelos princípios do Direito Internacional Público, reconhecidos nos Artigos 1º e 2º do Tratado Geral Interamericano de Arbitramento, assinado em Washington, em 5 de janeiro de 1929. Somente os respectivos Governos podem requerer o processo arbitral e do mesmo participar. A escolha de árbitros e o método do seu procedimento obedecerão ao disposto nos Artigos 3º, 4º, 5º e 6º do Tratado Geral de Arbitramento de 1929. O caráter final das decisões do Tribunal Arbitral e o método para sua interpretação deverão obedecer às disposições do Artigo 7º daquele Tratado.

5. Conclusões

Estabelecer relações causais entre o hermetismo dos tratados existentes na América Latina e sua possível aplicação, não parece ser a atitude adequada para uma análise das soluções pacíficas de litígios na região. Se hermetismo quer significar abrangência entre as partes envolvidas, o que levaria à maior aplicação das normas vigentes entre elas, (e portanto os tratados bilaterais teriam maior possibilidade de produzir seus efeitos, que os multilaterais) o conceito não serve para explicar o relativo vigor dos tratados multilaterais de integração econômica na América Latina. Por outro lado, se hermetismo quer significar não uma generalização mas, antes, especialização de assuntos versados, (e, portanto, os tratados que versassem sobre assuntos tópicos teriam maior eficácia que os tratados de grandes temas e soluções generalizadas), também parece ser inservível, pois o tratado de arbitragem institucional sob a égide do Banco Mundial, para solução de litígios em matéria de investimentos internacionais, não foi assinado por quaisquer Estados da América Latina.

Falar-se em hermetismo, tão-só a partir do exame dos tratados vigentes, parece ser uma atitude pouco realista e algo simplista. Antes, é necessário examinar a real vontade dos Estados latinoamericanos em aplicar as normas que eles mesmos criam, verificar as condições de sua aplicabilidade, bem como as condições para uma continuidade de propósitos dos Governos que se sucedem.

Por outro lado, é mister considerar a mudança radical de enfoque verificado na concepção atual do Direito Internacional Público: não mais um con-

junto de normas proibitivas para assegurar a paz, mas, antes, um conjunto de normas mandamentais que asseguram a paz de maneira indireta, ao construir um edifício normativo de soluções cada vez mais criativas e integracionistas.

Na verdade, o Direito Internacional Público foi uma criação originariamente elaborada na Europa a partir do Século XVI; a América Latina, ao emergir nas relações internacionais, encontrou-o pronto e a ele se amoldou. Com a emergência de um sem número de Nações da Ásia e da África, com a existência de foros diplomáticos novíssimos, tais os organismos internacionais, um novo Direito Internacional Público do Desenvolvimento tem aparecido, em substituição àquele, “direito esse derivado não da autoridade racional, mas de uma atitude carismática dos países do Terceiro Mundo junto à opinião pública mundial”⁽²⁰⁾.

Por outro lado, um desafio existe e se baseia no princípio de que um valor só desaparece por substituição por outro, ou por morte natural (por perder suas características de valer e, assim, não mais ter os atributos de respeito e oponibilidade aos indivíduos). Ora, substituir os valores do Direito Internacional Público por uma retórica vazia e sem possibilidade de tornar-se norma (o risco do terceiro-mundismo) é atitude tão irrealista quanto imprudente, pois aqueles valores ainda estão vigentes e são eficazes na comunidade dos Estados na atualidade.

Tal desafio é o grande tema que se coloca à América Latina, de saber conviver com as normas elaboradas por Estados outros a partir do Século XVI, saber como modificá-las no seu benefício, e, eventualmente, saber como trazer sua contribuição às discussões contemporâneas para a emergência de um Direito Internacional do Desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direito Internacional Público**, Rio de Janeiro, São Paulo, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 8ª edição revista e aumentada, 1986.

ASSOCIATION Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française **L'Effectivité des Décisions de Justice**, (jornadas francesas de Paris e Aix-en-Provence), Paris, Economica, 1987.

(20) Patricia Buirette-Maurau, **La Participation du Tiers-Monde à l'Elaboration du Droit International**, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 27 e ss.

- BUIRETTE MAURAU, Patricia **La Participation du Tiers-Monde à l'Élaboration du Droit International**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.
- IRALA BURGOS, Jerónimo “Los Acuerdos de Itaipu, Yacireta y Corpus sobre la Explotación de los Recursos Hidroeléctricos del Rio Paraná: una Nueva Forma de Cooperación Internacional en la Cuenca del Prata, entre Paraguay, Brasil y Argentina”, Assunção, Faculdade de Direito da Universidade Católica, 1983, sem indicação de editor.
- NATTIER, Frank E. “International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards”, in **Texas International Law Journal**, 1986, vol. 21, nº 3.
- RANGEL, Vicente Marotta “Soluções Pacíficas de Controvérsias: Impacto das Organizações Internacionais” in **Anuário Jurídico Interamericano**, Washington, Organização dos Estados Americanos, 1985.
- SOARES, Guido Fernando Silva **Das Imunidades de Jurisdição e de Execução**, São Paulo, Forense, 1983.
- SOARES, Guido Fernando Silva “Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Pacíficas de Litígios e das Arbitragens Comerciais Internacionais” in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, ed. da Revista da FADUSP, 1976, vol. LXXI.
- STEIN, Eric “Impact of New Weapons Technology in International Law” in **Recueil des Cours** da Academia de Direito Internacional da Haia, Haia, 1971, tomo 133, vol. II.
- STOESSINGER, J.G. **The Might of Nations, World Politics in Our Times**, Nova York, Random House, 1967.
- STRAUS, Donald B. “Report of the Vice President of the Interamerican Commercial Arbitration Commission” in **VI Conferência Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional**, OEA, Rio de Janeiro, abril de 1976.
- YEPES, M.J. **Philosophie du Panaméricanisme et Organisation de la Paix**, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1945.

DESPEJO POR MAU USO DO PRÉDIO LOCADO

Antônio Cláudio da Costa Machado

Professor Assistente junto ao Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da USP

Resumo: O presente estudo tem por escopo primordial o exame da violação pelo inquilino do dever de tratar do prédio locado como se fosse seu. Parte-se da visão jurisprudencial acerca da matéria somada à pouca doutrina construída sobre o tema para se chegar a algumas conclusões assim elencadas: o dever genérico do art. 21 da Lei 6.649/79 pode ser transferido ao locatário contratualmente; o contrato de locação pode estabelecer detalhadamente como o prédio deve ser cuidado; a análise da gravidade da infração só tem lugar quando se tratar de dever legal ou contratual não especificado; na falta de exigência do locatário de relação escrita, presume-se que o prédio foi entregue em bom estado de conservação; a ação de despejo pode ser proposta no curso da relação locatícia; o locador pode cumular ao pedido de despejo o de indenização; e, finalmente, não é necessária qualquer notificação para que se viabilize a ação de despejo por mau uso do prédio locado.

Summary: The present study has as main scope the examination of the lessee violation to the duty of taking care of the building as it were his. We start by the exame of the jurisprudencial vision about the matter and also of the insufficient doctrine formed respecting the subject in order to get to some conclusions that are the following: the generical duty established by the art. 21 of the Law n. 6.649/79 can be transfered by contract to the lessee; the renting contract can establish detailedly how the lessee must take care of the building; the exame of the violation gravity takes place only when the legal duty or the non specified contractual duty is considered; in the lack of the lessee exigency for the written rol, the law presumes that the building was delivered in good shape of conservation; the action to recover the building can be deducted in the course of the reating contract; the lessor can request, besides the building recovery, indemnization; and finally, it is not necessary any communication in order to make possible the action to recover the building irregularly used.

Unitermos: Locação de Imóveis; Ação de Despejo.

1. Autoriza o art. 51 da Lei 6.649/79 a rescisão dos contratos de locação nas hipóteses previstas pelo art. 52 que prescreve: “O despejo será concedido:... II- se o locatário infringir obrigação legal ou cometer infração a obrigação contratual”. Quanto à infringência à obrigação legal, pratica-a o inquilino que violar qualquer dos deveres elencados no art. 19 da mesma lei dentre os

quais se encontra o estabelecido no inciso I que reza: “a servir-se do prédio locado para o uso convencionado... devendo tratá-lo com o mesmo cuidado, como se fosse seu”. A violação a este último dever caracteriza o que a doutrina e a jurisprudência denominam comumente de “mau uso do prédio locado”. Examinemos a figura.

2. A regra esculpida no final do inciso I do art. 19 da Lei do Inquilinato, em sua expressão, é quase que reprodução literal do inciso I do art. 1.192 do Código Civil que dispõe competir ao locatário “servir-se da coisa alugada para os usos convencionados... bem como a tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse”. Sobre a obrigação CLÓVIS BEVILAQUA já doutrinara dizendo: “Entende-se que o dono zela as suas coisas. Não servirá, porém, de escusa a abusos e desleixos, com que trate o locatário, as suas próprias coisas”. E prossegue afirmando que “a sua responsabilidade abrange atos praticados por seus prepostos, pessoas de sua família e sublocatários” (Código Civil Comentado, Francisco Alves, 1953, vol. IV, pág. 362 e 363).

A lição do mestre torna patente a objetividade do que se deve entender por tratar da coisa “com o mesmo cuidado, como se sua fosse”. Trata-se do cuidado usual, do zelo próprio, normal, dedicado por alguém a uma coisa que é sua, podendo-se invocar aqui o objetivo paradigma do “bonus pater familie”. O inquilino que não cuide da coisa como um diligente proprietário infringe, portanto, obrigação legal, mesmo que o seu zelo normal esteja abaixo deste parâmetro idealizado. É que “utilização normal” é considerada pela lei aquela que realiza o “proprietário cuidadoso” na lição de TUCCI-VILLAÇA (Tratado da Locação Predial Urbana, Saraiva, 1980, vol. I, pág. 230).

Deixa clara, ainda, o insígne CLÓVIS a extensão da responsabilidade do locatário perante o locador: viola a lei o inquilino que permite, expressa ou tacitamente, que seus serviços, familiares ou sublocatários usem a coisa locada sem emprego da diligência própria de um senhorio cuidadoso.

Praticados, assim, atos pelo inquilino que se qualifiquem como “mau uso do prédio locado” e, por conseguinte, como infringentes da obrigação de “cuidar, como se fosse seu”, nasce para o locador o direito à rescisão do contrato, o que se realiza pela propositura da ação de despejo (art. 19, inciso I, c.c. 52, inciso II, da Lei 6.649/79). Para ilustrar com algumas situações concretas o fato gerador do direito à rescisão por mau uso trazemos à colação algumas decisões que, embora antigas, se prestam perfeitamente a este mister: “DESPEJO – Infração de obrigação legal e contratual – Mau uso do prédio locado – Falta de limpeza e de conservação, além de transformação não autorizada pelo senhorio – Procedência da ação intentada no curso do contrato – Recurso provido”.

“O mau uso do prédio durante a locação representa infração do locatário aos seus deveres normais”. (RT 371/207, Ap. 78.031, TASP 5a.C.C., julg. em 04/03/66).

Examine-se, ainda, esta outra decisão: “DESPEJO – Infração de obrigação legal – Alteração do imóvel pelo locatário, embora sem lhe alterar a estrutura – Infringência caracterizada – Ação procedente”.

“O locador não está obrigado a suportar, da parte do locatário, o uso indiscriminado e prejudicial ao imóvel”.

“Está implícito em todo contrato de locação, seja escrito ou não, o dever do locatário de zelar pela conservação da coisa locada e de mantê-la na mesma situação” (RT 369/157. Ap. 131.346, TASP, 5a. C.C., julg. em 03/04/1964, Rel. Des. Góes Nobre).

Ou esta: “DESPEJO – Infração legal – Locatário que danifica o imóvel e não atende a notificações para repará-lo – Ação procedente em face das provas – Aplicação do art. 15, n.X, da Lei nº 1.300 e art. 1.193 do Código Civil.

A falta de zelo e de cuidado do locatário, que assim danifica o prédio, pode ensejar ao locador o direito de rescindir o contrato de locação” (RT 348/298. Ap. 57.996, 1a. C.C. TASP, julg. em 23/04/1963, rel. Juiz Ribeiro dos Santos).

As decisões acima aludidas, apesar de claríssimas, podem suscitar alguns questionamentos à luz da Lei do Inquilinato em vigor. Por isso, sentimo-nos obrigados a esclarecer.

3. Prescrevem os arts. 21 e 22 da Lei 6.649/79: “Art. 21. Incumbem ao locador todas as reparações de que o prédio necessitar”; “Art. 22. O locatário é obrigado a fazer por sua conta, no prédio, as reparações de estragos a que der causa desde que não provenham do uso normal”.

As regras transcritas – reproduções quase literais do disposto no art. 1.206 e seu parágrafo único do Código Civil – importam sobremaneira ao tema “sub apretiationes”, haja vista que estabelecem as fronteiras do território dentro do qual o mau uso vai poder se verificar: por um lado, a fronteira representada pelo dever genérico do locador de reparar e, de outro, a limitação imposta pelo uso normal que torna os estragos dele resultantes de inteira responsabilidade do locador (circunstância esta que também é explicitada pela parte final do inciso IV do art. 19 da Lei do Inquilinato). Ocorre, entretanto, que este estreitamento legal das obrigações do inquilino pode ceder ante uma previsão contratual expressa em contrário. São frequentes em instrumentos de avenças locatícias cláusulas que invertem a responsabilidade de conservação do prédio, impondo-a, com inúmeros detalhes e minúcias, ao locatário.

Nem se argumente, por outro lado, contra o caráter dispositivo das normas contidas nos arts. 21 e 22 da Lei 6.649/79 por não terem estas reproduzido “ip-

sis literis” o art. 1.206 do Código Civil que alude expressamente, no seu “caput”, à ressalva “salvo cláusula expressa em contrário”. À lei inquilinária pareceu despiciendo ressaltar que os contratantes podem disciplinar diferentemente suas obrigações quanto a esse aspecto, já que nenhum interesse de ordem pública se encontra envolvido na questão. Vale a pena lembrar a lição de TUCCI-VILLAÇA a respeito da relação existente entre o Código Civil e a Lei 6.649 neste diapasão: “De qualquer modo, é de ponderar-se que, com a inclusão do enunciado do art. 21 no contexto do Diploma legal comentado, ratificou o legislador do inquilinato a aplicabilidade da antiga regra do nosso Código Civil às locações prediais urbanas...” (op. cit., vol. I, pág. 248).

Assim, tem plena aplicação, ainda hoje, a decisão de 1963 – a que já fizemos referência linhas atrás – que julgou procedente pedido de despejo por mau uso constando da motivação que deixando injustificadamente de manter o prédio em bom estado de conservação, infringia a inquilina o contrato segundo o qual não só as chamadas reparações locativas ficavam a cargo da locatária, mas também todas as outras desde que não importassem na segurança do prédio (RT 348/298). É que dada a dispositividade do art. 1.206 – e dos atuais 21 e 22 da Lei 6.649/79 – pode ser validamente transferido por contrato ao inquilino o dever genérico de zelo e conservação do prédio, o que inclui evidentemente, a responsabilidade pelos chamados reparos locativos (que já são seus no silêncio do contrato) ainda que estes decorram do tempo e do uso normal. Para esta inversão de responsabilidade já chamava a atenção EDUARDO ESPINOLA há três décadas dizendo: “Não havendo estipulação contratual, o locatário só é obrigado a fazer, por sua conta, no prédio, as reparações de estragos não resultantes, como consequência natural, da ação do tempo ou do uso normal” (Manual do Inquilinato, Rio, 1959, 2ª ed., Borsoi, pág. 99). Ora, da lição infere-se que havendo estipulação em contrário, não só os pequenos reparos, mas também aqueles oriundos do tempo ou uso normal são da responsabilidade do locatário.

Sobre as “reparações locativas” especificamente – conceituadas como os pequenos reparos de estragos causados pelo inquilino – informa-nos CLÓVIS BEVILAQUA que alguns Códigos Civis de seu tempo chegaram a descer a minúcias para indicar quais seriam os estragos que corresponderiam às reparações locativas. Diz ele “... Fabio Leal propôs alguma coisa neste sentido... a colocação de fechaduras, substituição de vidros quebrados... Mas essa indicação era apenas exemplificativa” (op. cit., vol. IV, pág. 386). Outros exemplos podemos mencionar tais como tacos soltos, falta de trincas, portas deterioradas pela água, espelhos de interruptores quebrados, azulejos soltos, piso de cozinha quebrado, calhas entupidas, etc. A responsabilidade por tais reparos – repita-se – é do inquilino ainda que o contrato nada preveja (art. 1.206, par. único, do C.C. e 22 da Lei 6.649/79). Se, de outra sorte, a avença locatícia inverte expressamente a responsabilidade da conservação, que como vimos é possível, não só estes pequenos reparos, mas outros de maior significado são impostos

indubitavelmente ao inquilino. Elucidativo quanto ao aspecto fático dos estragos numa hipótese de má conservação é o acórdão atrás referido que, como parte de sua fundamentação, deixou consignado: “São inúmeras as telhas e os vidros quebrados. Os lavatórios estão em péssimo estado de conservação, apresentam o piso de cerâmica danificado, azulejos quebrados, espelhos interruptores inutilizados, as válvulas hidra e o sifão estragados, registros quebrados, bacia do mitório em péssimo estado, etc.”. E conclui, a seguir: “Em suma, por não trazer o imóvel locado em bom estado de limpeza e conservação... os peritos, em maioria, afirmaram que a locatária estava fazendo mau uso do prédio, em face das cláusulas 6a. e 7a. do contrato... Ora, a obrigação contratual da ré não era apenas a de restituir o imóvel em bom estado, mas, também, a de conservá-lo, o que, evidentemente, não fez. Houve, assim, infração e a ação é procedente...” (RT 371/207. Ap. 78.031, TASP, 5a. C.C., julg. em 04/03/1966, Rel. Juiz Carvalho Filho)

4. Outro ponto importante para a compreensão da responsabilidade do inquilino pela conservação do imóvel é o concernente à gravidade da infração, cuja repercussão vai depender da origem legal ou contratual da obrigação de conservar.

Estudando o assunto, e especificamente a evolução dos preceitos disciplinadores das infrações a contratos de locação, ensinam-nos TUCCI-VILLAÇA que “a orientação legislativa, nesse sentido, sempre foi a de determinar a gravidade da infração como pressuposto do despejo”, nada significando a supressão do vocábulo “grave” no inciso II do art. 11 da Lei 4.494/64 (op. cit., vol. II, pág. 644 e 645). Da lição, conclui-se que as pequenas faltas cometidas pelo inquilino, ou seja, aquelas violações isoladas de pouca importância – como v.g. o não reparo de um vidro trincado, de uma pintura parcialmente descascada, a não limpeza de uma parede muito tocada por mãos ou a não recolocação de um ou dois azulejos – não constituem por si só infrações capazes de gerar o direito do locador à rescisão do contrato por mau uso.

Entretanto, parece conveniente lembrar a observação que fez ARRUDA CAMPOS, “apud” TUCCI-VILLAÇA, de que, quanto ao requisito da gravidade, “a exigência é feita somente no caso de violação de cláusulas contratuais, uma vez que outras, relativas à burla da lei, são uniformemente enquadráveis entre as faltas que autorizam a rescisão” (op. cit., vol. II, pág. 645). Entendemos bem a assertiva: tudo vai depender da maior ou menor objetividade da infração cometida; a questão da gravidade não se coloca, via de regra, nas hipóteses de infração legal, tais como o abuso no direito de purgar a mora, a cessão, sublocação ou empréstimo não autorizados, a alteração da destinação contratual do imóvel, o descumprimento da obrigação de não abandonar o imóvel, de respeitar a convenção de condomínio ou de substituir o fiador insolvente; pelo contrário, o problema da gravidade se impõe comumente quando se discutam infrações contratuais como a de conservar genericamente o imóvel. É claro, a

objetividade da violação ao dever de não ceder, não abandonar ou ao de substituir o fiador é muito maior do que a objetividade da infração ao dever de conservar ou zelar, imposto genericamente pelo contrato. Agora, se o contrato de locação transfere ao locatário o dever de conservação e zelo discriminando minuciosamente as espécies de reparo que ficam sob a responsabilidade, é evidente que a questão da gravidade cai no vazio, dispensando-se, assim, o magistrado de ter de apreciá-la segundo o seu prudente arbítrio. Imagine-se, por exemplo, que o contrato imponha expressamente ao inquilino, o que é frequente, a obrigação de consertar torneiras, substituir vidros, reparar ou substituir aparelhos de instalação de água, de luz, telefone, de pintar e conservar e ou reparar rebocos, fogões, louças, aquecedores, instalações sanitárias e tudo mais que se encontre no imóvel locado, além do dever de mantê-lo em perfeitas condições de higiene e limpeza. A objetividade das infrações a tais deveres, numa hipótese como esta, é tamanha que não há de se cogitar da questão da gravidade para que o contrato possa ser rescindido via ação de despejo, desde, como é óbvio, que a perícia apure a existência de qualquer desses fatos (perícia, não simples orçamentos: Ap. 187.647, 2a. C. II TACSP, julg. em 05/02/1986, Rel. Juiz Walter Moraes).

5. Controvérsia interessante que pode nascer no bojo do processo da ação de despejo por infração ao dever legal ou contratual de zelar pelo imóvel, é a oriunda da contestação apresentada pelo locatário em que este se defenda alegando que, quando do estabelecimento da locação, o prédio já se encontrava em estado precário. Que eficácia teria tal defesa? Reflitamos sobre a questão.

Dispõe o art. 23 da Lei 6.649/79: “Art. 23. O locatário tem o direito de exigir do locador, quando este lhe entregar o prédio, relação escrita do seu estado”. A regra é reprodução quase “ipsis literis” do art. 1.207 do Código Civil.

Comentando o supracitado dispositivo da lei codificada, explica CLÓVIS BEVILAQUA que, com a exigência da relação escrita do estado do imóvel, o inquilino “ressalva a sua responsabilidade”, uma vez que tem o dever de restituir o prédio, no fim da locação, no estado em que o recebeu. E prosegue ensinando, “verbis”: “O Código confere ao locatário o direito de exigir essa relação escrita, porque a vantagem maior é dele, que tem a responsabilidade de restituir o que recebeu, e esse documento constitui para ele uma garantia. Mas o senhorio terá, também, interesse na descrição do estado do prédio, para fundamentar as reclamações, que tiver de fazer contra abusos ou extravios do locatário” (op. cit., vol. IV, pág. 387).

Trata-se, como é evidente, apenas de uma faculdade outorgada ao inquilino, que, embora esculpida pela lei para dar-lhe segurança probatória contra alegações levianas do locador, pode perfeitamente deixar de ser exercida como ocorre frequentemente na prática. E em tal hipótese, quer dizer, na falta de exigência da relação pelo inquilino e posterior propositura de despejo pelo senho-

rio fundado no mau uso, quem tem o ônus da prova? “Quid juris?” A esta pergunta responde enfaticamente o próprio CLOVIS: “Presume-se que a coisa alugada se achava em bom estado, se do contrato não consta o contrário” (op. cit., vol. IV, pág. 363). E mais a frente reitera a interpretação da norma legal (art. 1.207 do C.C.) dizendo que se o locatário não fizer a exigência quando da contratação “entende-se que o recebeu em bom estado” (op. cit., vol. IV, pág. 387). É neste sentido, também, esta antiga, porém proffica, decisão do Tribunal de Alçada onde se lê: “Examine-se, pois, se, na espécie, os danos apurados se revestem de semelhante gravidade, justificando-se até mesmo, desde logo, o rompimento do contrato de locação, evocando antes o princípio de que, se não existir ressalva respeitante ao estado do prédio, presume-se que ele foi entregue em bom estado de conservação (Rev. dos Tribunais, vol. 246/425)” (RT 358/349. Ap. 64.921, TASP, 4a. C.C., julg. em 23/12/1963, Rel. Juiz Pedro Augusto do Amaral).

6. Dúvida que merece esclarecimento, ainda no que diz respeito à infração ao dever de zelar e conservar o imóvel locado, é a relativa à possibilidade ou impossibilidade do senhorio promover ação de despejo por mau uso durante a vigência do contrato, já que tem, ao seu final, ação indenizatória pelos estragos causados. E, tangenciando essa questão, poder-se-ia perguntar se, em caso positivo, poderia o locador cumular ao pedido de rescisão (despejo) o de indenização.

Quanto ao primeiro aspecto do questionamento levantado, parece ter ficado clara a nossa opinião a respeito em virtude de tudo que até aqui foi exposto. Contudo, e para que não remanesça qualquer dúvida, apresentamos, explicitamente, o fundamento doutrinário dessa posição.

Debruçando-se sobre o assunto, ensina CARVALHO SANTOS, cuja antiga lição é frequentemente repetida pelos comentaristas, que: “Em regra, consoante a melhor doutrina, os danos devem ser ressarcidos, finda a locação. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, por isso mesmo que se o dano atingiu a substância da coisa e for irreparável durante a locação, o locador poderá, desde logo, pleitear o ressarcimento”. E prossegue afirmando que “ainda que o dano seja atualmente reparável, se pela sua natureza ou pelas circunstâncias pode se transformar em prejuízo irreparável, dificultando o útil exercício da ação de indenização dos danos, ao locador é assegurado o direito de exigir imediatamente a indenização, assim como poderia pedir mesmo a resolução do contrato” (Código Civil Interpretado, Freitas Bastos, 6a. ed., 1955, vol. XVII, pág. 76 e 77). A lição referida ampara, ainda, o ensinamento de outro mestre, EDUARDO ESPÍNOLA, que reportando-se à jurisprudência de seu tempo assevera: “... os julgados têm firmado, com o prestígio das lições doutrinárias, não ser possível impor ao dono assistir, inerte, a séria danificação do seu bem, prenúncio de uma destruição, de um perecimento, que possa evitar, rescindindo a locação,

com o despejo por mau uso, por deterioração” (op. cit., pág. 215). Confirmam-se, neste sentido, os acórdãos insertos “in” RT 200/545, 358/348, este último fundado exatamente na doutrina acima exposta, e este outro cuja transcrição parcial do fundamento parece-no relevante: “... a obrigação de restituir a coisa locada em bom estado implica a de conservá-la com zelo e diligência. Assim como proprietário algum deixaria seu imóvel arruinar-se para depois repará-lo, da mesma forma o inquilino, que substitui o proprietário no encargo de conservação, não há de permitir que o prédio fique em estado ruinoso, para só então consertá-lo ao término do contrato ou quando houver de restituí-lo (Rev. dos Tribs. vol. 147/635). Por isso mesmo, de acordo com a melhor orientação, o mau uso durante a locação representa infração do locatário aos seus deveres normais” (RT 371/207. Ap. 78.031 TASP, 5a. C.C., julg. em 04/03/1966, Rel. Juiz Carvalho Filho).

Do mesmo modo manifesta-se SILVIO CAPANEMA DE SOUZA, comentarista da vigente Lei 6.649/79, que afirma incisivamente: “Se o locatário, durante o curso do contrato, deteriora anormalmente o prédio, ainda que nada se refira o contrato quanto à conservação do imóvel, estará ele infringindo obrigação legal, sujeitando-se ao despejo, com base no inciso II” (A Nova Lei do Inquilinato, Rio, Forense, 1979, pág. 284).

No que concerne à segunda dúvida suscitada, qual seja, a relativa ao cúmulo de ações (despejo e indenizatória), parece ter ficado suficientemente esclarecido, ante o teor dos ensinamentos trazidos à colação, que este é viável. Sobre o tema EDUARDO ESPÍNOLA já outrora afirmava: “Verificada a infração legal ou contratual, além da possibilidade de pleitear indenização de perdas e danos, se cabível, pode o locador propor o despejo” (op. cit., pág. 102). Mais recente, porém não menos precisa, é a lição de TUCCI-VILLAÇA: “Nada obsta, outrossim, a que a retomada do prédio alugado, em todos eles realizável mediante o ajuizamento da correspondente ação de despejo, se faça sob fundamentação em mais de um dos incisos do dispositivo estudado, cumulando-se, então, os pedidos formulados com lastro no disposto no art. 292 do Código de Processo Civil” (op. cit., vol. II, pág. 638). Sem dúvida, desde que respeitados os requisitos de compatibilidade (como visto existente entre os pedidos de rescisão e indenização), competência e identidade procedimental, não há o que impeça o cúmulo de ações, o que se vem admitindo, inclusive, quando um dos fundamentos seja a falta de pagamento (RT 323/474; 320/414; 312/646; 310/288). O que não se dizer das outras hipóteses em que o rito ordinário é o único cabível sem qualquer modificação. Exemplificativamente veja-se a emenda deste acórdão: “Ação de despejo – Cumulação com pedido de rescisão do contrato e perdas e danos – Possibilidade, desde que o autor opte pelo processo de cognição e, neste, pelo procedimento ordinário” (Jurisprud. Brasileira 100/184. Agr. 143.925, II TACSP, julg. em 13/09/82, Rel. Juiz Fortes Barbosa).

7. Por derradeiro, queremos chamar a atenção para o fato de que, perante o sistema da Lei 6.649/79, não necessita o locador notificar previamente o locatário – dando-lhe a oportunidade para reparar o imóvel quando tencione mover-lhe ação de despejo por mau uso do prédio locado. A bem da verdade, em nenhuma das situações previstas pelo art. 52 da Lei do Inquilinato é necessário o envio prévio de notificação para que se possa acionar o inquilino; em todas elas o interesse de agir, condição de exercitabilidade do direito de ação, verifica-se no exato instante em que a hipótese fática ensejadora do despejo acontece.

Neste sentido é o esboço magistério de PAULO RESTIFFE NETO, escrevendo especificamente acerca do tema (Locação-Questões Processuais, Ed. RT, 1981, 2a. ed. pág. 18), em consonância com o qual o II Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 1985, proferiu a seguinte decisão: “Despejo – Imóvel residencial – Notificação – Inexigibilidade. A lei 6.649/79 não exige que a ação de despejo de imóvel residencial, fundada nas hipóteses alinhadas em seu art. 52, seja precedida de notificação” (JTA-RT 99/325. Ap. 181.591, 2a. C. II TACSP, julg. em 20/05/85, Rel. Juiz Moraes Sales).

São Paulo, dezembro de 1989.

HOMENAGEM

HOMENAGEM PÓSTUMA AO PROFESSOR GUSTAVO ZANINI

DIA 03 DE MARÇO DE 1988, ÀS 11 HORAS – SALA DA CONGREGAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO, DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. HOMENAGEM À MEMÓRIA DO PROFESSOR DOUTOR GUSTAVO ZANINI, PROMOVIDA PELO DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL, INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL E RELAÇÕES INTERNACIONAIS, COM APOIO DA DIRETORIA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

A Sessão foi aberta e presidida pelo Professor Doutor Dalmo de Abreu Dallari, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Doutor Vicente Marotta Rangel, Chefe do Departamento de Direito Internacional e Conselheiro Fundador do Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais, Professor Doutor Geraldo de Camargo Vidigal, Chefe do Departamento de Direito Econômico e Financeiro e Professora Georgette Nacarato Nazo, Assistente-Doutora, do Departamento de Direito Internacional e Conselheira Fundadora do Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais, que proferiu a Oração.

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Nós estamos hoje aqui reunidos para render homenagem à memória do colega eminente, profundamente estimado pelos Professores, alunos e funcionários desta Faculdade e que durante muito tempo, longos anos, que esteve conosco demonstrou ser uma figura humana excepcional. Nosso saudoso e querido colega GUSTAVO ZANINI deixou apenas amigos, nesta Faculdade, porque era um constante fazedor de amigos. Um homem afável, cordial, jamais agrediu quem quer que fosse, mesmo quando discordando de alguma coisa, sempre se manifestou com extraordinária elegância, com o mais absoluto respeito pelos colegas. Foi na verdade um docente. Um docente na expressão mais pura do termo e o docente não só no sentido daquele que transmite conhecimento, mas daquele que transmite um exemplo de vida. Isto, foi para nós, GUSTAVO ZANINI. Como seu colega há muitos anos, ultimamente como Diretor, posso dar o meu testemunho, também, de que o Professor GUSTAVO ZANINI foi um cumpridor dos deveres em todas as oportunidades, em toda extensão, estando sempre presente, nunca se furtando ao desempenho de qualquer incumbência que lhe fosse solicitada. Na verdade, por todas essas razões, GUSTAVO ZANINI é uma presença entre nós, presença que continua, uma presença marcante,

uma presença que não será esquecida. Por tudo isto, tendo em conta a sua grande contribuição à esta Casa, ao Direito e à convivência humana de maneira geral, foi que por iniciativa do Departamento de Direito Internacional a que pertencia nosso querido colega e com absoluta concordância e solidariedade da Diretoria, se decidiu pela realização desta Homenagem. De certo modo, é uma inovação, porque é tradição desta Faculdade homenagear postumamente, em sessão solene, os antigos Membros da Congregação. O Professor Zanini, grande parte devido à sua modéstia, porque sem dúvida teria méritos para estar na Congregação, não chegou à culminância da carreira no ponto de vista formal, entretanto, pelo seu valor humano, pelo seu valor intelectual, nós julgamos que era um dever moral a realização desta sessão solene em sua homenagem. Então, para que isto se dê, eu tenho a honra de passar a palavra em primeiro lugar ao Eminentíssimo Professor Doutor Vicente Marotta Rangel que é Chefe do Departamento de Direito Internacional, que, além disso, sendo um dos mais antigos professores desta Faculdade, já tendo sido inclusive seu Eminentíssimo Diretor, conheceu muito de perto a figura de GUSTAVO ZANINI. Tenho a honra de passar a palavra ao Professor Marotta Rangel.”

PROFESSOR DOUTOR VICENTE MAROTTA RANGEL:

“Muito obrigado. Excelentíssimo Senhor Diretor, Meus Eminentíssimos Colegas, Ilustríssima Família do Professor Zanini, Senhores Alunos, Minhas Senhoras e Meus Senhores. Em verdade, o Professor Dalmo de Abreu Dallari, numa síntese expressiva, disse quem foi GUSTAVO ZANINI em razão da homenagem. Também falará em nome do Departamento, numa peça principal com incumbência de externar o sentimento de todos nós, a Professora Georgette Nazo, que falará nesta oportunidade. Dispensável seria acrescentar algo mais; todavia, apenas um aspecto me vem à mente suscitar: é que, se existe na visão do Professor Universitário certos traços que chamam mais a atenção, há um que via de regra não é suficientemente focalizado e nesse ponto eu me permito reivindicar uma qualidade que acabei tendo, por força das circunstâncias, mas que não poderia deixar de mencionar. Assim, ao longo de uma vida dedicada à Universidade, eu pudesse trazer um traço específico de contribuição, eu diria que tenho no meu curriculum, a ser talvez incluído no futuro, dizer que tive a iniciativa de encaminhar GUSTAVO ZANINI à vida universitária. Este é um traço que via de regra é o esquecível e quando se pensa na vida universitária, no professor produtivo, vêm à mente apenas dados quantitativos e percíveis. Há uma série de funções que o professor universitário exerce e talvez uma das menos focalizadas, mas altamente relevante, é a de pressentir aquele que possa dedicar-se à vida universitária e como que a continuar o trabalho fecundo que o mestre deve desenvolver. No caso de GUSTAVO ZANINI, me permito acrescentar um ponto: ele não era por certo, pelo menos, talvez o fosse, o primeiro aluno da classe, talvez o fosse, talvez não fosse. Não era talvez aquele que no brilho dos debates, talvez fosse, talvez não fosse, aquele que talvez mais se distinguisse.

O que é certo, porém, é que dentre todos os eventuais postulantes a uma carreira universitária, GUSTAVO ZANINI tinha um amor entranhado ao ensino, a que se dedicava com desvelo e emoção. Eu, muitas vezes, deveria ocupar a regência da disciplina. Estava programado que o faria em determinada data, mas GUSTAVO ZANINI estava presente na Sala da Congregação, no Departamento, como que a desejar continuar a dar aulas e eu então, às vezes, adia a assumir a cátedra ou a regência do ensino, porque via o grande anseio de ZANINI em transmitir seus conhecimentos e conviver com seus queridos alunos. A Faculdade foi um prolongamento do lar e GUSTAVO ZANINI viveu, apesar de nos últimos tempos sobressaltado pela doença incidiuosa, a prestar uma colaboração sempre profícua e fecunda. Muito obrigado Senhor Presidente.”

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Em seguida tenho a honra de convidar a Ilustre Professora Georgette Nacarato Nazo que é professora integrante do Departamento de Direito Internacional, para proferir a oração em homenagem ao nosso querido e saudoso colega.”

PROFESSORA DOUTORA GEORGETTE NACARATO NAZO:

“Senhor Diretor da Faculdade de Direito Professor Dalmo de Abreu Dallari, Professor Marotta Rangel, nosso Chefe do Departamento de Direito Internacional, Prezados Professores, Professor Goffredo da Silva Telles Júnior que muito nos honra com a sua presença, Professor Geraldo Vidigal, Professor Strenger, demais colegas daqui da Faculdade de Direito, Ex-Alunos do Professor ZANINI, Senhoras, minhas queridas amigas Daisy Flora e Silvinha, aqui representando a família do Professor GUSTAVO ZANINI.

GUSTAVO ZANINI: um exemplo de docente

Constituir-se-ia um lugar comum dizer-se da falta que GUSTAVO ZANINI fará a todos nós.

Todavia, para quem não é agnóstico e aceita a viabilidade de uma vida extramatéria, certamente encontrará o conforto necessário em saber que GUSTAVO ZANINI adentrou o mundo da verdadeira Justiça.

O homem, o metódico estudioso do Direito e o professor que cumpriu suas tarefas com amor e dedicação, pontilharam sua trajetória neste mundo finito, de infinitas atitudes meritórias.

Nascido em São Paulo, Capital, aos 12 de agosto de 1927, filho de Sereno Zanini e Inês Baú Zanini, fez seus estudos secundários na Capital e colou grau



como bacharel em Direito nesta tradicional Faculdade de Direito, aos 25 de março de 1960.

Já diplomado em diversas línguas estrangeiras: inglês, francês, espanhol e italiano, o jovem GUSTAVO iniciou sua peregrinação de estudos no campo do Direito Internacional na Universidade de Roma e na de Milão e daí seguiu para o Centro de Pesquisas da Academia de Haia. Algum tempo depois, estuda Direito Comparado na Universidade de Madrid e frequenta outro curso da Haia, na Secção Exterior de Bogotá, na Colômbia.

Retornando ao Brasil, fez o curso de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conquistando o título de Doutor em Direito em 1972 com a monografia “O REGIME JURÍDICO E A FUNÇÃO ECONÔMICA DOS RIOS INTERNACIONAIS”, dedicado à sua mulher Daisy Flora.

Em alentado estudo, trazendo à colação inúmeros exemplos do Direito Comparado, a tese de doutoramento, revelava a profundidade do pesquisador e a seriedade de quem pretendia dominar o tema. Foi uma eficiente contribuição, apoiada em densa bibliografia e em documentos oficiais, onde examina a natureza jurídica dos cursos d’água, o problema da liberdade de navegação e as tendências modernas, não só jurídicas, como econômicas, para o aproveitamento de todos os seus recursos.

Já era, então, professor contratado da Faculdade de Direito de Bragança Paulista, para as disciplinas de Direito Internacional Público e Privado, desde 1970 e da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, desde 1972, para ambas as disciplinas. E, na Faculdade de Administração e Economia de Osasco (Estado de São Paulo), regia o curso “Relações Internacionais”, quando ainda era professor-assistente, no Largo de São Francisco.

Integrado no Departamento de Direito Internacional na Faculdade de Direito da USP, em 1976, ZANINI pleiteia a dedicação exclusiva à docência e pesquisa, desligando-se, então, das demais Faculdades.

Teve, assim, a oportunidade que almejava: lecionar direito internacional nesta Casa, como assistente direto de nosso estimado Mestre Vicente Marotta Rangel.

E, paralelamente, desenvolvia seus estudos e pesquisas, publicando na Revista da Faculdade de Direito “REFLEJOS DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO NACIONAL” e o “TRATADO DE ITAIPU”, O primeiro, data de 1970, quando ainda era professor assistente nesta Faculdade; o segundo é de 1974, já doutor em direito, repensando o tema desenvolvido para concurso; o aproveitamento dos recursos do Rio Paraná, fulcro da existência da Binacional Itaipu.

Outras contribuições científicas foram dadas por ele à Ciência do Direito: diversos verbetes para a Enciclopédia Saraiva de Direito e, em 1977, um trabalho dedicado à filha Sílvia: “CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA EFICÁCIA DAS RESOLUÇÕES DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS”.

Membro-Fundador do “Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais”, integrava o Conselho da entidade, sendo também Conselheiro do Instituto Cultural Ítalo-Brasileiro, em São Paulo. Representou o Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP, junto ao Instituto Tecnológico de Aeronáutica, em São José dos Campos.

Acontece, porém, que as atividades de GUSTAVO ZANINI não se restringiram ao magistério, à pesquisa e produção científica tal como delineado acima.

Merecem, ainda, lembrança, a apresentação de tese em dois Congressos sobre Imigração. Refiro-me ao I Congresso Ítalo Brasileiro sobre Migrações, em agosto de 1985, realizado na Faculdade de Direito, abordando a questão de “Aportamento do Italiano” no Brasil, para a Secção Sócio-Jurídica e cujos Anais vieram a lume em 1987, editado em Roma pelo “Centro Studi Emigrazione”, sob o título: “EMIGRAZIONI EUROPEE E POPOLO BRASILIANO”. E, no VI Congresso Brasileiro sobre Imigração e Integração, realizado na Bienal de São Paulo – Ibirapuera, em junho-julho de 1987, também enfocando a questão da migração italiana no Brasil, quando, sob minha coordenação, representávamos, pela primeira vez, a Faculdade de Direito, no evento patrocinado pelo “Jornal do Imigrante” e a Universidade de São Paulo, cujos Anais ainda não foram divulgados.

É melancólico dizer-se, mas não posso deixar de fazê-lo: GUSTAVO ZANINI já estava com a saúde comprometida e, assim mesmo, aceitava as solicitações que lhe eram dirigidas para participar de simpósios, colóquios, diferentes cursos extracurriculares, patrocinados pelo nosso Departamento e pelo Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais.

Perfeitamente engajado no espírito acadêmico destas duas entidades, colaborou com palestras ou debates, marcando sua presença nas oportunidades em que tivemos entre nós juristas estrangeiros que vieram trazer as colocações mais recentes sobre determinados assuntos de relevância para o Direito Internacional.

Entretanto, o que mais marcou sua passagem pela Faculdade foram: a lha-neza do trato com todos os que dele se aproximavam; um desejo irrefreável de ministrar aulas, de participar e de colaborar em todas as iniciativas do Departamento de Direito Internacional, como foi agora mesmo ressaltado pelo Profes-

sor Vicente Marotta Rangel, além do alto espírito cristão no desempenho de seus misteres.

Se, a grande leva de discípulos que teve, admirava-o como lúcido expositor, os colegas do Departamento receberam dele magníficas demonstrações de apoio e de amizade desinteressada.

Com efeito, o Departamento sente, profundamente, o vazio de sua ausência. O Departamento louva o exemplo de coleguismo, reflexo de sua personalidade sempre disposta a substituir qualquer um de nós que, por uma eventual impossibilidade, não pudesse comparecer a alguma aula, de sorte a que nenhum prejuízo houvesse para o corpo discente.

Ele soube servir: ao Colega, ao Departamento, à Faculdade como um todo.

Por tais motivos, minhas queridas amigas Daisy e Silvinha:

Esta Casa de ensino do Direito, que vive em função dos próprios ideais do Direito, que é a Justiça e que implica em liberdade e democracia, não poderia olvidar-se de reverenciar aquele que, no amor ao Direito, foi um justo como professor.

No entanto, se para ambas é difícil o impacto de sua ausência, depois de tanto sofrimento, os ex-alunos, os colegas de ZANINI e a Diretoria da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por meu intermédio, se irmanam neste transe.

Ficou-nos: o exemplo de dignidade do professor que honrou o magistério universitário, a lembrança imorredoura de sua estima e de seu entusiasmo, aliados à certeza de que, sua passagem neste mundo, foi a vivência do Sermão das Bem-Aventuranças.

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Estudantes e antigos alunos de GUSTAVO ZANINI também solicitaram a oportunidade de dar um breve testemunho do valor humano e intelectual do nosso saudoso Mestre. Depois das palavras tão expressivas da Ilustre Professora Georgette Nacarato Nazo concedo a palavra ao estudante André Calestini Montemor que falará pelos alunos

ANDRÉ CALESTINI MONTEMOR:

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Dalmo de Abreu Dallari, Professor Vicente Marotta Rangel, Prezados Professores, Senhoras e Se-

nhores. Nós, ex-Alunos do Professor GUSTAVO ZANINI, que nos é muito saudoso, temos o desejo de manifestar a nossa homenagem através de um soneto. Ele se chama “A OSTRÁ”:

“PERDE-SE A VIDA, GANHA-SE A BATALHA”.
 LAPIDAR INSCRIÇÃO DE FRIO JAZIGO
 POIS CONTÉM UMA IDÉIA QUE PERSIGO:
 ÂNSIA DE SE FAZER ALGO QUE VALHA.
 VEJO-A IMPRESSA NUM SEPULCRO ANTIGO
 DOS TENEBROSOS BOSQUES DA TESSÁLIA
 QUE MUITO HORROR AOS CRÉDULOS ESPALHA
 MAS QUE FOI PARA TANTOS BOM ABRIGO.
 QUANTAS VERDADES O EPITÁFIO ENCERRA!
 QUAL OSTRÁ SUBMERGIDA EM MAR DE CRETA
 QUE PODERÁ TRAZER PÉROLAS BRILHANTES.
 É A VIDA QUE OS MORTAIS PASSAM NA TERRA
 E QUE SÓ TEM SENTIDO SE COMPLETA
 AO SE DEIXAR LEGADO AOS SEMELHANTES.

André Calestini Montemor

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Em seguida, eu concedo a palavra a um outro estudante que também quis trazer o seu testemunho, o estudante Caramuru Francisco”:

CARAMURU AFONSO FRANCISCO:

“Excelentíssimo Senhor Diretor Professor Dalmo de Abreu Dallari, Excelentíssimo Senhor Chefe do Departamento de Direito Internacional, Professor Vicente Marotta Rangel, Ilustres Professores, Ilustres familiares do saudoso Professor GUSTAVO ZANINI, meus colegas, senhoras e senhores:

“Redundantes seriam as minhas palavras se uma vez mais eu repetisse aqui os talentos do querido mestre GUSTAVO ZANINI; tônica comum em todas as orações aqui pronunciadas foram o Amor, o Carinho e a Dedicção que o saudoso mestre nos imprimiu. Quis o destino que fôssemos a sua última turma e acompanhamos de perto cada passo, a dedicação, o grau da dedicação com que o Professor ZANINI nos acompanhou, como bem disse já seu Mestre, a cada instante lutando tenazmente. O Professor ZANINI sempre esteve em cada aula, sempre superando obstáculos para nós intransponíveis e somente quando as forças se dissiparam (por total), por completo, o Professor se ausentou das salas de aula. A cada instante, a cada aula ministrada nós sentíamos o amor, a

dedicação, verdadeira paixão que tinha o Mestre por ensinar seus Pupilos. E, pensávamos nós que a doença, enfim, havia derrotado o nosso querido Mestre. Qual não foi a surpresa, porém, quando poucos dias antes de seu passamento, quando aqui adentrei uma vez mais as Arcadas e o encontrei. Ele me cumprimentou de maneira afável, como sempre, e fez alguns comentários sobre o trabalho que (eu) havia feito, trabalho final do curso do ano passado, trabalho que eu imaginava que ele não teria visto, já que estava muito adoentado, mas qual não foi a surpresa quando então vi que a doença não o tinha vencido. A dedicação, o amor ao ensino continuavam sempre presentes na vida e no espírito do saudoso professor. Por fim, só nos resta constatar que se os homens passam e as instituições permanecem, como a Academia de São Francisco permanece, é porque Ela sempre está embebida das grandes riquezas que homens como GUSTAVO ZANINI deixam perpetuar na sua vida. Muito obrigado”

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Antes de passar a palavra ao representante da família do nosso querido homenageado, eu quero proceder à leitura de uma carta que me chegou às mãos, nesta manhã. É endereçada pela nossa Eminente Colega Professora Ada Pellegrini Grinover: “Senhor Diretor. Absolutamente impossibilitada de comparecer à cerimônia do dia 3 de março em memória do saudoso colega Professor GUSTAVO ZANINI, de cujo passamento somente agora fui informada, peço encarecidamente a V.Excia., a gentileza de transmitir à excelentíssima esposa e demais familiares, minhas profundas condolências, por tão dolorosa perda, enquanto me associo em espírito às sentidas homenagens que serão prestadas por Vossa Excelência e pelos Professores Vicente Marotta Rangel, Geogette Nacarato Nazo, como pelos estudantes, à família, à figura do inesquecível e querido amigo”.

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Após a manifestação da Professora Ada Grinover e antes de dar a palavra ao representante da família, eu indago se alguém, eventualmente, queira dizer alguma coisa. A palavra está aberta. Eu tenho a honra de conceder a palavra ao nosso Eminente Colega, dos mais ilustres professores da Universidade, Professor Walter Zanini que falará em nome da família do nosso querido homenageado. Tem a palavra”:

PROFESSOR WALTER ZANINI:

Eu espero, em rápidas palavras, expressar o reconhecimento da família a este ato – o reconhecimento de minha cunhada Daisy Flora Ungaretti Zanini, de Sílvia, de irmãos, cunhados e sobrinhos. Acredito que todos nós recebemos com muita emoção esta homenagem a GUSTAVO ZANINI, a que comparecem numerosos professores, alunos e funcionários desta tradicional Academia do Largo de São Francisco. Foi sem dúvida dado um testemunho muito sincero so-

bre a figura do homem, do professor e do pesquisador GUSTAVO ZANINI. Agradeço as palavras do Professor Dalmo de Abreu Dallari, Diretor desta Faculdade, as palavras do Professor Vicente Marotta Rangel, as palavras da Professora Georgette Nacarato Nazo, as palavras dos estudantes. Foram palavras muito sensíveis que penetraram profundamente em todos nós. Deu-se uma demonstração da trajetória de meu irmão nesta Escola e eu poderia dizer que, no âmbito da comunidade menor, que é a família, uma família de origem imigrante, ele também foi uma figura exemplar, uma figura de permanente estímulo para todos nós, pelos méritos que demonstrou, galgando ao longo dos anos a situação a que chegou nesta Unidade da USP. De sorte que há, na sua composição humana, a necessidade de realçar também esse aspecto que traz, que me permite trazer um complemento ao que foi dito aqui. Uma vez mais, agradeço aos professores e estudantes desta Escola.

PROFESSOR DALMO DE ABREU DALLARI:

“Embora sentindo grande tristeza, era indispensável que nós rendêssemos essa homenagem ao nosso querido e inesquecível Colega. Foi, na realidade, homenagem singela, feita com a mais absoluta simplicidade, mas com uma característica muito bem ressaltada pelo nosso querido e eminente Colega Diretor da Escola de Comunicações da Universidade de São Paulo, Doutor Walter Zanini; foi uma homenagem sincera, uma imagem saída do coração, cheia de emoção, cheia de reconhecimento, cheia de tristeza pelo sentimento que ocorreu, na verdade, uma grande perda. Queria apenas concluir, lembrando que GUSTAVO ZANINI à parte de ter sido um Eminentíssimo Professor, grande companheiro, funcionário extremamente dedicado à Universidade de São Paulo, foi em toda linha e permanentemente, acentuadamente, um CRISTÃO. O que na verdade não é privilégio do cristianismo inspirar a boa convivência, mas é uma exigência do cristianismo. E GUSTAVO ZANINI foi coerentemente um Cristão e coerente com a sua fé religiosa, soube reconhecer em cada ser humano, um irmão. Soube seguir constantemente o mandamento fundamental do cristianismo que é o mandamento do Amor ao Próximo, vendo em cada ser humano o próximo que deve ser amado. E dentro dessa perspectiva cristã eu posso dizer, também, como cristão, que embora sentindo a perda do querido amigo, embora desde já sentindo a falta do seu companheirismo, eu me rejubilo, pois GUSTAVO ZANINI cresceu espiritualmente e conquistou por sua vida, o seu exemplo, o direito, se se pode falar em direito nesta circunstância, ao repouso eterno, ao repouso que é devido aos que foram justos. GUSTAVO ZANINI foi no sentido cristão da expressão, um homem justo. Com isto, eu quero agradecer a presença de todos os que aqui compareceram para esta singela, mas sincera homenagem ao nosso querido e inesquecível colega e companheiro GUSTAVO ZANINI. Agradeço ao Eminentíssimo Professor Vicente Marotta Rangel não só por suas palavras perpassadas de emoção, o seu testemunho humano, tão rico, mas também pela feliz iniciativa de ter sugerido esta homenagem. Agradeço, também, a Eminentíssima Professora Georgette Nacarato Nazo, por suas palavras tão expressi-

vas, por seu testemunho tão preciso, tão oportuno, que nos permitiu rememorar a trajetória do Eminentíssimo Professor e querido colega, como também, nos permitiu rememorar o comportamento do homem GUSTAVO ZANINI. Agradeço, também, a presença do Eminentíssimo Professor Emérito da Universidade de São Paulo, Goffredo da Silva Telles, a presença dos mais ilustres Professores desta Faculdade que aqui compareceram, como agradeço, também, a presença dos alunos. E quero ressaltar a presença dos funcionários que aqui estão, sobretudo funcionários do Departamento de Direito Internacional, funcionários da Revista e da Biblioteca da Faculdade, que mantiveram convivência muito estreita com GUSTAVO ZANINI. A presença destes funcionários é um testemunho altamente expressivo, porque são pessoas que tiveram a felicidade da convivência diária e quiseram estar aqui para render a sua homenagem, para com sua presença darem também o seu testemunho. Agradeço, também, a presença dos estudantes, altamente expressiva. Tantas vezes já se disse que a juventude é generosa, mas às vezes é impiedosa. Impiedosa na sua espontaneidade, na sua sinceridade. Isso significa que quando o jovem homenageia alguém é porque esse alguém é muito merecedor da homenagem. E os jovens vieram homenageá-lo. E agradeço, finalmente, não só o nosso Eminentíssimo e querido colega doutor Walter Zanini, como a todos os familiares, que aqui compareceram e que nos deram esta oportunidade de manifestar publicamente nosso apreço, nosso reconhecimento, nossa gratidão a GUSTAVO ZANINI, que enriqueceu, de maneira marcante, a História desta Faculdade. Está encerrada a Sessão”.

1988 – TURMA “GUSTAVO ZANINI”

Complementando a homenagem e para perpetuar a memória do Professor GUSTAVO ZANINI, os Bacharelados da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, numa demonstração de carinho e respeito ao professor, deram o nome de GUSTAVO ZANINI à Turma de 1988.

Na solenidade de Colação de Grau, o Formando José D’Amico Bauab, assim se expressou: “... A esta altura consistiria um lapso imperdoável deixar de homenagear, em particular, o saudoso Professor GUSTAVO ZANINI, nome de batismo da Turma. Ele não nos deu apenas lições de Direito Internacional Público, deu-nos, também, lições de vida”

**HOMENAGEM AO PROFESSOR MIGUEL FRANCHINI NETTO
PELO PROFESSOR ADJUNTO GUIDO FERNANDO SILVA SOARES
EM 8 DE MARÇO DE 1988**

Minhas Senhoras, Meus Senhores

Senhores Professores,

Senhores Estudantes,

Em duas sessões recentes, esta Casa do Largo de São Francisco esteve reunida: no Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais e no Departamento de Direito Internacional. Na primeira, para ser notificada que a biblioteca e os arquivos particulares do insígne Prof. Dr. **Miguel Franchini Netto**, ex-aluno desta Faculdade de Direito, professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de onde fôra seu Diretor e ilustre docente de Direito Internacional Público, fôra, por sua prezada família, doada ao mencionado Instituto. Na segunda reunião, desta vez, do Departamento de Direito Internacional, professores, representantes de alunos e funcionários da FADUSP se congregaram para examinar, de maneira formal, sobre se haveria razões para o Instituto poder aceitar a mencionada doação e, se a resposta fosse positiva, marcar de modo particular a incorporação do citado acervo ao já existente e sobremaneira, marcar de maneira muito especial, o gesto nobre da família Franchini Netto, na realização de sessão solene, como a que hoje tem lugar; na ocasião, como seu representante, o Departamento de Direito Internacional me escolheu para honrar a memória do preclaro professor Miguel Franchini Netto, o que faço, com satisfação, ao mesmo tempo em que coloco à prova algumas das qualidades que se exigem de um professor desta Casa: a veracidade e a fidelidade às normas da Justiça.

E como professor que busca ser veraz, a primeira tarefa que me foi imposta, em particular nesse momento em que se aprecia um ato de liberalidade, e que foi a idéia que norteou as deliberações dos já citados Instituto e Departamento de Direito Internacional, é a do exame da essência mesma do ato de doação, e doação de bens materiais constituídos de livros e um acervo apreciável de documentos da história brasileira. As perguntas que ocorrem neste instante, como ocorreram naqueles outros são significativas:

– é o ato da família Franchini Netto um ato unilateral, gracioso, de liberalidade pura e despregada de deveres?

– qual o sentido das reuniões anteriores em que se deliberou aceitar a recepção de bens materiais, como livros e documentos?

Deve-se insistir no fato de a doação ter versado sobre bens materiais, pois a contribuição ao mundo da cultura, a doação de bens espirituais representados pelas doutrinas e atividades de Franchini Netto já tinham sido realizada, nos momentos em que sua atuação no mundo do magistério, do jornalismo e da diplomacia se desenrolava em benefício do Brasil.

Na verdade, o ato de doação, como qualquer ato jurídico, é um ato que importa em relações de **alteridade** e de **heteronomia**; alteridade porque tem como lastro a existência da outra pessoa, nas profundas interações entre os homens, naquelas ações que se inscrevem no foro da vida externa ao sujeito; **heteronomia**, porque enquanto agir ético, impõe uma conduta aos demais membros da sociedade, criando um sistema de direitos e deveres recíprocos.

Por ser um ato jurídico, por mais individualista que pareça ser, a doação é ato profundamente societário, que só se perfaz no momento em que duas vontades se manifestam: a do doador e a do donatário. Mesmo quando se trata de doação de bens materiais, o aspecto de relação Inter Homines demonstra que ela é um contrato de natureza espiritual, que estabelece relações de propriedade, não entre o donatário e os bens doados, uma vez que os bens materiais não são diretamente regulados pelo Direito, mas entre os componentes humanos da sociedade. Mesmo os direitos reais são direitos entre pessoas, naquela harmoniosa “*realis et personalis proportio hominis ad hominem*” de que nos fala Dante Allighieri no **De Monarchia** e a doação, **a fortiori**, é um ato bilateral de profundo significado da natureza social e intrínseca do homem, expressa pela sua inafastável sociabilidade.

Ato bilateral, a doação pode ser analisada com iguais efeitos, quer se considere o mesmo do lado do doador, quer daquele do donatário, e, por ter conhecido as razões da aceitação da doação pela óptica do donatário é que me permito descrever o ato.

O ato de a família Franchini Netto ter doado os bens para que ficassem em São Paulo, pode querer significar que, enquanto o corpo material de Miguel Franchini Netto ficou repousando no Rio de Janeiro, seu corpo espiritual jazeria aqui no Largo de São Francisco.

Poderíamos nós do Instituto e do Departamento de Direito Internacional aceitar os bens doados? Que títulos legitimariam a oferta da família de Franchini Netto, a ponto de preferirem seus familiares o território paulista como lugar de resguardo dos bens mencionados? Haveria razões para receber tal homenagem a São Paulo e relembrar os valores do doador? Em resumo: haveria motivos para realizar-se o requisito essencial da doação e, assim, completar-se o perfazimento do ato bilateral?

Outra questão de igual relevância deveria ser resolvida: porque razão o território do Largo de São Francisco deveria receber aqueles dons, ofertados por familiares de uma pessoa que tinha tido três domicílios legais no Brasil: São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília? Qual o forte motivo que teria determinado a escolha de São Paulo? Talvez o fato do nascimento de Miguel Franchini Netto, filho do jornalista Ângelo Erasmo Franchini e Egydia Emília Peluzzo Franchini, estes, imigrantes italianos, ter acontecido no dia 23 de setembro de 1913, no bairro dos Campos Elíseos, na Capital, ter feito o doador o curso de Humanidades no Ginásio do Estado, nesta mesma cidade de São Paulo, ter sido acadêmico de Direito do Largo de São Francisco, onde se bacharelou em 1935, eleito orador de sua turma?

Certamente, o fato de ter nascido em São Paulo, o fato de ser, juntamente com sua distinta irmã, D. Ruth Franchini Godinho, portador do sangue daquele povo generoso, os italianos, que fortaleceram a cepa dos Bandeirantes, ou ainda o fato de ter cursado a Faculdade de Direito de São Paulo, não poderiam ser razões isoladas e determinantes para a reunião de hoje. Volto, pois, à questão proposta: quais os títulos que reconhecemos nós, os donatários, para dar nossa aceitação à oferta da família Franchini Netto?

O donatário é a Faculdade de Direito de São Paulo, que, juntamente com aquela de Olinda, nasceu quando o Brasil completava cinco anos de idade, como país independente; e nasceu no momento em que se necessitava formar o quadro de legisladores, juízes e administradores do jovem Estado, quando então não se justificaria mais que os moços brasileiros continuassem a ir beber da cultura jurídica em Coimbra; assim, naquele momento, tinha a Faculdade de Direito de São Paulo a urgente tarefa de formar juristas para o Brasil e defender os interesses da novíssima Nação no exterior. Entende-se, pois, que uma das preocupações dos responsáveis pela nova Pátria tenha sido a de constituir como núcleo principal das Faculdades recém-instaladas, o ensino e a reflexão do Direito Internacional Público, naquela época batizado de Direito das Gentes: a decisão foi sábia, providente e oportuna, uma vez que os grandes advogados que o Brasil teve nos foros internacionais passaram pelos bancos desta Escola: o barão do Rio Branco e Rui Barbosa.

Miguel Franchini Netto nesta escola se formou e aqui teve sua formação de internacionalista. Um fato a ser de imediato notado é que só abandonou São Paulo pelo Rio de Janeiro e por Brasília, pela forte e única razão de que no Palácio do Itamarati se abrigava a sede da Diplomacia brasileira e que Brasília, hoje Distrito Federal, é onde se situa no Palácio dos Arcos o Ministério das Relações Exteriores. Deixou São Paulo para melhor servir seu País como diplomata e Professor de Direito Internacional, onde quer que estivesse e que preciso fosse.

Contudo, enquanto jovem e ainda em São Paulo, não deixaria Miguel

Franchini Netto de marcar com sua presença a vida pública paulista, com atividades que prenunciavam o diplomata e doutrinador do Direito Internacional. Enquanto acadêmico de direito, integrou delegação de estudantes em visita de cortesia e contatos universitários com a Faculdade de Direito de Coimbra e Lisboa, sendo que no ano posterior, já como bacharel recém-formado, chefiaria outra delegação de estudantes em viagem cultural à Europa. Da última viagem, resultaria a publicação da obra **Mundo Branco**, editada em 1942 e reeditada no mesmo ano em edição logo esgotada, sobre a Escandinávia. Dela, jornais da época, para enaltecer a oportunidade, publicaram, dentre outras manifestações, um poema assinado por UMA MULHER ESCANDINAVA...

Era uma vez um brasileiro cheio de imaginação,
que deixando sua terra ensolarada,
saiu à procura de uma nova região,
que ele sonhava ser uma imensidão gelada...

Em São Paulo, o bacharel recém-formado, em Direito e em Economia Política, agora, por outra Escola situada também no Largo, a Álvares Penteado, foi auxiliar de gabinete de José Carlos de Macedo Soares, governador do Estado de São Paulo, tendo exercido os cargos de Chefe do Cerimonial do Palácio, nos governos do Estado de São Paulo em 1941 a 1946 e de 1949 e 1954, período este último em que a legalidade já se tinha instalado no Brasil. Como Chefe do Cerimonial, foi o responsável pela elaboração da primeira lei do Estado de São Paulo sobre cerimonial público e é dever constatar que tal lei, de autoria de Franchini Netto, não seria jamais modificada nas revisões posteriores, tendo servido de modelo a normas do protocolo-oficial público de outros Estados brasileiros. Tal experiência serviria a que em 1944 fosse nomeado Membro da Comissão Nacional de Precedência, comissão essa que elaborou o Decreto nº 17.141 de 13 de novembro de 1944, relativo a “Normas do Cerimonial Brasileiro”, vigente até os dias atuais na sua linha sistematizadora.

Como jornalista, durante toda sua vida participou com artigos de revistas especializadas e de mundanidades, tais como o **Fon Fon**, o **Cruzeiro**, **Revista da Semana** e nos periódicos **Folha da Manhã**, **Diário de São Paulo** e **Última Hora**. De 1927 a 1939 exerceu as funções de diretor-procurador da Associação Paulista de Imprensa e de 1937 a 1939 foi diretor da associação cultural Imprensa Brasileira Reunida, IBR, que juntamente com Oswaldo Quartim Barbosa e Firmino Whitaker fundara para ser “uma organização cultural e de relações de intercâmbio e de publicidade comercial, desde que se completem e se estimulem reciprocamente”. Seus encontros foram famosos na época, quando receberam personalidade como José Carlos de Macedo Soares, Rubens Amaral, Agripino Grieco, Chiquinha Rodrigues, Assis Chateaubriand, Viriato Correa, Guilherme de Almeida. Tal intimidade com intelectuais e políticos lhe angariou a confiança pública, o que se concretizou com sua indicação para a Comissão



Paulista de Cooperação Intelectual, formado por ato de José Carlos de Macedo Soares, com membros destacados, no sentido de aprimorar as relações Brasil-EUA. Eis seus companheiros de Comissão: Affonso Taunay, Guilherme de Almeida, Menotti del Picchia, Jorge Americano, Ataliba Nogueira e o então jovem advogado Ulysses Guimarães.

Ainda em São Paulo, sua terra natal que tanto amava, foi eleito vereador à Câmara Municipal de São Paulo em 1947, tendo sido eleito seu vice-presidente e presidente em exercício no período de 1º de janeiro de 1948 a 31 de novembro de 1951, eleito pelo antigo PDC de SP. De sua passagem pela edilidade, São Paulo guarda no acervo de leis vigentes a Lei Municipal de Isenção de Impostos para a Indústria do Livro, com a instituição do Dia do Livro, em 24 de novembro de 1952. Também e nesse particular a cultura musical de São Paulo é devedora a Miguel Franchini Netto: propôs e teve aprovada lei municipal que criou a Orquestra Sinfônica Municipal, que os jornais da época saudaram como a maior prova de carinho para com a Cidade, louvando a “oficialização da profissão de 21 artistas”. Artista também tinha sido Franchini Netto, pois, para custear seus estudos de rapaz de poucas finanças, fôra violinista nas sessões de cinema mudo em São Paulo, conforme atestam seus amigos e colegas; já como embaixador brasileiro, ele, grande “*homme du monde et causeur*”, animado contador de histórias, ostentava na sua residência diplomática em Genebra, o violino (certamente não um Stradivarius), que lhe permitira realizar os estudos superiores.

No Rio de Janeiro, onde seguiria em busca da realização de sua vocação internacionalista, dividiu suas atividades em duas frentes, ambas concordes em servir ao Direito Internacional e à sua Pátria: a carreira docente e a carreira diplomática, devendo-se mencionar alguma incursão na política, ao tempo involvidável do presidente Juscelino.

Nem bem-chegado à Capital Federal, na época o Rio de Janeiro, foi de imediato percebido pelo então presidente Kubitschek que nomeou seu oficial de gabinete, como chefe do Setor de Verificação das Metas Econômicas da Presidência da República. É creditado a Miguel Franchini Netto ter trazido à lembrança do presidente Juscelino a visão que tivera Dom Bosco, de que no Planalto Central do Brasil se ergueria uma cidade de dimensões civilizatórias e espirituais grandiosas, tal como hoje se apresenta Brasília.

Sua vocação contudo não estava na arte da política: entre Rui Barbosa e o barão do Rio Branco, foi este último que lhe tornou cativo de seus ideais, embora o ideal contido na atividade de advogado do Brasil que Rui exerceu, não abandonasse, de todo, as várias facetas do diplomata Franchini Netto. Por isso mesmo, a inauguração de um busto de bronze do eminente Rui Barbosa, no Palácio das Nações, em Genebra, dádiva do povo brasileiro, foi evento de sua iniciativa e responsabilidade, tendo ele chefiado a delegação brasileira, na oca-

sião em que o marco foi entronizado naquele sodalício, que, relembre-se, tinha abrigado a primeira organização internacional da paz mundial: a Sociedade das Nações. De seu conhecimento de protocolo e diplomacia, seguiu-se a necessidade de nomear-se alguém para uma cerimônia extremamente formal, onde o Governo federal se fizesse representar naquela ocasião de regozijo, pompa e circunstâncias: a Comemoração do Centenário da Cidade de São Paulo e, como era natural, enquanto profundamente ligado à sua cidade, conhecedor do protocolo paulista e um dos idealizadores do cerimonial público federal foi Miguel Franchini Netto nomeado chefe da delegação do Governo federal para as solenidades paulistas, em representação do MRExt. (1954).

Entrou para o Ministério das Relações Exteriores em 1953, como Ministro para Assuntos Econômicos de 2ª Classe, sendo promovido à 1ª Classe, enquanto servia na Embaixada do Brasil em Buenos Aires. Como Ministro para Assuntos Econômicos e Comerciais serviu nas Embaixadas do Brasil em Buenos Aires, Montevidéu, Washington, Londres, Roma e Madri. Como Ministro para Assuntos Jurídicos serviu nas Embaixadas do Brasil na Haia, na Delegação Brasileira junto a Organização das Nações Unidas em Nova Iorque na sua Sexta Comissão, de 1976 a 1978 e na Embaixada do Brasil em Lisboa.

Na Secretaria de Estado das Relações Exteriores, tanto no Rio de Janeiro quanto em Brasília, galgou o mais alto posto que pode pretender o estudioso do Direito Internacional do Brasil: foi nomeado Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, cargo de confiança do presidente da República e do Ministro de Estado das Relações Exteriores, em 1981, e que ocupou até sua aposentadoria pela compulsória.

Ainda no exterior, como chefe ou membro de delegações oficiais brasileiras, integrou representações diplomáticas em missões especiais à Organização das Nações Unidas (ONU), na Assembléia Geral de 1976, na ONU para a Alimentação e Agricultura, em Roma, Buenos Aires e Londres, como delegado do Brasil.

Nos assuntos internacionais de questões relativas a fundos marinhos, à utilização das águas internacionais, sobre produtos de base, sobre estudos econômicos da América Latina, CEPAL, chefiou diversas delegações a organizações internacionais e missões "ad hoc" em conferências internacionais especializadas em Nova Iorque, Caracas, Lima, Buenos Aires e Genebra.

É dever, contudo, ressaltar três assuntos nos quais Miguel Franchini Netto se destacou de seus colegas diplomatas brasileiros: no Direito Humanitário, cujas considerações deixaremos para nossas conclusões hoje, no Direito Internacional Privado e, sobretudo, no Direito do Comércio Internacional.

No Direito Internacional Privado, nosso homenageado foi delegado do Brasil nas Conferências de Peritos, realizadas pela Conferência da Haia de Di-

reito Internacional Privado – o “Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de Droit International Privé”, de 1974 e 1975, durante as quais se discutiram normas uniformes, algumas tornadas convenções hoje vigentes no mundo, sobre regimes matrimoniais, casamentos celebrados no estrangeiro e contratos de intermediários, sobre a realização de casamentos entre ausentes domiciliados em países estrangeiros.

No que se refere ao Direito do Comércio Internacional, participou de várias delegações brasileiras às Conferências das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional, na UNCITRAL da ONU, tendo alcançado o posto que raros brasileiros alcançaram: o de Delegado brasileiro permanente em Nova Iorque junto à UNCITRAL, desde setembro de 1978. Deve reconhecer-se a enorme importância da UNCITRAL para o desenvolvimento progressivo e a codificação das regras do direito vigente nas relações comerciais internacionais e na uniformização, no Século XX, das praxes comerciais internacionais.

Neste momento, em que reafirmo minha condição de professor de Direito da Faculdade de Direito de São Paulo, devo reafirmar, igualmente, como decorrência de tal fato, meu compromisso irrestrito com a veracidade e com a Justiça. Desculpem-me as Senhoras e os Senhores, por continuar a falar na primeira pessoa, mas, como verão, a minha experiência no trato pessoal com Franchini Netto, para ser fiel às qualidades que busco seguir, exigem relatar a Vossas Excelências um fato singular. Em meu escritório, certa vez, recebi um telefonema pessoal dele que, tendo de aprofundar-se no estudo do projeto da convenção internacional sobre a arbitragem comercial internacional, que estava em estudo na UNCITRAL em Nova Iorque e, como devesse apresentar a opinião do Brasil sobre o tema, dissera-me, então: gostaria de conhecer a opinião dos especialistas na matéria. Daí ter-me chamado para que lhe fornecesse os subsídios para seus estudos e a elaboração de documento sobre o posicionamento brasileiro no assunto. Na verdade, Sua Excelência conhecia e muito bem o assunto, dado que desde 1976 vinha participando com denodo das reuniões daquela Conferência Especializada da ONU em Nova Iorque, a IX Sessão da UNCITRAL, e as subsequentes, já como delegado permanente do Brasil; que conhecia como ninguém os mecanismos da diplomacia parlamentar, tema que tinha sido desenvolvido em sua tese para Professor Catedrático na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, anos antes da data do telefonema, mas, assim mesmo, quisera apoiar seus estudos e conclusões na opinião de um professor-adjunto da Faculdade de Direito de São Paulo. Para mim constituiu momento de orgulho poder cooperar como o professor Franchini Netto e, de minha parte, poder fazer constar no meu currículo um parecer exarado a propósito daquela consulta.

Sem poder dizer que a atividade como professor e pesquisador do Direito Internacional tenha sido a mais importante que Miguel Franchini Netto exerceu, em detrimento de suas atividades diplomáticas, assim o faço, pela singela razão de estarmos num ambiente onde se cultua e pratica o amor ao ensino da Justiça.

Tal fato me faz ressaltar o lado do pesquisador de temas ousados e inexplorados na ciência jurídica brasileira, do escritor de textos imprescindíveis à doutrina e ao ensino da disciplina no Brasil e, enfim, do exemplo e incentivador de valores humanos jovens, na verdade, a função de pai e orientador de novos pesquisadores e estudiosos jovens do Direito Internacional.

Como professor, devo destacar tão-somente as atividades exercidas no campo jurídico, pois também na economia o Prof. Franchini Netto se destacou, como professor contratado da cadeira “Comércio Internacional: Formação de Preços, Valor e Câmbio” da Faculdade de Ciências Econômicas da USP, de 1947 a 1962. Omitirei, igualmente, as matérias lecionadas em Política Internacional, Direito Diplomático, e Organizações Políticas e Econômicas Latinoamericanas, em universidades brasileiras e estrangeiras. De igual forma apenas menciono ter sido o professor Franchini Netto conferencista convidado em universidades estrangeiras, seja a convite dos governos locais, seja das próprias universidades tais como as de Madrid, Zaragoza, Gerona, Utrecht, Amsterdam, Lima, Lisboa, São Miguel (Açores), na Washington University, e no “Conseil de l’Europe” em Estrasburgo.

Admitido na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, conquistou o título de Livre-Docente em Direito Internacional, por concurso de provas e títulos, defendendo a tese sobre o tema do “Ordenamento Jurídico dos Rios Internacionais”

Publicou as seguintes obras:

“Lituânia, Ouro Setentrional” (1938); “Mundo Branco” – Reportagem na Escandinávia, 1ª ed. 1942, esgotada, 2ª ed. 1942, esgotada; “Imunidades Diplomáticas” (1943), esgotada; “O Asilo Diplomático e o Costume Internacional” (1944); “A Evolução da Diplomacia” (1946); “Normas do Cerimonial do Estado de São Paulo” (edição da Imprensa Oficial); 1941, as “Normas do Cerimonial Público do Governo (ed. oficial, aprovada pelo Ministério das Relações Exteriores) (1951); “Diplomacia – Instrumento de Ordem Internacional” (Tese aprovada com distinção da U.F.R.J.; 1954; “A Presidência do Congresso Nacional na Constituição de 1967” – (Parecer) – 1967; “Das Particularidades do Direito Internacional Público e Conflitos Resultantes” (Tese aprovada no III Congresso do Instituto Luso-Americano do Direito Internacional, em Buenos Aires, 1969); “Asilo Diplomático – Trânsito Jurídico da Área Regional para a Universal” (Conferência realizada na Washington University, Washington, D.C. 1977); “Direitos Humanos na ONU”, 1969; “O Marquês de Pombal e o Brasil” Lisboa (1981) – no Prelo “O Ordenamento Jurídico dos Rios Internacionais”; “Interpretação Jurídica da O.E.A.”

Ressalte-se a feliz coincidência desde o ano de 1988 em que a Faculdade da USP rende suas homenagens póstumas ao Prof. Miguel Franchini Netto. Sua preocupação com o Direito do Homem foram os temas centrais de seus estudos, teses e da intensa atividade diplomática. Neste ano de 1988 em que a humani-

dade comemora os 40 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que o Brasil festeja o Centenário da Abolição da Escravatura, quis o acaso que se prestassem homenagens ao professor Franchini Netto, autor de **Os Direitos Humanos na ONU**, editada em 1979 pela Livraria Freitas-Bastos. Obra densa, onde inexiste premissa que não seja acompanhada da mais sólida prova de existência de mandamento jurídico, o livro descreve a lenta elaboração das normas de proteção do homem contra o arbítrio dos Governantes e do Estado, dando ao leitor a exata dimensão humana e cristã de seu autor. No seu prefácio escreveu o festejado Vandick Londres da Nóbrega:

“São poucos os que se encontram no exercício cotidiano de parte de suas atividades, ensejo para aplicar a doutrina transmitida aos seus discípulos”. Eis a feliz coincidência aplicada ao diplomata e professor de Direito Internacional que foi Franchini Netto.

Professor Catedrático de Direito Internacional Público por concurso público de títulos e provas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 1967, com a média 9,55 e o grau de **distinção**, ascendeu ao mais alto posto que pode aspirar um professor universitário: em 1970 foi eleito por seus pares e nomeado pelo presidente da República, diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, até o ano de 1974. Ao aposentar-se na mesma Faculdade de Direito carioca, recebeu o galardão que poucos mestres podem ostentar: em 1984 a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro aprovaria a concessão do título honorífico de professor emérito daquela Universidade ao nosso homenageado.

A tese de Cátedra de Franchini Netto versou sobre assunto inédito no Brasil: a nova diplomacia parlamentar, as formas inovadoras da diplomacia comercial e as formas da diplomacia discreta e orgânica missional. Transformada em livro de consulta obrigatória para estudantes, diplomatas profissionais e professores e consultores de Direito Internacional, foi publicada com o título **DIPLOMACIA – INSTRUMENTO DA ORDEM INTERNACIONAL – HISTÓRIA, TRANSFORMAÇÃO E ATUALIDADE**.

Ao fazer a comparação entre a diplomacia clássica e as novas formas de diplomacia, Franchini Netto demonstra nas conclusões da sua obra a síntese que foi sua vida de diplomata, professor e de um homem engajado em vida na defesa dos direitos humanos. Eis suas palavras que lhes leio *in verbis*.

O negociador dessa Comunidade reflete, não mais a riqueza e o fausto do Soberano opulento. Mas a esperança – dramática e confiante – da Humanidade. Da Humanidade em vigília democrática – nos Organismos, nas Comunidades, nos Parlamentos, nas Assembléias – atenta ao seu destino; fiel à solidariedade moral de sua linhagem; unida pelo ordenamento jurídico da sua natureza comum. Esse o novo negociador. Essa a Teoria, E o Método da Nova Diplomacia. Da Diplomacia Contemporânea.

Para terminar com chave de ouro a homenagem póstuma que a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco presta ao Prof. Emérito Miguel Franchini Netto, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o desvendamento de um traço estupendo de seu caráter, que lhe dignifica e irá servir de modelo a todos os que se dedicam à educação e formação dos jovens; o traço típico dos cristãos: a esperança.

Tal esperança foi demonstrada de forma cabal por Miguel Franchini Netto, ao prefaciá-la obra de referência obrigatória dos dias de hoje do Direito Internacional Público do Brasil. Refiro-me ao excepcional **Curso de Direito Internacional Público** do insigne Professor Celso D. de Albuquerque Mello, sucessor como Professor Titular de D.I. Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro do Prof. Franchini Netto. O professor catedrático, ao apresentar a obra de seu ex-aluno, então livre-docente, introduzia com mão segura e firme o jovem no mundo do Direito das Gentes.

Após tais considerações, recordando o tanto que fizera por São Paulo, por nossa Pátria e pelo Direito Internacional, tendo em vista o amor que Franchini Netto tivera, por suas atividades, a São Paulo, não só se impunha a aceitação da doação da família Franchini Netto, como era um dever de honra à Faculdade de Direito de São Paulo permitir que o corpo espiritual viesse, no símbolo de seus livros e documentos, repousar e iluminar todos quantos se aproximam da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Se não bastassem todos os fatos apontados, pelo menos um mereceria figurar como fator do mais alto valor do Professor Miguel Franchini Netto, no que respeita aos Direitos Humanos, cujo aniversário se comemora neste ano. Este fato isolado são suas próprias palavras, que lhes leio, *in verbis*, pois elas dispensam qualquer exegese, tal sua clareza e entusiasmo.

Ao agradecer o gesto generoso da família Franchini Netto, gostaria de devolver-lhe, com gratidão, o mesmo sentimento de grandeza e esperança que foram por ele escritos no mencionado Prefácio do Curso do Prof. Celso de Albuquerque Mello:

Tem o direito Internacional mais do Evangelho do que da Biologia, na aceção perfeita da relação inevitável entre as nações como entre as pessoas. O mesmo sentido de igualdade que nos faz reconhecer na Democracia como cidadãos todos os patrícios e na Religião, como irmãos, todos os homens, faz que reconheçamos como equivalentes todos os países, merecendo o mesmo respeito, com o mesmo direito à vida, à liberdade, ao trabalho que, na esfera nacional, as Constituições asseguram, mas quando não o fazem por sobre a discriminação retrógrada, sobreleva, já, o pensamento coletivo dos grandes Pactos, que inscrevem, na Lei Internacional, o princípio das liberdades humanas em toda a sua plenitude e intangibilidade, como condição de Paz.

TESES

Teses defendidas na Faculdade de Direito no ano de 1988/1989

Área: Direito Internacional

Autor: Maria Luiza Machado Granziera

Dissertação: “O EQUILÍBRIO INSTÁVEL: UMA COLABORAÇÃO
AO ESTUDO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS
DE FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO A
LONGO PRAZO”

Orientador: João Grandino Rodas

Defendida em 10/5/1988

Área: Direito do Trabalho

Autor: Walküre Lopes Ribeiro da Silva

Tese: “ALTERAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE
DA DISPENSA DO EMPREGADO”

Orientador: Amauri Mascaro Nascimento

Defendida em: 2/6/1988

Área: Direito do Trabalho

Autor: Marcos Emanuel Canhete

Dissertação: “O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO EMPREGO”

Orientador: Octavio Bueno Magano

Defendida em: 7/6/1988

Área: Direito Civil

Autor: Irany Cascone

Dissertação: “ADOÇÃO E DIREITO SUCESSÓRIO”

Orientador: Yussef Said Cahali

Defendida em: 9/6/1988

Área: Direito do Estado

Autor: Nelson Freire Terra

Tese: “SEGURANÇA, LEI E ORDEM”

Orientador: Dalmo de Abreu Dallari

Defendida em: 13/6/1988

Área: Direito Econômico e Financeiro

Autor: Roni Genicolo Garcia

Tese: “MACROEMPRESA: ASPECTOS RELEVANTES PARA
O DIREITO ECONÔMICO”

Orientador: Eros Roberto Grau

Defendida em: 15/6/1988

Área: Direito do Estado

Autor: Mônica Herman Salem Caggiano

Tese: "SISTEMAS ELEITORAIS X REPRESENTAÇÃO POLÍTICA"

Orientador: Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Defendida em: 16/6/1988

Área: Direito Civil

Autor: Francisco Antonio Paes Landim Filho

Dissertação: "O CREDOR APARENTE NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO (EXAME DO ARTIGO 935 DO
CÓDIGO CIVIL)"

Orientador: Fábio Maria de Mattia

Defendida em: 21/6/1988

Área: Direito Civil

Autor: Maria Luiza Temporini Costa Galli

Dissertação: "A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE CÔNJUGES"

Orientador: Walter Moraes

Defendida em: 23/6/1988

Área: Direito Internacional

Candidato: Rosemea de Souza Smart

Dissertação: "ESTUDO SOBRE OS CONFLITOS DE LEIS DE
ACORDO COM OS PRECEDENTES DO
DIREITO NORTE-AMERICANO"

Presidente: Irineu Strenger

Membros: José Carlos de Magalhães

Amauri Mascaro Nascimento

Resultado: habilitado com a média 7,0 (sete)

Realizada em: 14 de abril de 1988

Área: Direito Internacional

Candidato: Maria Luiza Machado Granziera

Dissertação: "O EQUILÍBRIO INSTÁVEL: UMA COLABORAÇÃO
AO ESTUDO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE
FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO A LONGO PRAZO"

Presidente: João Grandino Rodas

Membros: Irineu Strenger

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Resultado: habilitado com a média 8,3 (oito e três décimos)

Realizada em: 10 de maio de 1988

Área: Direito do Trabalho

Candidato: Walküre Lopes Ribeiro da Silva

Tese: "ALTERAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DO CONTROLE
DA DISPENSA DO EMPREGADO"

Presidente: Amauri Mascaro Nascimento

Membros: Cássio de Mesquita Barros Júnior

Pedro Vidal Neto

Aloysio Ferraz Pereira

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Resultado: habilitado com a média 8,1 (oito e um décimo)

Realizada em: 2 de junho de 1988

Área: Direito do Trabalho

Candidato: Marcos Emanuel Canhete

Dissertação: "O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO EMPREGO"

Presidente: Octávio Bueno Magano

Membros: Pedro Vidal Neto

Odete Medauar

Resultado: habilitado com a média 8,6 (oito e seis décimos)

Realizada em: 7 de junho de 1988

Área: Direito Civil

Candidata: Irany Cascone

Dissertação: "ADOÇÃO E DIREITO SUCESSÓRIO"

Presidente: Yussef Said Cahali

Membros: Antonio Junqueira de Azevedo

Cândido Rangel Dinamarco

Resultado: habilitada com a média 7,6 (sete e seis décimos)

Realizada em: 9 de junho de 1988

Área: Direito do Estado

Candidato: Nelson Freire Terra

Tese: "SEGURANÇA, LEI E ORDEM"

Presidente: Dalmo de Abreu Dallari

Membros: José Cretella Júnior

Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Eros Roberto Grau

Odete Medauar

Resultado: habilitado com a média 8,4 (oito e quatro décimos)

Realizada em: 13 de junho de 1988

Área: Direito Econômico e Financeiro

Candidato: Roni Genícolo Garcia

Tese: “MACROEMPRESA: ASPECTOS RELEVANTES PARA
O DIREITO ECONÔMICO

Presidente: Eros Roberto Grau

Membros: Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Waldírio Bulgarelli

Walter Barbosa Corrêa

Fábio Nusdeo

Resultado: habilitado com a média 7,2 (sete e dois décimos)

Realizada em: 15 de junho de 1988

Área: Direito do Estado

Candidato: Mônica Hermann Salem Caggiano

Tese: “SISTEMAS ELEITORAIS X REPRESENTAÇÃO POLÍTICA”

Presidente: Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Membros: Dalmo de Abreu Dallari

Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Rogério Lauria Tucci

Odete Medauar

Resultado: habilitado com a média 9,5 (nove e cinco décimos)

Realizada em: 16 de junho de 1988

Área: Direito Civil

Candidato: Francisco Antonio Paes Landim Filho

Dissertação: “O CREDOR APARENTE NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO (EXAME DO ARTIGO 935
DO CÓDIGO CIVIL)”

Presidente: Fábio Maria de Mattia

Membros: Antonio Carlos de Araújo Cintra

Antonio Junqueira de Azevedo

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez)

Realizada em: 21 de junho de 1988

Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Candidato: Cláudia de Souza Leitão

Dissertação: “REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: OS DILEMAS DO
ESTADO INTERVENCIONISTA”

Presidente: José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Membros: Alaôr Caffé Alves

Enrique Ricardo Lewandowski

Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)

Realizada em: 24 de junho de 1988

Área: Direito Internacional

Candidato: Aquiles Augusto Varanda

Tese: “A DISCIPLINA DO ‘DUMPING’ DO ACORDO GERAL DE
TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO: TIPIFICAÇÃO DE UM
DELITO NUM TRATADO INTERNACIONAL”

Presidente: Irineu Strenger

Membros: Vicente Marotta Rangel

Tércio Sampaio Ferraz Júnior

José Roberto Franco da Fonseca

Carlos Alberto Bittar

Resultado: habilitado com a média 8,0 (oito)

Realizada em: 27 de junho de 1988

Área: Direito Econômico e Financeiro

Candidato: Fernando Facury Scaff

Tese: “RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR INTERVENÇÃO
SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO”

Presidente: Fábio Nusdeo

Membros: Rubens Limongi França

Eros Roberto Grau

Guido Fernando Silva Soares

Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo

Resultado: habilitado com a média 9,8 (nove e oito décimos)

Realizada em: 28 de junho de 1988

Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Candidato: Mário Chizzotti Filho

Dissertação: “ESTRUTURA LÓGICA DO PROCESSO JUDICIAL”

Presidente: Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Membros: Cândido Rangel Dinamarco

Cláudio De Cicco

Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)

Realizada em: 30 de junho de 1988

Área: Direito Internacional

Candidato: Maria Cristina Lima Ribeiro Silva

Dissertação: “CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA ANTÁRTICA NO
SISTEMA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS”

Presidente: Vicente Marotta Rangel

Membros: Dalmo de Abreu Dallari

José Roberto Franco da Fonseca

Resultado: habilitado com a média 8,5 (oito e cinco décimos)

Realizada em: 4 de julho de 1988

Área: Direito Civil

Candidato: Waldir Guimarães

Dissertação: “PESSOA FÍSICA: COMEÇO DA PERSONALIDADE JURÍDICA”

Presidente: Álvaro Villaça de Azevedo

Membros: Irineu Strenger

Fábio Maria de Mattia

Resultado: habilitado com a média 8,3 (oito e três décimos)

Realizada em: 15 de agosto de 1988

Área: Direito Civil

Candidato: Maria Regina Pagetti Moran

Dissertação: “DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR PELA PERFEIÇÃO, SOLIDEZ E SEGURANÇA DA OBRA”

Presidente: Álvaro Villaça de Azevedo

Membros: Fábio Maria de Mattia

Carlos Alberto Bittar

Resultado: habilitado com a média 8,3 (oito e três décimos)

Realizada em: 13 de setembro de 1988

Área: Direito Processual

Candidato: Matilde Josefina Hojda

Tese: “DETERMINAÇÃO E MUDANÇA DE SEXO: ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS”

Presidente: Ada Pellegrini Grinover

Membros: Odon Ramos Maranhão

José Maria Marlet

Guilherme Oswaldo Arbenz

Fábio Maria de Mattia

Resultado: habilitado com a média 9,9 (nove e nove décimos)

Realizada em: 26 de outubro de 1988

Área: Direito do Trabalho

Candidato: Ricardo Nacim Saad

Tese: “GREVE NOS SERVIÇOS PÚBLICOS E NAS ATIVIDADES ESSENCIAIS”

Presidente: Octávio Bueno Magano

Membros: Álvaro Villaça de Azevedo

Pedro Vidal Neto

Resultado: habilitado com a média 8,3 (oito e três décimos)

Realizada em: 19 de dezembro de 1988

Área: Direito do Trabalho

Candidato: Carlos Moreira de Luca

Tese: “O CONTRATO COLETIVO NO DIREITO ITALIANO E BRASILEIRO”

Presidente: Wagner Drdla Giglio

Membros: Cândido Rangel Dinamarco
Cássio de Mesquita Barros Júnior
Pedro Vidal Neto
Kazuo Watanabe

Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)

Realizada em: 20 de dezembro de 1988

Área: Direito Processual

Candidato: José Roberto dos Santos Bedaque

Dissertação: “PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ”

Presidente: Cândido Rangel Dinamarco

Membros: Fábio Maria de Mattia
Kazuo Watanabe

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez)

Realizada em: 10 de janeiro de 1989

Área: Direito Comercial

Candidato: José da Ponte Neto

Dissertação: “EFEITOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE CÂMBIO NA FALÊNCIA E NA CONCORDATA DO EXPORTADOR”

Presidente: Nelson Abrão

Membros: Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Vicente Greco Filho

Resultado: habilitado com a média 7,6 (sete e seis décimos)

Realizada em: 10 de março de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Débora Gozzo

Dissertação: “PACTO ANTENUPCIAL”

Presidente: Yussef Said Cahali

Membros: Celso Neves
Álvaro Villaça de Azevedo

Resultado: habilitado com a média 9,5 (nove e cinco décimos)

Realizada em: 27 de março de 1989

Área: Direito do Estado

Candidato: Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho

Dissertação: “O OMBUDSMAN E O CONTROLE DE ADMINISTRAÇÃO”

Presidente: Odete Medauar

Membros: Guido Fernando Silva Soares
 Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
 Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)
 Realizada em: 28 de março de 1989

Área: Direito do Estado
 Candidato: Alvacir Alfredo Nicz
 Tese: “A IGUALDADE ENTRE AS EMPRESAS PÚBLICAS E AS
 EMPRESAS PRIVADAS NA NOVA CONSTITUIÇÃO”
 Presidente: Manoel Gonçalves Ferreira Filho
 Membros: Ruy Barbosa Nogueira
 Fábio Nusdeo
 Odete Medauar
 Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
 Resultado: habilitado com a média 9,6 (nove e seis décimos)
 Realizada em: 31 de março de 1989

Área: Direito Civil
 Candidato: Iolanda Moreira Leite
 Dissertação: “DA DIVISÃO DA TERRA: LOTEAMENTOS
 E DESMEMBRAMENTOS”
 Presidente: Yussef Said Cahali
 Membros: Antonio Junqueira de Azevedo
 Vicente Greco Filho
 Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)
 Realizada em: 6 de abril de 1989

Área: Direito Penal
 Candidato: José Eduardo Goulart
 Dissertação: “OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DA
 EXECUÇÃO PENAL”
 Presidente: Miguel Reale Júnior
 Membros: Paulo José da Costa Júnior
 Odon Ramos Maranhão
 Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)
 Realizada em: 14 de abril de 1989

Área: Direito Processual
 Candidato: Vicente Miranda
 Dissertação: “EMBARGOS DA DECLARAÇÃO NO PROCESSO
 CIVIL BRASILEIRO”
 Presidente: Vicente Greco Filho
 Membros: Antonio Carlos de Araújo Cintra
 Fábio Maria de Mattia
 Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)
 Realizada em: 19 de abril de 1989

Área: Direito do Trabalho

Candidato: Mécia de Arruda Botelho e Cunha

Dissertação: “SALÁRIO MATERNIDADE”

Presidente: Amauri Mascaro Nascimento

Membros: Rogério Lauria Tucci

Wagner Drdla Giglio

Resultado: habilitado com a média 8,0 (oito)

Realizada em: 26 de abril de 1989

Área: Direito Comercial

Candidato: Sebastião José Roque

Tese: “CONTRATO DE TRANSPORTE DE PESSOAS”

Presidente: Nelson Abrão

Membros: Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Rubens Limongi França

Álvaro Villaça de Azevedo

Rachel Sztajn

Resultado: habilitado com a média 7,1 (sete e um décimo)

Realizada em: 2 de maio de 1989

Área: Direito do Estado

Candidato: Antonio Augusto Queiróz Telles

Tese: “DO TOMBAMENTO E SEU REGIME JURÍDICO”

Presidente: José Cretella Júnior

Membros: Dalmo de Abreu Dallari

Eros Roberto Grau

Fábio Nusdeo

Odete Medauar

Resultado: habilitado com a média 8,9 (oito e nove décimos)

Realizada em: 4 de maio de 1989

Área: Direito Penal

Candidato: Carlos Alberto Marchi de Queiróz

Dissertação: “O DIREITO DE FUGIR”

Presidente: Paulo José da Costa Júnior

Membros: Rogério Lauria Tucci

Ivette Senise Ferreira

Resultado: habilitado com a média 7,0 (sete)

Realizada em: 5 de maio de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: João Lenzi da Fonseca

Tese: “APONTAMENTOS SOBRE O TÍTULO EXECUTIVO”

Presidente: Celso Neves

Membros: Yussef Haid Cahali
 Cândido Rangel Dinamarco
 Antonio Junqueira de Azevedo
 Vicente Greco Filho

Resultado: habilitado com a média 7,4 (sete e quatro décimos)
 Realizada em: 9 de maio de 1989

Área: Direito Internacional
 Candidato: Maria Cecília de Goes Ribeiro
 Dissertação: “A AUTORIDADE INTERNACIONAL DOS
 FUNDOS MARINHOS”

Presidente: Vicente Marotta Rangel
 Membros: Dalmo de Abreu Dallari
 José Roberto Franco da Fonseca
 Resultado: habilitado com a média 8,5 (oito e cinco décimos)
 Realizada em: 12 de maio de 1989

Área: Direito do Estado
 Candidato: Therezinha Mansur Silva
 Dissertação: “ESTADO CONTINGENTE”
 Presidente: Dalmo de Abreu Dallari
 Membros: José Afonso da Silva
 José Roberto Franco da Fonseca
 Resultado: habilitado com a média 7,0 (sete)
 Realizada em: 15 de maio de 1989

Área: Direito Internacional
 Candidato: Maria Fernanda de Barros
 Dissertação: “OS ASPECTOS JURÍDICOS DA CONTROVÉRSIA
 RELATIVA ÀS FRONTEIRAS MARÍTIMAS ENTRE AS
 REPÚBLICAS DA GUINÉ-BISSAU, DA GUINÉ (CONAKRI)
 E DO SENEGAL”
 Presidente: Irineu Strenger
 Membros: Dalmo de Abreu Dallari
 José Roberto Franco da Fonseca
 Resultado: habilitado com a média 9,6 (nove e seis décimos)
 Realizada em: 16 de maio de 1989

Área: Direito Internacional
 Candidato: Therezinha Souza de Almeida Baptista
 Dissertação: “AS REGRAS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: CINCO
 DÉCADAS DE MUDANÇAS E PERPLEXIDADES”
 Presidente: Guido Fernando Silva Soares

Membros: Eros Roberto Grau
 Hermes Marcelo Huck
 Resultado: habilitado com a média 9,3 (nove e três décimos)
 Realizada em: 17 de maio de 1989

Área: Direito Processual
 Candidato: Silvana Campos Moraes Lira
 Dissertação: “MEIOS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS PARA
 SOLUÇÃO DE PEQUENOS CONFLITOS”
 Presidente: Ada Pellegrini Grinover
 Membros: Manoel Gonçalves Ferreira Filho
 Cândido Rangel Dinamarco
 Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)
 Realizada em: 18 de maio de 1989

Área: Direito Civil
 Candidato: Nestor Duarte
 Tese: “PROTEÇÃO JURÍDICA DOS BENS DE INCAPAZES”
 Presidente: Yussef Said Cahali
 Membros: Alfredo Buzaid
 Cândido Rangel Dinamarco
 Rubens Limongi França
 Manoel Martins de Figueiredo Ferraz
 Resultado: habilitado com a média 9,4 (nove e quatro décimos)
 Realizada em: 29 de maio de 1989

Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito
 Candidato: Alfredo Attié Júnior
 Dissertação: “SOBRE A ALTERIDADE: PARA UMA CRÍTICA DA
 ANTROPOLOGIA DO DIREITO”
 Presidente: Aloysio Ferraz Pereira
 Membros: Alaor Caffé Alves
 Vicente Greco Filho
 Resultado: habilitado com a média 8,0 (oito)
 Realizada em: 7 de junho de 1989

Área: Direito Processual
 Candidato: Luiz Arthur de Godoy
 Dissertação: “EMBARGOS DO DEVEDOR”
 Presidente: Cândido Rangel Dinamarco
 Membros: Kazuo Watanabe
 Fábio Maria de Mattia
 Resultado: habilitado com a média 9,0 (nove)
 Realizada em: 14 de junho de 1989

Área: Direito Comercial

Candidato: Ary Brandão de Oliveira

Tese: “REGIME DAS AÇÕES ESCRITURAIAS NO DIREITO BRASILEIRO”

Presidente: Fábio Konder Comparato

Membros: Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Rachel Sztajn

Eros Roberto Grau

Alcides Jorge Costa

Resultado: habilitado com a média 7,3 (sete e três décimos)

Realizada em: 16 de junho de 1989

Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Candidato: Carlos Aurélio Mota de Souza

Tese: “EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE EQUIDADE E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA”

Presidente: Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Membros: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Aloysio Ferraz Pereira

Dalmo de Abreu Dallari

Walter Moraes

Resultado: habilitado com a média 8,2 (oito e dois décimos)

Realizada em: 16 de junho de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Oscarlino Moeller

Dissertação: “FUNDAMENTOS DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL”

Presidente: Álvaro Villaça Azevedo

Membros: Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Rogério Lauria Tucci

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez)

Realizada em: 21 de junho de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Milton Paulo de Carvalho

Dissertação: “INALTERABILIDADE DO PEDIDO NO PROCESSO CIVIL DE CONHECIMENTO”

Presidente: Vicente Greco Filho

Membros: Fábio Maria de Mattia

Luiz Carlos de Azevedo

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez)

Realizada em: 22 de junho de 1989

Área: Direito do Estado

Candidato: Joaquim Cândido de Oliveira Neto

Tese: "SÃO PAULO E A VONTADE NACIONAL"

Presidente: Dalmo de Abreu Dallari

Membros: Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Edmir Netto de Araújo

Irineu Strenger

Rubens Limongi França

Resultado: habilitado com a média 9,6 (nove e seis décimos)

Realizada em: 27 de junho de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos

Dissertação: "DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL ENTRE
CÔNJUGES"

Presidente: Álvaro Villaça Azevedo

Membros: Yussef Said Cahali

Cândido Rangel Dinamarco

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez)

Realizada em: 27 de junho de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Carlos Alberto Americano

Dissertação: "CLÁUSULA DE ESCALA MÓVEL E A SUA UTILIZAÇÃO
À TÍTULO DE PENALIDADE"

Presidente: Antonio Junqueira de Azevedo

Membros: Carlos Alberto Bittar

Odete Medauar

Resultado: habilitado com a média 8,8 (oito e oito décimos)

Realizada em: 27 de junho de 1989

Área: Direito Econômico e Financeiro

Candidato: Juan José Carro Rodrigues

Dissertação: "FATOS GERADORES CONFRONTANTES: COLISÕES
ENTRE IPI-ICM-ISS E OUTROS IMPOSTOS"

Presidente: Alcides Jorge Costa

Membros: Álvaro Villaça Azevedo

Gerd Willi Rothmann

Resultado: habilitado com a média 7,5 (sete e cinco décimos)

Realizada em: 3 de julho de 1989

Área: Direito do Estado

Candidato: Heli Alves de Oliveira

Dissertação: "DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL"

Presidente: José Cretella Júnior

Membros: Irineu Strenger

Odete Medauar

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com distinção

Realizada em: 18 de agosto de 1989

Área: Direito Comercial

Candidato: José Alexandre Tavares Guerreiro

Tese: "FUNDAMENTOS DA ARBITRAGEM COMERCIAL
INTERNACIONAL"

Presidente: Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Membros: Fábio Konder Comparato

Waldéfrio Bulgarelli

Guido Fernando Silva Soares

José Carlos de Magalhães

Resultado: habilitado com a média 9,4 (nove e quatro décimos) com distinção

Realizada em: 12 de setembro de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Roberto João Elias

Tese: "O DIREITO DO MENOR À FAMÍLIA"

Presidente: Walter Moraes

Membros: Yussef Said Cahali

Cândido Rangel Dinamarco

Antonio Junqueira de Azevedo

Vicente Greco Filho

Resultado: habilitado com a média 8,1 (oito e um décimo)

Realizada em: 14 de setembro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Antonio Magalhães Gomes Filho

Tese: "PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO CAUTELAR"

Presidente: Ada Pellegrini Grinover

Membros: Cândido Rangel Dinamarco

Antonio Carlos de Araújo Cintra

José Roberto Franco da Fonseca

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com louvor

Realizada em: 15 de setembro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Antonio Scarance Fernandes

Tese: “INCIDENTE PROCESSUAL, QUESTÃO INCIDENTAL, PROCEDIMENTO INCIDENTAL”

Presidente: Cândido Rangel Dinamarco

Membros: Ada Pellegrini Grinover

Odete Medauar

Eduardo César Silveira Vita Marchi

Kazuo Watanabe

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com louvor

Realizada em: 22 de setembro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Antonio Carlos Marcato

Tese: “DAS EXCEÇÕES RITUAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (INCOMPETÊNCIA, SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO)”

Presidente: Cândido Rangel Dinamarco

Membros: Fábio Maria Mattia

Vicente Greco Filho

Eduardo César Silveira Vita Marchi

José Rogério Cruz e Tucci

Resultado: habilitado com a média 9,8 (nove e oito décimos) com distinção

Realizada em: 27 de setembro de 1989

Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Candidato: Christiano José de Andrade

Tese: “A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL”

Presidente: Aloysio Ferraz Pereira

Membros: Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Antonio Carlos de Araújo Cintra

Miguel Reale Júnior

Cláudio de Cicco

Resultado: habilitado com a média 8,2 (oito e dois décimos)

Realizada em: 28 de setembro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Walter Piva Rodrigues

Tese: “SOBRE OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA”

Presidente: Vicente Greco Filho

Membros: Ruy Barbosa Nogueira

Antonio Carlos de Araújo Cintra

Fábio Nusdeo

José Rogério Cruz e Tucci

Resultado: habilitado com a média 9,5 (nove e cinco décimos)

Realizada em: 4 de outubro de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Hélio Borghi

Tese: "O NEGÓCIO JURÍDICO CASAMENTO E OS IMPEDIMENTOS DO ADULTÉRIO E DO HOMICÍDIO"

Presidente: Fábio Maria de Mattia

Membros: Antonio Carlos de Araújo Cintra

João Grandino Rodas

Rui Geraldo Camargo Viana

Eduardo César Silveira Vita Marchi

Resultado: habilitado com a média 7,7 (sete e sete décimos)

Realizada em: 25 de outubro de 1989

Área: Direito Econômico e Financeiro

Candidato: Carlos Celso Orcesi da Costa

Tese: "DA OBRIGAÇÃO E DA RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA"

Presidente: Geraldo de Camargo Vidigal

Membros: Fábio Konder Comparato

Antonio Junqueira de Azevedo

Alcides Jorge Costa

Fábio Nusdeo

Resultado: habilitado com a média 8,1 (oito e um décimo)

Realizada em: 26 de outubro de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Sérgio Carlos Covello

Tese: "O SIGILO BANCÁRIO COMO PROTEÇÃO À INTIMIDADE"

Presidente: Rui Geraldo Camargo Viana

Membros: Antonio Junqueira de Azevedo

Waldírio Bulgarelli

Carlos Alberto Bittar

José Roberto Franco da Fonseca

Resultado: habilitado com a média 8,2 (oito e dois décimos)

Realizada em: 27 de outubro de 1989

Área: Direito Civil

Candidato: Luiz Fabiano Corrêa

Tese: "APARÊNCIA DE DIREITO EM MATÉRIA PATRIMONIAL"

Presidente: Fábio Maria de Mattia

Membros: Antonio Carlos de Araújo Cintra

Antonio Junqueira de Azevedo

Walter Moraes

Vicente Greco Filho

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com distinção

Realizada em: 6 de dezembro de 1989

Área: Direito Econômico e Financeiro

Candidato: Fernando Antonio Albino de Oliveira

Tese: "PODER REGULAMENTAR DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS"

Presidente: Geraldo de Camargo Vidigal

Membros: Waldírio Bulgarelli

Fábio Konder Comparato

Fábio Nusdeo

José Tadeu de Chiara

Resultado: habilitado com a média 8,1 (oito e um décimo)

Realizada em: 7 de dezembro de 1989

Área: Direito Penal

Candidato: Luiz Flávio Gomes

Dissertação: "O ERRO NAS DISCRIMINANTES PUTATIVAS"

Presidente: Paulo José da Costa Júnior

Membros: Ada Pellegrini Grinover

Ivette Senise Ferreira

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com distinção

Realizada em: 20 de setembro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Antonio Cláudio da Costa Machado

Dissertação: "A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO"

Presidente: Vicente Greco Filho

Membros: Luiz Carlos de Azevedo

Yussef Said Cahali

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com distinção

Realizada em: 21 de setembro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci

Dissertação: "CHAMAMENTO AO PROCESSO"

Presidente: Vicente Greco Filho

Membros: Cândido Rangel Dinamarco

Eduardo César Silveira Vita Marchi

Resultado: habilitado com a média 10,0 (dez) com distinção

Realizada em: 17 de outubro de 1989

Área: Direito Processual

Candidato: José Damião Pinheiro Machado Cogan

Dissertação: "MANDADO DE SEGURANÇA NA JUSTIÇA CRIMINAL E MINISTÉRIO PÚBLICO"

Presidente: Rogério Lauria Tucci

Membros: Miguel Reale Júnior

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo

Resultado: habilitado com a média 8,0 (oito)

Realizada em: 6 de novembro de 1989

Área: Direito do Estado

Candidato: Luiz Sérgio Modesto

Dissertação: "ESCUSA DE CONSCIÊNCIA: O DELITO
TRAVESTIDO DE DIREITO"

Presidente: Dalmo de Abreu Dallari

Membros: Enrique Ricardo Lewandowski

Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Resultado: habilitado com a média 9,5 (nove e cinco décimos)

Realizada em: 13 de novembro de 1989

**TRABALHOS
ACADÊMICOS**

FUNDAÇÃO: EVOLUÇÃO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Eugênio Carlos Callioli

Aluno de Doutorado dos Cursos de Pós-Graduação, Área de Direito Civil, sob orientação do Professor Doutor Walter de Moraes. Advogado em São Paulo

Resumo: Ainda hoje, o conceito e disciplina jurídica do instituto das Fundações apresentam profundas divergências doutrinárias. Esta monografia restringir-se-á a considerações conceituais e históricas de ordem acadêmica e teórica. Com uma rápida passagem pelo histórico das Fundações, pretende-se chegar a um conceito abrangente, que possa identificar suas características e seus elementos constitutivos. Por fim, são acrescentados breves comentários sobre alguns aspectos conflitivos na identificação de certas Fundações (Fundação Pública, Fundações dotadas de patrimônio público), bem como as espécies que nos apresenta o atual projeto de Código Civil.

Summary: Even today, the concept and juridical discipline of the institution of Foundations presents profound doctrinary divergencies. This monography shall limit itself to conceptual and historical considerations from academic and theoretic standpoint. Starting with a rapid passage through the historical aspects of Foundations, an attempt is made in order to reach a general concept, that can allow one to identify its characteristics and constitutive elements. Finally, brief comments about conflicting aspects in the identification of certain Foundations (Public Foundations, Foundations with public patrimony), as well as types which are presented by the current Civil Code project are added.

Unitermos: Dados Históricos; Evolução; Conceito; Outras Características; As Fundações no Projeto de Código Civil.

FUNDAÇÃO: EVOLUÇÃO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS –

A Fundação apresenta, ainda hoje, divergências profundas no referente a seu conceito e disciplina. Nas linhas desta breve monografia, trataremos tão-somente de aspectos históricos e conceituais do instituto, motivo pelo qual se restringirá às considerações de ordem acadêmica. Não descaremos, portanto, a aspectos mais práticos, bem como deixaremos para outra oportunidade o estudo aprofundado de outros elementos de sua conceituação (estatutos, os bens que podem ser elencados no patrimônio afetado, etc.).

Como é sabido, ao lado das associações e das sociedades, o art. 16 do Código Civil brasileiro incluiu, entre as pessoas jurídicas de direito privado, as “Fundações”. Assim procedendo, o Legislador pátrio – nas pegadas do germã-

nico – pôs termo a uma séria controvérsia, como nos esclarece o Prof. Silvio Rodrigues. Em linhas gerais, a Fundação é uma organização que gira em torno de um patrimônio que se destina a determinada finalidade a que a lei – cumpridos certos requisitos – atribui a capacidade para ser titular de direitos⁽¹⁾.

I – DADOS HISTÓRICOS. EVOLUÇÃO

1 – Origens

As origens da fundação podem ser explicadas pelo espírito de solidariedade, apanágio do ser humano, presidindo a uma procura de meios de auxiliar as pessoas necessitadas.

Com efeito, desde os primórdios da história da humanidade, registram-se atitudes de homens que, movidos pelo amor às artes e à sabedoria ou o singelo amor ao próximo, legavam bens para alguma finalidade cultural e filantrópica.

Além da doação da biblioteca de Alexandria, pelos Ptolomeus, como as características, ao que consta, de patrimônio desligado da pessoa de seus proprietários, o exemplo mais notável de instituição precursora parece ter sido, no mundo antigo, a escola que Platão fundou nos jardins de Academos, a Academia; não era esta, propriamente, uma instituição de ensino, no sentido moderno, mas espécie de sociedade científica e religiosa consagrada às musas, em Atenas. Após tê-la dirigido durante cerca de vinte anos, legou-a o filósofo aos seus sucessores.

2 – Direito Romano

Vandick Londres da Nóbrega destaca a acentuada influência grega na formação das fundações do mundo romano, pois o século V a.C. presencia o surgimento das primeiras instituições assemelhadas, no mundo grego, destinadas ao culto dos deuses: quando a Grécia tornou-se província romana, os conquistadores assimilaram a instituição, pois, conforme ainda Londres da Nóbrega, é significativo que, após a conquista, tenham aparecido em Roma as primeiras fundações, dedicadas ao culto funerário, à distribuição de alimentos, à manutenção de crianças pobres e aos jogos⁽²⁾.

O direito romano, embora atribuisse personalidade jurídica somente aos entes do tipo associativo, concebia a existência de patrimônios, vinculados a determinados fins; à época do direito romano clássico não existiam patrimônios

(1) Cfr. Rodrigues, Silvio, **Direito civil, Parte Geral**, vol. I, Saraiva, São Paulo, 1974, 5ª ed., pág. 70.

(2) Cfr. Nóbrega, Vandick L., **História e sistema do direito privado romano**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, pág. 136.

dotados de autonomia jurídica que pudessem ser considerados antecedentes diretos da fundação, mas a solução preconizada consistia na transferência do patrimônio a uma cidade ou **collegium**, com a imposição dos fins de utilidade pública, o que era feito mediante testamento ou por ato **inter vivos**.

Os particulares não podiam constituir fundações com os próprios bens, mas podiam doá-los ou legá-los a uma pessoa jurídica, com a estipulação do **modus**. O patrimônio “passava, então, à propriedade do donatário ou legatário, que se obrigava ao cumprimento dos encargos, com as rendas provenientes do objeto da doação ou legado, sob pena de multa (**stipulatio poenae**), ou de perda dos bens em favor de outra pessoa jurídica. Segundo Iglesias, tratava-se de autêntica fundação fiduciária”⁽³⁾.

Nos primeiros tempos do Império, as fundações alimentares parecem ter sido mero instrumento da ação do Imperador, não possuindo autonomia patrimonial⁽⁴⁾; entretanto, eram consideradas parte independente dos bens do Estado; o Imperador Trajano emprestou dinheiro a proprietários da região de Valêia, e destinou os juros à manutenção de trezentas crianças pobres. Plínio, o jovem, fez doação de uma escola à cidade de Como.

Parece, pois, e trata-se de opinião uniforme “que os fundos especiais para a distribuição de alimentos foram os antecedentes mais parecidos com as modernas fundações, devido à finalidade característica e o grau de autonomia patrimonial desses fundos, sem, todavia, chegarem a ser personalizados (B. Eliachevitch, **La personnalité en droit privé romain**, Paris, 1942, pág. 327 e 341)”⁽⁵⁾.

A inexistência de patrimônios juridicamente personalizados no direito romano clássico é explicada, de um lado, por não terem os romanos elaborado uma teoria das pessoas jurídicas; espírito eminentemente prático, desenvolviam suas instituições e as aperfeiçoavam na medida das necessidades da vida, sem a preocupação de justificativas filosóficas ou teórico-científicas, o que surgiu em momento posterior da evolução do direito positivo, com a necessidade de sistematizar e precisar o significado de conceitos incorporados à técnica jurídica; este momento, mais ou menos difuso na época de Justiniano, assinala o ponto de partida do direito como ciência; de outro lado, o próprio sentido prático do direito positivo de Roma explica o fato de não terem os romanos conce-

(3) Coelho, Luiz Fernando, **Fundações Públicas**, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, pág. 9.

(4) Correa de Oliveira, José Lamartine, **Conceito de pessoa jurídica**, Curitiba, 1962, pág. 16.

(5) Eliachevitch, B., **La personnalité en droit privé romain**, Paris, 1942, pág. 327 e 341; **apud** Coelho, Luiz Fernando, o.c., pág. 10.

bido a personalidade jurídica das *universitates rerum*, uma vez que os objetivos de utilidade pública eram alcançados da mesma forma; de resto, com exceção da personalidade, todas as características das modernas fundações podem ser encontradas nas fundações fiduciárias romanas, inclusive a vigilância do Estado, por meio do *curator reipublicae*, instituição desenvolvida no segundo século com o aperfeiçoamento do organismo administrativo romano; a similitude com as modernas fundações é tal que, a propósito das fundações alimentares imperiais, sustentou Brintz tratarem-se de autênticas fundações no sentido do direito moderno⁽⁶⁾.

O mesmo autor refere-se aos templos e bens dedicados ao culto dos deuses, afirmando tratarem-se de verdadeiros patrimônios autônomos. Semelhante opinião, todavia, não encontra guarida e é refutada, entre outros, por Ferrara⁽⁷⁾.

3 – Surgimento do instituto

Na história das fundações, dois acontecimentos assumem especial relevância: o primeiro é a constituição de uma *actio popularis* com o fim de serem efetivadas as fundações instituídas por legado ou doação; o segundo relaciona-se com o desenvolvimento das entidades religiosas, em especial a concepção da Igreja como pessoa.

Observa Jhering que as fundações “são por si mesmas o objeto e centro de gravidade de todas as rodas jurídicas que as fazem mover, mas o eixo do seu mecanismo está nas pessoas naturais, que são as que se devem dela aproveitar. A personificação das fundações é, pois, a forma apropriada de um patrimônio servir aos interesses e aos fins de pessoas indeterminadas”⁽⁸⁾.

A partir da constituição da *actio popularis*, no direito novo, configura-se para Jhering um direito subjetivo dos destinatários da fundação: pobres, enfermos, viúvas, órfãos, protetores das artes, etc., “porque os dois elementos do direito, o interesse e a proteção do interesse por si mesmo, se encontram efetivamente nela”⁽⁹⁾.

(6) Apud Ferrara, Francesco, *Teoria de las personas jurídicas*, trad. Eduardo Ovejero y Mauri, Madrid, Ed. Reus, 1929, pág. 37.

(7) Ferrara, Francesco, *o.c.*, pág. 37.

(8) Jhering, R., *O espírito do direito romano*, trad. Rafael Benaion, Rio de Janeiro, Ed. Alba, 1943, v. 4, pág. 230.

(9) Jhering, r., *o.c.*, pág. 231-232.

4 – Instituições eclesiásticas. O Cristianismo

Com o desenvolvimento das instituições eclesiásticas fundadas na Igreja como **corpus mysticum**, entidade mística e impalpável, passaram a ser conhecidas como entes distintos daquelas instituições de benemerência e culto, organizadas em torno das igrejas e conventos; com efeito, o **pium corpus**, o **hospitallis**, a **sancta domus** passaram a ser concebidos como sujeito de direito, de natureza ideal⁽¹⁰⁾.

Observa Ferrara que as primeiras fundações, de benemerência e culto, acham-se incorporadas e confundidas com a personalidade das igrejas, mas que aos poucos vão adquirindo autonomia até se afirmarem como entes em si, embora sob a proteção e vigilância eclesiásticas⁽¹¹⁾. Com base ainda na autoridade de Ferrara, pode-se tomar como ponto de partida desse desenvolvimento o decreto de Constantino que reconheceu as comunidades eclesiásticas cristãs; a partir desse reconhecimento, essas comunidades adquirem capacidade privada, podem ter patrimônio e, efetivamente, passam a receber doações e legados. Desse modo, “os privilégios concedidos às igrejas foram entendidos às **pieae causae**, destinadas a fins religiosos, educacionais e caritativos; essas **pieae causae** já aparecem, no Império Romano posterior, como instituições públicas eclesiásticas dotadas de personalidade jurídica segundo o direito comum. O florescimento da caridade, fundamentada no Cristianismo, alentada pela Igreja e favorecida pelos imperadores, é um dos momentos mais notáveis da cultura bizantina (Philipsborn, *Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain*, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 6:141 e s., 1951)”⁽¹²⁾.

A personalidade jurídica das **pieae causae**, independente das pessoas naturais de seus administradores, legantes ou doadores e destinatários, marca momento importante na evolução do direito ocidental que, não obstante, parece retroceder por influência do direito germânico; ensina Cunha Gonçalves que o direito germânico “nunca logrou realizar a abstração de supor, nas sociedades, um ente distinto da coletividade dos indivíduos. As suas **marken**, **genossenschaften**, **ghilde**, etc., não são pessoas; elas são, apenas, uma **gesamnte Hand**, isto é, a unidade imanente na pluralidade dos sócios (...) que não eram excluídos da propriedade do patrimônio das sociedades – **gesamnte Hand** – mas detinham uma espécie de propriedade imperfeita; essa concepção materialista repercutiu na teoria das fundações, onde ao direito germânico parece impossível a

(10) Cfr. Gonçalves, Luiz da Cunha, *Tratado de direito civil*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, pág. 903.

(11) Ferrara, f., o.c., pág. 37.

(12) Coelho, Luiz Fernando, o.c., pág. 12.

existência de um patrimônio dotado de personalidade ideal; assim, constituem propriedade dos santos, aos quais são dedicados os hospitais, conventos, escolas e outras **pieae causae**”(13)

As três correntes de pensamento: romana, germânica e canônica influíram nos juristas da Idade Média e a doutrina dos glosadores, os quais se ativeram de preferência à orientação germânica, admitindo, todavia, o conceito romano da **universitas**, ao contrário dos canonistas, tendo à frente SINIBALDO DEI FIESCHI, o futuro Papa Inocêncio IV, que se mantiveram fiéis ao sistema canônico, que foi o que veio a prevalecer no direito comum⁽¹⁴⁾.

5 – Expansão no Ocidente

A partir do século XVIII registra-se notável expansão das fundações, especialmente nos EUA, onde os problemas sociais decorrentes da Guerra da Secessão (1861-1865) exigiram considerável esforço do governo e dos particulares. Entre os pioneiros das fundações americanas, citam-se Benjamin Franklin, doador de grandes somas de dinheiro às cidades de Boston e Filadélfia, em 1790, para empréstimo a jovens artífices, e George Peabody, instituidor, em 1867, do Peabody Educational Fund, destinado à educação nos Estados do Sul e do Sudoeste norte-americano; o Smithsonian Institution, fundado por James Smithson, data de 1846.

Mas, a proliferação das fundações americanas é decorrência direta do extraordinário progresso econômico da nação americana, e, mais que isso, ao fenômeno da concentração de riquezas incalculáveis em mãos de particulares, que se defrontaram com a responsabilidade de fazer a comunidade a que pertenciam participar dos frutos dessa riqueza; assim é que uma extensa e valiosa rede de universidades, bibliotecas, museos, teatros, orquestras sinfônicas, hospitais, orfanatos, etc., expandiu-se por toda a América do Norte e mesmo fora do país; paralelamente ao espírito público de alguns verdadeiros mecenas da época moderna, encontraram as grandes empresas industriais, na instituição fundacional, um meio de diminuição de lucros tributáveis, carreando com isso somas incalculáveis de dinheiro e bens que, ao invés de serem pagos diretamente ao Estado sob forma de tributos, configuravam espécie de pagamento indireto, já que ocorria em favor da comunidade, no amparo à pesquisa e ao ensino, no financiamento das atividades culturais e manutenção de necessitados, tudo isso incentivado por uma legislação inteligente e realmente voltada para o bem comum.

(13) Gonçalves, Luiz da Cunha, *o.c.*, pág. 901.

(14) Serpa Lopes, **Curso de direito civil**, vol. I, pág. 350.

A atualidade nos apresenta cerca de treze mil fundações, sendo que as cinco maiores são a Ford Foundation, a Rockefeller Foundation, a Duke Endowment, a John A. Hartford Foundation e a Carnegie Corporation, da cidade de Nova Iorque.

Na Europa, três instituições se destacam particularmente: a Fundação Nobel, da Suécia, a Guggenheim Memorial Foundation, da Grã-Bretanha, e a Fundação Calouste Gulbenkian, de Portugal. Também a Humbolt Stiftung, da Alemanha Ocidental, é das mais importantes, pelo alcance mundial de sua ação.

6 – Desenvolvimento no Brasil

No nosso direito anterior, as fundações eram reconhecidas e “gozavam de personalidade jurídica, incluídas entre estas os corpos de mão morta, segundo se conclui dos termos do Título XVIII, do Livro II das **Ordenações do Reino**, disposições que tiveram fonte nas **Concordatas de D. Diniz, D. Pedro I e D. João I**. (V. CÂNDIDO MENDES, **Ordenações Philipinas**, anotações ao Livro II, tit. XVIII e COELHO DA ROCHA, **Direito Civil Português**, 1^o, pág. 49).

E como pessoas jurídicas foram incluídos na **Nova Consolidação**, art. 152, podendo ser instituídas por ato entre vivos, ou por testamento (art. 155), sendo a autoridade competente para a aprovação dos estatutos os juízes de provedoria. (RIBAS, **Proc. Civil**, arts. 39, 40), sujeitos ainda a interferência do Ministério Público”⁽¹⁵⁾

No Brasil, os estabelecimentos fundacionais mais antigos são a Casa dos Expostos e a Santa Casa de Misericórdia, do Rio de Janeiro, que datam dos primeiros tempos da colonização. Mas constituem marcos importantes no desenvolvimento histórico de nossas fundações a Fundação Diocesana Pão dos Pobres, de Porto Alegre, a Fundação Abrigo Cristo Redentor, a Fundação Darcy Vargas, a Fundação Getúlio Vargas e a Fundação Brasil Central. Em relação a esta, ensina Franco Sobrinho que, instituída pela União Federal, nos termos do Decreto-lei nº 5.878, de 4-10-1943, com personalidade jurídica de direito privado e tendo sede e foro no Rio de Janeiro, aparece como “a primeira grande organização fundacional governamental, num estilo assemelhado ao sistema político brasileiro e adaptada às regras do processo jurídico privado tradicional no que concerne a esses tipos de entes”⁽¹⁶⁾.

(15) Gusmão, Sady Cardoso, **Fundação in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, vol. XXIII, Editor Borosi, Rio de Janeiro, s.d., pág. 221.

(16) Franco Sobrinho, Manuel de Oliveira, **Fundações e empresas públicas**, São Paulo, Ed. R.T., 1968, pág. 58.

II – CONCEITO

1 – Definições

Para Pontes de Miranda, é pessoa quem pode ser sujeito de direito, quem tem ingresso, como termo, nas relações jurídicas; o nascimento é um suporte fático sobre o qual incidiu a regra jurídica, tomando-o, destarte, fato jurídico; do mesmo modo, o ato de atribuir personalidade jurídica é suporte fático, sendo que a diferença entre fundação e sociedade vem desde o suporte fático; ao contrário das pessoas do tipo societário, no suporte fático de que sai a fundação não há pluralidade de pessoas; não há ficção e nem direitos sem sujeito, muito menos organização personificada; o que existe é uma pessoa jurídica que nasce do negócio jurídico fundacional, a declaração de vontade do fundador; essencial ao negócio é a vontade de criar sujeito de direito, com especificação dos fins e os meios com que pode contar, inicialmente; assim, como elementos necessários da fundação, têm-se o fim e o patrimônio. Segundo esse autor, a doutrina tradicional, que mais convém a texto como o do art. 24 do Código Civil brasileiro e art. 80 do Código Civil suíço foi no sentido de ser exigido como substrato o patrimônio. Mas considera que o patrimônio é um dos pressupostos do negócio jurídico fundacional, pressuposto que pode ser satisfeito com a simples promessa de dotação de bens⁽¹⁷⁾.

Clóvis Beviláqua, em comentário ao art. 24 do Código Civil, define: “Fundação é uma universidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade”; na *Teoria Geral*, define a fundação como “um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado”⁽¹⁸⁾.

E Orlando Gomes: “A fundação é uma pessoa jurídica de tipo especial... Constitui um acervo destinado ao cumprimento de determinado fim... Numa palavra, um patrimônio destinado a um fim... A atribuição de personalidade ao conjunto de bens que alguém destina à realização de certo fim é um recurso técnico necessário a que a obra possa sobreviver a seu criador”⁽¹⁹⁾.

Entre os jusadministrativistas, o caráter essencial do patrimônio como suporte fático da personalidade jurídica da fundação é também geralmente acatado. Assim, conceitua Oliveira Franco Sobrinho, apoiado em Clóvis Beviláqua: Sabemos, por ser pacífico, que a fundação se define como um conjunto de bens personificados conforme a vontade de seu instituidor, abrangendo no seu con-

(17) Pontes de Miranda, *Tratado de direito civil privado*, parte geral, 1954, t.1, § 75, 102 e 104.

(B) Beviláqua, Clóvis, *Teoria Geral do direito civil*, 7ª ed., 1955, pág. 118.

(19) Gomes, Orlando, *Introdução ao direito civil*, R.J., Forense, 1975, pág. 186.

ceito os diferentes ramos do direito, e personalizada em atenção do fim que lhe dá unidade⁽²⁰⁾.

No mesmo sentido, Themístocles Brandão Cavalcanti, citando Von Stein: “As fundações representam pessoas jurídicas de caráter muito peculiar, e consistem em complexos de bens (**universitates bonorum**) dedicados à construção de certos fins e para esse efeito dotados de personalidade”⁽²¹⁾.

Pode-se, pois, “definir **fundação** como um ‘patrimônio personalizado dirigido a um fim’. Ou, como queria Ferrara: ‘é una organizzazione per uno scopo’. De fato, estabelece o Código Civil no seu art. 24:

‘Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, doação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la’.

Assim, perante o direito brasileiro, a idéia de fundação **vazia**, sem patrimônio, é inadmissível, princípio que convém desde logo fixar, pois para o mesmo nem sempre atentam as pessoas que imaginam criar entidades dessa natureza”⁽²²⁾.

2 – Elementos básicos

A fundação constitui uma espécie de pessoa jurídica, cuja composição interna resulta da destinação por alguém de um patrimônio vinculado a certo fim específico e lícito e, nesse sentido, estatui o art. 24 do Código Civil.

Donde a existência dos seguintes pressupostos:

a) um ato jurídico formal constante de escritura pública ou testamento; b) um complexo de bens livres a ela destinados; c) a menção no ato do fim especial de instituição; d) a indicação de pessoa ou pessoas as quais compete a elaboração dos estatutos, quando não constarem do ato.

Clóvis inclui entre os requisitos esses estatutos e a administração, o que é também admitido por Serpa Lopes⁽²³⁾.

(20) França Sobrinho, Manuel Oliveira, **As fundações e o direito administrativo**, in **Revista de Direito Administrativo da FGV**, 100, pág. 9.

(21) Cavalcanti, T.B., **Tratado de direito administrativo**, 5ª ed., v. III, pág. 133.

(22) Monteiro, Clovis Zebaran; Senna, Homero, **Fundações, No Direito, Na Administração**, Instituto de Documentação da FGV, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1970, pág. 101.

(23) Serpa Lopes, o.c., pág. 351.

Pontes de Miranda, estudando o assuntos nos §§ 162 e seguintes do seu **Tratado de Direito Privado** (tomo I) não inclui esses requisitos últimos, entre os pressupostos.

Na verdade o Código Civil não as menciona de modo preciso no art. 24 e, na conclusão desse dispositivo, apenas estabelece: especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrar.

Não há referência assim a estatutos nem forçada designação do modo de administrar.

Por isso, o mesmo Pontes de Miranda distingue o ato da instituição e o ato da fundação, sustentando que algumas vezes o instituidor não funda (não é fundador). Isso acontece sempre que os estatutos não foram elaborados pelo instituidor, ou se a verba testamentária se há de interpretar como encargo ao herdeiro ou legatário, ou dever do testamenteiro⁽²⁴⁾.

Quer nos parecer, no entanto, que a existência das fundações comporta três momentos: o da instituição (fundação imperfeita ou instituída), o da organização (fundação organizada); o do registro, para que adquira personalidade jurídica, nos termos dos arts. 18 e 19 do Código Civil, tornando-se fundação perfeita, isto depois da aprovação dos estatutos, como “ato do poder público, constitutivo integrativo dos mesmos estatutos, sendo a aprovação elemento essencial à fundação, não supriável pelo registro”⁽²⁵⁾, como observa Pontes de Miranda.

Certos patrimônios destinados a um fim permanente ou específico, “embora não sejam fundações, têm semelhanças com estas, como as coletas e subscrições públicas, em que alguns vêem mandato e outros sociedade, e que não dão pretensões legítimas aos destinatários contra coletores, subscritores ou depositários de tais valores, salvo se a coleta se fez para determinada pessoa ou pessoas, segundo critério pré-estabelecido, explícita ou implicitamente. A estas coletas chama Dernburg empresas de utilidade comum, aplicando-se a elas o que for conforme à sua natureza.

Este mesmo autor, sustentando que, em sentido estrito, a fundação é um patrimônio dedicado a fins úteis, com personalidade independente, reconhece que, em sentido mais amplo, são fundações também os patrimônios que são destinados a determinados fins, doados a um sujeito de direito já existente, como o fisco, a municipalidade, uma igreja, uma universidade. E o fundador e seus herdeiros têm direito a exigir a aplicação do dito patrimônio (Pandette, **Parte Geral e Parte 1ª**, página 183)⁽²⁶⁾.

(24) Pontes de Miranda, *o.c.*, § 104, 2.

(25) *Ibidem*, pág. 465.

(26) Gusmão, Sady C., *o.c.*, pág. 220.

Todavia, estes e outros casos semelhantes se resolvem de acordo com os princípios pertinentes às doações com encargo.

O caráter do negócio jurídico criativo de fundação, no dizer de Pontes de Miranda, é o de um ato unilateral do instituidor, formal e gratuito.

A unilateralidade é própria do instituto, o seu caráter formal provém de exigência de escritura pública, ou testamento, ressalvadas as fundações a que se fez referência antes, de caráter pio e religioso, de existência secular.

É ato gratuito específico, não equivalendo a doação, é liberalidade, sim, mas com fins específicos, donde o não depender de aceitação.

Alguns autores alemães, citados por Pontes de Miranda, sustentam a validade da fundação *vazia*, ou sem patrimônio, o que não se pode admitir no direito brasileiro, ante o que estatuem os arts. 24 e 25 do Código Civil, a despeito de tais bens poderem ser futuros.

Pontes de Miranda considera irrevogável o ato e assim deverá ser, como toda declaração unilateral da vontade, desde que haja produzido efeitos no mundo exterior, sob a hipótese de falta dos requisitos legais⁽²⁷⁾, ou quando a instituição é feita em testamento, dada a natureza do testamento, como ato essencialmente revogável.

Não obstante, se não tratar de doação (não incidindo as normas destas, como a de revogação de doação por ingratidão) é inadmissível a instituição com doação em vida, de todos os bens do instituidor, sem reserva do necessário para sua subsistência, nem a lesão de legítima dos herdeiros necessários (quando se trata de testamento), como observa o mesmo Pontes de Miranda⁽²⁸⁾.

A elaboração dos estatutos, seu registro, compete às pessoas nomeadas no ato, quando não os houver redigido o instituidor, tudo dependendo da aprovação dos estatutos, pelo Ministério Público, o qual, em relação às fundações é, uma vez, agente, assistente e consulente.

A aprovação dos estatutos é indispensável e necessária à personificação, sendo parte integrante do negócio em causa, para projeção da fundação na ordem e vida externa, respondendo funcionalmente o oficial que efetua o registro, sem tal aprovação, notando-se mais que a inscrição no caso tem caráter constitutivo e não simplesmente declaratório, por essencial para o funcionamento da fundação e para a atribuição a esta qualidade de pessoa jurídica.

(27) Pontes de Miranda, *o.c.*, & 104, 7.

(28) *Ibidem*, § 105, 2.

Esse caráter constitutivo, entretanto, é relativo, porque não dá existência à instituição, esta já existe, mas se refere à vida externa da fundação e à condição da pessoa jurídica.

Cabe a inscrição ao próprio instituidor, ou à pessoa a quem for confiada tal incumbência, e se presume autorizada a que for encarregada de elaborar os estatutos, ou a qualquer das indicadas como administradoras.

Poderá promovê-la, também, o Ministério Público, por si, ou a requerimento de qualquer interessado.

Os estatutos podem ser alterados, com intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 28 do Código Civil, ou seja: a) mediante deliberação da maioria absoluta dos componentes da sua diretoria, ou administração; b) desde que a deliberação não contrarie os fins da fundação; c) com aprovação da autoridade competente, ou seja do Ministério Público⁽²⁹⁾.

3 – Personalidade jurídica

Sabemos que a **personalidade natural** se inicia com o nascimento com vida, muito embora a lei proteja, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil, art. 4º). Já na “gestação” da pessoa jurídica, para usarmos uma expressão de Caio Mario da Silva Pereira, há duas fases: a do ato constitutivo e a da formalidade administrativa do registro.

E há essas duas fases porque, a respeito, o direito brasileiro se filia ao chamado sistema das **disposições normativas**. De fato, pode o legislador adotar três critérios para atribuição de personalidade jurídica a tais entidades: o da **livre formação**, o do **reconhecimento** e o das **disposições normativas**. O primeiro não impõe qualquer condição ou requisito para a criação da pessoa jurídica, sendo para tanto suficiente a simples elaboração do seu ato constitutivo. O sistema de **reconhecimento**, adotado, entre outros, pelo direito português e francês, exige, para a criação das pessoas jurídicas, como o próprio nome indica, um ato prévio de reconhecimento.

O terceiro critério, chamado das **disposições normativas**, fica a meio caminho dos outros dois, podendo, por isso, ser considerado um sistema eclético. À vontade dos membros componentes da entidade, desde que manifestada de forma hábil, é atribuído poder criador, independentemente de qualquer ato administrativo de concessão. Mas a outorga da personalidade jurídica fica subordinada à observância de condições legais predeterminadas. Uma vez satisfeitas essas condições, a entidade passa a ter vida própria e pode operar livremente.

(29) Cfr. Gusmão, Sady C., o.c., pág. 222.

O direito brasileiro filia-se, pois, ao sistema das **disposições normativas**, muito embora sem rigidez; na verdade, nenhum direito contemporâneo guarda absoluta fidelidade a um só sistema. Caio Mario da Silva Pereira enquadra o nosso direito no das **disposições normativas** porque, salvo casos especiais de exigência de autorização prévia (exploração de jazidas do subsolo, quedas d'água, atividades bancárias, de seguro, etc.), o princípio dominante, entre nós, é o de que a vontade dos indivíduos, desde que manifestada de forma hábil, é dotada do poder de criar a pessoa jurídica⁽³⁰⁾. Mas personalidade *in fieri*, permanece em estado potencial até que, preenchidas as exigências legais, se investe do **status** de pessoa jurídica.

No concernente ao **ato constitutivo**, há distinções a fazer, conforme se trate de **associações** ou **fundações**.

Para as primeiras, considera-se **ato constitutivo** um **ato escrito** qualquer, por meio do qual se estabeleça entre várias pessoas naturais (ou mesmo entre várias pessoas jurídicas previamente constituídas), o compromisso para a consecução do fim comum. **Ato escrito** é, pois, o primeiro requisito para a constituição de uma **sociedade** ou **associação**. Esse **ato escrito**, porém, pode tomar várias formas: pode ser um contrato, um contrato de sociedade, como acontece nas sociedades comerciais e nas sociedades civis; pode ser um estatuto, como acontece principalmente nas associações que se propõem a fins não lucrativos — nos clubes, nos centros de estudo, nas associações pias —; e pode ser simples compromisso, quer dizer, um ato que não reveste nem a forma de estatuto nem a de contrato, mas que representa, já, entre as pessoas que se reuniram, o compromisso da consecução do fim visado. Por compromisso constituem-se as ordens beneficentes, ainda hoje tão comuns entre nós: as ordens terceiras, as ordens pias e as ordens monásticas.

Quanto aos requisitos das fundações, antes de mais nada, é importante saber quem as pode criar. Segundo a lição de Beviláqua, elas “podem ser criadas pelo Estado, uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica de ordem privada”⁽³¹⁾. Mas, evidentemente, para a criação de uma pessoa jurídica dessa natureza, “fazem-se necessários alguns requisitos que são: a) patrimônio composto de bens livres no momento da constituição; b) o ato constitutivo ou a dotação, que deverá constar da escritura pública ou testamento; c) a declaração, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação; d) estatutos, que atenderão às bases deixadas pelo instituidor; e e) uma administração.

(30) Silva Pereira, Caio Mário, **Instituições de direito civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, v. I, pág. 200.

(31) Beviláqua, Clóvis, **Código Civil Comentado**, 5ª ed., Francisco Alves, 1936, pág. 232.

Lembra San Tiago Dantas, que as fundações se constituem de modo mais complexo do que as associações e que, no concernente às primeiras, temos de distinguir dois tempos: um é a **instituição** (ato unilateral, formal e gratuito) e o outro é a **constituição** propriamente dita. Segundo a distinção por ele estabelecida, '**instituição** é o ato graças ao qual uma pessoa, ou um grupo de pessoas, toma um patrimônio e o destina a um determinado fim'. Nesse ato, o instituidor deve prever desde logo quem ficará incumbido de organizar a pessoa jurídica, quando se dará então o segundo momento, ou seja, a **constituição** propriamente dita da fundação''⁽³²⁾.

Na verdade, porém, nem sempre ocorrem esses dois **momentos**, pois, como lembra Washington de Barros Monteiro, há duas maneiras de formação das fundações: **direta** (o próprio instituidor cuida de todo o necessário) e **fiduciária** (o instituidor delega a outrem a organização da obra projetada)⁽³³⁾.

As fundações criadas por atos **inter vivos** em geral são **diretas**, muito embora possam também revestir a segunda forma, ocorrendo a criação **fiduciária** nas fundações instituídas por atos **mortis causa**.

II - 4 - Associações e Fundações

Consoante a lição de Clóvis Beviláqua, "as pessoas jurídicas de direito público precederam as pessoas naturais que delas se foram, pouco a pouco, destacando, como de uma nebulosa primitiva", já que "o agente do direito originariamente nem sempre é o homem individualmente considerado, mas, na maioria dos casos, a coletividade a que pertence e que o absorve"⁽³⁴⁾.

Assim, há **pessoas jurídicas de direito público** (interno ou externo) e de **direito privado**. Segundo o Código Civil Brasileiro, são pessoas jurídicas de direito público interno: **I** - A União. **II** - Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal. **III** - Cada um dos Municípios legalmente constituídos (art. 14).

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, são elas: **I** - As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. **II** - As sociedades mercantis, que se regem pelo estatuído nas leis comerciais (Código Civil, art. 16).

Dentre as pessoas jurídicas de direito privado, interessam-nos particularmente, neste trabalho, as **associações** e as **fundações**, convindo fixar desde lo-

(32) Senna, Homero, *o.c.*, pág. 106.

(33) Monteiro, Washington B., **Curso de direito civil**, 4ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1964, vol. I, pág. 126.

(34) Beviláqua, Clóvis, **Em defesa do Projeto de Código Civil brasileiro**, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1906, pág. 65.

go os traços diferenciais que as distinguem: “enquanto nas **associações** o que domina é o elemento pessoal, nas **fundações** o que prevalece é o elemento **patrimonial**. Enquanto que na organização de uma **associação** temos principalmente em vista as pessoas que se reúnem, que se associam visando a determinado fim, nas **fundações** temos em vista principalmente um **patrimônio** que se constitui com vistas a um objetivo preestabelecido”⁽³⁵⁾.

“Como acentua San Tiago Dantas, isto não quer dizer que possamos conceber uma pessoa jurídica que não seja essencialmente uma reunião de pessoas naturais: em toda fundação as pessoas naturais são necessárias como membros delas, como executoras da vontade coletiva”⁽³⁶⁾. Contudo, nas **fundações**, ao contrário do que ocorre nas **associações**, essas pessoas têm importância secundária; o que tem, principalmente, sentido é o patrimônio afetado à consecução de determinado fim. Já nas **associações** ou **sociedades**, as pessoas é que importam em primeira linha e o patrimônio constitui-se como um aspecto secundário da entidade.

No direito brasileiro, a distinção clássica entre **fundações** e **associações** pertence a Lacerda de Almeida, que, a propósito, escreve:

“O que caracteriza **in genere** os estabelecimentos, e **in specie** as fundações, é servirem a um fim de pública utilidade – religioso, moral, científico, político, ou mesmo industrial – e nisto se distinguem das associações ou corporações, as quais, posto possam ter fins idênticos ou análogos, não servem a tais fins, antes no alcançá-los buscam o seu próprio proveito, trabalham no interesse da coletividade ou do ser ideal que as personifica. Por isso mesmo que são pessoas e não coisa e, como pessoas, têm em si próprias a razão de sua atividade, as associações ou corporações – admita-se a sinonímia destes vocábulos – as associações ou corporações são do mesmo modo e pelo mesmo título que as pessoas físicas, fim para si, trabalham, agem, movem-se, dirigem-se para servir a si próprias, tudo o que fazem, fazem-no no interesse próprio; os direitos que adquirem, adquirem-nos, para si e para si os exercem. As fundações, os institutos, os estabelecimentos, são, ao contrário, estruturas destinadas a servir a certos fins de religião ou de beneficência ou de ciência ou arte, etc., não são pessoas, mas coisas personificadas, não são fins para si, adquirem direitos e exercem-nos em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente. São patrimônios administrados; a personalidade deles pode considerar-se uma abstração”⁽³⁷⁾.

(35) Guimarães, H., *As pessoas jurídicas como situações patrimoniais*, in *Revista Forense*, 91(471): 299-310, 1942.

(36) Senna, Homero, o.c., pág. 96.

(37) Lacerda de Almeida, *Das pessoas jurídicas; ensaio de uma teoria*, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1905, pág. 66-67.

A distinção estabelecida, de modo magistral, por Lacerda de Almeida, nos princípios do século, encontra confirmação no ensinamento dos mais modernos tratadistas, como por exemplo, Mario Allara, da Universidade de Turim, que, ‘acentuando a função **ativa** da associação – que age para atingir um objetivo comum aos associados – e a função **passiva** da fundação – que age para atingir um objetivo fixado por outro (o instituidor), observa:

“Noi diciamo invece che la differenza tra associazione e fondazione consiste nel **diverso atteggiamento delle’ elemento personale**: nella associazione, **la collettività organizzatta** (tale organizzazione può essere simultanea e successiva) **agisce per il raggiungimento di uno scopo comune agli associati**, e pertanto **questi ultimi esplicano una funzione attiva, una libera attività**; nella fondazione invece **la collettività organizzatta agisce per il raggiungimento di uno scopo stabilito da altri (il fondatore)**, e pertanto **detta collettività esplica una funzione passiva**; la vita della fundazione è retta dalla volontà, esterna, del fondatore”⁽³⁸⁾.

Tornando bem clara a distinção entre **associações** e **fundações**, San Tiago Dantas dá os seguintes exemplos:

Amanhã resolvemos fundar uma universidade e desejamos que e essa instituição sobreviva no tempo e tenha determinada orientação. Dois caminhos se nos oferecem: Escolhermos outras pessoas que tenham as mesmas idéias e preocupações e fundarmos com elas uma entidade, à qual daremos um estatuto, onde estará prevista a forma de gestão do respectivo patrimônio. Nesse caso, teremos obedecido à técnica da **associação**.

Mas – lembrava, em suas aulas, o saudoso mestre – podemos seguir caminho diverso. Mediante dotação especial, formaremos preliminarmente um patrimônio e em seguida fundaremos a universidade, dispondo, nos respectivos estatutos, sobre os critérios a serem observados na escolha dos professores, na seleção dos alunos, na administração dos cursos, etc. Neste segundo exemplo teremos obedecido à técnica da **fundação**. Aqui o que avulta é o patrimônio – elemento formador da entidade –, porque o tomamos e o destinamos à consecução daquele fim, enquanto que, no primeiro exemplo, o que avultava era a reunião de várias pessoas que, depois de congregadas, obteriam um patrimônio e disporem sobre ele deste ou daquele modo⁽³⁹⁾.

Vicente Ráo já observou que “o art. 16 de nosso Código Civil consagra um conceito unitário de personalidade jurídica, nele incluindo as duas modali-

(38) Giappichelli, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5ª ed., Torino, 1958, v. I, pág. 233; *apud* Senna, Homero, *o.c.*, pág. 99.

(39) Senna, Homero, *o.c.*, pág. 99.

dades típicas de direito privado que são as sociedades (de fins econômicos ou não econômicos) e as fundações”, com o que obedeceu à tendência doutrinária a que De Ruggiero alude nestes termos: “Tende la dottrina più moderna, decisamente, all’unità del concetto di persona giuridica, ad una costruzione dogmatica unica, che abbracci ambedue forme e le riduca ad unica concezione” (Inst., v. 1, § 42)⁽⁴⁰⁾.

A propósito, escreve Caio Mario da Silva Pereira:

“Análoga às sociedades e associações nos resultados da personalização, delas difere a fundação, essencialmente, na sua constituição, que não se origina, como aquelas, de uma aglomeração orgânica de pessoas naturais. O que se encontra, aqui, é a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social. É um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico e realizar as finalidades a que visou o instituidor”⁽⁴¹⁾.

Constituirá, porém, uma fundação qualquer dotação patrimonial vinculada a fins determinados, como, por exemplo, a entrega de bens ou recursos financeiros a um estabelecimento de ensino, com a finalidade específica de conceder “bolsas de estudos” a universitários?

A esta indagação, o mesmo autor responde negativamente, acentuando, com toda a procedência:

“Para que uma destinação de bens passe a constituir fundação é necessária a personificação, isto é, aquisição de personalidade jurídica própria, de que lhe advém a capacidade jurídica para atuar. Não se confunde com uma doação (Oertmann), porque esta envolve a transferência de bens de uma pessoa a outra, enquanto que na fundação a dotação patrimonial é o elemento genético de uma pessoa jurídica. Não há fundação, por exemplo, nos patrimônios por subscrições para um fim determinado, como, por exemplo, socorrer flagelados. Precisamente em razão daquele abstracionismo que permite personificar um patrimônio em função do fim a que se destina, o direito romano somente viria a sentir e criar as **universitates bonorum** muito tarde, já numa fase em que a inspiração cristã da **pia causa** conduziu o pensamento do jurista à outorga de capacidade ao acervo patrimonial animado pela vontade vivificadora. A personificação das fundações, realizada em visível paralelo com a das sociedades e associações, é, entretanto, muito mais **técnica**, porque, se nas associações de pessoas a reunião de suas vontades vivas é o **abstractum** da personalidade, como acentua De

(40) Ráo, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Max Lemonad, s.d., v. II, pág. 270.

(41) Silva Pereira, Caio Mario, *o.c.*, pág. 210.

Page, na fundação ela está na idéia ou na afetação patrimonial, tomada em consideração para se destacar da vontade criadora e cumprir com autonomia a sua destinação”⁽⁴²⁾.

As pessoas jurídicas do tipo fundacional são constituídas por um patrimônio, conjunto de bens, a que a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica; nisto radica a **differentia specifica** de tais entidades, na natureza do suporte factual ao qual a ordem jurídica reconhece atributos de sujeito de direito, com aptidão para a titularidade de direitos e obrigações; na associação, o que existe de fato é um grupo de pessoas, tratado normativamente como se fora uma só e sem prejuízo da personalidade juridicamente reconhecida de cada um dos seres integrantes do grupo; na fundação, esse suporte para o sentido jurídico normativamente atribuído é um patrimônio.

Os demais caracteres das fundações, tais como o modo de sua constituição, administração e representação, são fatores acidentais, dependentes das peculiaridades do sistema jurídico de cada época e lugar.

5 – Concepções na legislação e doutrina estrangeiras

No direito francês, as fundações somente se investem de personalidade jurídica à vista de um decreto expedido após pronunciamento do Conselho de Estado.

A idéia de que pode haver fundação sem afetação inicial de patrimônio a um fim, aparece nos autores alemães e tem sido atribuída ao silêncio do Código Civil Alemão acerca da necessidade da dotação patrimonial no ato de fundação.

Efetivamente, o Código Civil Alemão não é tão claro como o Código Civil Suíço, que no artigo 80 diz que “a fundação tem por objeto a afetação de bens a favor de um fim especial”, ou nosso Código Civil, segundo artigo 24, “para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou por testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina...”. Mas o § 82 do Código Germânico, quando dispõe que “uma vez a fundação aprovada é o fundador obrigado a transferir para ela o patrimônio que lhe assegurou no ato de fundação”, contém implícita a idéia de que não há fundação sem afetação de patrimônio.

Não o tem entendido assim grande parte da doutrina germânica, porventura influenciada por Savigny que, no **Tratado de Direito Romano**, ao dar nova vida à distinção entre associações e fundações, dizia repousarem estas “sobre um fim geral que lhes é assinado”⁽⁴³⁾.

(42) Silva Pereira, Caio Mario, o.c., pág. 210.

(43) Savigny, **Traité de Droit Romain**, trad. for de Guenoux, 1855, vol. II, § 86, nº 2; apud Caetano, Marcello, **Das Fundações**, Ed. Átila, Lisboa, s.d., pág. 8.

“Lehmann, no estudo que apresentou sobre **As fundações no Direito Alemão** à Semana Internacional de Direito, realizada em Paris em 1937 (cf. **Travaux de la Semaine Internationale de Droit**), informa: ‘Enquanto o Código Civil Suíço, no seu artigo 80, inclui a dotação patrimonial como condição expressa do ato de fundação, o Código Civil Alemão passa o assunto em silêncio. É por isso que a opinião dominante se inclina para que a fundação possa nascer sem afetação de um patrimônio, respondendo assim às hipóteses em que se verifique serem os bens afetados desprovidos de valor, sem embargo do que a fundação haja conseguido doutro modo adquirir um patrimônio. Mas como a fundação não pode atingir o seu fim senão mediante o emprego de meios patrimoniais, dever-se-á pelo menos exigir que o fundador indique a via pela qual ela poderá obter tais meios’ (pág. 27)”⁽⁴⁴⁾.

Ferrara admite que a fundação possa ser criada sem patrimônio quando seja seguro que, após a criação, o patrimônio aflua, ainda que por subscrição pública. E cita uma resolução do Conselho de Estado italiano de 1876, ségundo a qual “quando um instituto, pela qualidade das pessoas que o compõem e pelo fim que se propõe, oferece suficientes garantias morais, pode ser criado como pessoa moral ainda que sem patrimônio”. Salvo o devido respeito, porém, nesta resolução atende-se a pessoas que compõem o instituto, quer dizer, a um elemento pessoal por definição ausente do momento originário da fundação. Trata-se de uma comissão promotora ou de uma associação, não de uma fundação, e nesse caso parece incorreta a solução dada. Que a comissão promotora de uma subscrição tenha como objeto criar, com o patrimônio coletado, uma fundação, é regular. Que seja desde logo, enquanto é apenas um grupo de pessoas, considerado fundação, é errôneo⁽⁴⁵⁾.

O Código de Direito Canônico, proíbe a concessão da personalidade às fundações que não contarem com um dote que baste, ou **prudentemente se preveja que possa vir a bastar**, à consecução do fim. Esta previsão tem de ser feita a partir de um patrimônio inicial, embora se admita que a suficiência dependa da acumulação de rendimentos, do concurso de esmolas ou donativos, etc. Isto é: o que pode não ser certo, no ato de instituição ou de reconhecimento, não é o patrimônio e sim a sua suficiência.

No Direito português o problema não tem sido discutido. Todos os autores reconhecem que para haver fundação há de existir afetação de patrimônio.

Sem dúvida que podem surgir as hipóteses que estão por detrás das preocupações dos autores alemães: hipóteses resultantes da depreciação monetária que haja reduzido a nada ou quase nada, no momento da abertura da herança,

(44) Castro, Marcello, o.c., pág. 10.

(45) Ferrara, F., o.c., pág. 53.

valores que na data do testamento eram suficientes para a realização do fim visado, ou até tenha aniquilado esses valores entre a data da aprovação pelo Estado e o início efetivo da realização da obra.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, o patrimônio existiu no momento do ato de instituição e o problema põe-se apenas quanto à impossibilidade de atingir o fim visado pelo fundador em virtude de circunstâncias supervenientes⁽⁴⁶⁾.

III – OUTRAS CARACTERÍSTICAS

1 – Tempo de duração

Questão que desde logo se coloca, quando se examina o problema das fundações, é a que se prende à **duração** de tais entidades. Deverão elas ser **perpétuas**?

Diante de certos códigos que expressamente admitem as fundações **temporárias**, como o Código Civil brasileiro, art. 30, e o Código Civil italiano, arts. 16 e 28, há quem ponha em dúvida se, neste caso, estaremos diante de uma verdadeira fundação.

Decorre esta posição do entendimento, geralmente aceito, de que as fundações obedecem, na sua gênese, “à ânsia que o fundador tem de ganhar na terra um pouco da eternidade a que todo homem aspira” Por isso, a maioria delas é estabelecida por tempo indeterminado, “na esperança de que a sucessão dos séculos respeite a memória do instituidor”.

Marcello Caetano lembra, porém, o quanto esta esperança é ilusória, pois inúmeras fundações instituídas através dos séculos já estão esquecidas. De fato, como assinala o ilustre tratadista português:

“O minguar dos patrimônios, a transformação dos valores, a alteração das necessidades ou dos meios de lhes dar satisfação, a mudança de concepções políticas e sociais, a luta contra os bens de mão-morta e a negligência dos homens tornam temporário o que audaciosamente se quis eterno. A perpetuidade é, pois, relativa”⁽⁴⁷⁾.

Mas, embora não sejam necessariamente **perpétuas**, as fundações devem ser **permanentes**, usada esta palavra para exprimir uma idéia de **duração**, “por

(46) Cfr. Caetano, M., o.c., pág. 11.

(47) Caetano, M., o.c., pág. 15.

oposição ao que é efêmero, eventual, circunstancial”. Pode essa duração, porém, ser por tempo limitado.

Realmente, como assinala o autor citado:

“Não se vê que inconveniente possa existir em admitir fundações para fins temporários (por exemplo, fundação de auxílio aos combatentes da Guerra de 1914, que se extinguiria com a morte do último dos possíveis beneficiários) ou por tempo determinado (por exemplo, uma fundação para formação de técnicos de energia nuclear, com a duração de trinta anos)”.

Aprofundando a discussão da idéia, Marcello Caetano chega a sustentar que “estas fundações temporárias podem então ter por patrimônio, não um capital, mas uma renda ou um rendimento que lhes seja consignado”, concebendo-se até que, “sendo a duração determinada, receba um capital, mas com o direito de ir consumindo segundo um plano tal que a sua extinção coincida com o termo da fundação”⁽⁴⁸⁾.

No Brasil, diante do texto legal, essas especulações doutrinárias perdem o interesse, já que o Código Civil, no seu art. 30, expressamente dispõe:

“Verificado ser nociva ou impossível a manutenção de uma fundação, ou **vencido o prazo de sua existência**, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes”.

Ultimamente, porém, temos tido, entre nós, casos de fundações que de modo algum observam esse princípio do Código Civil. Fundações nitidamente **impossíveis**, por falta de condições materiais de subsistência, continuam a ser mantidas, quase sempre à custa do Tesouro Nacional. E ninguém se lembra de sugerir sejam os respectivos patrimônios incorporados em outras entidades da mesma natureza que se proponham a fins iguais ou semelhantes. É verdade que isto ocorre principalmente com as chamadas fundações públicas.

2 – “Fundações Públicas”

Um dos assuntos mais polêmicos da doutrina brasileira na atualidade é o concernente à natureza jurídica das fundações que, sem terem sido instituídas por particulares, o foram pelo poder público, mediante a destinação de bens e sua personificação sob a forma fundacional.

Essas entidades são chamadas **fundações públicas**, em razão da origem pública do seu patrimônio, mas também recebem a designação errônea de **fun-**

(48) Caetano, M., o.c., pág. 16.

dações de direito público; entidades instituídas pela administração estatal, na esteira das fundações privadas desenvolvidas no campo do direito civil, têm atraído a atenção de juristas, advogados, administradores e políticos, em parte porque têm constituído instrumento dos mais utilizados na ação governamental da União, dos Estados e dos Municípios, e em parte porque a doutrina jurídica e a jurisprudência têm acatado interpretações divergentes e mesmo conflitantes a respeito das regras que as definem no direito positivo e regulam sua atuação.

O assunto tem consideráveis reflexos para o direito administrativo; problemas como o do regime jurídico do pessoal dessas fundações, o da extensão a elas dos privilégios processuais do Estado, o da acumulação de cargos públicos, têm sua solução freqüentemente dimanada da equiparação dessas fundações públicas, ora às **autarquias**, com personalidade jurídica de direito público, ora às fundações privadas, instituídas nos termos dos arts. 24 e s. do Código Civil. Acresce que o panorama atual do direito brasileiro evidencia a insegurança do legislador em definir o regime jurídico de tais entidades; pode-se verificar uma tendência privatista do legislador federal – o Decreto-lei nº 200, de 25-2-1967, equiparou as fundações públicas às empresas públicas, estas definidas como pessoas jurídicas de direito privado, e o Decreto-lei nº 900, de 29-9-1969, excluiu-as da administração indireta e proibiu a instituição de novas fundações que não tivessem os requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações – ao lado de uma tendência publicista do estadual, evidenciada na proliferação de entidades definidas nas respectivas leis de criação como **fundações de direito público**.

Isso não obstante “o fato de ser o Estado o instituidor não altera a essência do instituto que continua a caracterizar-se como patrimônio dotado de personalidade jurídica, não tendo a doutrina logrado elaborar tópicos suficientes para fundamentar a consideração das fundações instituídas pelo poder público como substancialmente diferentes das instituídas pelos particulares”⁽⁴⁹⁾.

3 – Fundações criadas por testamento

Problema dos mais curiosos surge, a respeito, no direito francês, por força do princípio, ali vigorante, de que um patrimônio não pode existir independente de uma pessoa que seja o seu titular. Na França não se admite a existência de um patrimônio sem uma pessoa, física ou jurídica, que lhe sirva de suporte, tese que apresenta sérios inconvenientes, no concernente à criação das fundações.

Como acabamos de expor, tais entidades se criam mediante a destinação de um acervo de bens a determinado fim, como, por exemplo, a instituição ou a manutenção de um hospital. Mas, admitindo-se o princípio jurídico acima refe-

(49) Coelho, Luiz Fernando, *o.c.*, pág. 15.

rido, esse acervo de bens não constitui um patrimônio pelo simples fato de ter sido afetado a determinado fim. É necessário que o empreendimento receba primeiro a personalidade, já que somente então poderá ser titular como toda pessoa física ou jurídica, de um patrimônio, que o fundador, ou instituidor, acrescerá dos bens a ele destinados.

Em conseqüência, se uma pessoa deseja, em vida, fundar na França uma instituição, deve primeiro solicitar que um decreto confira personalidade a essa obra; e, uma vez expedido o ato de reconhecimento, fazer doação à recém-criada entidade dos bens que lhe deseja destinar. É-lhe, contudo, impossível proceder assim por testamento, pois, para receber um legado, a pessoa deve existir no momento do óbito do testador. E a jurisprudência dos tribunais civis considera que o legado feito a uma obra ainda não dotada de personalidade é nulo. Para contornar a dificuldade e salvar numerosas fundações, os tribunais administrativos, valendo-se da ficção da retroatividade, fazem remontar os efeitos do decreto ao dia da morte do testador, o que lhes tem permitido validar inúmeros legados. Se não há herdeiros para reclamar, a coisa passa tranqüilamente. É freqüente, porém, os herdeiros pleitearem perante os tribunais judiciários a nulidade de tais legados. E, quando isto ocorre, em geral, obtém ganho de causa, porque esses tribunais, presos, em matéria de sucessão, às regras do Código Civil, consideram impossível contorná-las, através da ficção da retroatividade.

Para tornar a doação estreme de dúvidas, a prática encontrou o meio de elidir o princípio da inexistência de patrimônio sem titular. Assim, o testador que pretende criar uma fundação e esbarra no problema de não ter, ainda, essa entidade personalidade jurídica faz, dos bens destinados ao empreendimento, legado a uma terceira pessoa, encarregada não só de obter o decreto conferindo à obra a necessária personalidade jurídica, mas também de entregar, em seguida, a essa entidade a importância legada. Foi este processo, como se recorda, o utilizado por Edmond Goncourt para a criação da Academia Goncourt, que reveste a forma fundacional e cujo objetivo é auxiliar jovens escritores, distribuindo um prêmio anual de romance. Alphonse Daudet e Hennique foram instituídos seus legatários universais, com o encargo de fundar a Academia. Todo e qualquer hiato foi então evitado, graças à interposição dos legatários universais: o patrimônio não ficou jamais sem titular, tendo o Tribunal Civil do Sena e a Corte de Paris reconhecido validade ao procedimento adotado pelo conhecido escritor, que assim ligou seu nome a uma entidade que, através dos anos, continua a atuar, de modo acentuado, na vida literária e intelectual do seu país.

Já no direito brasileiro a situação é diferente, como teve ocasião de sustentar Mário Mazagão. Com fundadas razões, insurge-se esse autor contra a doutrina que, inspirada no direito francês, pretende considerar **herança** ou **legado**, o estabelecimento de fundação por ato de última vontade, com a destinação de bens para o respectivo patrimônio.

Reconhece ele que a fundação, ou já existente, ou ainda em embrião (por ter sido criada por outrem e se achar em via de aperfeiçoamento), pode ser nomeada, por qualquer testador, herdeira ou legatária.

Mas – observa – “quando o próprio testador a institui, destinando-lhe bens livres, tal destinação não constitui herança, nem legado. É ato jurídico de outra espécie, a saber, dotação”.

E, a seguir, salientando as diferenças que distinguem visceralmente o ato criador de fundação do ato que institui herdeiro ou legatário:

“I – A nomeação de herdeiro ou de legatário somente pode ser feita por testamento. Ao contrário, a destinação de bens, constitutiva de fundação, tanto pode ser feita por testamento como por qualquer escritura pública (Código Civil, art. 24).

II – O herdeiro, ou legatário nomeado, recebe o benefício somente quando se abre a sucessão. Ao contrário, a fundação, quando decorrente de ato *inter vivos*, opera a deslocação dos bens do instituidor durante a vida deste”⁽⁵⁰⁾.

IV – AS FUNDAÇÕES NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1 – Fundações dotadas de patrimônio público

O novo Projeto de Código Civil, projeto de lei nº 634-B/75, aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, procura solucionar algumas das controvérsias suscitadas pela lei atual.

Com efeito, dispõe o seu art. 41:

Art. 41– São pessoas jurídicas de direito público interno:

- I – A União.
- II – Os Estados, o Distrito Federal e os territórios.
- III – Os Municípios.
- IV – As autarquias.
- V – As demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

(50) Mazagão, Mário, *Fundações criadas por Testamento*, in *Revista Forense*, nº 523, pág. 109.

Como já nos referíamos no nº IV – 2, supra, muita divergência vem suscitando as fundações dotadas de patrimônio público. Os critérios pelos quais se destacam, no direito moderno, as fundações instituídas pelo poder público, são fenômenos acidentais no desenvolvimento histórico da entidade, pois não alteram a essência decorrente da personificação jurídica do patrimônio.

Esta doutrina encontra guarita na opinião de inúmeros juristas que, no presente como no passado, preocuparam-se com o tema, um dos mais polêmicos da jurisprudência contemporânea, dada a proliferação das fundações em todo o mundo ocidental e a miríade de fundações ditas de direito público, espalhadas pelo País.

Assim, define De Plácido e Silva: “Mas, no direito civil, possui o vocábulo sentido especial e restrito, quando quer designar a instituição que se forma ou se funda pela constituição de um patrimônio ou complexo de bens, para servir a certo fim de utilidade pública, ou em benefício da coletividade. E, assim, se caracteriza a fundação, além dos fins pios ou de benemerência tidos como objeto principal, pelo fato de ocorrer com a sua instituição uma personificação patrimonial, em virtude da qual os bens convertidos para o seu estabelecimento, automatizados, passam a ter uma configuração jurídica, toda própria, independente dos indivíduos ou das pessoas físicas que possam intervir nela”⁽⁵¹⁾.

O Legislador pretende dirimir esta questão, vez por todas, incluindo no capítulo das “Disposições Gerais” do Título II – Das Pessoas Jurídicas – a citada disposição (art. 41, V e § único) que claramente sujeita as fundações dotadas com patrimônio público, às normas do direito privado.

2 – Fins das Fundações

No capítulo III do referido Título de Projeto, dispõe o Legislador especificamente sobre as Fundações, *in verbis*:

Art. 62. Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se outra coisa não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação, que se proponha a fim igual ou semelhante.

(51) De Plácido e Silva, *Fundação in Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1963.

Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão transcritos, ou inscritos, em nome dela, por mandado judicial.

Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão desde logo, de acordo com as suas bases (art. 62), os estatutos da fundação projetada, submetendo-os, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.

Parágrafo único. Se não elaborarem os estatutos no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, dentro de seis meses, caberá ao Ministério Público fazê-lo.

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.

Parágrafo único. Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, ou, ainda, se estenderem a sua atividade a mais de um Estado, caberá ao Ministério Público Federal esse encargo.

Art. 67. Para que se possam alterar os estatutos da fundação é mister que a reforma:

I – Seja deliberada por dois terços dos componentes para gerir e representar a fundação.

II – Não constrarie ou desvirtue o fim desta.

III – Seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la a requerimento do interessado.

Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem os estatutos ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, dentro em dez dias.

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, o qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

Das diferenças que o Projeto apresenta com relação ao Código Civil em vigor, gostaríamos de destacar somente a que se refere aos fins das Fundações. Enquanto este não limita o fim a que se pode destinar uma fundação (art. 24), aquele viu por bem restringi-lo aos fins “religiosos, morais, culturais ou de assistência” (art. 62, § único).

Embora na distinção por nós citada (nº III-4 supra), Lacerda de Almeida refira-se a fim de “utilidade pública”, nada impede – pela lei atual – que se criem fundações com fins particulares.

Os códigos civis mais modernos e as leis que regulam as matérias das fundações também não restringem os fins lícitos a prosseguir aos considerados de utilidade pública, deixando, quando muito, nos casos da personalidade depender de ato legislativo ou administrativo, à autoridade competente o cuidado de verificar se o interesse é digno de proteção.

Parece, pois, não restarem dúvidas que nas fundações podem distinguir-se, nos fins principais susceptíveis de ser visados pelos instituidores (considerando o problema no plano puramente doutrinário), fins de utilidade pública e fins de utilidade particular, consoante se trate de promover a realização de um fim ideal de interesse geral e de beneficiar a generalidade das pessoas interessadas no objeto da instituição, indiscriminadamente, ou algum interesse, mesmo moral, ligado ao instituidor ou a pessoa ou pessoas por este determinadas. Segundo ensinamento de Marcello Caetano, as fundações de utilidade particular exprimem o desejo do proprietário dos bens afetados de prolongar pelos séculos afora o seu direito de domínio exclusivo, ao contrário das de utilidade pública em que os bens, embora regidos pela vontade do instituidor, passam ao regime de propriedade coletiva, como adiante mostraremos. Parece, por isso, que essas fundações, quando permitidas, deveriam ser sempre temporárias, com o limite máximo da duração média duma geração (50 a 60 anos), não só para as aproximar da disciplina das substituições fideicomissárias, como para evitar os inconvenientes práticos da multiplicação dos descendentes beneficiários ao cabo de duas ou três gerações.

Pode inclusive uma fundação de utilidade pública ter encargos de utilidade particular, como quando o fundador se reserva em vida o usufruto de alguns dos bens afetados ou uma pensão a distrair dos respectivos rendimentos, ou quando impõe o pagamento de pensão aos seus herdeiros⁽⁵²⁾.

Data venia, afastando-nos da defesa em contrário inserida na opinião do ilustre professor lusitano, parece-nos acertada a proposta do Código projetado. É de mister que, com vistas – entre outros motivos – a distinguir melhor as fun-

(52) Cfr. Caetano, Marcello, *o.c.*, pág. 20-25.

dações das associações, e, seguindo o rasto de raciocínio de Lacerda de Almeida, aquelas abstenham-se de perseguir objetivos particulares e sejam admitidas somente para fins de utilidade pública *lato sensu* – religiosos, morais, etc. – como muito bem propugnam o novo Código.

V – BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Agostinho, **Comentário ao Código Civil**, vol. I, Editora Jurídica e Universitária, Rio de Janeiro, 1968.

BEVILÁQUA, Clóvis, **Teoria Geral do Direito Civil**, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 7ª ed., 1955.

_____ **Em defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro**, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1906.

_____ **Código civil comentado**, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 5ª ed., 1936.

CAETANO, Marcello, **Das Fundações**, Ed. Ática, Lisboa, 3ª d.

CAVALCANTI, T.B. **Tratado de direito administrativo**, vol. III, 5ª ed.

CHAVES, Antonio, **Lições de Direito Civil, Parte Geral**, vol. IV, José Bushatsky, São Paulo, 1974.

COELHO, Luiz Fernando, **Fundações Públicas**, 1ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978.

CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine, **Conceito de pessoa jurídica**, Curitiba, 1962.

DE PLÁCIDO E SILVA, **Fundação**, in **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1963.

FERRARA, Francesco, **Teoria de las personas jurídicas**, Trad. Eduardo Ovejero y Mauri, Ed. Reus, 1929.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira, **Fundações e empresas públicas**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira, **As fundações e o direito administrativo**, in “Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas”, 100.

- GOMES, Orlando, **Introdução ao Direito Civil**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1975.
- GONÇALVES, Luiz Cunha, **Tratado de direito civil**, vol. I, 2ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo.
- GUIMARÃES, H., **As pessoas jurídicas como situações patrimoniais in** “Revista Forense”, 91(471): 299-310, 1942.
- GUSMÃO, Sady Cardoso de, **Fundação in** “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. XXIII, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, s.d.
- JHERING, R., **O espírito do direito romano**. Trad. Rafael Bemainon, Ed. Albatroz, Rio de Janeiro, 1943.
- LACERDA, de Almeida, **Das Pessoas Jurídicas**, Revista dos Tribunais, 1905.
- MAZAGÃO, Mário, **Fundações criadas por testamento**, in “Revista Forense”, nº 523, pág. 109.
- MONTEIRO, Washington B., **Curso de direito civil**, vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1964.
- NÓBREGA, Vandick L., **História e sistema do direito privado romano**, Freitas Bastos, 3ª ed., Rio de Janeiro.
- PONTES, de Miranda, **Tratado de direito privado**, Parte Geral, vol. I, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.
- RÁO, Vicente, **O direito e a vida dos direitos**, vol. II, Ed. Max Limonad, São Paulo, s.d.
- RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil**, Parte Geral, vol. I, Ed. Saraiva, 5ª ed., São Paulo, 1974.
- SENNA, Homero; MONTEIRO, Clóvis Z., **Fundações no Direito na Administração**, Instituto de Documentação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1970.
- SERPA LOPES, Miguel Maria, **Curso de direito civil**, vol. I, 1937.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário, **Instituições de Direito Civil**, vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1966, 2ª ed.

SISTEMA DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NOS SETORES TEATRAL E MUSICAL

José D'Amico Bauab

Aluno de Mestrado dos Cursos de Pós-Graduação, Área de Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Alberto Bittar

Resumo: A utilização econômica de uma obra teatral ou musical faz nascer o correspondente direito patrimonial para o seu criador. Este direito é quantificado, arrecadado e, depois, distribuído pelas sociedades a que o autor está filiado. A estrutura e o funcionamento delas advêm das sociedades seculares existentes na França. Entretanto, a eficiência do sistema varia da área teatral para a musical.

Abstract: The economic use of a theatrical or musical work makes appear the corresponding patrimonial right for its creator. This kind of right is calculated, collected and, later, distributed by the societies that the creator is connected with. Their structure and operation result from the secular societies established in France. However, the efficiency of the system changes from the theatrical sector to the musical one.

Unitermos: Sistema de “pequeno direito”; Sistema de “grande direito”; Contrato de Representação; Créditos Retidos; Usuário de Direito Autoral.

I – INTRODUÇÃO

Plasmada no mundo fático, a obra torna-se possível de ser utilizada. Esta utilização pode se verificar pelo próprio autor ou por terceiro (uma empresa do setor, instituição ou órgão do Estado).

Das utilizações econômicas decorrem os direitos patrimoniais que se quantificam em numerário. Surgem, então, dois sistemas básicos para a utilização da obra e a ulterior percepção dos rendimentos correspondentes:

- o **institucional**, em que existem mecanismos oficiais de autorização, de arrecadação e de distribuição de direitos;
- o **contratual**, em que as partes definem em cada situação as condições do uso e a sua remuneração.

O sistema institucional bifurca-se nos:

- sistema do chamado “pequeno direito” – atinente à execução pública de músicas;
- sistema do denominado “grande direito” – referente à representação de obras dramáticas e dramático-musicais.

Ao longo dos anos, foram surgindo inúmeras entidades, ou associações, a fim de proceder a salvaguarda dos direitos autorais de cada categoria: a S.B.A.T. (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais), a A.S.A. (Associação de Autores), a S.A.B.E.M. (Sociedade de Autores Brasileiros e Escritores de Música), a A.M.A.R. (Associação de Músicos e Arranjadores e Regentes), a A.S.S.I.M. (Associação dos Intérpretes e Músicos) e outras tantas.

Todas elas, porém, apresentavam pontos comuns entre si como:

- a) a necessidade de autorização para quem quisesse utilizar a obra mediante ato da associação;
- b) a percepção de direitos pelas entidades e sua subsequente distribuição aos associados;
- c) a possibilidade de defesa dos direitos do autor pelas próprias entidades (sem prejuízo de ação pessoal do titular);
- d) a cobrança de taxa de administração.

Entretanto, nasceu um problema sintomático dentro desse contexto, qual seja, a disputa, entre essas entidades, do poder de receber os recursos correspondentes, com prejuízo para todo o sistema. A problemática mitigou-se com o advento da Lei nº 5.988/73 que criou para reger o setor o Conselho Nacional de Direito Autoral (C.N.D.A.) e unificou o sistema de percepção através do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (E.C.A.D.).

É fundamental explicitar, ato contínuo, alguns relevantes aspectos do sistema de arrecadação e distribuição da França, do qual o nosso sistema extraiu poderosos subsídios.

II – O SISTEMA FRANCÊS

Na França, o sistema de arrecadação e distribuição de direitos autorais torna-se operacional através das associações ou sociedades de titulares.

As principais sociedades francesas de arrecadação são a “Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique” (S.A.C.E.M.), a “Société des au-

teurs et compositeurs dramatiques” (“La Dramatique”), a “Société des Gens de lettres” e a “Société pour l’administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et editeurs” (S.D.R.M.)⁽¹⁾.

O sistema brasileiro encontra inspiração, em muitos aspectos, nas entidades supra-indigitadas.

1. No setor teatral

A “Société des auteurs et compositeurs dramatiques” (S.A.C.D.), conhecida sob a denominação “La Dramatique”, é constituída sob a forma de sociedade civil, regida pelas disposições dos artigos 1832 e seguintes do Código Civil. Seu objeto social compreende:

- a defesa dos direitos dos associados em face dos usuários;
- a gerência dos direitos de representação e de reprodução;
- a administração de fundos de solidariedade e de gratificações de diferentes categorias de associados, de viúvas de titulares, herdeiros ou parentes;
- a defesa de interesses materiais e morais dos membros da Sociedade.

A S.A.C.D. direciona sua atuação no sentido de imprimir a devida disciplina no relacionamento entre autores e empresários teatrais, fixando uma regulamentação profissional.

A pedra basilar é o “contrat d’abonnement”, o qual define os elementos de remuneração proporcional devida pelos empresários teatrais, as modalidades de controle das receitas, e prevê até mesmo uma garantia de reembolso, um penhor de valores mobiliários.

O numerário que a entidade S.A.C.D. arrecada em nome do autor é, em regra, proporcional à receita auferida pelo empresário.

O contrato firmado traz prescrições próprias à representação de obra certa e determinada, cuja exploração econômica despertou o interesse do empresário, e dispositivos de ordem geral definidores das obrigações deste em face da S.A.C.D.

2. No setor musical

A “Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique” (S.A.C.E.M.) é um organismo criado em 1851 e constituído sob a forma de so-

(1) Alan Le Tarnec, “Manuel de La Propriété Littéraire et Artistique”, pág. 165.

cidade civil entre autores, compositores e editores de música. O fato de aderir à S.A.C.E.M. implica, da parte do autor ou do compositor, a transferência, para a entidade, do direito de autorizar ou interditar a execução, ou representação pública da obra desde a sua criação.

Consoante o art. 4º dos respectivos estatutos, o objeto de sociedade refere-se precipuamente:

- ao exercício e à administração dos direitos relativos à execução pública, à representação pública, ou à representação mecânica e, notadamente, à percepção e à repartição das rendas provenientes do exercício desses direitos.
- à defesa dos interesses materiais e morais de seus membros em vista e dentro do limite do objeto social da entidade.

Há diferenças essenciais entre os contratos firmados entre o autor musical e a S.A.C.E.M. e os havidos entre o autor teatral e a S.A.C.D., diferenças essas decorrentes da natureza das obras executadas e a diversidade das formas de sua utilização.

Diferentemente do que ocorre com as obras teatrais, no campo musical é praticamente impossível a autorização de uso para cada obra e a intervenção do autor é impraticável. Assim, impõe-se, pois, a denominada autorização geral.

A S.A.C.E.M. apresenta como principais problemas: a determinação dos organizadores de espetáculos, as aplicações marginais do direito de representação, a exatidão dos programas de obras executadas, como também a renumeração proporcional dos autores.

A determinação do preço da autorização conferida à S.A.C.E.M. levanta a questão do poder das sociedades de autores de fixar as condições, destacadamente pecuniárias, de utilização das obras de seus membros.

A remessa, pelos usuários, do programa fiel das execuções musicais é uma necessidade imperiosa, porque constitui o documento de base para repartição das rendas entre os titulares das obras executadas. O não envio dos programas acarreta o pagamento de uma pesada multa à entidade. Frequentemente, os programas são redigidos pelos músicos ou pelos chefes de orquestra, pessoas de moralidade profissional reconhecida pela S.A.C.E.M.

Um serviço de inspetores cuida da veracidade desses programas e apura eventuais negligências ou fraudes cometidas.

Há duas grandes formas de repartição de direitos autorais na França, conforme noticia André Schmidt⁽²⁾:

- “repartition au programme” – forma mais equitativa, porém mais onerosa. É o sistema preferido da S.A.C.E.M. A renda auferida em cada sessão musical é dividida entre as obras executadas, consoante o programa enviado pelo usuário. Esta forma de repartição é aplicada a concertos, turnês, danceterias e, sobretudo, a redes de rádio, televisão e cinema.

Além da onerosidade, outra desvantagem é a eventual adulteração dolosa do programa.

- “repartition par caisse” – a repartição por caixa é menos dispendiosa, contudo não satisfaz a noção de justiça. Consiste em reunir o montante arrecadado proveniente de uma forma de utilização (ex.: “juke-boxes”) num fundo comum a fim de ser partilhado com base numa seleção de obras estabelecida pela sociedade segundo os métodos estatísticos diversos. Adota-se um mecanismo de sondagem nos estabelecimentos onde são as obras musicais utilizadas através de aparelhos mecânico-eletrônicos.

Na Argentina, a S.A.D.A.I.C. (“Sociedade Argentina de Autores y Compositores de Música), constituída pelo Dec. 17.648/68, traz fortes semelhanças funcionais e estruturais com a S.A.C.E.M.⁽³⁾.

III – O SISTEMA NACIONAL

1. No setor teatral

1.1. Funcionamento

Antes de entrar-se na área da arrecadação e distribuição dos direitos autorais decorrentes da utilização de obra teatral, cabe um necessário esclarecimento: obras teatrais não só se relacionam com as obras dramáticas propriamente ditas, destinadas ao palco, ao rádio ou a TV, como abarcam também as obras dramático-musicais, tais como óperas, operetas, patomimas e ballet.

O relacionamento autor teatral-empresário concretiza-se quando se firma o chamado **contrato de representação**, através do qual o autor confia ao empresário a montagem e a encenação da obra, para sua exploração econômica, mediante a remuneração ajustada, de regra proporcional aos resultados obtidos.

(2) “Les Sociétés D’Auteurs. S.A.C.E.M.-S.A.C.D. Contrats de représentation”, pág. 247.

(3) Edwin R. Havey, “Derechos de Autor, de La Cultura y de La Información”, pág. 38.

Esse relacionamento, porém, é intermediado pela Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (S.B.A.T.), na condição de mandatária do autor, com fulcro no art. 104 da Lei nº 5.988/73. O representante legal da Sociedade assinará o contrato de representação pelo autor.

É pertinente abrir um parêntese para explicar os principais traços do contrato de representação, cuja regulamentação está fixada entre os arts. 73 e 79 da Lei de Direitos Autorais.

O empresário, por exemplo, não pode comunicar o manuscrito a pessoa estranha ao teatro onde se representa se não tiver licença do autor.

Se o contrato não fixar prazo dentro do qual deva ser representada a peça, o autor poderá intimar o empresário para que o fixe, cominando-lhe como pena a Rescisão do contrato. Evita-se, deste modo, que a exploração econômica da teatral permaneça dentro da órbita do empresário "ad eternum".

Outro dado interessante é a impossibilidade que atinge os credores do empresário de penhorar a parte da renda do espetáculo reservada ao autor para remuneração do seu trabalho.

Outra nota característica no contrato de representação é o fato de o autor de obra dramática não poder fazer alteração na substância de sua obra, sem o consentimento do empresário que a faz representar. Ele pode perfeitamente impor-se perante o autor e impedir que este modifique a peça. Quiçá isto se justifique em razão dos altos custos que tem o empresário com a montagem e encenação de uma peça.

Voltando à assinatura do contrato de representação, a sua conclusão é a parte final de um interessante liame jurídico que se inicia com o ato de filiação do autor à S.B.A.T. através de um instrumento formal. A partir daí a entidade torna-se mandatária do autor, consoante o art. 103 da Lei nº 5.988/73. No ato de filiação, procede-se ao registro da obra ou das obras junto à Sociedade.

O empresário, ao se interessar pela utilização de uma obra teatral, procura a S.B.A.T. Esta, por sua vez, formaliza consulta, também através de instrumento, para obter aquiescência do autor. Dada a celeridade do mundo negocial, essa consulta pode se dar inicialmente por via telefônica e depois formalizada. Em geral, o principal ponto da consulta é o montante de direitos autorais a ser pago. Via de regra, o quantum é de 10% da renda bruta, entendida esta como a receita de ingressos ou subvenção paga ao empresário a qualquer título, descontados os tributos. Todavia, nada impede que o valor seja fixado acima ou abaixo daquele percentual.

Obtida a concordância do autor, aí sim, é assinado o contrato entre o empresário e a S.B.A.T.

O pagamento dos direitos autorais ao fiscal da S.B.A.T. faz-se na bilheteria do próprio teatro no dia da representação ou no dia seguinte, mediante a apresentação de uma via do “bordereau” de receita devidamente assinado pelo empresário e pelo bilheteiro do teatro. Onde não é possível a presença do fiscal, o pagamento pode ser feito na sede da sucursal ou agência da S.B.A.T. Em determinadas localidades, a arrecadação é efetuada semanalmente.

“No bordereau” estão discriminadas a receita e as despesas de uma ou mais sessões realizadas no dia da representação e a quantia que cabe à S.B.A.T.

Os dados constantes do “bordereau” são lançados na ficha de contabilidade que cada autor teatral tem na sucursal de São Paulo e depois repassados ao computador do escritório central da S.B.A.T., no Rio de Janeiro. A sociedade deposita o numerário na conta-corrente do autor ou aguarda que ele venha buscá-lo.

1.2. A S.B.A.T.

A Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (S.B.A.T.), fundada em 1917 por três baluartes da cultura nacional no início deste século (Viriato Correa, Raul Pederneiras e Chiquinha Gonzaga), seguiu os moldes da sociedade francesa, criada no século passado, quanto à constituição e funcionamento.

Mesmo com a unificação do sistema de arrecadação e distribuição em torno do E.C.A.D., a S.B.A.T. continuou a recolher separadamente os direitos no setor teatral, através de convênio. A principal justificativa deste tratamento diferenciado baseia-se na auferição peculiar dos rendimentos provenientes da utilização de obra teatral. Na área musical, a auferição segue outros parâmetros e encontra muitos obstáculos como se verá em tópico ulterior.

Quanto à estrutura administrativa da S.B.A.T., a matriz está localizada na cidade do Rio de Janeiro. Há sucursais em cada uma das capitais brasileiros e nas cidades do interior do Brasil há agências.

Em termos internacionais, a S.B.A.T. representa em nosso território 18 entidades teatrais estrangeiras, incluindo as Sociedades de Autores da U.R.S.S. e da Tchecoslováquia. Certa vez, nossa jurisprudência foi incitada a se manifestar sobre a utilização da peça de um autor francês em nosso país, não sendo ele devidamente filiado à S.B.A.T. É um típico caso de **representação de 2º grau**, pois o autor pertence aos quadros da entidade teatral francesa que é representada, pela S.B.A.T., no Brasil. A sociedade brasileira arrecada os devidos direitos autorais e remete-os, via Banco Central, à sociedade francesa que os repassa a seu filiado.

2. No setor musical

2.1. Funcionamento

No intróito da análise do sistema arrecadação e distribuição de direitos autorais na área musical, é mister trazer à luz das meditações alguns conceitos fundamentais.

Considera-se usuário de direito autoral toda a pessoa física ou jurídica que utilizar obras musicais, lítero-musicais, fonogramas e videofonogramas, visando a comunicação pública, direta ou indireta, por qualquer meio ou processo, seja a utilização caracterizada como geradora, transmissora, retransmissora, distribuidora ou redistribuidora. Dois são os tipos de usuário:

- o **permanente** – aquele que utiliza a obra musical ou lítero-musical um mínimo de 12 vezes por mês, no decorrer de 10 meses por ano num mesmo estabelecimento, do qual seja proprietário ou arrendatário;
- o **eventual** – aquele que utiliza esporadicamente a obra musical.

E visualizam-se três formas de utilização:

- Execução musical – por qualquer meio ou processo, inclusive pela captação e ampliação da programação recebida em espetáculos musicais (shows), espetáculos circenses, espetáculos carnavalescos, serviços de alto-falante;
- Transmissão ou retransmissão musical – com ou sem imagem, por rádio, televisão ou outros meios de análogos;
- Distribuição e/ou redistribuição musical – com ou sem imagem, pela rede telefônica, sistema satélite, cabo ou outros meios análogos.

O sistema de arrecadação promovido pelo E.C.A.D. biparte-se consoante se trate de utilizações permanentes ou de utilizações eventuais.

Em se tratando de utilizações **permanentes**, o pagamento dos direitos autorais faz-se **mensalmente**. Preterindo-se momentaneamente a peculiar situação das emissoras de radiodifusão e televisão, há duas formas quase sempre alternativas de auferição do montante a ser pago.

- cobrança por participação percentual sobre a renda bruta (variação entre 2,5% e 7,5%);
- cobrança por parâmetro físico, isto é, com base nas dimensões do local onde é utilizada a obra musical. Em regra, cobra-se uma quantidade X de BTN's para cada dez metros quadrados do recinto.

Em certas hipóteses, só se aplica o sistema de cobrança por parâmetro físico. Isto acontece em relação aos terminais, shoppings, condomínios e edifícios.

Em especialíssimos casos, a cobrança por parâmetro físico deixa de lado a tradicional metrificação e adota insólitos referenciais. Assim, uma empresa de transporte aéreo paga um determinado valor em BTN por voo realizado; uma empresa de transporte marítimo ou fluvial paga por embarcação; uma empresa de transporte ferroviário, por composição; e uma empresa transporte rodoviário paga por veículo.

As emissoras de radiodifusão também pagam mensalmente os direitos autorais, mas o sistema de cobrança adota como referenciais a potência mensurada em **Watts** ou **Kilowatts** e o nível populacional da localidade onde a emissora está situada. Desta maneira, por exemplo, uma emissora com 200 Kilowatts de potência situada numa cidade de 500.000 habitantes pagará mais direitos autorais que uma emissora com 100 Kilowatts sediada numa cidade com 100.000 habitantes.

No que tange às estações de TV, há tabelas diferenciadas para emissoras comerciais e não comerciais. A cobrança tem como referencial apenas o nível populacional do lugar onde se encontra instalada a estação. Se a emissora tiver um ou mais estúdios em outros municípios, para efeito de classificação do nível populacional, prevalecerá o município de maior população.

Quanto às utilizações **eventuais**, a situação é mais simplificada: a cobrança leva em conta o percentual sobre a renda bruta ou o parâmetro físico e dá-se o pagamento a cada espetáculo ou exibição, não sendo, portanto, mensal como ocorre nas utilizações permanentes.

Está aí o sistema de arrecadação. Passemos para o sistema de distribuição.

Os títulos das músicas executadas, os nomes dos respectivos autores e o número de execuções são levantados pelos Serviços de Escuta e por um setor do E.C.A.D. que analisa os programas que lhe são enviados e investiga anúncios promocionais de shows em jornais e periódicos. A prática mostra-nos que esse controle é repleto de lapsos e fragmentado.

Chega-se ao valor de cada execução dividindo-se o montante total arrecadado ao final do mês pelo número de execuções. Em termos exemplificativos se esse montante foi de 1.000.000 cruzados e o número de execuções chegou a 100.000, o valor de cada execução é de 10 cruzados.

Mensalmente, o E.C.A.D. encaminha o demonstrativo de cada autor que fez jus ao numerário à sociedade musical à qual está filiado (só pode ele per-

tencer a uma única entidade representativa, conforme o § 1º do art. 103 da Lei nº 5.988/73). O demonstrativo vai acompanhado de um contra-cheque. A sociedade repassa a seu filiado a quantia a que ele tem direito.

2.2. O E.C.A.D. e as associações musicais

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (E.C.A.D.), colocado em funcionamento no ano de 1977, representa a expressão pragmática do processo de unificação da cobrança dos direitos de execução musical, processo que fora idealizado, em suas linhas gerais, pela Lei nº 5.988/73.

A natureza jurídica do E.C.A.D. é marcada por um singular hibridismo, pois, a despeito de ser uma associação de caráter civil, o Estado, através do Conselho Nacional de Direito Autoral, exerce sobre a entidade a tríplice função de normalização, fiscalização e orientação. Nesse passo, é importante aduzir que o Estatuto do E.C.A.D. foi aprovado por ato normativo do C.N.D.A. (Resolução nº 54, de 22.07.87). Sua elaboração obedeceu estritamente outra resolução do Conselho, a de nº 46 (de 25.02.87), que delineou os principais aspectos que deveriam ser atendidos.

Também por força de resolução do C.N.D.A., estabeleceu-se como fonte de recursos para a manutenção do Escritório e de suas atividades operacionais um percentual que incide sobre as arrecadações brutas oriundas do resultado da utilização pública, por parte de obras que geram direitos autorais. Quis o legislador determinar a fonte básica, fundamental ou essencial, não se descartando outras fontes como as resultantes da venda de material imprestável e até de um imóvel. Frise-se, porém, o seguinte: as duas funções precípuas do E.C.A.D. são **arrecadar bem e distribuir bem**. Seus esforços materiais e humanos devem estar canalizados para a consecução desse desiderato. Qualquer fonte paralela de renda que venha a obliterar ou mesmo prejudicar a função do Escritório deve ser rejeitada.

As associações de titulares são as legítimas proprietárias da mesma entidade. O E.C.A.D. não constitui um fim em si mesmo. É um simples **meio**, porquanto sua finalidade reside na boa prestação de serviços aos titulares, através de sua associação, mesmo que isso importe na elevação do custo operacional do Escritório. É um **órgão de gestão coletiva**, para fins de arrecadação e distribuição dos direitos patrimoniais de autores, intérpretes, executantes, produtores fonográficos e editores musicais.

A despesa operacional mais preocupante do E.C.A.D., que é a administração e o processamento dos **créditos retidos**, existe basicamente em função do não-fornecimento de dados cadastrais por parte dos editores e subeditores musicais e de suas associações, que desobedecem, desta forma, os dispositivos estatutários do Escritório.

Os custos dos direitos autorais para a utilização pública de obras artísticas, musicais, lítero-musicais e de fonogramas, estão fixados na tabela de preço oficial, organizada pelo E.C.A.D. e homologada pelo C.N.D.A. consoante as disposições legais. Por conseguinte, estão vedados quaisquer acordos entre as partes que venham a descumprir o estipulado na indigitada tabela. Eventuais procedimentos marginais colocariam em serviço a integridade moral da instituição que, em momento nenhum, pode ficar sujeita à vontade subjetiva de seus agentes.

Efetuada a arrecadação, o E.C.A.D. distribui o numerário arrecadado entre as associações representativas dos titulares de direitos autorais, as quais, por sua vez, se encarregam do repasse a seus filiados. Tais entidades dependem de autorização estatal para sua criação e funcionamento e encontram-se sujeitas às normas regulamentadoras expressas entre os cânones 103 e 114 da Lei nº 5.988/73.

A despeito de ser a tendência dos membros do C.N.D.A. favorável à unificação dos titulares de direitos da mesma natureza sob os auspícios de uma mesma associação, o Conselho jamais tomou qualquer atitude no sentido de coibir a pluralidade de associações de uma mesma categoria que se verifica há muitos anos em nosso país. A lei autoral tolera a existência de mais de uma associação de titulares congêneres, com base na exegese do § 1º do art. 103.

As Associações, para facilitar o controle que realizam, recebem, por parte do E.C.A.D.:

1. relações de execuções pela “Informa Som” em ordem alfabética de músicas e de intérpretes;
2. relações de distribuição de shows, com datas, locais e quantias;
3. relações de distribuição de filmes, com período e quantia.

Através da Resolução nº 37 do C.N.D.A., estipulou-se que as associações depositem os créditos de direitos autorais em conta bancária de cada associado, até 72 horas, após o seu envio pelo E.C.A.D. e, na impossibilidade do depósito, a aplicação de tais valores no mercado financeiro e o subsequente repasse proporcional a cada associado. Procura-se evitar, com esse expediente, a série de abusos em que os créditos autorais de diversos titulares (principalmente os de menor expressão econômica), sob a estranha alegação de que “não eram reclamados ou procurados”, serviam tão somente para engrossar as aplicações financeiras de algumas associações.

Essa resolução não exprime um ato tutelar ou intervencionista do Estado sobre as associações de titulares, entidades civis de caráter privado. A ação es-

tatal, porém, é necessária quando visa a atender o bem comum, como ocorre no caso em tela.

3. Análise do Anteprojeto de Lei elaborado pelo C.N.D.A.

O anteprojeto traz mudanças essenciais na atual sistemática do direito autoral como a não atribuição de direitos a pessoas jurídicas, a vedação do contrato de cessão de direitos autorais e a extirpação de regras limitativas de direitos autorais. São inovações que chegam a contrariar princípios basilares sedimentados na jurisprudência alienígena há não pouco tempo e a violar pontos constantes de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

Contudo, encontramos um ponto positivo no título VI do Anteprojeto que trata das sociedades de autores e da arrecadação dos direitos decorrentes da utilização de suas obras. O art. 61 traz a possibilidade de fiscalização dessas sociedades por parte do Ministério Público na forma prevista para as fundações. Talvez seja uma forma de moralizar a atuação das associações de titulares, algumas das quais, como a S.I.C.A.M. (Sociedade de Intérpretes, Compositores e Arranjadores Musicais), abaladas por auditorias promovidas pelo C.N.D.A., mormente agora quando o próprio texto constitucional fortaleceu tais entidades através de expressa representação judicial e extrajudicial de seus filiados. No mais, não há qualquer outra sensível modificação em relação ao atual sistema.

IV – CONCLUSÃO

A análise dos sistemas de arrecadação e distribuição de direitos autorais atinentes à obra teatral e à obra musical leva-nos a vislumbrar duas realidades distintas ou, até diríamos, opostas. Enquanto na área teatral não apuramos nenhum percalço insusceptível de solução, na área musical os problemas se avolumam de modo desalentador. A visualização de tamanha diferença quiçá se deva ao fato de o sistema nominal de arrecadação atinente às obras teatrais ser muito mais simplificado e eficaz que o sistema genérico e aproximativo das obras musicais.

O método de planilhas e escutas adotado pelo E.C.A.D. na auferição dos rendimentos decorrentes da utilização das obras musicais mostra-se extremamente falho e obsoleto. Verificam-se inúmeras distorções, poucos autores recebem muito e muitos recebem nada ou quase nada. Um caso em particular expressa com exatidão essa problemática: um compositor residente no interior do Estado de São Paulo tem muitas de suas obras, executadas nas regiões Norte e Nordeste do país com grande frequência, porém, no final do ano de 1988, a associação à qual está filiado remeteu-lhe um cheque de irrisórios quatro cruzados a título de pagamento de direitos autorais.

Na França, a computação aperfeiçoou a arrecadação e distribuição de tal maneira que hoje se pode detectar a execução de uma música em qualquer parte do território, com os dados que as singularizam (título completo e nome dos autores). Enquanto a solução tecnológica não chega ao Brasil, o ideal seria aperfeiçoar o sistema de planilhas, impondo sanções nas esferas administrativas civil e até penal àqueles que fraudam a colheita dos imprescindíveis dados supramencionados.

Outrossim, acreditamos ser urgente uma maior e mais efetiva fiscalização do C.N.D.A. sobre as atividades do E.C.A.D. e das associações de titulares que o compõem. A realidade dos fatos evidencia que tais entidades se enclausuram em verdadeiras redomas, formando feudos onde o espírito corporativo é elevado a níveis censuráveis. A pulverização desses organismos é outro fator prejudicial ao sistema como um todo. A unificação deles em apenas três associações de categoria (uma de direito de autor, outra de direito conexo e outra ainda representativa do produtor fonográfico e o editor de música) não só facilitaria a ação fiscalizadora do Conselho Nacional de Direito Autoral como também propiciaria melhores condições para implementação de nova tecnologia que já existe no sistema francês.

Verdade é que as deficiências de nosso sistema autoral, mormente na área musical, decorrem de um mal crônico constatado no país, qual seja, o descaso à cultura nacional.

São Paulo, dezembro de 1989.

V – BIBLIOGRAFIA

Obras Nacionais

- BITTAR, Carlos Alberto – “A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1958.
- “Curso de Direito Autoral”, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988.
- “O anteprojeto de lei sobre direitos autorais”, in Revista de Informação Legislativa, 102/243.
- “Os Direitos da Personalidade”, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1989.

- CHAVES, Antonio – “Tratado de Direito Civil”, Parte Geral I, Tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- “Direito de Autor I. Princípios Fundamentais”, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.
- MORAES, Walter – “Posição Sistemática do Direito dos Artistas Intérpretes e Executantes”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

Obras Estrangeiras

- GRECO, Paolo e Vercellone, Paolo – “I diritti sulle opere del’ingegno”, Torino, Torinese, 1974.
- HARVEY, Edwin R. – “Derechos de Autor, de la Cultura y de La Información”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975.
- SCHMIDT, André – “Les Sociétés D’Auteurs. S.A.C.E.M.-S.A.C.D. Contrats de représentation”, Paris, Librairie Generale de droit et de jurisprudence, 1971.
- LE TARNEC, Alan – “Manuel de La Propriété Littéraire et Artistique”, Paris, Librairie Dalloz, 1966.

DEMOCRATIZAÇÃO PELOS “MASS MEDIA”? – O DIREITO DE SER INFORMADO E OS LIMITES FÁTICOS À SUA PLENA EFICÁCIA –

Airton Cerqueira Leite Seelaender

Aluno do 5º ano Área de Empresas da Faculdade de Direito da USP e
Bolsista da FAPESP, orientando do Prof. Enrique Ricardo Lewandowski

Resumo: O reconhecimento, em vários ordenamentos, do **direito de ser informado** não tem sido acompanhado por uma correta estimativa, por parte da doutrina, dos potenciais efeitos políticos decorrentes da consagração deste instituto. Não têm sido levada em conta a existência de limites fáticos à plena eficácia de tal direito, tais como o crescente grau de complexidade e especialização da gestão do Estado, a impossibilidade de identificar-se a opinião pública com uma “vontade popular” concebida nos moldes da Teoria Democrática, e os contratempos a que está sujeito o processo de informação em virtude do próprio papel nele desempenhado pelos “mass media”. Tais limites, embora não nos autorizem, de modo algum, a considerar o direito em tela politicamente inócuo, tornam inviável a conversão dos estados contemporâneos em ágoras eletrônicas.

Abstract: The acknowledgment, in several legal systems, of the **right to be informed** has not been followed by an accurate assessment, by jurists, of the potential political effects resulting from this recognition. The factual limits to the full effectiveness of this right – the increasing complexity and specialization of State managements; the impossibility of identifying public opinion with “people’s will” as conceived by Democratic Theory; and the problems brought in by the participation of mass media in the information process – have not been considered so far. Although these limits do not allow us to regard the **right to be informed** as politically ineffectual, they prevent the transformation of contemporary states into electronic ágorai.

Unitermos: Direito de ser informado; Limites fáticos à sua eficácia; Opinião pública e vontade popular; Subgoverno tecnocrático; Limitações da mídia e do público.

Apresentação

O recente reconhecimento, por vários ordenamentos jurídicos, de um direito dos governados de terem acesso às informações politicamente relevantes parece haver provocado certo desconcerto na doutrina, a qual se tem revelado incapaz de estimar corretamente o virtual impacto deste novo instituto sobre a distribuição social do poder. Com efeito, a consagração do **direito de ser informado** em diversas legislações ensejou o surgimento simultâneo de avaliações precipitadamente céticas e comicamente otimistas do seu potencial demo-

cratizador, já havendo mesmo quem suponha que tal direito, na era dos “mass media”, possa permitir a sujeição dos vastos estados nacionais contemporâneos a uma visibilidade análoga à existente na pólis helênica.

No momento em que a análise do texto dos incisos XIV, XXXIII e LXXII do artigo 5º da nova Constituição parece dar a certos juristas brasileiros a oportunidade de se lançarem a exercícios delirantes de profecia, creio ser oportuno contribuir com alguns elementos para uma discussão mais objetiva acerca do problema da eficácia do direito de ser informado enquanto fator de democratização, apresentando aqui parte do trabalho que ultimamente tenho redigido, na condição de bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, sob a orientação do Prof. Enrique Ricardo Lewandowski.

Em 705, Justiniano II, conhecido como “rhinotmetus” (“homem de nariz cortado”) em virtude da mutilação que sofrera ao ser deposto dez anos antes, recuperou o trono bizantino, pondo fim ao hábito de se recorrer à decepção de narizes como expediente para desqualificar, pela lei sucessorial em vigor no Império Romano do Oriente, eventuais pretendentes à coroa⁽¹⁾. Tendo-se demonstrado fisicamente apto a zelar pelos seus interesses de soberano – tão fisicamente apto, aliás, que logo julgariam necessário decapitá-lo – Justiniano II deu com seu exemplo, inconscientemente, uma grande lição de Ciência Política a seu povo; a partir de sua morte viria a ser outro o gênero de mutilação utilizado para afastar do poder indivíduos tidos por indesejáveis. O sucessor do “rhinotmetus”, o imperador Bardanes, já se tornaria, em 713, inabilitado para governar, graças ao emprego da nova técnica da perfuração dos olhos – idêntico destino viriam a ter, posteriormente, Constantino VI, Miguel V O Calafate, o proto-sebasta Aleixo Comneno, Isaac II e João IV Lascaris⁽²⁾.

A opção dos bizantino pelo cegamento como método de resolução de seus problemas sucessórios, embora comporte algo de chocante, nem por isso deixa de exprimir uma estimativa bastante correta das reais condições do poder. Com efeito, é evidente que existem estreitos vínculos entre o controlar e o ver, entre o ser controlado e o ser visto – quando a visibilidade se faz sinônimo perfeito do acesso à informação, o invisível é sempre o ingovernável. Não por acaso Foucault⁽³⁾ pôde definir o Panóptico de Bentham como a expressão máxima da

(1) Cf. WALTER, Gérard – “A vida quotidiana em Bizâncio” Lisboa, Livros do Brasil, s.d., p. 248. Antes de 705, além de Justiniano II, já haviam sofrido tal mutilação o mesmo Leôncio (698 d.C.) que lhe usurpara o trono e dois irmãos de Constantino IV (681 d.C.) (Cf. WALTER, G. – Op. cit., p. 248).

(2) Cf. WALTER, G. – Op. cit., p. 248-62. Proto-sebasta era o título honorífico reservado aos parentes mais próximos do Imperador; João IV reinava somente no Império de Nicéia, estado que durante o século XIII representou, para os bizantinos, a base da reconquista de sua capital, submetida desde a IV Cruzada a uma nobreza católica de procedência estrangeira.

(3) Cf. BOBBIO, Norberto – “O futuro da democracia”. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 97-8.

dominação: nessa estrutura arquitetônica que ressalta e traduz a assimetria das relações de poder, o único e exclusivo detentor deste último será forçosamente aquele que tudo vir do alto da torre central, sem jamais ser visto pelos que ficam embaixo, no anel periférico das celas⁽⁴⁾. Não por acaso, tampouco, o próprio Bentham se viu obrigado a concluir que a utilização sistemática de seu invento por uma sociedade democrática apenas seria cabível à medida que todos os vigias do Panóptico pudessem ser, eles mesmos, permanentemente vigiados em suas torres pelo público – a soberania popular, afinal, só poderia então subsistir através da completa conversão do poder concentrado pelos vigias em um poder na prática observável por todo e qualquer cidadão⁽⁵⁾.

Ainda que a visibilidade do poder não pareça à primeira vista, constituir um tema jurídico, na acepção mais restrita deste termo, “enfocar aqui especificamente” tal assunto pode nos ser de grande proveito, pois isso permite realçar um aspecto fundamental da problemática do direito de ser informado no mundo contemporâneo. Realmente, apenas a partir de tal enfoque é que é possível uma avaliação aproximada do potencial democratizador que este direito carrega consigo, enquanto instituto jurídico destinado não só a obrigar o Estado a se expor à vigilância pública, mas também a sujeitar os meios de comunicação social a uma atuação condizente com a necessidade que as democracias têm, de que os governados sempre encontrem franqueado o acesso às informações indispensáveis para que se possam governar.

A questão do papel do direito de ser informado dentro do sistema democrático, como será mostrado mais adiante, pode ser concebida como uma atualização de um dos temas mais tradicionais da Filosofia Política, qual seja, o da dependência da forma de governo em relação à extensão territorial dos estados. Já Aristóteles⁽⁶⁾ sustentava a tese de que o governo popular somente seria viável em uma pólis cujo tamanho não constituísse óbice nem ao comparecimento freqüente dos cidadãos aos locais comuns de deliberação, nem ao conhecimento, por todos, do caráter de cada um. A própria obsessão que o pensador grego nutria pela determinação dos limites espaciais da capacidade auditiva das mul-

(4) O Panopticon, concebido inicialmente por Bentham como um meio arquitetônico para aperfeiçoar o sistema penitenciário, consistiria basicamente em um conjunto de celas separadas, onde ficariam os detentos, dispostas em círculo. No centro de tal círculo deveria haver uma torre do alto da qual os presos pudessem ser a qualquer momento observados, sem que jamais soubessem se estavam ou não então sendo vigiados. Necessário lembrar, aliás, que o utilitarista britânico logo vislumbraria a possibilidade de dar novas funções a seu invento, estendendo-o a inúmeras outras áreas da vida social, entre as quais o ensino e a indústria. (Cf. Bobbio, N. – Op. cit., p. 97-9).

(5) Cf. BOBBIO, N. – Op. cit., p. 18-9.

(6) Cf. EDEL, Abraham – “Aristotle”. New York, Dell, 1967, p. 152; cf. KITTO, H.D.F. – “Os gregos”. Coimbra, Arménio Amado, 1970, p. 109.

tidões traduzia, aliás, uma acentuada preocupação de conciliar as dimensões da área e da população da cidade-estado, com um regime do qual o efetivo acesso dos governados às informações concernentes aos negócios públicos representava um ingrediente básico⁽⁷⁾.

A compreensão, por Aristóteles, da incompatibilidade existente entre a vastidão territorial e o governo popular decorreu, em última análise, do fato do filósofo estar plenamente cômico de que um **governo do público** só poderia ocorrer **em público**. Com efeito, tanto Aristóteles quanto seus contemporâneos podiam perfeitamente perceber o nexo de interdependência que havia entre tal regime e o ideal da visibilidade, sendo digno de registro que, na época, os próprios críticos da democracia tenham precisado recorrer, para denegri-la, à comparação das assembleias a espetáculos públicos⁽⁸⁾. Muito significativamente, Platão⁽⁹⁾ veio a vincular, nas “Leis”, os conceitos de democracia e “teatrocracia”, ao definir esta última como “a democracia em matéria de música”, em meio a suas costumeiras denúncias da incapacidade do homem comum de julgar o que é bom ou mau, seja nas arquibancadas dos teatros ou na praça pública. A visibilidade da ágora e de toda a cidade era, pois, na Grécia antiga, unanimemente reconhecida como o sustentáculo do governo da cidade pela ágora, descontentando os partidários da aristocracia não menos do que o fazia a própria forma democrática de governo⁽¹⁰⁾.

Não seria exagero, certamente, citar-se a fragmentação política da Grécia como um dos fatores determinantes do êxito da experiência democrática helênica. De fato, em um país dividido por inúmeras cidades-estado, muitas das quais reunindo menos de 5000 cidadãos⁽¹¹⁾, a exigüidade territorial destas permitia a

(7) Lembra, aliás, Claude Mossé, que a Assembléia dos cidadãos (a “Ekklesia”) tinha o direito de tomar conhecimento de todas as questões de interesse para a vida da pólis, inclusive das referentes à segurança do Estado (Cf. MOSSÉ, Claude – “Atenas: a história de uma democracia” Brasília, UNB, 1982, p. 109). Sobre a obsessão de Aristóteles mencionada, ver EDEL, A. – Op. cit., p. 152.

(8) Cf. BOBBIO, N. – Op. cit., p. 85.

(9) Apud BOBBIO, N. – Op. cit., p. 85. Como bem nota Bobbio, a oposição do filósofo grego à “teatrocracia”, isto é, à prescrição, pelo público de leigos, dos rumos da arte musical, nada mais constitui do que uma expressão a mais da crença de um aristocrata na inconveniência de se deixar ao homem comum – visto como inepto, despreparado e incapaz – a condução da sociedade.

(10) A apologia platônica do segredo de Estado e do recurso do governante à mentira deve ser entendida, não restam dúvidas, dentro deste contexto.

(11) Cf. KITTO, H. – Op. cit., p. 109. Necessário lembrar, aqui, que, para os gregos, a pólis era mais uma sociedade política autônoma do que, propriamente, um ente político independente dotado de território. Os cidadãos, por isso mesmo, viviam **reunidos** em sua pólis, ao invés de “habitarem” nela.

constituição de espaços homogêneos passíveis de ser dominados por todos os olhares, acabando por favorecer, dessa forma, naturalmente, o surgimento de um **espaço público** dentro do perímetro de diversas “poleis”⁽¹²⁾. Desconsideradas três exceções⁽¹³⁾, nenhuma das cidades-estado tinha, realmente, mais de 20 mil cidadãos, e áreas diminutas como a da ilha de Ceos comportavam não raro vários governos, exércitos e sistemas monetários distintos⁽¹⁴⁾ – a visibilidade do poder despontava, assim, dentro desse quadro, como uma verdadeira imposição do próprio fracionamento político grego. Em síntese, o fechamento da pólis no limite de seus muros contribuía de modo decisivo para que ocorresse a abertura de um espaço interno plenamente exposto, inteiramente desnudado, que o olhar dos governados podia em princípio percorrer em todos os pontos⁽¹⁵⁾ – o mesmo espaço visível que viria a representar um componente essencial da democracia helênica.

A visibilidade proporcionada pela proximidade com o poder tende a concorrer – a confiarmos nos trabalhos dos modernos estudiosos da comunicação de massa⁽¹⁶⁾ – para que as pessoas se tornem mais inclinadas e mais aptas a julgá-lo de modo racional. Do hábito do juízo crítico à reivindicação de participar politicamente, é um só passo – talvez por isso, aliás, Habermas⁽¹⁷⁾ tenha podido verificar a existência, ao longo da história, de uma correlação quase perfeita entre a distribuição social do direito de voto e o grau de monopolização, por parte de uma ou mais classes, das condições para o acompanhamento efetivo da condução governamental dos assuntos públicos. Democracia e visibilidade plena constituem, pois, fenômenos indissociáveis, fato que não iria escapar à atenção de Montesquieu e de Rousseau quando, no século XVIII, tais autores viessem a revolucionar a Teoria das Formas de Governo herdada de Aristóteles.

(12) Cf. FORTES, L.R.S. – “Rousseau: o mundo político como vontade e representação”. “Filosofia Política”. Porto Alegre, LPM, 1985, v. 2, p. 107.

(13) Siracusa e Agragas (Agrigento), na Sicília, e Atenas (Cf. KITTO, H. – Op. cit., p. 110).

(14) Cf. KITTO, H. – Op. cit., p. 110-1.

(15) Cf. FORTES, L.R.S. – Op. cit., p. 107.

(16) No que tange especificamente às alterações qualitativas que tal visibilidade propicia no comportamento político de certas populações, ver LANE, Robert, e SEARS, David O. – “A opinião pública”. Rio de Janeiro, Zahar, 1966, p. 15-9.

(17) Cf. HABERMAS, Jürgen – “Mudança estrutural da esfera pública” Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980, p. 105-6. O sociólogo alemão, nessa parte de sua obra, demonstra a existência de um certo equilíbrio entre o acesso à riqueza, o acesso ao conhecimento e à informação e o direito de voto, nos primeiros estados liberais do continente europeu.

Fazendo uso de sua extraordinária capacidade de observar a realidade política dos povos e de inferir a partir dela leis gerais, Montesquieu concluiu, como Aristóteles, pela incompatibilidade do regime democrático com os estados de grandes dimensões, sugerindo ser “da natureza de uma república que seu território seja pequeno”⁽¹⁸⁾, bem como implicar “um grande império (...) uma autoridade despótica naquele que governa”⁽¹⁹⁾. No Capítulo XX do Livro Oitavo de “Do Espírito das Leis”, o filósofo francês chegou mesmo a sugerir que, sendo a forma de governo uma decorrência da extensão do Estado, dever-se-ia considerar esta última como diretamente proporcional ao grau de concentração do poder dentro do sistema político, de tal sorte que a simples redução ou ampliação dos limites de um país já poderia por si só determinar uma mudança da forma de governo⁽²⁰⁾.

“Se tivera de escolher o lugar de meu nascimento, teria escolhido uma sociedade de tamanho limitado pela extensão das faculdades humanas (...); um Estado no qual todos os particulares se conhecessem entre si, onde as manobras obscuras do vício e a modéstia da virtude não se pudessem furtar aos olhos e ao julgamento do público (...)”⁽²¹⁾ – este trecho do “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” constitui apenas um indício a mais de que a preocupação de Rousseau com o problema dos limites espaciais do “olhar público” não ficava aquém da demonstrada por Montesquieu. Havendo consagrado um capítulo inteiro de suas “Considerações sobre o Governo da Polônia” a tal questão, o teórico genebrino identificou na vastidão dos grandes estados o “vício radical” destes, a “primeira e principal fonte das infelicidades do gênero humano”⁽²²⁾; para ele, formular aos poloneses a bizarra su-

(18) MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de – “Do espírito das leis” São Paulo, Abril Cultural, 1973, Livro VIII, Cap. 16, p. 128. Convém lembrar que, para Montesquieu, o conceito de democracia está contido na noção de “governo republicano”, o qual “é aquele em que o povo como um todo, ou somente uma parcela do povo, possui o poder soberano”. (Cf. MONTESQUIEU, C. – L. de S. – Op. cit., Livro II, Cap. I, p. 39).

(19) MONTESQUIEU, C. – L. de S. – Op. cit., Livro VIII, Cap. 19, p. 130. Nesse mesmo capítulo, Montesquieu associa o governo despótico aos estados de grande dimensão, afirmando que nestes só um regime de terror asseguraria a estabilidade política, já que as grandes distâncias tornariam difícil tanto o controle, pelo governante, da atuação das autoridades locais, quanto a aplicação rápida de decisões a elas dirigidas.

(20) MONTESQUIEU, C. – L. de S. – Op. cit., Livro VIII, Cap. XX, p. 130.

(21) ROUSSEAU, Jean-Jacques – “Dedicatória” do “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”. São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 223.

(22) V. ROUSSEAU, J.J. – “Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada”. São Paulo, Brasiliense, 1982, p. 40.

gestão de que reduzissem voluntariamente o seu território nada mais parecia ser do que lhes apontar o único caminho possível para que seu país viesse a prosperar tal qual os pequenos estados em que “todos os cidadãos se conhecem mutuamente e se vêem uns aos outros”⁽²³⁾.

Poucos pensadores políticos, até hoje, igualaram Jean-Jacques Rousseau em precisão e objetividade, no enfrentamento do problema das relações entre democracia e visibilidade. De fato, o pensador suíço chegou ao âmago da questão, ao apontar a visibilidade plena como o fator diferenciador básico do regime dos pequenos estados democráticos, em relação às autocracias típicas dos grandes estados. No “Contrato Social”, a democracia é apresentada como um regime próprio de estados diminutos, em cujos territórios reduzidos quase nada parece escapar à observação dos cidadãos⁽²⁴⁾. Nas “Considerações ...”, por sua vez, o distanciamento, verificado nos grandes estados, dos governados e do real mundo do exercício do poder é descrito como a causa primeira da supressão da liberdade pública – a Rousseau só podia mesmo parecer “espantoso, prodigioso, que a vasta extensão da Polônia não” houvesse “já cem vezes operado a conversão do governo em despotismo”⁽²⁵⁾.

As idéias de Montesquieu e Rousseau sobre o assunto em tela vieram a influenciar profundamente o pensamento político ocidental no tumultuado período de construção das primeiras democracias modernas, época na qual diversos teóricos procuravam, com grande esforço, conciliar as consideráveis dimensões dos estados nacionais com as exigências de um autêntico ou ao menos aparente governo popular. Datam deste tempo, por sinal, dois dos primeiros mecanismos legais destinados, ainda que não exclusivamente, a fomentar a observação pública do poder nos grandes estados: a proteção constitucional à liberdade de imprensa e o sistema federativo.

“Entre as pequenas nações”, onde “o olho da sociedade penetra em toda parte”, “a tirania (...) se mostra mais incômoda que em qualquer outra parte”, sendo este o motivo pelo qual “a liberdade constitui (...) a condição natural da pequena sociedade”⁽²⁶⁾ – este raciocínio de Tocqueville poderia muito bem figurar nos escritos dos “founding fathers” americanos. Fascinados pelo ideário de Montesquieu, autores como Hamilton e Madison viram na limitação territorial do poder, através da divisão do Estado republicano em pequenas repúbli-

(23) V. ROUSSEAU, J.J. – “Considerações...”, p. 40 e 41.

(24) Cf. ROUSSEAU, J.J. – “Do contrato social” São Paulo, Abril Cultural, 1973, Livro III, Cap. 4, p. 91.

(25) V. ROUSSEAU, J.J. – “Considerações...”, p. 41.

(26) TOCQUEVILLE, Alexis de – “A democracia na América”. Belo Horizonte, Itatiaia, 1977, p. 124.

cas, o antídoto definitivo contra o despotismo⁽²⁷⁾. A transformação de cada subdivisão administrativa do Estado Nacional em uma unidade com ampla autonomia lhes pareceu um meio adequado para transplantar, para o mundo moderno, a liberdade e a visibilidade do poder típicas da pólis grega. Segundo Hamilton⁽²⁸⁾, o federalismo que propunha constituía “uma forma de estender a esfera do governo popular”, atuando como uma ponte entre o modelo ideal da cidade helênica e a realidade concreta das colônias britânicas recém-libertadas.

A solução federalista imaginada pelos “founding fathers” pode não ter sido, a rigor, uma proposta original – o próprio Rousseau⁽²⁹⁾, afinal, já chegara a sugerir-la aos nacionalistas da Polônia, quando enfim se rendera aos imperativos geográficos e se conformara com a inviabilidade de uma democracia direta neste país. Não obstante, cumpre salientar o papel desempenhado pela escola federalista no aclaramento da função democratizadora da visibilidade do Estado. Realmente, é inegável que os pensadores filiados a tal escola vieram a contribuir consideravelmente para o desenvolvimento da teoria democrática, ao elencarem entre as vantagens da descentralização governamental o fato dela trazer, ainda que só parcialmente, o poder para dentro do campo visual de todos os cidadãos⁽³⁰⁾.

Se as ligações do Federalismo com o ideal da visibilidade são facilmente perceptíveis, as deste mesmo ideal com a defesa da liberdade de imprensa são mais do que óbvias. Por este motivo, devemos deixar agora de nos referir a estas últimas, indo tratar diretamente do assunto central deste artigo, qual seja, o

(27) Cf. ARENDT, Hannah – “Da revolução” São Paulo, Ática, 1988, p. 123. Interessante recordar, aqui, por sinal, a visão positiva que Tocqueville teve da obra dos federalistas: para o intelectual francês, “A União” parecia “feliz e livre como uma pequena nação; gloriosa e forte, como uma grande”. (Cf. TOCQUEVILLE, A. de – Op. cit., p. 127).

(28) Apud ARENDT, H. – Op. cit., p. 237.

(29) Cf. ROUSSEAU, J.J. – “Considerações...”, p. 41. O filósofo oitocentista recomendou aos patriotas poloneses que não instaurassem um rígido controle do governo nacional sobre as províncias (palatinados), mas sim dessem a eles um alto grau de autonomia, a fim de impedir a implantação de governos centrais despóticos: “Formai em cada qual (dos palatinados) tantas outras administrações particulares. Aperfeiçoai a forma das dietinas, estendei sua autoridade sobre os respectivos Palatinados; mas marcai cuidadosamente os limites e fazei com que nada possa romper entre elas o laço da comum legislação e da subordinação ao corpo da República. Em uma palavra, aplicai-vos a estender e aperfeiçoar o sistema dos governos federativos, o único que reúne as vantagens dos grandes e dos pequenos Estados (...)”

(30) Como bem nota Lucio Levi, um dos fundamentos do sistema federalista consiste justamente na idéia de que aproximar geograficamente o cidadão e o poder torna este último mais visível e, portanto, mais controlável (ver LEVI, Lucio – “Federalismo” In BOBBIO, Norberto et alii – “Dicionário de política” Brasília, UNB, 1986, p. 842).

problema dos limites fáticos à eficácia plena do direito de ser informado enquanto instrumento assecuratório da democratização, através da atuação dos “mass media”, dos vastos estados contemporâneos.

Convém advertir, todavia, desde logo, que só se analisarão aqui, dos limites fáticos supracitados, aqueles que forem de todo estranhos às situações próprias de cada estado em particular, podendo afetar de maneira idêntica ou semelhante diferentes sociedades e regimes políticos.

Obstáculos à eficácia plena do direito de ser informado (1): a Opinião Pública e suas limitações.

Salvaguarda jurídica do interesse dos que se encontram sob o poder, de que se lhes participe fielmente como tal poder está sendo utilizado, o direito de ser informado constitui elemento integrante de toda ordem jurídica verdadeiramente democrática, apareça ele sob este **homen juris** ou sob outra designação. A consciência da imprescindibilidade de tal direito para o funcionamento de um autêntico **governo dos governados** não deve, entretanto, impedir que se constate que a eficácia deste instituto é em certo grau contida em virtude do próprio fato dele concernir às condições de formação da **opinião pública**, e não, exatamente, às da **vontade popular**.

Expressão espontânea e não inteiramente refletida do querer de uma comunidade⁽³¹⁾, a opinião pública já foi considerada, por alguns politólogos, o fundamento último do poder. Hannah Arendt⁽³²⁾, por exemplo, buscou demonstrar o acerto de tal concepção, alegando que “o monarca mais poderoso e o tirano menos escrupuloso se tornam impotentes se ninguém os obedece, ou seja, se ninguém lhes dá apoio através da obediência, pois, em política, obediência e apoio acabam por ser a mesma coisa”. A impropriedade, **in casu**, da utilização do argumento apresentado salta, porém, à vista, devido às absurdas confusões que acarreta, de forma implícita, entre o conceito de consenso e o de opinião pública⁽³³⁾, e entre este último e a idéia de atitude coletiva. Com efeito,

(31) Cf. FORTES, L.R.S. – Op. cit., 101. Estas características já eram apontadas na concepção rousseauiana de opinião pública.

(32) ARENDT, H. – Op. cit., p. 182. Sustentando a mesma tese, LANE, R. e SEARS, D. – Op. cit., p. 9-10.

(33) O consenso é, simultaneamente, **unidirecional**, porque consiste num acordo que faz as vontades convergirem no mesmo sentido, **geral**, porque abrange praticamente todos os membros de uma dada sociedade política, e **duradouro**, porque é destinado a dar a esta certa estabilidade. A opinião pública, por sua vez, é **instável**, porque comporta freqüentes mudanças de objeto e de posição, **fragmentária** e **bidirecional ou pluridirecional**, haja vista que não se coaduna com a idéia de unanimidade, configurando-se, como mostra Alfred Sauvy, em torno de divergências, de resistências, de oposições (Cf. SAUVY, Alfred – “A opinião pública” São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1959, p. 8).

se, como quer Luhmann^(33b), a legitimidade é “uma **disposição*** generalizada para aceitar decisões de conteúdo não definido, dentro de certos limites de tolerância”, então é evidente que, a rigor, não é nas **opiniões** dos governados, mas sim nas **atitudes** destes, que se esteia a condição do governante. (Grifos nossos)

Assim como não há relação direta entre legitimidade e opinião pública, assim também não há identidade entre opinião pública e vontade popular, por mais que estas possam se influenciar reciprocamente. Além da óbvia diferença existente entre opinião e vontade, que dispensa maiores comentários, contribuem também para inviabilizar a ocorrência dessa sinonímia as próprias feições dadas à vontade popular pela Teoria Democrática. De fato, o embasamento da democracia no princípio do “one man, one vote” e na regra da maioria implica, na verdade, o pressuposto de que a sociedade política, como um todo, só expressa seus desejos de forma autêntica através do posicionamento uniforme do maior número dos indivíduos que a compõem – a aferição da vontade popular nas democracias tem, por conseguinte, de levar em conta critérios de dever-ser (“devem-se considerar os indivíduos como igualmente influentes”; “deve-se considerar como vontade popular a da maioria”) que são plenamente dispensáveis nos processos aferidores da opinião pública, os quais não requerem nada mais do que verificação empírica⁽³⁴⁾.

Forma de governo na qual a soberania é vista como atributo dos governados, os quais devem tomar coletivamente, em condições de igualdade entre si e segundo o princípio majoritário, as decisões determinantes das posturas e das ações do Estado, a democracia destina-se, enquanto sistema dinâmico de procedimentos concatenados conducentes a tais decisões, a consagrar, no plano político, aquela liberdade positiva que Isaiah Berlin⁽³⁵⁾ associou tão corretamente à

(33b) LUHMANN, Niklas – “Legitimação pelo procedimento”, Brasília, UnB, 1980, p. 30.

(*) Grifo nosso.

(34) É importante notar que a opinião pública se pode fracionar infinitamente, não sendo necessário lhe aplicar – como o é no caso da aferição da vontade popular – aquilo que Guizot chamou de “l’absurdité de la conséquence”: a simulação da adesão, à maioria, dos na verdade não-aderentes, levada a cabo para vinculá-los ética e juridicamente aos comandos das autoridades eleitas por esta mesma maioria. (Cf. LUHMANN, Niklas – “Legitimação pelo procedimento”. Brasília, UNB, 1980, p. 139).

(35) Isaiah Berlin define a liberdade negativa como “a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução dos outros” – é a liberdade que Locke defenderá ao se referir à necessidade de se limitar o poder do Estado, para que este não possa mais violar os “direitos naturais” conservados mesmo na transição do “estado de natureza” para o “estado civil”. É a liberdade **contra** o Estado – o indivíduo é livre à medida que o Estado não interfira em sua vida. O conceito de liberdade positiva, por sua vez, prende-se à idéia de autonomia, ou se-

idéia kantiana de autonomia. O regime democrático representa, desse modo, a superação do dilema “liberdade individual ou Estado?” que dominou, por exemplo, o pensamento de Hobbes e Locke, tendo o primeiro defendido a supressão desta liberdade, e o segundo, a diminuição do Estado⁽³⁶⁾ – síntese da autonomia e do Estado, a democracia é a liberdade do indivíduo no Estado⁽³⁷⁾, tornada viável graças a uma convivência coletiva inspirada na concepção da sociedade como uma reunião voluntária de indivíduos iguais pela Natureza ou nivelados na própria feitura do contrato social⁽³⁸⁾.

Se, pois, é correta a colocação feita por Bobbio⁽³⁹⁾, de que “jamais será suficientemente advertido, contra toda tentativa organicista recorrente (...), que a doutrina democrática repousa sobre uma concepção individualista da sociedade”, óbvio é, então, que carece de sentido a identificação da opinião pública com a vontade popular, se entendida esta última de acordo com os parâmetros de tal doutrina⁽⁴⁰⁾. Inconfundível que é quer com a maioria, quer com o total,

ja, à idéia de que a vida e as decisões do indivíduo sejam na verdade determinadas por ele próprio, e não por forças externas. Numa acepção kantiana, a autonomia seria “a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma”, consistindo, assim, em um poder do indivíduo de reger-se a si mesmo. (V. BERLIN, Isaiah – “Quatro ensaios sobre a liberdade”. Brasília, UNB, 1981, p. 135-6; V. BOBBIO, N. – “Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant” Brasília, UNB, 1984, p. 62).

(36) Cf. BOBBIO, N. – “Direito e Estado...”, p. 37.

(37) Permitindo que as leis emanem de uma vontade pública que, como ressalta Rousseau, “é tanto minha quanto de qualquer outro”, a democracia torna os indivíduos livres só por pertencerem ao povo; dentro desse quadro, as leis do Estado democrático não vêm em prejuízo da liberdade individual, porque constituem expressão dela, uma vez que através do Estado cada indivíduo (como membro de uma totalidade) institui normas para si próprio (considerado singularmente). (Cf. ROUSSEAU, J.J. – “Do contrato social”, nota à p. 61).

(38) Lembra, a propósito, Hannah Arendt, que a idéia grega de igualdade individual, ao contrário da moderna, relevava não o fato dos homens serem nascidos iguais, mas sim o nivelamento convencional produzido através da instituição artificial da “pólis”. (Cf. ARENDT, H. – Op. cit., p. 24-5).

(39) BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 13. Observam, aliás, Habermas e Bachrach, que muitos dos teóricos modernos abertamente ou veladamente contrários à doutrina democrática não raro expressam seu despreço por esta investindo contra a concepção individualista de sociedade que a embasa (Cf. HABERMAS, J. – “A crise de legitimação no capitalismo tardio”. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980, p. 156-7; cf. BACHRACH, Peter – “Crítica de la teoría elitista de la democracia”. Buenos Aires, Amorrortu, 1973, p. 63).

(40) Para a defesa da tese contrária à da identidade entre vontade popular e opinião pública, confirmam-se as idéias de Carl Schmitt a respeito do tema, em FARIA, José Eduardo – “Retórica política e ideologia democrática” Rio de Janeiro, Graal, 1984, p. 106.

das opiniões individuais somadas como unidades equivalentes, a opinião pública não se molda em conformidade com uma regra análoga à do “one man, one vote”⁽⁴¹⁾; muito pelo contrário, ela resulta de processos complexos nos quais, na prática, não atua o princípio democrático da igualdade individual de influência. Enquanto o governo popular sempre foi relacionado, pelo pensamento político, ao tema da igualdade individual⁽⁴²⁾, o que caracteriza a formação da opinião pública parece ser, no fundo, uma manifesta desigualdade entre os indivíduos, no que tange às oportunidades para exercer influência⁽⁴³⁾.

Considerada a encarnação da racionalidade e como tal cultuada no período histórico em que se afirmaram as teses do Liberalismo, a opinião pública tem perdido, desde o século XIX, a indevida fama de juiz infalível, sensato e independente por definição. Ainda, porém, que tenham ocorrido alguns excessos nesse movimento revisionista – a maioria dos quais, aliás, decorrentes da tentativa de certas doutrinas políticas elitistas de apresentar a opinião pública como um mutável coro de homens-massa intrinsecamente incapazes – há de se admitir a necessidade de descartar desde logo como ingênua a concepção desta como um ente autônomo exclusivamente dedicado à tarefa de emitir juízos racionais e adequados à realidade. Com efeito, assim como os estudos mais recentes têm justificado a falência do mito da opinião pública “omnicompetente”, indicando que as preferências desta se criam com base mais em “slogans” e imagens simples do que em uma percepção acurada das alternativas representadas pelos partidos e facções nas disputas políticas relevantes⁽⁴⁴⁾, assim também têm tais estudos conduzido à conclusão de que o “government by public opinion” almejado pelos oitocentistas, implicando uma verdadeira *contradictio in terminis*, acabaria por acarretar, na prática, um “government through public opinion” no fundo gerenciado pelo que o direito austríaco denomina “empresas de tendência”, ou seja, a submissão da sociedade política a um modo manipulatório de governar de todo incongruente com o princípio democrático da auto-

(41) Cf. SAUVY, A. – Op. cit., p. 9, 16 e 19.

(42) Ver, entre outros, ARISTÓTELES – “A Política” São Paulo, Atena Editora, 1963, Livro VI, Cap. IV. § 2º, p. 233; ARENDT, H. – Op. cit., p. 24-5; ROUSSEAU, J.J. – “Do contrato social”, Livro III, Capítulo IV, p. 91; TOCQUEVILLE, A. de – Op. cit., p. 49 e 340-1; JOUVENEL, Bertrand de – “As origens do Estado moderno” Rio de Janeiro, Zahar, 1978, p. 165; BACHRACH, P. – Op. cit., p. 132 e 140; LUHMANN, N. – Op. cit., p. 142; e HABERMAS, J. – “A crise...”, p. 155.

(43) Cf. SAUVY, A. – Op. cit., p. 16.

(44) Cf., por exemplo, LANE, R. e SEARS, D. – Op. cit., p. 106; e SEARS, David – “Political Behaviour” In: LINDZEY, G. e ARONSON, E. (eds.) – “The Handbook of Social Psychology” 2ª ed., Reading (Ma.), 1968-9, V. 5, p. 324.

nomia do povo⁽⁴⁵⁾. Como notam Umberto Eco⁽⁴⁶⁾ e Georges Burdeau⁽⁴⁷⁾, a opinião pública é hoje em grande parte regida de maneira heterônoma, sendo vista quase que como simples matéria-prima oferecida à propaganda; heterodirigida, ela mais e mais se configura como a projeção dos desejos introjetados pelo público sujeitado às campanhas de persuasão efetuadas via “mass media”⁽⁴⁸⁾. Dentro desse quadro, não é de se estranhar que o mero assegurar da publicidade dos atos governamentais pelo direito não mais baste para garantir que o fornecimento de **informações fiéis** aos governados seja por si só idôneo para permitir que estes formulem de modo independente as suas opiniões sobre os assuntos de Estado.

“Eu não tenho dúvidas, desde o final da Guerra, de que uma coisa o leitor alemão não queria de forma alguma, a saber, refletir. Nessa direção orientei os meus jornais” – essa confissão de Axel Springer⁽⁴⁹⁾, cujas empresas constituem o cerne do oligopólio da difusão de notícias na Alemanha Ocidental, ilustra bem o total abandono, verificado em nossa época, do ideal da publicidade crítica pelo qual a burguesia se batera em seu confronto com o Absolutismo. Cada vez mais, impõe-se hoje, com a ajuda de uma secreta política de interesses, uma publicidade meramente demonstrativa e manipulativa, cuja função precípua consiste em fazer ressuscitar um modelo político de representação neofeudal, no qual a Autoridade se confirme não através de um apoio meditado dos governados, mas sim por meio de uma adesão irrefletida por parte destes, propiciada graças à permanente apresentação do Estado como espetáculo⁽⁵⁰⁾. Anulando os efeitos libertários do acesso popular às informações, paradoxalmente, no mes-

(45) Cf. MARCONDES F^o, Ciro (org.) – “Imprensa e capitalismo”, São Paulo, Kairós, 1984, p. 82 e 162; cf. MILLS, C. Wright – “A elite do poder”, 3^a ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1975, p. 362. No direito austríaco, chamam-se “empresas de tendência” às empresas detentoras dos “mass media”, as quais geralmente obtêm a maior parte de suas receitas da venda de sua influência sobre o público para os anunciantes.

(46) ECO, Umberto – “Apocalípticos e integrados”. São Paulo, Perspectiva, 1987.

(47) Apud VENÂNCIO F^o, A. – “Democracia e informação”. “Revista Brasileira de Estudos Políticos”, n^os 60/61, Belo Horizonte, U.F.M.G., 1985, p. 449. No mesmo sentido, HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 235.

(48) ECO, U. – Op. cit., p. 261. No mesmo sentido, HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 202; WEISS, Walter – “Effects of the Mass Media of Communication” In: LINDZEY, G. e ARONSON, E. (eds.) – Op. cit., v. 5, p. 176; e MILLS, C.W. – Op. cit., p. 367-8 e 378.

(49) Apud MARCONDES F^o, C. – Op. cit., p. 121.

(50) Cf. KEY Jr., V.O. – “Public Opinion and American Democracy”. New York, Alfred Knopf, 1961, p. 393-4; cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 210-2, 235-7, 245 e 270; cf. BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 95; e ALMINO, João – “O segredo e a informação” S. Paulo, Brasiliense, 1986, p. 40-1.

mo momento em que o permite, a publicidade manipulativa nada mais busca do que explorar o potencial aclamativo de diversos segmentos do público; apelando para os anseios e temores coletivos em sua dimensão mais irracional, ela contribui decisivamente para a consolidação do moderno caráter plebiscitário da esfera pública, convertendo, assim, a política em simples objeto de consumo⁽⁵¹⁾.

Falar, como fazem alguns autores⁽⁵²⁾, em um “Estado-espetáculo”, torna-se hoje mais oportuno do que nunca. Há pouco, mesmo, se pôde presenciar a transformação do Império Britânico em uma formidável transmissão de tevê, em um “Royal Wedding” que fora integralmente imaginado e preparado para esse veículo, a tal ponto que os próprios cavalos que conduziam as carruagens dos noivos haviam sido previamente tratados com pílulas especiais, para que seu esterco assumisse uma tonalidade pastel, entre o bege e o amarelo, não vindo, desse modo, a chamar a atenção dos telespectadores⁽⁵³⁾. Na era da televisão, a política toma, inclusive, as feições de uma novela, passando os políticos, à maneira dos atores profissionais, a ser julgados individualmente pelo público de acordo com sua imagem pessoal, seu desempenho no vídeo e seu papel no enredo apresentado ao longo dos telejornais, programas de entrevistas e debates⁽⁵⁴⁾. Requisitando, como mostrou McLuhan⁽⁵⁵⁾, um envolvimento em profundidade da parte do seu público, tal meio de comunicação tende a favorecer, aliás, naturalmente, a tendência da política moderna de adquirir, aos olhos dos governados, o caráter de uma sucessão veloz de rituais comoventes entremeadas por disputas entre grandes personalidades.

Cada vez mais submetida a uma publicidade aclamativa que, longe de assegurar o direito de ser informado, corrompe-lhe o sentido, a opinião pública tem, a cada dia, mais reduzida a sua independência enquanto pólo decisório,

(51) Cf. ECO, U. – Op. cit., p. 262; cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...” p. 209-10 e 212; cf. ALMINO, J. – Op. cit., p. 40-1.

(52) Especialmente R.G. Schwarzenberg, criador de tal expressão, e Norberto Bobbio (cf. BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 95).

(53) Cf. ECO, U. – “Viagem na irrealidade cotidiana” Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1984, p. 197-9. Trata-se aqui, é claro, do casamento do Príncipe Charles com Lady Diana Spencer, cerimônia que demonstrou com clareza a identidade existente entre a antiga publicidade aclamativa, conservada pela monarquia britânica ao longo dos últimos séculos, e a publicidade desvirtuada do Estado contemporâneo.

(54) Cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 174.

(55) McLUHAN, H. Marshall – “Os meios de comunicação como extensões do homem”. São Paulo, Cultrix, s.d., p. 356 e 375-9. Sobre o problema da personalização da política, ver também MILLS, C.W. – “A nova classe média” Rio de Janeiro, Zahar, 1976, p. 352-3.

afastando-se, desse modo, do ideal democrático da autonomia dos governados. Afogados pelos “mass media” em um mar de símbolos de condensação⁽⁵⁶⁾, os seus respectivos mas não raro coincidentes públicos sofrem crescente influência por parte de uma imprensa-instituição que, afirmando-se acima de qualquer conflito de interesses, na verdade atua como um narrador que os induz a assumir a posição de um auditório apático⁽⁵⁷⁾; erroneamente convencida de que determina o enredo narrado, a opinião pública vê-se, assim, progressivamente sujeitada a um processo de manipulação que a maioria dos legisladores parece ter evitado ou não ter ainda conseguido impedir. Embora o direito de ser informado desponte, em nosso tempo, como um remédio ao qual as democracias podem e devem recorrer para dificultar a **manipulação de informações**, tornando os controladores da mídia passíveis de responsabilização por toda e qualquer distorção ou sonegação destas, forçoso é admitir que o pensamento jurídico ainda está longe de elaborar mecanismos legais eficazes no refreamento daquilo que Stopinno⁽⁵⁸⁾ tão bem denominou “**manipulação psicológica**” – isto é, a ativação ou desativação dos dinamismos psicológicos inconscientes dos membros do público provocadas oculta e intencionalmente por certos grupos de interesse, com vistas a compelir esse mesmo público a adotar condutas e opiniões que ilusoriamente aparentem derivar de sua própria livre opção.

Obstáculos à eficácia plena do direito de ser informado (2): a enganosa transparência do Estado contemporâneo.

A democracia requer o exercício, pelos governados, de uma fiscalização contínua e eficaz sobre os governantes, a qual, evidentemente, apenas pode ocorrer em estando o Estado franqueado à vista do público. Da Antiguidade até o século XVIII, tal franqueamento foi, porém, lucidamente reputado impossível nos grandes estados, cujas dimensões inviabilizavam, então, de plano, qualquer tentativa de se tornar o poder transparente para a maioria do povo. Côncios de que o grau de controle dos governados sobre o Estado correspondia, **grosso modo**, à extensão da área perscrutável pelos sentidos destes, os autores do período – como mostramos anteriormente – entendiam que o regime democrático

(56) Os símbolos podem ser referenciais ou de condensação. Os primeiros constituem “meios econômicos de referência a elementos objetivos em objetos ou situações”; os segundos prestam-se à evocação de emoções associadas consciente ou inconscientemente a determinadas situações.

Segundo Murray Edelman, a utilização sistemática, por parte dos “mass media”, de símbolos de condensação acarreta a emocionalização da política e o triunfo da publicidade manipulativa. (Cf. EDELMAN, Murray – “The symbolic uses of politics”. Chicago, University of Illinois Press, 1977, p. 6, 8-9 e 11).

(57) Cf. KEY Jr., V.O. – Op. cit., p. 391 e 393-4.

(58) STOPPINO, Mario – “Manipulação”. In: BOBBIO, N. *et alii* – Op. cit., p. 728-9.

só poderia sobreviver, na prática, em territórios diminutos. Entre tais autores figurava, aliás, Montesquieu⁽⁵⁹⁾, o qual diria, em “Do Espírito das Leis”:

“Sendo a propriedade natural dos pequenos estados serem governados como república, a dos estados de tamanho medíocre serem submetidos a um monarca, a dos grandes impérios serem dominados por um déspota, segue-se que, para manter os princípios do governo estabelecido, é necessário manter o Estado na grandeza que já tinha; e que esse Estado muda de espírito à medida que seus limites forem reduzidos ou ampliados”.

O ponto central da problemática dos limites da eficácia do direito de ser informado consiste, justamente, na determinação exata do alcance deste instituto enquanto mecanismo destinado a assegurar a visibilidade do poder, numa época em que o extraordinário estágio de desenvolvimento das técnicas de transmissão e divulgação de informações parece haver encurtado todas as distâncias, redefinindo os significados de “localidade” e de “proximidade”⁽⁶⁰⁾ e mudando, assim, “o espírito” dos estados de tamanho considerável. Com efeito, prolongamentos que são dos próprios sentidos humanos, os “mass media” expandem os campos visual e auditivo dos governados, e aparentam, por isso mesmo, ser capazes de gerar – se para tanto compelidos por um Legislador hábil – as condições materiais necessárias para o surgimento, nos vastos estados nacionais de nosso tempo, de uma transparência democratizadora análoga à da pólis grega. Daí porque, consciente disso, um moderno comentarista de Aristóteles – Abraham Edel⁽⁶¹⁾ – chegará até a insinuar que a tese aristotélica da incompatibilidade entre os grandes territórios e o governo popular estaria, no mundo da comunicação de massa, simplesmente superada, enquanto Lewis Mumford⁽⁶²⁾ e Cornelius Castoriadis⁽⁶³⁾ não hesitarão em ressaltar que o rádio e a televisão teriam tornado possível, hoje em dia, uma visibilidade estatal comparável ou superior à existente na Ática do século V a.C.

Embora haja um fundo de razão nessas interpretações quase delirantes da realidade de nossa época, faz-se preciso levar em conta, desde logo, duas im-

(59) MONTESQUIEU, C.L. de S. – Op. cit., Livro VIII, Cap. XX, p. 130.

(60) Cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 79; cf. LANE, R. e SEARS, D. – Op. cit., p. 15-9.

(61) EDEL, A. – Op. cit., p. 152.

(62) Apud CASTORIADIS, Cornelius – “Socialismo ou barbárie”. São Paulo, Brasiliense, 1983, p. 145.

(63) Cf. CASTORIADIS, C. – Op. cit., p. 145-6.

portantes advertências, se não se deseja crer ingenuamente que a mera consagração do direito de ser informado fará os “mass média” transformarem de imediato os estados nacionais modernos em versões ampliadas da ágora helênica. Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que os meios de comunicação social, ao mesmo tempo em que aproximam os homens pelo som e a imagem, estabelecem, por força de sua própria intermediação, novas distâncias entre eles⁽⁶⁴⁾. Em segundo lugar, cumpre sempre frisar que a simples abertura do complexo Estado contemporâneo aos olhos do público não é por si só suficiente para assegurar que este mesmo público, carente dos conhecimentos especializados indispensáveis para a compreensão de decisões políticas de fachada técnica, venha a controlar totalmente o exercício do poder pelas autoridades e seus subordinados⁽⁶⁵⁾. Ninguém, de fato, foi mais simplório do que certo ex-candidato à prefeitura de São Paulo que, pretendendo ampliar tanto a transparência desta quanto a participação popular nos procedimentos decisórios municipais, propôs a discussão pública do orçamento municipal em grandes estádios de futebol, como se tal processo pudesse efetivamente garantir o controle, por parte da população, das complicadas finanças da Administração local⁽⁶⁶⁾.

A aparente superação, ao menos no que toca à questão da visibilidade do poder, do problema clássico das relações entre o tamanho do Estado e o regime nele vigorante⁽⁶⁷⁾ não deve, na era dos “mass media”, criar a ilusão de que, forçados estes pela Lei a divulgar informações fiéis sobre assuntos públicos, já ficaria de pronto assegurada ao direito de ser informado uma eficácia absoluta. Realmente, por maior que seja a transparência estatal, sempre haverá áreas da gestão da coisa pública que, mesmo desocultadas, não poderão na prática ser fiscalizadas pelos governados, aos quais falta o sofisticado instrumental analíti-

(64) Cf. ALMINO, J. – *Op. cit.*, p. 88. O tema será objeto de análise na parte final deste artigo.

(65) Cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...” p. 212; cf. BALLE, Francis. – “Institutions et publics des moyens d’information”. Paris, Éditions Montchrestien, 1973, p. 204; cf. LAFER, Celso – “A reconstrução dos direitos humanos”. São Paulo, Cia. das Letras, 1988, p. 257.

(66) Quase igualando nosso candidato em ingenuidade, Castoriadis chega a sugerir que, dentro de um breve período, o desenvolvimento dos “mass media” pderá ensejar a conversão da França em uma pólis eletrônica, passando todas as decisões publicamente relevantes a ser tomadas em gigantescas assembleias gerais envolvendo toda a população do país. (Cf. CASTORIADIS, C. – *Op. cit.*, p. 145-6).

(67) A rigor, como nota Raymond Aron, o clássico problema dos condicionamentos políticos decorrentes da “dimensão estatal” permanece ainda hoje em aberto, embora sob novas roupagens. Na era dos “mass media”, a questão central deste deixa, aliás, de ser a da invisibilidade dos distantes centros do poder, passando a ser a das influências exercidas sobre o subsistema político pelo próprio “volume da sociedade” (conceito durkheimiano que moderniza o de “grandeza do Estado” usado por Montesquieu). Cf. ARON, Raymond – “As etapas do pensamento sociológico” São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 28).

co necessário para compreender o que nelas ocorre⁽⁶⁸⁾. Domínio exclusivo dos tecnocratas, depositários de conhecimentos técnicos não-acessíveis ao homem comum⁽⁶⁹⁾, tais áreas, ao que tudo indica, podem manter-se indefinidamente indevassáveis para a maioria dos cidadãos, a despeito de quaisquer eventuais tentativas que se façam de divulgar maciçamente os fatos a elas relativos.

Se nem a radical democracia ateniense do século IV a.C. logrou impedir a formação, em seu seio, de quistos tecnocráticos embrionários⁽⁷⁰⁾, esperar que os estados contemporâneos pudessem escapar incólumes ao fenômeno tecnocrático seria certamente absurdo. Com efeito, intervencionista como é por definição, o chamado Estado pós-keynesiano vê-se compelido a delegar crescentes poderes aos especialistas que põe a seu serviço, até porque, se não o fizer, corre o risco de ter bastante comprometida a sua eficiência enquanto centro regulador do sistema econômico e coordenador do processo de “engenharia social”. Precisando gerar de forma incessante torrentes de decisões técnicas relacionadas às mais díspares matérias, ele tende a fortalecer naturalmente os detentores da competência indispensável para o êxito da atuação estatal, tornando-os cada vez menos dependentes dos representantes eleitos pelo povo⁽⁷¹⁾. Disso resulta, aliás, o fato de que em toda parte parece hoje se estar verificando o surgimento de uma espécie de mandarinato aristocrático, cuja influência na gestão dos negócios públicos tem sido legitimada ora com base na estranha alegação de que o poder do especialista seria apolítico⁽⁷²⁾, ora através da combinação do argumento da competência com a velha tese elitista da incapacidade do homem comum⁽⁷³⁾.

(68) Cf. LAFER, C. – Op. cit., p. 257-8; cf. BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 101; cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 271.

(69) Cf. LAFER, C. – Op. cit., p. 257; cf. BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 101.

(70) Cf. MOSSÉ, C. – Op. cit., p. 110-1.

(71) Cf. MILIBAND, Ralph – “O Estado na sociedade capitalista”. Rio de Janeiro, Zahar, 1982, p. 68; cf. LAFER, C. – Op. cit., p. 257-8; cf. JOUVENEL, B. de – Op. cit., p. 335; e cf. FARIA, J.E.C. de O. – Op. cit., p. 162.

(72) Cf. MILIBAND, R. – Op. cit., p. 68 e cf. FARIA, J.E.C. de O. – Op. cit., p. 168. Sobre os dimensionamentos intencionalmente ou não incorretos do que seja “o político”, e sobre os seus efeitos em um regime formalmente democrático, V BACHRACH, P. – Op. cit., p. 118 e seqs.

(73) Em “Komplexität und Demokratie”, Niklas Luhmann aparenta – dentro da linguagem eufemística e evasiva que usualmente emprega em suas críticas ao ideal moderno da democracia participativa – recorrer à combinação mencionada, como que para sustentar a conveniência do Estado contemporâneo se organizar de acordo com o princípio enunciado por Grotius, de que “é justo que quem não se pode reger seja regido por outro” (Cf. HABERMAS, J. – “A crise...”, p. 166; V. GROCIO, Hugo –

Assim como o critério “aristocrático” da competência técnica se choca com o critério democrático da decisão popular, assim também à visibilidade democrática se contrapõem o segredo e a pseudovisibilidade tecnocráticos. A aparição e expansão dos bolsões tecnocráticos dentro da estrutura estatal ocasiona, por isso mesmo, uma progressiva ocultação do poder, a qual se traduz até mesmo em uma redefinição do segredo, que perde a sua tradicional conotação negativa para se tornar um recurso válido para se conseguir maior eficácia na aplicação das “policies” governamentais⁽⁷⁴⁾. Se, todavia, por um lado o segredo pode ser suprimido ou ao menos confinado em áreas restritas da gestão do Estado, através de um simples aumento do grau de exposição deste à observação pública, por outro lado é evidente que tal aumento não basta, por si só, para transformar em transparência real a pseudovisibilidade do que Bobbio⁽⁷⁵⁾ chamou de “subgoverno” dos especialistas. De fato, o exercício do poder só será totalmente fiscalizável, na era das tecnocracias, a partir do instante em que se iniciar um processo permanente de tradução das informações técnicas oriundas do Estado para termos inteligíveis ao homem comum⁽⁷⁶⁾ – o direito de ser informado, nos fins do século XX, não pode deixar de implicar também um **direito à explicação**, sob pena de perder sua própria razão de ser.

Obstáculos à eficácia plena do direito de ser informado (3): a mídia e as distorções no processo informativo.

A discussão sobre o direito dos governados de terem acesso às informações publicamente relevantes sempre se pautou, do século XVIII em diante, pelo princípio de que todos os desvirtuamentos da função informativa da imprensa-instituição decorriam, em última análise, do modo pelo qual era determinado o conteúdo das mensagens emitidas pelos “mass media”⁽⁷⁷⁾. A desco-

“Del derecho de la guerra y de la paz” Madrid, Editorial Reus, 1925, t. II, Livro II, Cap. V, II, 1, p. 27).

Para uma crítica do argumento da competência, V. CASTORIADIS, C. – Op. cit., p. 143 e 217 e segs. Para uma defesa da validade de tal argumento, *in casu*, V BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 101.

- (74) Ninguém, decerto, julgaria de modo favorável um governo que viesse a informar previamente alguns empresários, ou a divulgar pela imprensa, que estava estudando a possibilidade de aplicar medidas de eficácia dependente do efeito-surpresa. Congelamentos de preços e outras medidas de impacto também hoje consideradas como inseríveis na esfera de competência do poder público parecem tornar o segredo algo mais do que um simples expediente para afastar os governados do poder.
- (75) V. BOBBIO, N. – “O futuro da democracia”, p. 103.
- (76) Cf. BALLE, F. – Op. cit., p. 204; cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural”, p. 271. No mesmo sentido, mas enfocando a questão específica do acesso a bancos de dados, V. COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS – “O Universo Computacionário” “O Correio da Unesco”. Rio de Janeiro, FGV, nº 9, p. 18.
- (77) A melhor crítica a esta ingênua concepção continua a ser a de McLUHAN, H.M. – Op. cit., p. 25-6.

berta, pela moderna Teoria da Comunicação, de que estes últimos têm efeitos próprios, derivados de suas características intrínsecas e absolutamente independentes daquilo que venha a ser na prática veiculado, conduziu, porém, nas últimas décadas, tanto à falência do mito da impotência da mídia como força política, o qual antes havia legitimado a ausência de um controle do público sobre as empresas dedicadas à atividade informativa, quanto à constatação de que tal controle, por mais rigoroso que fosse, jamais lograria impedir que os meios de comunicação social viessem a atuar de maneira bastante dúbia enquanto instrumentos de democratização do sistema político⁽⁷⁸⁾. Esta dubiedade, por sinal, veio não apenas a gerar grande desconcerto no campo da ciência supracitada, ensejando a aparição simultânea de estimativas comicamente otimistas e histericamente catastrofistas do impacto das novas técnicas de difusão sobre a sociedade⁽⁷⁹⁾, como também a colocar em xeque a ingênua tese de que os “mass media”, só de serem forçados a respeitar um direito dos receptores à informação veraz, já viabilizariam prontamente a implantação, nos vastos estados contemporâneos, de um governo popular nos moldes helênicos.

Se a simples existência dos meios de comunicação social não representa, por si só, nem mesmo em sociedades que reconheçam o direito de ser informa-

(78) Sobre a existência de um poder da mídia em si, independente do conteúdo das mensagens por esta veiculadas, V. McLuhan, H.M. – Op. cit., p. 21-38, 231, 334-9 e, sobretudo, 342-4; V. ECO, U. – “Viagem...”, p. 166 e 295; V. WEISS, W. – Op. cit., p. 174; e V. PIGNATARI, Décio – “Informação, linguagem, comunicação”. 16ª ed., São Paulo, Cultrix, s.d., p. 13.

Sobre o mito da impotência da mídia, nascido com os trabalhos do sociólogo americano P. Lazarsfeld e de outros pioneiros no estudo do impacto político dos “mass media” sobre a sociedade, V. McQUAIL, Denis – “Mass Media” In: KUPER, A. e KUPER, J. (eds.) – “The Social Science Encyclopedia” London, 1985, p. 499 e V. McLuhan, H.M. – Op. cit., p. 35 e 334-5.

Sobre a insuficiência do controle do conteúdo das mensagens como meio de determinar os efeitos dos “mass media”, V. McLuhan, H.M. – Op. cit., p. 343.

(79) São tais estimativas que permitem que Umberto Eco divida os atuais teóricos da Comunicação em “apocalípticos” e “integrados”, identificando, ainda, com a corrente mais radical destes últimos (a dos “superintegrados” ou “parusíacos”), a doutrina de H.M. McLuhan.

Segundo Eco, os apocalípticos se caracterizariam pela crença de que a racionalidade humana e o individualismo seriam inevitavelmente corroídos graças à ação persistente das modernas técnicas de difusão; os integrados, por uma avaliação ingenuamente otimista dos efeitos sociais do emprego destas mesmas técnicas; e os parusíacos, por fim, pela defesa entusiástica da tese de que o rádio e a tevê estariam aprimorando aspectos da sensibilidade e da Razão humanas há séculos menosprezados pela cultura escrita, gerando, dessa forma, um novo homem. “Se os apocalípticos são parentes tristes de Noé” – esclarece o autor italiano – “os parusíacos são primos alegres dos Reis Magos” (V. ECO, U. – “Apocalípticos e integrados”, p. 9; V. ECO, U. – “Viagem...”, p. 167-8 e 291 e segs.; cf. XIFRA-HERAS, Jorge – “A informação: análise de uma liberdade frustrada”. São Paulo, EDUSP, 1974, p. 59-60.

do, garantia absoluta da efetiva vigência do regime democrático, nem por isso deixam eles de contribuir enormemente para o surgimento das condições objetivas para o desenvolvimento deste último. Com efeito, reduzindo distâncias e redefinindo os significados de “localidade” e “proximidade”, os “mass media”, especialmente o rádio e a televisão, expandem de modo considerável os campos visual e auditivo dos governados, tornando o poder muito menos distante, logo bem mais fiscalizável⁽⁸⁰⁾. Proporcionando, por outro lado, grande celeridade à circulação de notícias, as modernas técnicas de difusão constituem-se em permanente fator de incentivo ao envolvimento público nos atos decisórios estatais, conferindo a estes maior impacto e dando ao povo ao menos a possibilidade de tomar posição a tempo de influir no desenrolar dos acontecimentos⁽⁸¹⁾. “Um servo da gleba medieval”, lembra Umberto Eco⁽⁸²⁾, “não podia fazer nada para aprovar ou desaprovar a Primeira Cruzada, da qual tomaria consciência anos depois; o cidadão da metrópole contemporânea, imediatamente em dia sobre a Crise Cubana, pode tomar partido” – talvez seja, aliás, justamente por isso, que só o segundo merece, a rigor, ser chamado de **cidadão**.

Onde os “mass media” chegam, as barreiras de classe e de cultura são rapidamente corroídas e as populações progressivamente incorporadas à “Aldéia Global”, vindo a desmoronar a Autoridade firmada na tradição e a tornar-se cada vez mais difícil conter as maiorias antes conformadas com sua exclusão dos processos de distribuição social da riqueza e do poder⁽⁸³⁾. Aproximado subitamente, pela comunicação de massa, do mundo outrora invisível das pessoas cujas decisões influenciam a vida coletiva, o homem comum pode, realmente, pela primeira vez, conhecê-lo e vir a ter perspectivas, remotas ou não, de dele participar. Não é por acaso, portanto, que as doutrinas elitistas recriminam sistematicamente o rádio e a tevê por haverem exposto este mundo a quem a ele não pertencia – “quem leva os assuntos de Israel a estranhos”, afinal, sempre “profana o nome de Deus”⁽⁸⁴⁾. Não é por acaso, tampouco, que críticas como a

Onde os “mass media” chegam, as barreiras de classe e de cultura são rapidamente corroídas e as populações progressivamente incorporadas à “Aldéia Global”, vindo a desmoronar a Autoridade firmada na tradição e a tornar-se cada vez mais difícil conter as maiorias antes conformadas com sua exclusão dos processos de distribuição social da riqueza e do poder⁽⁸³⁾. Aproximado subitamente, pela comunicação de massa, do mundo outrora invisível das pessoas cujas decisões influenciam a vida coletiva, o homem comum pode, realmente, pela primeira vez, conhecê-lo e vir a ter perspectivas, remotas ou não, de dele participar. Não é por acaso, portanto, que as doutrinas elitistas recriminam sistematicamente o rádio e a tevê por haverem exposto este mundo a quem a ele não pertencia – “quem leva os assuntos de Israel a estranhos”, afinal, sempre “profana o nome de Deus”⁽⁸⁴⁾. Não é por acaso, tampouco, que críticas como a

(80) Cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 79; cf. LANE, R e SEARS, D. – Op. cit., p. 15-9; cf. POOL, Ithiel de S. – “Political Communication: Introduction”. In: SILLS, David (ed.) – “International Encyclopedia of the Social Sciences” London, Macmillan, 1968, v. 3, p. 90-6.

(81) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 355; cf. McLUHAN, H.M. – Op. cit., p. 230.

(82) ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 355.

(83) Como nota McLuhan, com o advento da comunicação de massa, os excluídos “já não podem ser mais **contidos** (...); eles agora estão **envolvidos** em nossas vidas, como nós na deles”. (V. McLUHAN, H.M. – Op. cit., p. 19). Sobre os efeitos dos “mass media” como demolidores da Autoridade tradicional e como criadores de novas demandas entre os excluídos, cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 78-9 e cf. ECO, U. – “Viagem...”, p. 172.

(84) Antigo provérbio judeu, cuja popularidade na época de Cristo é atestada por Grotius. (V. GROCIO, H. – Op. cit., Livro I, Cap. II, VIII, 4, p. 105).

que certos estetas dirigiram ao rádio, de haver prostituído a obra de Beethoven, por transformá-la em tema popular de assobio ao invés de mantê-la acessível somente aos indivíduos aptos a realizar o ideal aristocrático (ou apenas pedante) da “entrega” total⁽⁸⁵⁾, encontram hoje paralelos perfeitos no âmbito do pensamento político elitista – para nos contrapormos a este, talvez devamos, por isso mesmo, tomar a defesa dos “mass media”, transplantando para a moderna Teoria Democrática a ponderação de Umberto Eco⁽⁸⁶⁾, de que “o homem que assobia Beethoven porque o ouviu pelo rádio já é um homem que, embora ao simples nível da melodia, se aproxima de Beethoven”.

Um dos principais efeitos democratizadores das modernas técnicas de difusão de informações consiste, sem dúvida, em tornar mais diretas as ligações entre os governados e o poder efetivo, aumentando, dessa forma, substancialmente, as possibilidades de controle deste por parte daqueles. Como observa McLuhan⁽⁸⁷⁾, “à medida em que aumenta a velocidade da informação, a tendência política é a de afastar-se da representação e delegação de poderes em direção ao envolvimento imediato de toda a comunidade nos atos centrais de decisão”, adquirindo, então, o Governo Representativo puro, antes necessário em razão da vagarosidade da circulação de informações, um **quid** de democracia direta. Evidentemente, este enfraquecimento dos intermediários existentes entre o poder e o povo tende a fortalecer este último, quanto mais porque a moderna representação política, idealizada como foi em parte para conter a influência popular⁽⁸⁸⁾, tem-se comprovado tão ineficiente como veículo para o governo pelos governados que já há mesmo quem fale abertamente em uma “soberania dos representantes”⁽⁸⁹⁾. Confirmando, aparentemente, a sombria opinião de

(85) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 41 e 45.

(86) ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 45.

(87) McLUHAN, H.M. – Op. cit., p. 230. A tendência identificada por McLuhan soma-se, aliás, ao pendor natural do “Welfare State” para o fortalecimento do Executivo, favorecendo o estabelecimento de relações diretas entre este e os governados, as quais põem em xeque o papel de intermediário tradicionalmente assumido pelo Poder Legislativo. Não deixa de ser curioso registrar que, quando o Primeiro-Ministro Mendès-France, em 1954, decidiu dirigir-se pessoalmente aos franceses por meio da radiodifusão, tenham surgido incontinentemente alvoroçados grupos de parlamentares, denunciando com veemência o que julgavam ser uma tentativa de alijar o Parlamento das funções de “único habilitado a entrar em contato com o povo e a informá-lo como bem entender” (V. SAUVY, A. – Op. cit., p. 129).

(88) Cf. ARENDT, H. – Op. cit., p. 181. No século XIX, aliás, John Stuart Mill já insinuava que, quanto mais intermediários houvesse entre o poder e os governados, menores seriam o interesse destes pelos assuntos públicos e a influência popular na condução dos negócios de Estado. (Cf. MILL, John Stuart – “Considerações sobre o governo representativo”. Brasília, UNB, 1981, p. 101).

(89) Cf. JOUVENEL, B. de – Op. cit., p. 327; cf. MOSCA, G. – Op. cit., p. 313; cf. SCAVONE, L. et alii – “A dimensão política da comunicação de massa” Rio de Janeiro, FGV, 1975, p. 27.

Rousseau⁽⁹⁰⁾, de que “o povo inglês (...) só é livre durante a eleição dos membros do Parlamento”, inúmeros estudos recentes têm, de fato, demonstrado que os chamados representantes representam, no fundo, muito pouco. Nos Estados Unidos, país-vitrine do sistema democrático representativo, verificou-se, por exemplo, na década de 60, que dois terços do eleitorado desconheciam seus representantes na Câmara e no Senado, e que, afora certas “áreas de controvérsia crônica” (como a da legislação sobre bem-estar social), os deputados defendiam posições bem pouco correlatas às de seus eleitores⁽⁹¹⁾.

Embora a atuação dos “mass media” concorra, como acabamos de ver, para que surjam condições propícias ao desenvolvimento da democracia nos estados contemporâneos, nem por isso devemos fechar os olhos aos vários efeitos deletérios da comunicação de massa no plano político. Com efeito, ao mesmo tempo em que possibilita o julgamento público do comportamento das autoridades, expondo-as à observação de todos, a mídia também compromete em grande parte a objetividade deste mesmo julgamento, seja por se prestar frequentemente à publicidade aclamativa⁽⁹²⁾, seja por dizer insistente e subliminarmente aos receptores “queiram”, e não “reflitam”⁽⁹³⁾. Preenchendo a lacuna existente entre os indivíduos, de um lado, e os acontecimentos a decisões do poder, de outro, os meios de comunicação social vêem-se, aliás, compelidos, por uma série de motivos, a reduzir o imenso volume de informações que coletam a umas poucas fórmulas curtas, criando, assim, para o público, um pseudo-ambiente de estereótipos, uma “realidade de segunda mão” totalmente inadequada para servir de referencial ao exercício da Razão⁽⁹⁴⁾.

(90) ROUSSEAU, J.J. – “Do contrato social”, Livro III, Cap. XV, p. 114. Para uma análise das idéias do pensador suíço sobre a representação política, cf. FORTES, L.R.S. – Op. cit., p. 89 e 94.

(91) Cf. LANE, R. e SEARS, D. – Op. cit., p. 12-3 e 106; cf. SEARS, D. – Op. cit., p. 326 e segs.

(92) A respeito do fenômeno da publicidade manipulativa, ver as indicações bibliográficas constantes da nota nº 50.

(93) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 261. A respeito da questão do impacto dos “mass media” sobre o uso da Razão, ver, entre outros, Eco, U. – “Apocalípticos...”, p. 261-2 e 360; ECO, U. – “Viagem...”, p. 295-6 e 299; EDELMAN, M. – Op. cit., p. 8-11; WEISS, W. – Op. cit., p. 174; HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 193-5, 201-2, 212, 228, 242 e 270; McLUHAN, H.M. – Op. cit., p. 30 e 275; GRABER, Doris – “Press Freedom and the General Welfare”. “Political Science Quarterly” Montpelier (Vermont), v. 101, nº 2, 1986, p. 262-3; MARCONDES Fº. C. – Op. cit., p. 103 e MILLS, C.W. – “A nova classe média”, p. 352-3.

(94) Cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 89; cf. MILLS, C.W. – “A nova classe média”, p. 343 e 351-2; cf. MILLS, C.W. – “A elite do poder”, p. 367-8; cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 201; cf. HORN, Imme – “Wirkungen von Fernsehhalten” In: PROKOP, Dieter (org.) – “Medienforschung”, Frankfurt, Fischer Taschenbuch Verlag, 1985, v. 2, p. 63.

A exagerada acusação, feita à tevê e ao rádio, de serem eles os responsáveis pelo atual baixo nível da discussão pública dos assuntos de Estado pode ser um lugar-comum e uma expressão a mais desse mesmo baixo nível, mas, apesar disto, comporta um longínquo fundo de verdade. Como percebeu McLuhan⁽⁹⁵⁾, parecem existir indícios de que, assim como o convívio com as seqüências uniformes e contínuas da escrita e a transmissão de conhecimentos através delas favoreceram o desenvolvimento do raciocínio linear entre as populações letradas, assim também a imagem em mosaico da televisão e a “câmara de eco” do rádio estariam afetando e transformando o modo de pensar e de ver o mundo, de seus públicos habituais – induzidos por tais “media” a abandonarem gradualmente o raciocínio linear, tais públicos estariam, assim, perdendo pouco a pouco a habilidade para inferir e criticar por meio de silogismos, e se tornando cada vez mais persuadíveis através de imagens envolventes e de “argumentos retóricos” como o aforismo⁽⁹⁶⁾. Além disso, a capacidade dos modernos meios de comunicação social, de dar às pessoas uma ilusória sensação de participação e um falso sentido do imediato parece estimular, como bem nota Umberto Eco⁽⁹⁷⁾, a adoção coletiva de condutas irracionais. Não é de se estranhar, portanto, que às vésperas da Segunda Guerra Mundial, Orson Welles tenha podido deflagrar, narrando pelo rádio a história de uma invasão marciana, uma onda de pânico em diversas áreas dos Estados Unidos⁽⁹⁸⁾; nem é de se estranhar, tampouco, que, na Itália, uma transmissão-surpresa de tevê tenha conseguido causar grande comoção popular, veiculando a notícia inverossímil de que o filho de certa personalidade fora raptado pelo famoso ator Salerno, e

Interessante observar que o próprio fato incontestável de que os “mass media” em grande parte moldam a concepção de realidade dos seus receptores já põe por terra uma das mais populares teorias modernas sobre a influência da comunicação de massa sobre o comportamento político de seu público: a Teoria do “Two-Step-Flow”.

Sustentando que os “mass media” não afetariam diretamente a conduta da maioria dos receptores, mas apenas contribuiriam para a tomada de posição de “líderes de opinião”, os quais poderiam então vir a influenciar os outros indivíduos, a Teoria do “Two-Step-Flow” desmoronou, nas últimas décadas, graças a inúmeros estudos empíricos que comprovaram, entre outras coisas, que mensagens veiculadas em jornais e em estações de rádio e tevê podem atingir diretamente o público e influenciá-lo de modo considerável. (Cf. RENCKSTORF, K. – “Zur Hypothese des ‘two-step-flow’ der Massenkommunikation”. In: PROKOP, D. (org.) – Op. cit., p. 29, 31-2, 37-42 e 47; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 146, 153 e 176-7).

(95) Cf. McLuhan, H.M. – Op. cit., p. 30 e 375; cf. Eco, U. – “Viagem...”, p. 295-6.

(96) Cf. Eco, U. – “Viagem...”, p. 299. Necessário ressaltar que McLuhan não crê que o abandono do raciocínio linear e da inferência via-silogismo signifique, para o homem contemporâneo, um mergulho na irracionalidade que seria típica das culturas pré-letradas. (Cf. McLuhan, H.M. – Op. cit., p. 30).

(97) Cf. Eco, U. – “Apocalípticos...”, p. 343.

(98) Cf. McLuhan, H.M. – Op. cit., p. 337; cf. Eco, U. – “Apocalípticos...”, p. 343.

apresentando como “delegado encarregado do caso” um conhecido comediante⁽⁹⁹⁾.

A existência da televisão implica, por si só, uma série de resultados negativos para a democracia, e dentre eles, sem dúvida, o mais grave é a exacerbação do caráter teatral da atividade política. Levando às últimas conseqüências a concepção personalista desta última presente em toda a imprensa moderna, este meio de comunicação tende naturalmente a mostrar a disputa pelo poder como um embate de indivíduos proeminentes, de figuras patriarco-autoritárias das quais “se gosta ou não”, ao invés de relacioná-la aos problemas estruturais da sociedade⁽¹⁰⁰⁾. Rebaixada, assim, ao nível de uma novela centrada nos conflitos de seus personagens, a política adquire as feições de um espetáculo curioso cujos atores devem ser julgados individualmente, pelo público, com base sobretudo nos critérios televisivos de avaliação: imagem pessoal, desempenho no vídeo e papel no enredo⁽¹⁰¹⁾. Não é por outra razão que se multiplica, hoje em dia, em todo o mundo, o número de líderes políticos com prévia experiência profissional em artes cênicas, a ponto de ex-atores de cinema virem a chefiar movimentos oposicionistas na Índia e na França e mesmo a ocupar cargos como a presidência dos Estados Unidos. Atuando claramente no sentido de estabelecer uma Autoridade fundamentada no carisma dos governantes⁽¹⁰²⁾, a tevê reduz pouco a pouco a importância do processo de legitimação racional-legal necessário à manutenção de uma democracia estável, ao mesmo tempo em que, fazendo o poder passar a originar-se da notoriedade que dele constituía antes mero efeito colateral, converte-se ela própria em um meio de distribuição de influência e prestígio no interior da sociedade⁽¹⁰³⁾.

Da mesma forma que algumas das características intrínsecas dos “mass media” modernos implicam a criação de vários obstáculos à democracia no mundo contemporâneo, também o próprio modo pelo qual tais “media” transmitem mensagens a seus públicos acarreta, inevitavelmente, o surgimento de situações que dificultam o funcionamento de um autêntico governo popular. Com efeito, ainda que fosse possível colocar o rádio, a tevê e os jornais totalmente a serviço da promoção da participação consciente dos cidadãos no processo político, ainda assim o **direito de ser informado** tão essencial ao regime

(99) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 343.

(100) Cf. MARCONDES F^o, C. – Op. cit., p. 103; cf. MILLS, C.W. – “A nova classe média”, p. 352; cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 194; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 174.

(101) Cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 174.

(102) Cf. POOL, I. de S. – Op. cit., p. 94; cf. MARCONDES F^o, C. – Op. cit., p. 103.

(103) Cf. MILLS, C.W. – “A elite do poder”, p. 90; cf. KEY Jr., V.O. – Op. cit., p. 400. A respeito desse fenômeno, o episódio da candidatura presidencial de Sílvio Santos parece ser bastante elucidativo.

democrático continuaria fadado a ter a sua eficácia contida, em virtude de diversos fenômenos que se verificam ao longo da cadeia comunicativa, restringindo ou tornando parcialmente inútil o acesso dos receptores à informação

Um de tais fenômenos consiste, não há dúvida, naquilo que a Teoria da Comunicação costuma denominar “Ruído”. A informação a ser levada ao público tem sempre uma fonte e um destino distintos no tempo e no espaço, e deve, por isso mesmo, ser reduzida a sinais aptos a serem transmitidos pelo emissor e decodificados pelo receptor⁽¹⁰⁴⁾. O processo informativo que se inicia na redação do jornal, ou na estação de tevê ou rádio, e se finda na mente do sujeito receptor, está, porém, sempre sujeito a contratempos, a interferências e distorções que podem ocorrer em qualquer uma de suas fases, comprometendo a qualidade do seu produto final⁽¹⁰⁵⁾. Tais distorções, que constituem o Ruído, podem apresentar inúmeras e diferentes causas, e provocam constantemente a perda ou a limitação do acesso do público às informações politicamente relevantes.

Entre os motivos mais comuns da ocorrência do Ruído, podemos mencionar o excesso de mensagens, a alta taxa de informação destas e o não-domínio, pelo receptor, do código utilizado no processo comunicativo. Se é verdade o que afirmam estudiosos da Cibernética como Norbert Wiener⁽¹⁰⁶⁾, que “não é a quantidade de informação emitida que é importante para a ação, mas antes a quantidade de informação capaz de penetrar o suficiente num dispositivo de armazenamento e comunicação, de modo a servir como gatilho para a ação”, então óbvio é que os modernos “mass media”, ao bombardearem indiscriminadamente o público com uma torrente de notícias dos mais díspares níveis de relevância, acabam por saturar os sujeitos-receptores, dificultando-lhes, na prática, o acesso às informações realmente úteis para o exercício da cidadania. Efeito semelhante parece ser também obtido, por sinal, quando tais “media”, veiculando mensagens cujo conteúdo ultrapassa o teor máximo de novidade expectável pelos receptores, torna-as virtualmente incompreensíveis para estes últimos⁽¹⁰⁷⁾. Nenhum dos fatores de ruído ocasiona, no entanto, maiores danos ao **direito de ser informado** dos cidadãos, do que a ausência, no “quadro de referência cultural geral” destes, dos conceitos necessários para proceder à de-

(104) Cf. PIGNATARI, D. – Op. cit., p. 17; cf. ECO, U. – “Viagem...”, p. 168-9. Importante notar, aqui, que, no caso específico da tevê e do rádio, há uma total dissociação das figuras do **destinatário** e do **receptor**, reservando-se esta última designação ao aparelho decodificador, e não, propriamente, aos membros do público.

(105) Cf. ECO, U. – “Viagem...”, p. 168-9; cf. PINATARI, D. – 17 e segs.

(106) Apud PIGNATARI, D. – Op. cit., p. 11.

(107) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 383-4.

codificação das mensagens⁽¹⁰⁸⁾. Precisando a informação política, para ser fiel, empregar um jargão especializado, o acesso a ela estará, de fato, total ou parcialmente obstruído, se o patrimônio léxico dos receptores não lhes possibilitar a escolha de um código adequado para traduzi-la⁽¹⁰⁹⁾. Dentro desse quadro, não deixa de ser preocupante registrar que, logo após a Segunda Guerra, pesquisas de campo tenham demonstrado que, enquanto 94% dos habitantes de um país desenvolvido como os E.U.A. podiam definir perfeitamente o que seria um “disco voador”, apenas 21% deles conseguiam conceituar algo sem dúvida muito mais importante para as suas vidas – a Declaração de Direitos⁽¹¹⁰⁾.

A capacidade do receptor de deturpar as informações tem sido, nas últimas décadas, um dos temas mais estudados pelos especialistas em Psicologia Social, os quais têm procurado sobretudo descobrir de que forma as atitudes, condutas e opiniões prévias do público interagem com a influência que este sofre dos “mass media”. A partir do momento em que Lazarsfeld, Berelson e Gaudet demonstraram a insustentabilidade da tese do poder ilimitado da mídia⁽¹¹¹⁾, desenvolveram-se inúmeras teorias destinadas a explicar como se daria tal interação, muitas delas fundadas no pressuposto de que as pessoas sempre buscariam, consciente ou inconscientemente, tornar compatíveis suas idéias, disposições e modos de agir, rejeitando ou distorcendo as informações que pudessem provocar contradições entre estes⁽¹¹²⁾. A mais popular dessas teorias – a da Dissonância Cognitiva, formulada por Festinger em 1957 – foi justamente a que mais enfatizou esta postura ego-defensiva do receptor, sustentando que

(108) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 378-9; cf. SEARS, D. – Op. cit., p. 349; cf. LANE, R e SEARS, D. – Op. cit., p. 114-5.

Para maiores explicações sobre este “quadro de referência cultural geral”, V. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 379. Em Habermas se encontra, por sinal, uma análise bastante interessante dos vínculos entre a falta de um suporte conceitual proporcionado pela educação escolar, e a tacaña contribuição ainda hoje dada pelas majorias ao debate político. (Cf. HABERMAS, J. – “Mudança estrutural...”, p. 198-9).

(109) Cf. ECO, U. – “Apocalípticos...”, p. 378-9; cf. LANE, R. e SEARS, D. – Op. cit., p. 114-5.

(110) Cf. LANE, R. e SEARS, D. – Op. cit., p. 105 e 114-5; cf. MILLS, C.W. – “A nova classe média”, p. 356.

(111) Da Primeira Guerra Mundial até o final da Segunda, prevaleceu, na Europa e nos Estados Unidos, a tese sustentada pelos publicitários da época, de que “somente o custo limita o condicionamento da opinião pública em qualquer sentido e sobre qualquer assunto”. (Cf. MILLS, C.W. – “A elite do poder”, p. 369).

(112) Cf. SEARS, D. – Op. cit., p. 337 e segs.; cf. BLEDJIAN, Frank – “Theoretische Ansätze über den Einfluss der präkommunikativen Einstellungsstruktur der Rezipienten auf Bildung und Änderung von Einstellungen” In: PROKOP, D. (org.) – Op. cit., p. 75-6; cf. McGUIRE, William – “The Nature of Attitudes and Attitude Change”. In: LINDZEY, G. e ARONSON, E. (eds.) – Op. cit., v. 3, p. 218 e segs.; cf. WEISS, W. Op. cit., p. 88.

ele repeliria sistematicamente tudo que viesse de encontro a suas concepções prévias, através de três manobras destinadas especialmente a protegê-las e a preservá-las de mudanças: a fuga das fontes potenciais de informações indesejáveis (exposição seletiva), o direcionamento da atenção para as informações confirmadoras de tais concepções (atenção seletiva) e o esquecimento mais rápido das informações incongruentes com estas últimas (retenção seletiva)⁽¹¹³⁾.

Freqüentemente invocada, pelos detentores dos meios de comunicação social, para legitimar a ausência de um controle do público sobre estes últimos, a Teoria da Dissonância Cognitiva está caindo em descrédito, atualmente, em virtude da comprovação empírica de sua insuficiência enquanto modelo explicativo. Com efeito, diversas pesquisas mais recentes têm conduzido à contestação da validade dos antigos estudos que concluíam haver uma preferência pessoal por informações “consistentes” (i.é., conciliáveis com as idéias e disposições prévias) e ocorrer uma rejeição automática, por parte dos indivíduos, das informações desconfirmadoras de suas expectativas⁽¹¹⁴⁾. Dentro desse panorama, não há mais sentido algum, realmente, nem em se continuar atribuindo aos cidadãos-receptores, de forma implícita, toda a culpa pela sua desinformação, nem em se seguir crendo – à maneira de certos autores nacionais ultrapassados – que a mídia constitua, de fato, um inofensivo agente reforçador de opiniões preexistentes.

O reconhecimento da existência de todos esses obstáculos à eficácia plena do **direito de ser informado** não implica, de modo algum, a admissão da inutilidade deste instituto, cuja imprescindibilidade para o governo popular é mais do que evidente. Na verdade, a única ameaça séria a tal direito dos cidadãos, nas democracias contemporâneas, consiste mesmo na popularização, sob novas roupagens, da já mercedamente desgastada concepção liberal da mídia como um mercado livre de informações e opiniões, no qual supostamente os consumidores determinariam a qualidade e outras características do produto, e poderiam escolher livremente os seus próprios fornecedores. Visando a justificar o impedimento da criação de mecanismos legais destinados a tornar possível a sujeição dos “mass media” a um controle público análogo àquele ao qual outros centros de poder social estão submetidos, a velha doutrina liberal se adapta, hoje em dia, ao figurino “up-to-date” da Teoria da Comunicação, para tentar evitar que se consiga consumir a substituição do obsoleto ideal da liberdade de imprensa pelo moderno ideal da liberdade de informação.

(113) Cf. KLAPPER, Joseph – “Mass Communication: Effects”. In: SILLS, D. – Op. cit., p. 83; cf. McGUIRE, W. – Op. cit., p. 218; cf. SEARS, D. – Op. cit., p. 337 e segs.; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 88.

Para um estudo aprofundado da teoria em tela, ver BLEDJIAN, F. – Op. cit., p. 86-90.

(114) Cf. BLEDJIAN, F. – Op. cit., p. 92-3; cf. McGUIRE, W. – Op. cit., p. 218 e segs.; cf. MARCONDES F^o, C. – Op. cit., p. 138.

Dois teorias, basicamente, transpõem para o campo da ciência supracitada o modo liberal de compreender as relações entre os meios de comunicação social e seus respectivos públicos: a da Exposição Seletiva e a do “Feedback”. De acordo com a primeira, haveria uma acentuada tendência, por parte de todos os sujeitos-receptores, para fugir, entre outras coisas, das fontes potenciais de informações desconfirmadoras de suas opiniões e atitudes pessoais, bem como para optar voluntariamente por outras “fontes” – como certos jornais e noticiários de TV⁽¹¹⁵⁾ – que viessem freqüentemente ao encontro de suas idéias e disposições prévias⁽¹¹⁶⁾. Explicando, desse modo, a escolha individual desta ou daquela “fonte”, como um exercício de autonomia individual condicionado apenas pelo desejo do receptor de escapar à sensação desagradável de ser desmentido e à angústia da dúvida gerada pelas contradições, a doutrina da Exposição Seletiva apresenta a mídia, como parecem reconhecer os seus próprios adeptos⁽¹¹⁷⁾, como um “imenso supermercado” de informações, onde a compra eventual de mercadoria de qualidade inferior só pode decorrer da decisão espontânea dos consumidores de não pagar o preço por um produto melhor. Criada por especialistas em questões relativas à audiência de programas de entretenimento, tal doutrina transpõe, assim, pura e simplesmente, para a análise da influência política dos meios de comunicação, o pressuposto de que o comportamento do público se caracterize por uma fuga permanente de tudo aquilo que possa provocar dissabores e aborrecimentos, e por uma procura incessante do que cause bem-estar e prazer⁽¹¹⁸⁾.

“Todos os dias, todos os meses, realiza-se nas bancas de jornal e nas portas das casas um espécie de votação democrática”, na qual se determina que diários atingirão quais leitores – esse comentário do “publisher” alemão Axel Springer⁽¹¹⁹⁾ poderia ainda, a despeito das inúmeras pesquisas provando exatamente a tese contrária⁽¹²⁰⁾, figurar como epígrafe das obras de diversos autores contemporâneos. Elisabeth Noelle-Neumann⁽¹²¹⁾, por exemplo, chega mes-

(115) Usa-se, aqui, o termo “fonte” porque, aos olhos do sujeito-destinatário, o exemplar de jornal (canal) e o aparelho de tevê (receptor) se afiguram como se fossem pontos de origem das informações recebidas.

(116) Cf. KLAPPER, J.T. – Op. cit., p. 83; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 88 e 115; cf. MCGUIRE, W. – Op. cit., p. 218; cf. SEARS, D.O. – Op. cit., p. 317.

(117) V. KLAPPER, J.T. – Op. cit., p. 83; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 115.

(118) Cf. MCGUIRE, W. – Op. cit., p. 219.

(119) Apud MARCONDES F^º, C. – Op. cit., p. 133.

(120) Cf. BLEDIAN, F. – Op. cit., p. 93; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 159; cf. MERTEN, Klaus – “Zweierlei Einfluss der Medien auf die Wahlentscheidung” In: PROKOP, D. – Op. cit., p. 129; cf. KEY Jr., V.O. – Op. cit., p. 403.

(121) Apud MERTEN, K. – Op. cit., p. 127.

mo a interpretar a alta correlação que verificou existir entre o uso da tevê como principal fonte de informação e o voto no Partido Social-Democrata Alemão, como um indício seguro de que a preferência pelos telejornais constituiria um mero efeito das predisposições políticas do público, sendo, assim, “as pessoas que vêem muita TV muito mais de esquerda que as pessoas que assistem menos” (sic). Dando pouca atenção aos recentes estudos demonstrativos da insustentabilidade da hipótese da Exposição Seletiva, tais autores insistem em representar, como se vê, a voz do sonambulismo em nossa época, parecendo, à maneira irracional do ser humano fictício criado por suas próprias teorias, fechar os olhos sistematicamente a fatos que as põem por terra, como a paradoxal preferência popular simultânea, registrada em vários países desenvolvidos, por partidos de linha esquerdista e órgãos de imprensa conservadores⁽¹²²⁾.

Se a Teoria da Exposição Seletiva serve para que os detentores da mídia se desculpem tímida e indiretamente pelo mau desempenho desta no exercício da função informativa, a do “Feedback” lhes fornece munição para acusar duramente o público de ser o único responsável pelo estado de desinformação existente. “O povo merece sua imprensa” é a divisa hoje constantemente invocada por estudiosos como Erich Kuby⁽¹²³⁾, para sustentar a tese de que, não tendo “o povo (...) necessidade de ser tratado como um adulto”, não cabe exigir dos meios de comunicação que informem corretamente o homem comum – não é este último mesmo, afinal, que força a mídia sedenta de audiência a restringir a divulgação de fatos politicamente relevantes e a veicular preferencialmente “notícias de retorno imediato”, sobre crimes, esportes, grandes acidentes, corrupção e dramas individuais comoventes⁽¹²⁴⁾? Em pleno ocaso do século XX, a idéia de que o nível e o conteúdo da informação ministrada pelos “media” a seu público são determinados exclusivamente pelos sujeitos-receptores surge, assim, para legitimar mais uma vez o desrespeito ao **direito de ser informado** dos cidadãos, consagrando a aceitação implícita da crença preconceituosa de que estes, seres incapazes, seriam indignos de ter acesso às informações necessárias para que pudessem reger livremente o seu próprio destino.

(122) Sobre as pesquisas mencionadas, cf. BLEDJIAN, F. – Op. cit., p. 93; cf. KEY Jr., V.O. – Op. cit., p. 403; cf. MERTEN, K. – Op. cit., p. 129; cf. McGUIRE, W. – Op. cit., p. 219.

Um estudo aprofundado, caso a caso, desta paradoxal preferência simultânea é encontrado em MILIBAND, R. – Op. cit., p. 287.

(123) Apud MARCONDES F^o, C. – Op. cit., p. 134.

(124) Cf. EDELMAN, M. – Op. cit., p. 9; cf. WEISS, W. – Op. cit., p. 116; cf. MARCONDES F^o, C. – Op. cit., p. 21 e 134; cf. HABERMAS, J. – Op. cit., p. 201.

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).