

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 87

1992

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 87, 1992

**"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)**

Em seu octogésimo sétimo volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade.

"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"

Endereço para venda e permuta:

CEP: 01005-010 Largo de São Francisco, 95 - 2º andar Fone: 239-3077, r. 343
São Paulo - SP

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 87, 1992

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Professor Antonio Junqueira de Azevedo

Vice-Diretor: Professor Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Coordenador da Revista: Professor Walter Barbosa Correa

SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA

Chefe Técnico de Serviço:

Odila Regina Indolfo

Seção de Edição da Revista e outros Periódicos:

Marli Conceição Mathias

Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Delmar Ferreira de Assis

**Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de
Direito e impressa na Coordenadoria de Comunicação
Social da Universidade de São Paulo**

SUMÁRIO

OS CEM ANOS DA MORTE DE IHERING (1892 - 1992)

Ihering (1818-1892)	15
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf Von Ihering	23
<i>José Rogério Cruz e Tucci</i>	

HISTÓRIA DO DIREITO

Universidade, Cultura e Direito Romano	39
<i>José Carlos Moreira Alves</i>	
A exegese de D. 33,2,15,1 (Marcelo, LXIII dig.) em tema de constituição tácita da servidão predial por "destinação do proprietário"	65
<i>Eduardo César Silveira Vita Marchi</i>	

DIREITO PRIVADO

- A boa-fé na formação dos contratos no direito brasileiro	79
- La bonne foi dans la formation du contrat en Droit Brésilien	91
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	
- Las copias de obras protegidas por el Derecho de Autor realizadas en Brasil para la docencia o la investigación	101
<i>Antonio Chaves</i>	
A questão da legitimidade da cláusula de indexação de contrato pela variação de moeda estrangeira	113
<i>Carlos Alberto Bittar</i>	
- Retrocessão	131
<i>Carlos Alberto Dabus Maluf</i>	

DIREITO PROCESSUAL

- Aspectos jurídicos da chamada "pichação" e sobre a utilização da ação civil pública para tutela do interesse difuso à proteção da estética urbana 155
Rodolfo de Camargo Mancuso

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Princípio da descentralização administrativa através da criação de empresas estatais..... 185
Marcos Juruena Villela Souto

DIREITO INTERNACIONAL

- Lex mercatoria* Horizonte e fronteira do comércio internacional..... 213
Hermes Marcelo Huck

MEDICINA FORENSE

- Tanatologia Forense 239
José Maria Marlet Pareta
- A importância da fotografia judiciária na perícia 253
José Lopes Zarzuela

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

- Atualidade do Direito Empresarial (aula inaugural, referente a 1992, ministrada pelo novo professor titular de Direito Comercial) 267
Waldírio Bulgarelli
- Discurso de posse como professor titular 291
José Maria Marlet Pareta

RESENHA

Comentarios a la Ley Tributaria y lineas para su
reforma..... 299
Brandão Machado

*TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS NOS
ANOS DE 1990 a 1992..... 311*

*RESUMOS DE TESES DE DOUTORADO
DEFENDIDAS NOS ANOS DE 1990 a 1992..... 321*

CONTENTS

RUDOLF VON IHERING: ONE HUNDRED YEARS (1892 - 1992)

Ihering (1818-1892)	15
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
Spirit of modern Civil Procedure in Rudolf Von Ihering	23
<i>José Rogério Cruz e Tucci</i>	

LEGAL HISTORY

University, Culture and Roman Law	39
<i>José Carlos Moreira Alves</i>	
Exegesis of D. 33,2,15,1 (Marcelo, I.XIII dig.) in the theme of the tacit constitution of real servitude by "destination of the proprietor"	65
<i>Eduardo César Silveira Vita Marchi</i>	

PRIVATE LAW

- The good faith in the formation of contracts	79
- La bonne foi dans la formation du contrat en Droit Brésilien	91
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	
- The copies of works protected by copyright made in Brazil for the teaching or the investigation	101
<i>Antonio Chaves</i>	
Clause of indexation: provision based on the change of value of the U.S. currency. Lawfulness	113
<i>Carlos Alberto Bittar</i>	
- Retrocession	131
<i>Carlos Alberto Dabus Maluf</i>	

PROCESSUAL LAW

- About the phenomenon "graffiting" and about the using of public civil action in order to protest the diffuse interest to urban aesthetics..... 155
Rodolfo de Camargo Mancuso

ADMINISTRATIVE LAW

- The principle of administrative decentralization through the creation of state companies 185
Marcos Juruena Villela Souto

INTERNATIONAL LAW

- Lex mercatoria* Horizon and border to the international trade 213
Hermes Marcelo Huck

FORENSIC MEDICINE

- Forensic Thanatology..... 239
José Maria Marlet Pareta
- The importance of the judiciary photography in expert examinations..... 253
José Lopes Zarzuela

CONTRIBUTION FOR THE ACADEMIC MEMORIES

- Actuality of Company Law..... 267
Waldírio Bulgarelli
- Inauguration speech as Incumbent Professor..... 291
José Maria Marlet Pareta

SUMMARY

Comments on the Tributary Law and guidelines for
its reform 299
Brandão Machado

*DOCTORATE THESES DEFENDED IN THE
YEARS 1990 TO 1992* 311

*DOCTORATE THESES SUMMARIES DEFENDED
IN THE YEARS 1990 TO 1992* 321

OS CEM ANOS DA MORTE DE IHERING (1892 - 1992)

IHERING (1818-1892)

(Em comemoração aos cem anos de sua morte)

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Professor Catedrático de Direito Romano da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

Ihering é com razão considerado um dos maiores juristas do século XIX. Sua interpretação da posse em Direito Romano ultrapassou a de Savigny e foi consagrada pelo Código Civil alemão de 1900 bem como pelos que o sucederam, como o nosso. Com sua obra-prima sobre *O espírito do Direito Romano* ele aparece como precursor da Sociologia Jurídica; e seu livro *Der Zweck im Recht (A idéia de finalidade no Direito)* mostra-o filósofo do Direito, com idéias profundas e sempre atuais sobre as relações entre o Direito e Sociedade.

Abstract:

Ihering figures rightly among the greatest jurists of the XIXth. century: he is outstanding as a Roman and Civil law lawyer, as a forerunner of legal sociology and as a legal philosopher. His interpretation of the Roman law concept of "possession" was consecrated by the German Civil Code of 1900 and by those who followed it. Ihering's master work *The spirit of Roman Law in the different phases of its development* and *The idea of purpose in Law* give evidence of his farsighted ideas about the relations between Law and Society.

Sumário:

- I - Ihering, Romanista e Civilista.
- II - Ihering, Sociólogo do Direito.
- III - Ihering, Filósofo do Direito.
- IV - Bibliografia.

Na galeria dos grandes juristas do século XIX, Ihering ocupa lugar de honra, tais as notáveis qualidades reveladas durante sua longa e brilhante carreira: romanista insígne, civilista, precursor da sociologia jurídica, ao compor a obra-prima que é *O espírito do Direito Romano*, filósofo do Direito com *O fim*

no Direito e a célebre *A luta pelo Direito*, Ihering foi além disso escritor de pulso, dono de estilo claro e expressivo.

Pretendemos abordá-lo aqui principalmente enquanto romanista, deixando para o fim deste pequeno estudo a breve consideração dos outros aspectos de sua personalidade como jurista.

I IHERING, ROMANISTA E CIVILISTA.

No campo da Pandectística a doutrina sem dúvida que o celebrou, com importantes reflexos no Código Civil alemão de 1900 e nos que o sucederam inclusive o nosso,¹ foi a por ele chamada *teoria simplificada* da posse em Direito Romano.

Até aparecer a crítica certa e decisiva de Ihering, a doutrina dominante, como se sabe, era a de Savigny, chefe da Escola Histórica do Direito.

Para Savigny a posse romana propriamente dita era a do *bonae fidei possessor*; o possuidor de boa-fé, tendo a coisa como sua, isto é, comportando-se como dono da mesma graças ao *animus domini*, ou *animus rem sibi habendi*, a saber, a intenção de ser dono, por ignorar quem legitimamente o fosse. Para Savigny pois, posse romana em sentido rigoroso era só a *possessio civilis*, capaz de conduzir ao domínio mediante o usucapião. E quando, como nos casos do precarista, do credor pignoratício, do sequestratário e do enfiteuta, o pretor concedia a proteção possessória mesmo faltando o *animus domini*, isto ele o fazia, pensou Savigny, mais em atenção ao verdadeiro possuidor que continuava a possuir através daqueles. Os casos indicados seriam excepcionais, chamados de *posse derivada* pelo chefe da Escola Histórica.

1. O Código Civil alemão adota claramente a concepção de Ihering ao dispor no parágrafo 854: "*Adquire-se a posse duma coisa mediante a obtenção do poder de fao sobre ela*".

A mesma orientação é a do nosso Código Civil no art. 485. Mas, os dois artigos seguintes, embora dentro do sistema de Ihering, exprimem-se numa linguagem que não deixa de lembrar a *posse derivada* de Savigny.

O Código Civil suíço de 1907 dispõe no art. 920: "*2. Os que possuem como proprietário têm posse originária, os outros têm posse derivada*".

Eis, sobre o assunto, os termos do pai dos códigos modernos, o Código Civil francês, art. 2.228: "*A posse é a detenção ou o gozo duma coisa ou dum direito que temos ou exercemos por nós mesmos ou por intermédio de outrem que a tem ou o exerce em nosso nome*" (trad. nossa).

A interpretação dele imperou durante toda a primeira metade do século passado e foi só Ihering quem primeiro apontou os lados insustentáveis da concepção do mestre. Eis em suma as observações do crítico: não é admissível que casos tão importantes quanto os apontados possam considerar-se meras exceções. Eles parecem indicar, pelo contrário, que o pretor romano concedia a proteção possessória mesmo quando faltasse o *animus domini*, contentando-se com o *animus detinendi*, isto é, com a simples intenção do possuidor no sentido de não abandonar a coisa.

Quanto à *posse derivada*, observa Ihering: somente em dois textos de Paulo (D. 13,7,37; 41,2,1,20) este jurisconsulto romano usa uma linguagem correspondente à assim chamada por Savigny. Eis, aliás, o teor dos textos mencionados (trad. nossa):

D. 13,7,37 *"Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eis possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi"* ("Tendo locado ao devedor a coisa penhorada e de que ele me fizera a tradição, eu conservo a posse mediante a locação: pois antes dele se constituir locatário, a posse não pertencia ao devedor, tendo eu a intenção de conservá-la e não tendo o locatário a de adquiri-la").

D. 41,2,1,20 *"Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit quoniam cesserit possessione(m)"* ("Adquirimos a posse por intermédio de nosso

procurador, tutor ou curador. Se eles, porém, tiverem recebido em seu próprio nome, sem intenção de nos prestar serviço, não poderão adquirir a posse para nós. Do contrário, se dissermos que aqueles que a recebem em nosso nome não adquirem a posse para nós, sucederia não ser possuidor nem aquele a quem a coisa fosse entregue, por lhe faltar a intenção de possuir, nem quem fizesse a tradição, por ter cedido sua posse").

Para Savigny, pois, a proteção possessória era concedida em atenção principalmente ao proprietário e não a quem de fato possuísse, uma vez que, embora produzindo efeitos jurídicos, através, por exemplo, do usucapião, a posse, em si mesma, é um fato, enquanto a propriedade é um direito, um poder jurídico. E a justificação dos interditos possessórios, Savigny, como sabemos, a encontrava na necessidade de se defender a paz social, impedindo-se aos particulares de fazerem justiça pelas próprias mãos. O pretor, intervindo, exercia seu *imperium*, o qual nada mais era do que um poder de coerção e de polícia.

Ihering alvejou com certa flechada o tendão de Aquiles da doutrina de Savigny: a artificiosa construção da *posse derivada*; quanto ao *animus* ou intenção de possuir, entendeu que o pretor romano se contentava com simples detenção (posse natural, *animus detinendi*) para conceder os interditos inclusive ao ladrão se ele tivesse posse justa em relação a pessoas diferentes de sua vítima.

E quanto ao fundamento da proteção possessória, ele residiria, segundo Ihering, não numa preocupação de polícia mas na intenção do pretor romano visando socorrer o proprietário mesmo, pois na imensa maioria dos casos o possuidor é também proprietário. A posse, disse Ihering, é a *exteriorização da propriedade*, a saber, o modo natural de manifestação da última. Concedendo os interditos, o pretor estaria pois prestando relevante serviço ao proprietário mesmo, que, vencedor numa ação possessória, ficaria dispensado da difícil prova de seu domínio legítimo.

Modernamente pensa-se serem conciliáveis as duas interpretações aqui sumariamente expostas, observando-se apenas que, sob o aspecto histórico, ao contrário dos juristas modernos, os romanos não tinham qualquer concepção

a priori a respeito da noção de posse: de acordo com sua mentalidade prática, foram decidindo os casos à medida que se apresentavam. Só os pandectistas quiseram dar aos textos um cunho sistemático que embora eventualmente neles implícito os jurisconsultos romanos jamais tiveram a preocupação de formular.²

II - IHERING, SOCIÓLOGO DO DIREITO.

Passemos a Ihering, sociólogo do Direito. Em *O espírito do Direito Romano* ele rompe com a Escola Histórica que paradoxalmente enveredou para a elaboração sistemática dos textos romanos, como se o mundo jurídico fosse conjunto algébrico de conceitos isolados da realidade. A não ser na *História do Direito Romano na Idade Média*, que se limita, aliás, a notícias biográficas sobre os glosadores e comentadores da Escola de Bolonha, Savigny, em seu monumental *Sistema do Direito Romano atual*, não segue o rumo por ele mesmo preconizado, e pratica abertamente o método dogmático, abrindo assim caminho à codificação do Direito Privado que combatera na juventude.

Ihering, pelo contrário, em *O espírito* mostrou, com mão de mestre, como as instituições jurídicas se acham, como não pode deixar de ser, em íntima relação com o ambiente social que regulam e do qual recebem influxo. Em outras palavras, os fatos normativos religião, moral e direito são outros tantos fatos sociais de modo aos conceitos jurídicos serem compreensíveis não como puro dogma, como conjunto de proposições derivadas umas das outras *more geometrico*, mas só enquanto expressão mutável de variáveis exigências da vida social. A dogmática põe-se, assim, a serviço do homem, em vez de submetê-lo ao jugo duma *jurisprudência de conceitos (Begriffs-Jurisprudenz)*. Dessa inspiração

2. Em seu *El Derecho Privado Romano* (3ª ed., México, 1968, v. 1), Margadant resume excelentemente: "... Savigny dá à posse base estreita, permitindo que o legislador a amplie em casos determinados, como no da 'possessio sine animo', enquanto Ihering coloca a posse sobre a base ampla da detenção, permitindo que alguns detentores sejam excluídos das vantagens da posse, como no caso dum detentor mero representante do possuidor ou do proprietário" (trad. nossa). E acrescenta: "Nos dois primeiros códigos mexicanos predominou a teoria de Savigny; no código atual encontramos, pelo contrário, a influência de Ihering (arts. 790-793 do Código Civil mexicano). Aliás, o código distingue a posse originária ('*animus domini*') da derivada ('*possessio sine animo*') (art. 791)". As observações citadas e por nós traduzidas acham-se a p. 236 da obra mencionada.

realista e de certo modo pragmática provém o valor perene de *O espírito do Direito Romano*.

III IHERING, FILÓSOFO DO DIREITO.

O mesmo realismo, colocando-o, a nosso ver, em posição não muito distante da concepção aristotélico-tomista do Direito Natural, orienta Ihering em suas reflexões filosóficas sobre o Direito. A idéia de fim ou de finalidade serve-lhe de guia: o Direito não é fim em si mesmo, como parte integrante dum mundo cultural produzido pela ação misteriosa do inefável *espírito do povo* (*Volksgeist*) como queria Savigny. A ação do homem em vista de objetivos concretos que preenchem as carências da vida social é que explica a gênese e transformação das instituições jurídicas. Sob a influência do positivismo da época e do utilitarismo de Bentham, Ihering mostrou como o conflito entre o *statu quo* jurídico e as aspirações individuais e coletivas, a luta em suma é a verdadeira causa eficiente do progresso jurídico. A força propulsora dessa luta são os interesses materiais e espirituais dos indivíduos em sociedade e que triunfando tornam-se "interesses juridicamente protegidos", segundo a expressão original do autor e que para ele dá conteúdo à noção de "direito subjetivo".

Ora, dizíamos que opondo-se tanto ao historicismo de Savigny, paralisador das iniciativas, quanto ao jusnaturalismo abstrato de Kant e de Rousseau, Ihering, apesar de positivista, aproxima-se do tomismo enquanto reivindica a importância da idéia de fim no direito: toda comunidade aspira à satisfação de necessidades que, tomadas em conjunto, propiciam a co-existência pacífica e justa de seus membros. Que outra coisa é o bem comum para S. Tomás? Ihering reconheceu, aliás, a profunda verdade contida no pensamento do grande escolástico ao escrever, sem qualquer ironia, em *Der Zweck im Recht*, 2ª ed., Leipzig, 1886, v. 2, p. 161: "*Prova-me ele (um crítico do autor) com citações de Tomás de Aquino que este grande espírito já havia reconhecido, com perfeita exatidão, tanto o elemento realista, prático e social, quanto o histórico da moralidade. Com espanto a mim mesmo me pergunto como foi possível tivessem jamais caído em tão completo esquecimento, entre os nossos sábios protestantes, verdades como as professadas por ele! Quantos erros ter-se-iam evitado se tivessem elas sido fielmente guardadas! Quanto ao que me toca, talvez não tivesse escrito de*

todo o meu livro se as houvesse conhecido; pois, as idéias fundamentais que nele ia expor já se encontram, com perfeita clareza e notável fecundidade de concepção, expostas nas obras desse vigoroso pensador".³

Eis as breves reflexões que nos vêm à mente quando evocamos a grande figura de Ihering, cujo centenário da morte é lembrado este ano.

IV - BIBLIOGRAFIA

V. bons apanhados sobre Ihering em:

STONE, Julius. *The province and function of law*. 2ª ed. Harvard, 1950. p. 299-314.

Cf. ainda:

BRIMO, A. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*. Paris : Pedone, 1967. p. 183-7;

CORREIA, Alexandre. A concepção histórica do direito e do Estado. In: *Ensaio políticos e filosóficos*. São Paulo : Convívio-EDUSP, 1984. p. 45-140.

MACDONELL, John. Rudolph von Ihering. In: *Great jurists of the world*. Nova York, 1968. p. 160-5; 299-314; 411-12; 649-51; 666-7; 712-3.

MARGADANT, Guillermo. *El derecho privado romano*. 3ª ed. México, 1968. v. 1.

PARESCHE, Enrico. Jhering, Rudolf (Von) (verbete). In: *NNDI Novissimo Digesto Italiano*. v. VIII. p. 151-2.

WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker*. Tuebingen, 1963. p. 622-69.

3. Para apanhado geral sobre a Escola Histórica, veja-se de Alexandre Correia, A concepção histórica do Direito e do Estado in *Ensaio Políticos e Filosóficos*, São Paulo, Convívio-EDUSP, 1984, p. 45-140.

ESPÍRITO DO PROCESSO CIVIL MODERNO NA OBRA DE RUDOLF VON IHERING

José Rogério Cruz e Tucci

Professor Associado do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Comemora-se, neste mês, o centenário da morte do célebre professor de direito romano, Rudolf von Ihering, ocorrida em Götting, no dia 20 de setembro de 1892. A produção científica de Ihering é caracterizada por dois momentos bem nítidos: o primeiro, pela influência da Escola Histórica (Ihering foi aluno de Savigny); o segundo, pela narração de cunho lógico-estrutural, decorrente da influência do positivismo filosófico. O direito processual, no século XIX, era estudado como mero apêndice do direito civil. Todavia, Ihering, nos escritos de época madura, fundado no lema "*pelo direito romano, mas além do direito romano*", anteviu e intuiu que, também na esfera do direito processual, a dogmática alemã não poderia ficar eternamente atrelada às fontes romanas clássicas.

Abstract:

The centenary of death of the notable professor of Roman law, Rudolf von Ihering, which took place, in Göttingen, on September, 20th, 1892, is now celebrated. His scientific production is characterized by the existence of two very distinguished moments: the first, under the influence of the so called Historical School (Ihering had been a pupil of Savigny); the second, filled by logically-structured texts of philosophical-positivism. During the XIX century civil procedure was studied as a mere appendix to civil law. Yet, Ihering, on his writings of a more mature period, moved by the idea of "*for the Roman law, but beyond Roman law*", has foreseen that even inside the sphere of civil procedure, the german dogmatism could not remain attached to the classical roman sources.

Sumário:

1. Introdução.
2. Tendências do processo civil no século XIX.
3. Dimensão social do processo civil.
 - 3.1. Administração da justiça.
 - 3.2. Atributos e garantias do juiz.

3.3. Igualdade substancial e isonomia processual.

3.4. Sentença e dever de motivação.

4. À guisa de conclusão.

1. INTRODUÇÃO.

O meio acadêmico alemão comemora, durante o transcorrer deste mês, o centenário da morte do célebre professor de direito romano, Rudolf von Ihering, ocorrida em Göttingen, no dia 20 de setembro de 1892.

Da personalidade repleta de vida e de alegria de viver do grande cientista homenageado emergiram, segundo anota um de seus biógrafos, autêntica compreensão do papel do jurista, extraordinária capacidade de intuição e um sentimento profundo das tarefas práticas e sociais do direito.¹

Como escoliasta dos textos romanos, vigentes na Alemanha de seu tempo, Ihering foi protagonista de dois momentos cruciais da história político-jurídica do século XIX, que se refletiriam, de modo deveras marcante, em sua vasta produção científica.

Com efeito, culturalmente formado no *Vormärz*, ou seja, antes de 1848, época de ouro da Escola Histórica, recebe natural influência de Savigny, no tocante à análise e preservação das fontes romanas, e da pandectística, quanto ao método de exposição.²

Com a mudança de rota da ciência jurídica alemã na segunda metade do século passado (*Nachmärz*), Ihering, do ponto de vista metodológico, abandona a narração de cunho lógico-estrutural e passa a preocupar-se com a funcionalidade do direito.

Influenciado pelo positivismo filosófico, o "último dos romanistas"³ afasta-se do formalismo abstrato da Escola Histórica, a partir dos conceitos de

1. Franz Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* (trad. ital. Sandro A. Fusco), Milano, Giuffrè, 1980, v. 2, p. 150-1 (= *História do direito privado moderno* (trad. port. A. M. Botelho Hespanha), Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1980, p. 514).

2. V., a respeito, Mario G. Losano, *Introdução* à trad. ital. da obra *Der Zweck im Recht*, Torino, Einaudi, 1972, *passim*.

3. Cf. John MacDonell e Edward Manson, Rudolf von Ihering, in *Great Jurists of the World*, London, J. Murray, 1913, p. 590.

evolução e de escopo, colocando-se como fundador da moderna jurisprudência sociológica.⁴

Examinando o denominado método evolucionista de Ihering, esclareceu o nosso Clóvis Bevilacqua, não ser "*possível conhecer o direito de um povo ou de uma época 'simplesmente por sua estrutura anatômica', é preciso vê-lo funcionar, é preciso examinar como foi ele aplicado às relações da vida. Foi o que fez Ihering; e é por esse motivo que 'O espírito do direito romano' difere tão profundamente de todos os tratados, eruditos e minuciosos embora, que expõem dogmáticamente a história do direito romano. Esses tratados nos mostram a evolução da legislação e da doutrina jurídica dos romanos de um modo exato mas sem vida; Ihering nol-as veio mostrar 'tal como existiram na realidade', os órgãos em função, a vida em atividade*".⁵

Dentre as obras principais do Mestre de Berlin e de Göttingen, além da famosa *O espírito do direito romano* (escrita a partir de 1852) e dos inúmeros ensaios de cunho dogmático estampados no periódico *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, por ele fundado, inserem-se *O fundamento dos interditos possessórios* (1869), *A luta pelo direito* (1872), *O escopo no direito* (1877-1884), *A vontade na posse* (1889) e, ainda, reunido com outros estudos em 1884, o opúsculo intitulado *Graça e seriedade na jurisprudência*, na qual o humor e a sátira serviram-lhe para solucionar inúmeras questões jurídicas.

2. TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL NO SÉCULO XIX.

Aluno de Savigny, contemporâneo e amigo de Windscheid, era natural que, com a aproximação dos postulados preconizados pela Escola Histórica, a obra de Ihering fosse dirigida ao estudo das pandectas, uma vez que, em grande parte, o direito romano, cristalizado no *Corpus Iuris*, encontrava-se de certo modo ainda vigente na Alemanha do século passado.

4. V., amplamente, Losano, *Introdução...ob. cit.*, p. XXXII-XXXIII.

5. Cf. Clóvis Bevilacqua, Rudolf von Ihering, in *Juristas philosophos*, Bahia, José Luiz da F. Magalhães, 1897, p. 71. V., em senso assemelhado, Peter Stein, *Legal evolution: the story of an idea*, Cambridge University Press, 1980, p. 67.

Note-se que apesar do processo comum alemão, após a recepção, ter sido moldado pelas fontes romano-canônicas (com pequena influência germânica), continuava grande o interesse pelo processo romano clássico, dando-se, na verdade, pouca ênfase à pesquisa atinente ao direito processual medieval.⁶

Mas a despeito de todas essas circunstâncias, e embora em proporção infinitamente menor, o processo civil passou a ser investigado, a partir da elaboração científica de alguns princípios, desde os fins do século XVIII.

Realmente, os alicerces da ciência processual, como recentemente se afirmou,⁷ foram erigidos, mesmo antes da importante contribuição de Oskar von Bülow, pelo "*tesoro della scienza tedesca dell'Ottocento*", nas obras de Grolman, Gönner e Almendingen, ao ser elaborada uma "teoria geral do procedimento" com a enunciação de *Prozessmaximen*.

Todavia, nessa época, ninguém, na Alemanha, como em nenhuma outra parte do mundo, pensava em estudar o processo como instituição separada da ação, da citação e da defesa (consideradas integrantes do direito civil).⁸

O "direito das ações" (*Aktionenrecht*) consistia no estudo das ações típicas, segundo o modelo traçado pelo direito romano clássico.

Nesse exato sentido, dentre inúmeras contribuições de juristas alemães, especialmente após a descoberta do "Gaio veronês" (1816), Ludwig Keller, em 1827, dedica um livro sobre a *litiscontestatio* relacionada com a sentença,⁹ colocando em relevo a *actio* e a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* do período formular.

6. Destacam-se sobre esse assunto a obra de Savigny (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1815-1831, vs. 1-7) e, especificamente sobre processo, a de seu aluno Bethmann-Hollweg (*Grundriss zu Vorlesungen über den Gemeinen Civilprocess*, Berlin, 1821), bem como, de época posterior, as de Wilhelm Endemann (*Das deutsche Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 1868) e de Georg W. Wetzell (*System des ordentlichen Zivilprozesses*, Leipzig, 1878).

7. V. Knut Wolfgang Nörr, La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni, *Rivista di diritto processuale*, n.1, p. 23-4, 1981, explicitando que tais asserções já haviam sido exaradas em sua obra *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976).

8. V., a propósito, a rica exposição de Giovanni Tarello, *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (Aspetti della dottrina processualistica germanica nel secolo XIX)*, Bologna, Mulino, 1989, p. 23 e ss..

9. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich, Gerner'sche, 1827.

Como observa Nörr,¹⁰ o ponto culminante dessa orientação doutrinária é representado pela exposição de Savigny acerca das *actiones*, das exceções, do concurso de demandas e da prescrição das ações.¹¹

Ihering, seguindo a metodologia pandectística quanto ao conteúdo programático das obras de "direito civil", tratou igualmente das ações como mero apêndice do direito privado.

Após criticar o exacerbado formalismo do processo romano e de discorrer sobre a classificação das ações, sempre dentro da ótica civilista, ocupa-se dos critérios de identificação ou individualização daquelas, tendo em vista a natureza do direito (pessoal ou real) perseguido pelo demandante.¹²

Ensina, pois, que "*seria totalmente ilógico, pretender por meio de dez ações diferentes dez objetos (Gegenstände) oriundos de uma mesma 'stipulatio', tendo o juiz que decidir nos dez processos uma única questão. Sendo idêntico o fundamento (Klaggrund) dos dez processos, os motivos de decidir seriam também os mesmos. Na verdade, nenhuma das questões difere das demais, todas se identificam...*" Por outro lado, na esfera do direito de propriedade haverá tantas demandas diferentes quantos forem os objetos, isoladamente considerados... Assim, no âmbito do direito das obrigações, é a causa (*Entstehungsgrunde*), e nos direitos reais, o objeto (*Gegenstände*), que determinam a unidade ou a pluralidade da relação...¹³

Em outro de seus trabalhos, Ihering elabora a tese da eficácia reflexa, sustentando que na dimensão jurídica, a exemplo do que ocorre no mundo da fenomenologia da natureza, distinguem-se efeitos diretos, correspondentes ao conteúdo, à determinação e à função do ato jurídico, e efeitos reflexos, não desejados, mas inevitáveis, que afetarão sujeitos diversos

10. Ob. cit., p. 35.

11. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. ital. Vittorio Scialoja), Torino, Utet, 1896, v. 5. Vale lembrar que no v. 6 dessa monumental obra, Savigny versa sobre os limites da coisa julgada, em que destacado o fenômeno da representação para explicar a extensão dos efeitos da *res iudicata* a terceiros, teoria essa que hoje pode ser perfeitamente ressuscitada, como material de pesquisa, para examinar os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas...

12. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3a. ed., Leipzig, Breitkopf Verlag, 1877, v. 3, p. 27 e ss. (= *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. franc. Octave de Meulenaere), Paris, A. Marescq, 1878, t. 4, p. 24 e ss.).

13. *Ibid.*, p. 39 (= *Ibid.*, p. 36-7).

daqueles interessados na eficácia natural do ato, por força de nexos de interdependência existentes entre os relacionamentos jurídicos.¹⁴

Essa teoria, distinguindo a eficácia jurídica direta da reflexa, embora relativa aos atos jurídicos, foi extremamente prestigiada no campo do direito processual para explicar o intrincado problema dos limites subjetivos da coisa julgada.¹⁵

Ihering, por outro lado, tinha plena consciência da precocidade das normas processuais em relação àquelas de direito material ("*materiellen Gesetze*"): "*o processo pertence às instituições jurídicas que se desenvolveram em primeiro lugar*"

Ressaltava, no entanto, que, com o passar do tempo, o estudo do processo ficou obumbrado pelo grande progresso das "*règles du fond du droit*": "*... Le fond du droit, en seconde lieu, vient témoigner de la prépondérance de la procédure, en donnant une tournure propre à toutes ses dispositions qui touchent à la procédure. Nulle aujourd'hui, alors cette influence était très-puissante; les rayons qui illuminaient d'abord la procédure, reflétaient leur lumière sur les dispositions du fond du droit qui la concernaient, laissant les autres institutions dans l'ombre*"¹⁶

14. Die Reflexwirkungen oder die Rukwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. 10, p. 245-275, 1871. Recorde-se que o exemplo que se tornou famoso acerca do aludido fenômeno da vida física é aquele representado pela pedra atirada num lago. Ao redor do ponto em que cai o objeto formam-se vagas concêntricas. "*Houve aí um efeito querido e previsto - acertar a pedra em dado lugar do lago; as vagas que se formaram foram efeitos reflexos*" (cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1979, v. 3, p. 67).

15. V., a propósito, Pasquale Landi, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1991, p. 165, que invoca, dentre outros, o importante ensaio de Carnelutti, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1925, v. 1, p. 429 e ss..

16. *L'esprit...ob.cit.*, t. 4, p. 15 e ss. (= *Geist des...ob cit.*, v. 3, p. 17 e ss.).

Na verdade, foi somente com Planck¹⁷ e, mais tarde, com Windscheid,¹⁸ é que a *actio* e outros institutos a ela jungidos passam a ser examinados sob um prisma processual, culminando com a obra de Bülow reconhecidamente o mais importante processualista do século passado -, na qual, após sobrelevar as fronteiras que separam o direito material do direito processual, vem concebido o processo como relação jurídica, de natureza pública, autônoma e triangular.¹⁹

É a partir desse momento, aliás, que se abrem os caminhos para o estudo do processo como ciência.

Protagonista de todas essas vicissitudes e rompido com os postulados individualista e voluntarista da Escola Histórica, Ihering, diante da nova perspectiva de que o "*interesse individual deveria subordinar-se ao interesse social*",²⁰ passa também a encarar o processo como instituição pública com escopos sociais.

3. DIMENSÃO SOCIAL DO PROCESSO CIVIL.

3.1. Administração da justiça.

Afirmando que todos os direitos, mesmo aqueles que têm o indivíduo por fim imediato, estão plasmados e vinculados a vertentes sociais, é na obra *Der Zweck im Recht* que Ihering confere grande relevo à organização judiciária ideal, como garantia externa do direito.

17. Johann Julius Wilhelm von Planck, *Die Mehrheit der Rechtsstreigkeiten im Prozessrecht*, Göttingen, 1844, p. 121, que, embora utilizando-se do método histórico-sistemático, analisa detidamente vários institutos processuais, como, e. g., o litisconsórcio, com a distinção entre legitimação processual e legitimação de direito substancial.

18. Bernhard Windscheid, *Die actio des römischen Civilrecht vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, cuja obra iria dar origem à difundida polémica travada com T. Muther, ensejando que, da distinção do direito subjetivo material passível de tutela do denominado direito de ação, de natureza pública, o tema da ação fosse definitivamente inserido no contexto do direito processual.

19. Oskar von Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868.

20. V., acerca da *Interessenjurisprudenz*, Enrico Paresce, Ihering Rudolf (von), (verbete), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1962, v. 8, p. 152; Bernardo Gesche, Los fines del derecho y las investigaciones jurídicas, in Ihering y la lucha por el derecho, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, vs. 10-11, p. 519 e ss., 1976-1977.

Salienta, de início, que em todos os povos civilizados, numa certa fase da evolução do direito, há uma ruptura entre a justiça e os outros ramos da atividade do Estado: "*O poder estatal, isolando a administração da justiça, reconhece, em última análise, que a função do direito tem peculiaridades que lhe são insitas, perante as quais ganham importância garantias diversas daquelas que tutelam as demais atividades*".²¹

A instituição do juiz prossegue -, corresponde à autolimitação do Estado, significando que o juiz se encontra autorizado a declarar o direito independentemente do poder estatal, segundo seu próprio convencimento, sendo, por isso, vinculante a sentença por ele proferida.

Com efeito, o Estado pode atribuir ao órgão jurisdicional um campo de ação muito restrito ou muito amplo. Mas, dentro dos limites que lhe são outorgados, o juiz é autônomo. Se o poder público avança sobre estes limites, comete uma degeneração do direito, viola a justiça; atacando o ordenamento jurídico por ele mesmo estabelecido, proclama sua própria decadência...²²

Exatamente pela investidura, autoridade e independência que concede ao juiz, "*o poder declara ao povo que renuncia a exercer a função judicial*", vale dizer - com palavras do próprio Ihering -, "*ao instituir o juiz, (o poder) limita suas prerrogativas sobre parte do direito, cuja realização confia a tal funcionário*".

Desse modo, delinea-se evidente que a "*simples separação externa da administração da justiça da administração pública representa um progresso de importância vital para o direito*".²³

Em seguida, passa Ihering a examinar os componentes necessários que viabilizam a tarefa de distribuir justiça: a aplicação do direito material é tarefa confiada exclusivamente ao juiz, quando duas partes litigantes se submetem a um procedimento rigidamente fixado, que é o processo. "*O ponto cardeal da administração da justiça é a lide... Uma lide pressupõe, pois, dois litigantes, ou seja, as partes. No processo civil são partes autor e réu, no penal o*

21. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, p. 279.

22. *Ibidem.* V., a propósito, Agustín Squella Narducci, *Derecho y Estado de Derecho en la obra de Rud* obra de Rudolf von Ihering, *in Ihering y la lucha...* ob. cit., p. 597 e ss..

23. *Lo scopo...* ob. cit., p. 279.

ministério público e o acusado. A lide deve ser composta por um terceiro desprovido de qualquer interesse pessoal na decisão que emitirá..."

3.2. Atributos e garantias do juiz.

Adverte, outrossim, seguindo o raciocínio por último referido, que o *"sucesso da administração da justiça repousa exclusivamente em dois pressupostos atinentes à pessoa do juiz, cuja garantia deve, portanto, constituir preocupação central da legislação"* O primeiro deles refere-se ao intelecto: o juiz deve ter as noções teóricas necessárias e a habilidade esperada para, num breve espaço de tempo, aplicar o direito. O segundo, de ordem moral, relacionado com o caráter: o juiz deve possuir a vontade e a coragem moral reclamadas para aplicar o direito sem sofrer influências de qualquer espécie, do ódio e da amizade, da compaixão e do medo (esta é a característica da justiça em sentido subjetivo).²⁴

Mas, *"enquanto o saber pode ser objeto de coerção; o caráter não: não há meios para impedir a parcialidade do juiz"*²⁵

Para que se evite a indesejável parcialidade do órgão jurisdicional, aduz Ihering que *"a independência do juiz da pura discricionariedade do poder estatal, a garantia de sua investidura por força de lei e a inamovibilidade, constituem a garantia da certeza do direito e o indício preciso da seriedade com que o Estado se adequa ao princípio da neutralidade da justiça"*. Contudo, *"para garantir a independência do juiz, não basta a tutela contra a simples perda do cargo, se a função por ele desempenhada não se encontra em grau de torná-lo economicamente independente. Uma das primeiras exigências de uma estrutura viável da administração da justiça é a que propicia ao magistrado uma retribuição suficiente e adequada"*.²⁶

3.3. Igualdade substancial e isonomia processual.

Expondo, em páginas anteriores, o conceito romano de igualdade, salienta o autor do *Der Zweck* que os juristas clássicos reconheceram o princípio

24. *Lo scopo...*ob. cit., p. 283.

25. *Ibid.*, p. 284.

26. *Ibid.*, p. 287-8.

da igualdade como um preceito supremo, embaixador da *societas*. Repudiavam eles a igualdade externa, absoluta, matemática, uma vez que tinham plena convicção da igualdade interna, relativa, geométrica, consistente na idéia de equilíbrio entre os membros da sociedade.

E isso, porque a desigualdade na repartição das vantagens sociais, vale dizer, o dano acarretado ao sócio, significava, na verdade, um dano sofrido pela própria sociedade.

Ora, tal concepção pode ser perfeitamente empregada no que concerne à sociedade civil. O *suum cuique* deve ser mensurado tendo-se em vista as disposições da lei e de seus pressupostos. "*Chamemos de justa a lei que admite tal equilíbrio... Injusta é a lei que, não considerando a discrepância de capacidades, impõe aos pobres os mesmos sacrifícios dos ricos; injusta é a lei que pune os delitos menores com as mesmas penas previstas para os crimes mais graves...*".²⁷

Trasladando tais idéias para o campo do processo, escreve Ihering que a "*relação entre as partes e o juiz é uma relação de subordinação jurídica, enquanto aquela entre as partes é uma relação de igualdade jurídica. Até mesmo o poder estatal quando figura como parte num processo civil ou penal, encontra-se juridicamente subordinado ao juiz: posta-se no mesmo patamar do privado, é uma parte como todas as demais*".

No âmbito do processo, portanto, o vínculo existente entre as partes as coloca em perfeita igualdade; ou seja, "*as armas com que se combatem devem ser iguais, as luzes e as sombras igualmente repartidas. É esta a primeira de todas as exigências que devem informar a organização do processo; é a exigência da justiça processual, a qual, ainda uma vez, coincide com a igualdade: em relação a esta, todas as outras exigências são secundárias...*".²⁸

3.4. Sentença e dever de motivação.

Concluindo a narração acerca da prestação jurisdicional, vem destacada a imperiosidade de o juiz ater-se ao ordenamento jurídico (legalismo do processo). Tal regra, elevada a verdadeiro postulado do direito processual,

27. *Lo scopo...*ob. cit., p. 266-8.

28. *Ibid.*, p. 282.

especialmente no que respeita à sentença, reclama estrita conformidade entre a atuação do juiz e as normas de direito material.

Com o "*intuito de excluir o arbítrio judiciário e desejando que o juiz não olvide como o seu poder corresponde à mesma medida que a da lei que lhe confere, o princípio supramencionado tem o condão de obstar consideravelmente a formação de direito extravasador da lei, por obra da praxe...*".

Assim sendo, é bem de ver que "*o dever de expor a motivação da sentença representa, para o direito civil, uma forma incomparavelmente mais oportuna. Tem, com efeito, o condão de constringir o juiz a justificar objetivamente a própria sentença, sem que se lhe imponha irrestrita adesão ao conteúdo imediato da lei*".²⁹

4. À GUIZA DE CONCLUSÃO.

Pautando-se no ideário desenhado, em 1857, no programa da revista (*Iheringsjahrbücher*) por ele fundada e dirigida, e que pode ser sintetizado no lema "*pelo direito romano, mas além do direito romano*", Ihering não apenas procurou, em seus escritos de época madura, substituir um método por outro, mas, sim, alargar os horizontes do direito alemão, libertando-o do *ius romanorum*.

Ihering não chegou a conhecer a profecia de Klein acerca dos fins sociais reservados ao processo civil,³⁰ mas, sem dúvida, diante da clareza e modernidade da concepção acima exposta, colhida em sua obra preferida,³¹

29. *Lo scopo...*ob. cit., p. 280-1.

30. Franz Klein, pai do ZPO austríaco de 1895, concebeu o processo civil como uma *Wohlfahrtseinrichtung*, ou seja, uma instituição voltada para o "bem estar social", segundo vem afirmado no capítulo intitulado *Escopos do processo austríaco*, de seu livro *Der Zivilprozess Österreichs* (Mannheim, 1927, p. 186 e ss.). V. sobre a importância da obra desse insigne jurista, Rainer Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, *Rivista di diritto processuale*, n. 1, p.24 e ss., 1979; Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, Mulino, 1969, p. 19 e ss.; Calamandrei, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, *Rivista di diritto processuale civile*, n. 1, p. 80-3, 1925.

31. Escrevendo a um amigo, em 30 de abril de 1883, Ihering alude ao *Zweck im Recht* do seguinte modo: "*Esta obra, e não 'O espírito do direito romano', contém o resultado de toda a minha vida científica. Só a compreenderão quando estiver concluída. O espírito do direito romano não passa, na minha mente, de uma preparação. Mas, 'O espírito do direito romano' devia ser escrito para encetar este estudo, cuja elaboração encerra a minha suprema missão científica*" (apud Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, Rudolf von Ihering e sua grande obra, *Revista da Faculdade Livre de Direito*, Rio de Janeiro, v.14, p. 159, 1918).

intuiu e anteviu que, também na esfera do direito processual, a dogmática alemã não poderia ficar eternamente atrelada às fontes romanas clássicas.

Embora só nos estertores do século, com Mortara, é que a "ação judiciária civil" viria definitivamente conceituada como "*uma relação de direito público, decorrente do contraste entre sujeitos privados, tendo como objeto matéria de direito subjetivo e desenvolvendo-se no processo mediante a aplicação da norma legal por atuação e autoridade do magistrado*",³² é possível afirmar-se, sem qualquer exagero, que o germe desse posicionamento já se encontrava na construção científica do jurista ora homenageado, para quem, em última análise, o processo deveria ser visualizado como ramo autônomo do direito público, assentado na jurisdição, como manifestação da soberania do Estado moderno...

BIBLIOGRAFIA

- BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August von. *Grundriss zu Vorlesungen über den Gemeinen Zivilprocess*. Berlin, 1821.
- BEVILAQUA, Clóvis. Rudolf von Ihering. *In: Juristas philosophos*. Bahia : José Luiz da F. Magalhães, 1897.
- BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Giessen, 1868.
- CALAMANDREI, Piero. L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco. *In: Rivista di diritto processuale civile*, n. 1, 1925.
- CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel diritto processuale. *In: Processo e ideologie*. Bologna : Mulino, 1969.
- CARNELUTTI, Francesco. Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata. *In: Studi di diritto processuale civile*. Padova : Cedam, 1925. v. 1.
- ENDEMANN, Wilhelm. *Das deutsche Zivilprozessrecht*. Heidelberg, 1868.
- GESCHE, Bernardo. Los fines del derecho y las investigaciones jurídicas. *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaiso, n. 10-11, 1976-1977.

32. Cf. Lodovico Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 2a. ed., Milano, Vallardi, 1923, v.2, p. 538 (a 1a. ed. é de 1900). V., sobre a importância da contribuição de Mortara para a ciência do processo, Salvatore Satta, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 28 e ss..

- IHERING, Rudolf von. Die Reflexwirkungen oder die Rukwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen. In: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutung römischen und deutschen Privatrechts*, n. 10, 1871.
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 3ª ed. Leipzig : Breitkopf Verlag, 1877. v. 3.
- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. franc. Octave de Meulenaere). Paris : A. Marescq, 1878. t. 4.
- *Lo scopo nel diritto* (trad. ital. Mario G. Losano). Torino : Einaudi, 1972.
- KELLER, Ludwig. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*. Zürich : Gerner'sche, 1827.
- KLEIN, Franz. *Der Zivilprozess Österreichs*. Mannheim, 1927.
- LANDI, Pasquale. *La tutela processuale dell'ambiente*. Padova : Cedam, 1991.
- LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Rudolf von Ihering e sua grande obra. *Revista da Faculdade Livre de Direito*, Rio de Janeiro, v. 14, 1918.
- LOSANO, Mario G. *Introdução à trad. ital. da obra Der Zweck im Recht*. Torino : Einaudi, 1972.
- MACDONELL, John e MANSON, Edward. Rudolf von Ihering. In: *Great jurists of the world*. London : J. Murray, 1913.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. 2ª ed. Milano : Vallardi, 1923. v. 2.
- NARDUCCI, Agustin S. Derecho y Estado de Derecho en la obra de Rudolf von Ihering. *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaiso, v. 10/11, 1976-1977.
- NÖRR, Knut W. La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni. *Rivista di diritto processuale*, n. 1, 1981.
- PARESC, Enrico. Ihering Rudolf (von). In: *Novissimo digesto italiano*. Torino : Utet, 1962. v. 8.
- PLANCK, Johann J. W. von. *Die Mehrheit der Rechtsstreigkeiten im Prozessrecht*. Göttingen, 1844.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1979. v. 3.
- SATTA, Salvatore. Dalla procedura civile al diritto processuale civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964.

- SAVIGNY, F. Carl von. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg, 1815-1831. vs. 1-7.
- . *Sistema del diritto romano attuale* (trad. ital. Vittorio Scialoja). Torino : Utet, 1896. v. 5.
- SPRUNG, Rainer. Le basi del diritto processuale civile austriaco. *Rivista di diritto processuale*, v. 1, 1979.
- STEIN, Peter. *Legal evolution: the story of an idea*. Cambridge University Press, 1980.
- TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (Aspetti della dottrina processualistica germanica nel secolo XIX)*. Bologna : Mulino, 1989.
- WETZELL, Georg W. *System des ordentlichen Zivilprozesses*. Leipzig, 1878.
- WIEACKER, Franz. *Storia del diritto privato moderno* (trad. ital. Sandro A. Fusco). Milano : Giuffrè, 1980. v. 2.
- . *História do direito privado moderno* (trad. port. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1980.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Die actio des römischen Civilrecht vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Düsseldorf, 1856.

HISTÓRIA DO DIREITO

UNIVERSIDADE, CULTURA E DIREITO ROMANO

José Carlos Moreira Alves

Professor Titular do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Resumo:

O artigo examina a universidade, suas origens, faz um breve relato histórico e a seguir trata do *ius ubique docendi* que significava a autonomia, vigorante na Idade Média. Aborda mudanças advindas do Iluminismo e da Reforma Protestante, o abandono da *universitas scientiarum* e a passagem da universidade para um conjunto de escolas superiores reunidas.

Discute a seguir os fins da universidade e as diferentes visões acerca deles, os problemas relativos à transmissão da cultura, da investigação científica, transmissão do saber e do ensino dos professores.

Analisa o estudo do Direito Romano, as pesquisas acerca do *corpus iuris civilis*, desde a Idade Média até os dias atuais, as *glossas*, o *mos italicus* e o *mos gallicus*. As visões medieval e moderna do estudo do Direito Romano e seus reflexos na Europa e no Brasil. Finaliza salientando a importância do estudo do Direito Romano e do latim para a manutenção da cultura de base greco-romana.

Abstract:

The article examines the university, its origins; it makes a brief historic report and after that deals with the *ius ubique docendi* that meant autonomy, in force during the middle ages. It shows changes resulting from Illuminism and from the Protestant Reform, the abandonment of the *universitas scientiarum* and the transformation of the university into a group of colleges together.

It discusses after that the goals of the university and the different views about them, the problems connected to the transmission of culture, scientific investigation, transmission of knowledge and of the teaching of the professors.

It analyses the study of Roman Law, the research about the *corpus iuris civilis*, from the middle ages up to the present days, the *glossas*, the *mos italicus* and the *mos gallicus*. The medieval and modern views of the study of the Roman Law and its reflexes in Europe and in Brazil. It ends by highlighting the importance of the study of Roman Law and Latin for the preservation a culture based in Rome and Greece.

Sumário:

1. A universidade das origens à atualidade.
2. Os fins a que visa a universidade.
3. A universidade e o estudo do direito romano.
4. Universidade, direito romano e formação cultural.

1. A UNIVERSIDADE DAS ORIGENS À ATUALIDADE.

As escolas que existiram na Antigüidade e na Alta Idade Média não chegaram a constituir universidades.

A universidade é criação da Baixa Idade Média. Surge no século XII como corporação de mestres e de alunos (*universitas magistrorum et scholarium*), não sendo, como virá a ser, um conjunto de escolas superiores, mas nascendo de uma escola local ou da fusão de escolas locais que se projetam universalmente, institucionalizando-se pelo espírito corporativo que as anima.¹ Seu aparecimento se deve à conjugação de várias causas, de que as principais assim foram sintetizadas por Braga da Cruz: *"o progresso geral do saber; o rápido incremento de certas disciplinas, como a teologia científica, o direito romano e o direito canônico; um novo sentido da unidade da ciência e uma noção mais rigorosa da hierarquia entre os vários ramos do saber humano; o movimento europeu da formação dos grandes centros urbanos; o sentimento de solidariedade*

1. A propósito escreve Fernando de Azevedo (*As universidades no mundo futuro*, Rio de Janeiro, 1944, p. 35 e ss.):

"Na Idade Média, de fato, o mesmo espírito de associação que deu ao ofício sua fisionomia corporativa (toda corporação de ofício é uma 'universidade') presidiu também ao desenvolvimento do comércio e das universidades no sentido intelectual, as quais não passavam de associações de doutores e de estudantes ('universitas scholarium et magistrorum'), organizadas para darem e receberem lições - coletividades constituídas em pessoa civil e estruturadas segundo o modelo, que então se generalizou, das corporações medievais.

Submetidas a um enquadramento mais ou menos rígido, essas altas escolas em que se ministrava a cultura superior da época, fundada sobre as sete artes liberais ('studia generalia') e constituída das disciplinas especiais, medicina, cânones e leis, e teologia, multiplicaram-se em exemplares por quase toda a Europa e a partir do século XVI, por algumas regiões da América, mas sem perderem em suas linhas mestras a estrutura original sob que se acusavam, de país para país, mentalidades e orientações variáveis com os temperamentos nacionais e as diferenças nas tendências de suas respectivas culturas".

profissional que inspira a formação das grandes corporações de artes e ofícios".² Nos séculos XII e XIII, tanto as que surgem de modo espontâneo pela projeção universal que ganham escolas locais pela fama de seus mestres ou pela especialização em algum setor do saber humano, quanto as que decorrem do desdobramento de outras já existentes ou de ato de um monarca cuja confirmação pelo Papa dava projeção universal pelo reconhecimento do *ius ubique docendi* (direito de ensinar onde quer que seja) resultante do grau acadêmico por elas conferido, desfrutam de total autonomia nos planos jurídico, administrativo e intelectual. Sua direção, em algumas, se enfeixa preferentemente nos professores, e em outras, nos alunos, não se subordinando aos soberanos nem aos papas. Sua independência intelectual decorre da crença católica que é a única vigorante; da não-sujeição política; da orientação de ensino que livremente escolheu. Esse panorama se modifica parcialmente nos séculos XIV e XV. O renascimento do direito romano, devido principalmente à universidade, foi um dos fatores preponderantes do fortalecimento do poder real, que progressivamente vai interferindo nela, diminuindo-lhe gradualmente a autonomia jurídica e administrativa de que gozava. Essa subordinação ao monarca vincula a universidade aos interesses políticos nacionais, mas não lhe retira o caráter universal das disciplinas que ensina e que possibilita a permanência do *ius ubique docendi*, nem lhe restringe a liberdade de doutrina, não se arvorando o Estado em impor-lhe orientação nesse terreno. A par disso, o humanismo, que começa a surgir no século XIV, influi no sentido de que a universidade admita novas disciplinas científicas que não se vinculam à preparação imediata para o exercício profissional. Com a Reforma protestante, no século XVI, a liberdade intelectual da universidade sofre severo golpe. O cisma religioso repercute nela, quer nos Estados que aderem ao movimento reformista, quer nos que permanecem fiéis ao poder espiritual do Papa. Naqueles, a interferência é maior, repercutindo, para a implantação do protestantismo, no elenco de disciplinas e na orientação doutrinária. Com a ruptura religiosa, deixa de existir o caráter universal do ensino universitário, perdendo o *ius ubique docendi* sua razão de ser pela diversidade do ensino

2. Origem e evolução da universidade. In: *Obras esparsas: estudos doutrinários e sociais*, Coimbra, 1985, v.4, p. 194-5.

universitário entre os Estados católicos e os protestantes, variando também nestes, conforme a seita acolhida. Se, porém, no século XVII, não há diferença maior entre o ensino universitário de um país católico e o de outro, pois a universidade ainda visa a servir à comunidade católica, já no século XVIII isso não ocorre mesmo nesses países. É ele o século das reformas universitárias que o despotismo esclarecido e a Revolução Francesa fizeram, influenciados pelo iluminismo e pelo utilitarismo. É nesse período que a universidade perde sua índole universal, passando a ter o caráter de instituição nacional. A reformulação do ensino universitário não é, porém, feita pela própria universidade, mas imposta pelo Estado, que interfere na liberdade intelectual que nela ainda existia nos países católicos. É o Estado que, então, estabelece o rol das disciplinas universitárias, fixa as diretrizes doutrinárias, determina a orientação pedagógica contrária à especulação e eminentemente utilitarista, impõe o método de ensino a ser seguido. Com a Revolução Francesa, que laiciza o ensino, enraiza-se o entendimento de que ele deve ser prestado pelo Estado e estar a seu serviço. Essa concepção passa para o Estado liberal do século XIX, que, sob a égide do utilitarismo, do positivismo e do materialismo, coloca em primeiro plano as disciplinas de imediata utilidade prática, pondo, em segundo, as especulativas. Com isso, deixa a universidade de ser a *universitas scientiarum* que era, por se haver perdido o sentido da unidade da ciência, e se transforma ela num conjunto de escolas superiores reunidas mecanicamente uma ao lado da outra, passando a criar técnicos em determinado ramo do saber. No século que corre, essa característica persiste, a ponto de levar Gilberto Freire a advertir:

"Não se limita a missão das Universidades a formar profissionais. Ou especialistas. Ou em requintar-se em produzir Ph. D.D. por mais perfeitos nos seus especialismos: Ph. D.D. que estão antes empobrecendo que enriquecendo a atual cultura universitária dos Estados Unidos com a sua quase nenhuma criatividade,

tal a sua erudição especializadíssima. Elitismo do mau. Do péssimo".³

2. OS FINS A QUE VISA A UNIVERSIDADE.

A missão da universidade é alcançar, obviamente, da melhor forma possível, os fins a que ela visa.

Quais são esses fins?

Escrevendo sobre a missão da universidade, observou Ortega Y Gasset⁴ que o ensino universitário, nos tempos modernos, visa a preencher três funções:

a - a transmissão da cultura;

b - o ensino das profissões; e

c - a investigação científica e educação de novos homens de ciência.

Mais tarde, na década de sessenta, escrevendo sobre o problema da universidade, salientou Braga da Cruz que não havia dificuldade para se ter uma idéia clara e rigorosa dos fins dessa instituição, e isso porque, dizia ele,

"... nenhum pensador hoje em dia seriamente contesta - seja ele católico, liberal ou comunista - que são três os fins primordiais que a Universidade se deve propor: formação cultural dos futuros dirigentes da Sociedade e da Nação; transmissão do saber, com vista à preparação para o exercício das profissões intelectuais de grau mais elevado; investigação científica e preparação de futuros investigadores, com vista ao progresso da própria ciência que lhe cumpre transmitir às novas gerações".⁵

3. Prefácio do livro *Omissão da universidade?*, de autoria de José Carlos de Almeida Azevedo, Rio de Janeiro, 1978, p. 16.

4. *El libro de las misiones*, 5ª ed., Buenos Aires, México, 1950, p. 70.

5. O problema da universidade. *In: Obras esparsas...ob. cit.*, v.4, p. 315.

No decurso da história da universidade, verifica-se que ela nunca chegou a ser exclusivamente cultural, ou só técnica, ou apenas científica. Em geral, porém, não tem havido equilíbrio entre esses fins, mas preponderância de um ou de alguns.

Na universidade medieval, prepondera o objetivo do ensino para a preparação de profissionais, sem se descuidar, todavia, do relativo à formação cultural, porquanto, como acentua Stephen D'Irsay, *"para o homem medieval o que mais importava era a aquisição de uma sólida 'Weltanschauung', uma visão de conjunto do mundo, não havendo essa adoração dos fatos pelos fatos que o homem moderno, ainda que intelectual, tem; ora, para a aquisição dessa compreensão do universo, o método universitário, com seus cursos logicamente encadeados e construídos, dava um meio ideal"*.⁶

Com o surgimento, no século XIV, do humanismo, caracterizado pelo interesse do conhecimento da Antigüidade Clássica, deu-se mais ênfase à formação cultural, porque o estudo das humanidades se fundava na concepção, favorável às disciplinas especulativas, do cultivo da arte pela arte, sem o proveito do imediatismo utilitarista. Continuou a prevalecer, porém, o objetivo da preparação profissional. No campo do direito, o resultado da influência do humanismo sobre a universidade foi o aparecimento, na Renascença, da Escola dos Cultos, que reagiu à dos Bartolistas, contrapondo o *mos gallicus* ao *mos italicus*. Com a Reforma protestante, as universidades, conforme fossem protestantes ou católicos os Estados a que elas se encontravam vinculadas, se colocaram a serviço daquela ou da Contra-Reforma, o que dificultou o acolhimento, pela maioria delas, do ensino das ciências naturais. É no século XVII que o estudo científico encontra guarida nas universidades ao lado das disciplinas tradicionais. A princípio, as universidades se ocuparam apenas com o ensino dessas ciências, mas a partir do século XVIII, na missão delas se vai incluir, pouco a pouco, a investigação científica. Nesse mesmo século, porém, por influência do iluminismo e mais tarde da Revolução Francesa, se amplia a missão da universidade para abarcar, como um de seus fins, a investigação científica; por outro lado se coloca em plano secundário o da formação cultural, com a preponderância que se deu às disciplinas de imediato interesse material

6. *Apud* Braga da Cruz, *Origem e evolução...*ob. cit., v. 4, p. 232, nota 2.

em detrimento das especulativas e formativas. O *século das luzes*, como foi chamado o século XVIII, considera que o homem deve esforçar-se precipuamente para o conhecimento e domínio da natureza. A preparação de técnicos e a investigação científica passam a ser os fins primordiais da universidade. Essa orientação persiste no século XIX, e é justificada, no terreno do ensino universitário jurídico, pelo positivismo, de que decorreu o dogmatismo jurídico, anti-historicista por excelência: deveria o jurista somente estudar as normas vigentes, para delas retirar, por indução, os conceitos gerais em que se estriba o direito positivo, estabelecendo, então, dedutivamente suas conseqüências, e formando, assim, um sistema lógico de categorias abstratas. Já na centúria em que vivemos e que se aproxima de seu término, não têm faltado vozes prestigiosas em favor da revalorização de um dos fins da universidade - a formação cultural -, para retirá-la do plano secundário em que muitos ainda insistem em colocá-la, empolgados pelo vertiginoso progresso material dos tempos modernos, mas esquecidos de que a crise do mundo contemporâneo é, em última análise, uma crise espiritual, para a qual, de alguma forma, concorreu a universidade quando passou a dedicar-se precipuamente à criação de técnicos. Há mais de meio século, escrevia Leonel Franca estas palavras, que continuam atuais:

"Para a organização da vida social o homem moderno não conta senão com bens econômicos e técnicos aperfeiçoados para produzi-los. Mas bens materiais puros não podem constituir o cimento de uma convivência pacífica e fraterna. Quem os não possui deseja-os e deseja-os sempre mais; quem os alcançou esforça-se para excluir os outros de seu gozo. Um mundo regido só pelo apetite dos frutos da terra tende com todo o seu peso para um caos de ódios, de discórdias fratricidas: 'bellum omnium contra omnes'. Conflitos de egoismos isolados, entrechoques de egoismos coletivos. Homem contra homem, classe contra classe. Sobre a multiplicidade informe e confusa dos bens da matéria é mister que paire a força

ordenadora do espírito: o direito com a universalidade dos seus preceitos, a justiça com a inviolabilidade de suas exigências, o amor com a generosidade de suas aspirações".⁷

Nessa linha de pensamento, Ortega Y Gasset, escrevendo sobre a missão da universidade nos tempos modernos, acentuou que era preciso humanizar o cientista, para que ele deixasse de ser o que ocorria com deplorável frequência: *"um bárbaro que sabe muito de uma coisa"*.⁸ Em seu entender, das três funções que a universidade deveria exercer, sobrelevava a da formação cultural, e isso porque, em suas palavras, ela *"tem de fazer do homem médio, antes de tudo, um homem culto - situá-lo à altura dos tempos; portanto, a função primária e central da Universidade é o ensino das grandes disciplinas culturais"*.⁹ Menos radical, mas não menos incisivo em favor da defesa dessa função da universidade, é Braga da Cruz, ao examinar *O problema da universidade*. Partindo, também, dos três fins a que visa ela, conclui ele que *"a Universidade será tanto mais universitária quanto mais equilibradamente souber e puder preencher cada um dos seus fins sem prejuízo dos demais"*,¹⁰ porquanto:

"É, aliás, muito discutível se a Universidade, desprezando algum dos fins que lhe pertencem, poderá ficar servindo melhor os restantes, a pretexto de, assim, ter concentrado na respectiva prossecução todas as suas energias. É o caso de perguntar, designadamente, quem será melhor profissional: se aquele que aprendeu a maior soma possível de conhecimentos técnicos para o exercício duma profissão, mas sem qualquer cultura de base e sem espírito científico, ou aquele que adquiriu uma boa formação cultural e o gosto de enfrentar e

7. *A crise do mundo moderno*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1942, p. 290.

8. Ob. cit., p. 102.

9. *Ibid.*, p. 83.

10. *O problema...ob. cit.*, v.4, p. 317.

resolver problemas, a alicerçar um conhecimento algo mais modesto de conhecimentos especializados sobre a profissão que exerce. E o mesmo se pergunta, 'mutatis mutandis', a respeito de quem na Universidade nada mais tivesse recebido senão formação cultural ou nada mais tivesse contemplado senão investigação científica. Nem o primeiro seria verdadeiramente um homem culto e bem formado, nem o segundo chegaria algum dia a ser um autêntico investigador".¹¹

3. A UNIVERSIDADE E O ESTUDO DO DIREITO ROMANO.

A necessidade do estudo universitário do direito romano nem sempre esteve em debate. Ao contrário, durante séculos não foi ela discutida, embora tivesse variado a orientação de seu ensino, que, por vezes, em alguns lugares, chegou a ser proibido ou rejeitado, por motivos

As dúvidas e os ataques relativos a essa necessidade surgem no século XIX com as codificações modernas que ab-rogam o que do direito romano se encontrava vigente, e persistem, com maior ou menor intensidade, neste século.

Ao longo da história, como observa Koschaker,¹² o direito romano esteve intimamente ligado à universidade.

De início, pela dificuldade que apresentava a utilização prática do *Corpus Iuris Ciuilis*, foi necessário o estudo aprofundado dessa compilação, não só para aclarar suas obscuridades, mas também para aproximar as passagens paralelas ou semelhantes, revelando, inclusive, as antinomias, e tentando dar-lhes solução. Esse trabalho só se poderia fazer em centros de estudo e de saber como eram as universidades. Seus artífices foram os glosadores, denominação que lhes adveio do uso das glosas aos textos romanos, pelas quais, principalmente, alcançaram o difícil objetivo a que se propuseram. Foram eles que transformaram uma modesta escola de *artes* existente em Bolonha, no final do século X, na Universidade de Bolonha, dedicada precipuamente ao estudo do

11. O problema...ob. cit., v.4, p. 318.

12. *Europa und das Romische Recht*, München und Berlin, 1953, p. 67.

direito romano, e que, em pouco, adquiriu fama de tal ordem que atraiu grande número de estudantes de outros países, para os quais, em sua volta, traziam os conhecimentos ali adquiridos. Esse estudo cujo resultado teve um caráter científico, datando daí, como observou Engelmann,¹³ o início da ciência jurídica do mundo ocidental não teve finalidade meramente especulativa, mas visou, com a aplicação prática do direito romano que defluía do *Corpus Iuris Ciuilis*, a atender a exigências sociais, econômicas e especialmente políticas existentes na Baixa Idade Média. Nos meados do século XIII, Acúrsio compõe a *Magna Glossa*, também denominada *Glossa Ordinaria* ou simplesmente *Glossa*, compilação das glosas feitas ao *Corpus Iuris Ciuilis* pelos seus antecessores. Essa obra, que é o sintoma da decadência da Escola dos Glosadores, teve larga aceitação, e adquiriu enorme autoridade na prática jurídica e no ensino do direito, o que estreitou as relações entre a teoria e a prática, dando ensejo ao surgimento de novo método para o estudo do direito romano.

Aos glosadores sucedem os pós-glosadores ou comentaristas, que abandonam o método da interpretação literal do *Corpus Iuris Ciuilis* adotado pelos glosadores e criam a doutrina jurídica sistematizada, utilizando-se, para essa sistematização, da escolástica. O estudo do *Corpus Iuris Ciuilis* pelos glosadores tinha, também, sentido prático, porque consideravam eles que o direito romano justinianeu era direito aplicável, mas não levaram em conta a dificuldade da sua aplicação pela vigência de outras fontes jurídicas como o costume, o direito estatutário fundado no direito germânico e o direito canônico. Para vencer essa dificuldade, os pós-glosadores adotam outra orientação de estudo o *mos italicus*, por ter sido a Itália onde surgiu e mais se desenvolveu, para daí propagar-se por outros países. Em forma principalmente de comentários, em que atentavam também para as fontes jurídicas locais e examinavam a casuística, esforçaram-se os pós-glosadores em dar organicamente a exegese dos diversos títulos do *Corpus Iuris Ciuilis* - examinados não diretamente mas por intermédio das glosas -, procurando extrair deles princípios e teorias que se ajustassem às necessidades práticas de sua época. Com isso, o direito romano a aplicar-se na prática não é o que decorre do estudo direto do

13. *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1939, p. 16 e ss.

Corpus Iuris Ciuilis, mas o que resulta da interpretação da *Glossa* e da opinião dos comentários dos doutores, cuja autoridade crescia de ponto quando se formava, entre eles, a *communis opinio*. Dessa atividade criadora dos pós-glosadores resultou um direito romano ajustado às necessidades econômico-sociais da vida medieval - o *ius commune*, destinado, na medida do possível, a substituir os costumes locais, cuja diversidade dava margem a litígios. Sua aplicação não se cinge à Itália, mas se alastra pela Europa culta. Com essa orientação, que visa a finalidades práticas, é o direito romano ensinado nas universidades, do século XIV ao XVI.

No século XVI, em decorrência do renascimento dos estudos clássicos, nova orientação se imprime ao estudo do direito romano pelos juristas que integram o que se denominou Escola Culta. Embora surgida na Itália, é principalmente na França que esse movimento se desenvolve. Nesse país, havia a idéia de que o direito romano se introduzira, por atuação dos legistas dos séculos XIII e XIV, não como *ius scriptum*, mas, em decorrência de suas qualidades intrínsecas, como *ratio scripta*, a facilitar a compreensão do direito nacional e a integrá-lo, suprimindo suas lacunas. Daí, a aceitação dessa nova Escola, que deixa de lado a interpretação da Glosa e o método dos comentaristas, e se dedica ao estudo das fontes romanas, com o auxílio da filologia e da história. Inicia-se, assim, o estudo histórico do direito romano, com a investigação e a análise das modificações que seus institutos jurídicos sofreram ao longo de sua evolução. Em oposição à orientação italiana - o *mos italicus* - surge, como vertente do humanismo, o *mos gallicus*. Embora essa nova orientação não se tenha adstringido à França, pois floresceu, também, na Alemanha, na Bélgica, na Espanha e até na Itália, o certo é que, mesmo na França, o *mos gallicus* não conseguiu desbancar o *mos italicus*, que continuou a ser seguido em centros importantes, como Toulouse. Na Itália, onde o surto humanista se havia iniciado, o ensino universitário do direito romano continua a observar o *mos italicus*. Na Alemanha, o *mos gallicus*, seguido pelos muitos professores franceses que ensinavam em suas universidades, não chegou, porém, a predominar. A Escola Culta, nas universidades em que dominou, imprimiu caráter científico ao estudo do direito romano, pois se dispôs a conhecê-lo pelo simples amor desse conhecimento, sem objetivar qualquer valor prático, cavando, assim, um fosso entre a teoria e a prática, acabando por contribuir para o desprestígio do *Corpus*

Iuris Ciuilis, em virtude das críticas que lhe fez com o descobrimento das interpolações justinianéias. No século XVII, declina a influência desse movimento, exceto na Holanda, onde mantém seu prestígio, e onde os humanistas não se limitam ao estudo histórico do direito romano, mas têm em vista sua utilização prática, sem os excessos dos comentaristas, como se vê na obra de Voetius. O *mos italicus*, porém, persiste. Na Alemanha, no início dessa centúria, começa a expandir-se o brocardo *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia*, a significar que as partes do *Corpus Iuris Ciuilis* que não houvessem sido glosadas não eram aplicadas pelos tribunais; e, na segunda metade do século, começa a ser usada a expressão *usus modernus Pandectarum* como denominação do direito comum utilizado pelos alemães.¹⁴ Para a decadência da Escola Culta vários fatores conspiraram: o exagero das sutilezas e das minúcias especialmente de natureza filológica, em que incidiram muitos de seus adeptos, fez avolumar-se a crítica de que eram eles antes antiquários do que juristas; o propósito dessa Escola de libertar a prática forense da autoridade da *communis opinio doctorum* com o estabelecimento, pelo estudo das fontes romanas, de doutrinas jurídicas mais justas e racionais esbarrou com a resistência da própria *praxis*, que se adaptava melhor ao *mos italicus*; e a reação que começou a surgir contra a demasiada preferência que se dava ao direito romano, nas universidades e no foro, em detrimento dos direitos nacionais.

No século XVIII, a Escola do Direito Natural passa a encarar o direito romano sob nova ótica. Como, para os jusnaturalistas, o que importava era o direito que resultava diretamente da razão — direito uno, imutável e eterno, que, portanto, não se formava historicamente —, o direito romano só não sofre golpe mais profundo, porque serve ele, para os seguidores dessa corrente, que

14. Vide, a propósito, Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen (Geschichte und System des Römischen Privatrechts)*, Berlim, 1949, p. 151, notas 2 e 3.

Sobre o que se entendia a respeito do '*usus modernus Pandectarum*', escreve De Diego (*Introducción al estudio de las instituciones de derecho romano*, Madrid, 1900, p. 361):

"... lo que bajo el nombre de '*usus modernus Pandectarum*' se aplicaba en la práctica y se enseñaba en la teoría, era una concordancia de disposiciones tomadas del Derecho romano, del germano, del canónico, de genuinamente alemán y de las sentencias de los tribunales; pero concordancia hecha sin principios, en la que no estaba clara la procedencia de cada una de ellas y se confundían y mesclaban las de Derecho romano y alemán, y muchas, fundadas sobre errores y malas inteligencias, pasaban como jurídico-romanas."

assim, Grócio, Puffendorf, Henrique e Samuel Cocceio, Wolff dele eram grandes conhecedores, como o complexo de normas de que se extraíam os princípios que eram considerados conforme a razão, expurgando-se os em que isso não ocorria. Já Leibniz assinalara as relações entre o direito romano e o direito natural, realçando as virtudes dos juristas romanos, mas destacando os defeitos do direito que eles construíram, com a advertência, porém, de que, reduzindo e corrigindo, seria possível descobrirem-se nele os princípios do direito natural. Essa idéia foi recolhida pelos jusnaturalistas do século XVIII e concretizada nos códigos dos fins dessa centúria e do início da seguinte. Por ser o direito romano o elemento material de que se serviram os jusnaturalistas para revelarem os princípios do direito natural, que, de outra parte, agia como parâmetro de aferição das normas daqueles que mereciam persistir por se coadunarem com os preceitos da razão natural, ambos esses direitos sofreram influência recíproca, o que explica a permanência, no direito privado moderno, de princípios e de institutos jurídicos que de romanos têm apenas a forma, pois sua concepção é jusnaturalista. Daí poder dizer-se que o direito moderno herdou dos jusnaturalistas não-somente a sistematização do direito privado por eles introduzida, mas também os conceitos que elaboraram e que deu como resultado, no século XIX, a denominada *jurisprudência dos conceitos*. A Escola do Direito Natural, embora não repudiando o direito romano, abalou a confiança em sua excelência e determinou o aparecimento dos códigos modernos, frutos dessa depuração das normas jurídicas romanas. Nas universidades, continua o direito romano a ser ensinado, embora, em decorrência das reformas pedagógicas de que esse século foi fértil, tenha ele cedido terreno em favor dos direitos nacionais. Expressiva nesse sentido é a Reforma Pombalina na Universidade de Coimbra, inspirada no iluminismo de Verney, pela qual, no tocante ao ensino jurídico, se atacou a predominância do direito romano, o método escolástico e a irrestrita obediência à *communis opinio doctorum*, dando-se ênfase ao estudo do direito português, até então inexistente no currículo universitário, e realçando-se que a aplicação do direito romano se faria em conformidade com o seu uso moderno, e, conseqüentemente, como observado pela doutrina e pela legislação das nações cristãs.

No século XIX, acentua-se o processo de desgaste do prestígio dos estudos universitários de direito romano. Onde se editava um Código Civil,

deixava o direito comum de ser direito positivo, e, com isso, perdia o direito romano ponderável parcela de interesse prático. Ademais, em decorrência do movimento codificador, esse século é fortemente impregnado pelo positivismo, de que resultou o dogmatismo jurídico, carregado de anti-historicismo. Assim, na França, depois da promulgação do Código Civil em 1804, começou a questionar-se a utilidade do estudo e do ensino do direito romano. Em 1837, Bravard Veyrières, professor na Faculdade de Direito de Paris, escreve, a propósito, livro - *De l'étude et de l'enseignement du droit romain et des résultats qu'on peut en attendre* - que revela a extensão e a força alcançadas por esse questionamento, assim sintetizado:

"O direito romano não tendo mais força de lei entre nós, não estando mais em relação, em harmonia, com os costumes e a civilização, é hoje uma questão controvertida, na Escola e no foro, saber que gênero de utilidade o estudo e o ensino desse direito podem ainda oferecer entre nós, e qual seria o melhor caminho a seguir para ensiná-lo".¹⁵

E, depois de indagar retoricamente se haverá algum espírito isento de prevenções que não lhe dê razão em dizer que toda a utilidade que se pode *"retirar do estudo do direito romano, considerado como meio de se formar na arte do raciocínio e da interpretação das leis, em uma palavra, de adquirir as qualidades essenciais ao jurisconsulto, se reduz a uma espécie de 'ginástica intelectual', menos própria, em verdade, a fortalecer o espírito e a esclarecê-lo, do que a fatigá-lo e a desencorajá-lo"*,¹⁶ procura demonstrar a verdade dessa proposição com exemplos, que traz ao longo da obra, da obscuridade dos textos romanos, da inadequação de vários deles aos tempos modernos, da sutileza de outros que quase chega ao ridículo, das idéias absurdas que neles abundam, da impossibilidade de justificar racionalmente alguns de seus costumes e instituições, do contraste entre o direito público de Roma e o moderno. Sua

15. Ob. cit., Paris, 1837, p. 15.

16. *Ibid.*, p. 43-4.

conclusão, porém, é a de que ainda tinha utilidade o estudo do direito romano como elemento de esclarecimento de expressões, doutrinas e normas que o direito moderno dele herdou. Diverso, porém, era o panorama que se apresentava na Alemanha, onde o movimento codificador só triunfa no último quartel do século XIX, culminando com a entrada em vigor do Código Civil, em 1900. Nela, o estudo do direito romano, inclusive nas universidades, que, na centúria anterior, decaíra consideravelmente por influência da Escola do Direito Natural, torna a florescer com grande pujança. Isso se deveu ao movimento de reação ao jusnaturalismo e que se tornou conhecido sob a denominação de *Escola Histórica*. Esse movimento foi o grande adversário das codificações, sustentando que o direito não era invenção arbitrária, mas produto histórico, sendo o direito costumeiro a manifestação do *Volksgeist* (espírito do povo). A Escola Histórica, não só deu ênfase ao estudo histórico do direito romano, mas e esse é um ponto de contato dela com o jusnaturalismo - trouxe grande contribuição no terreno da sistematização do direito e dos conceitos jurídicos. De qualquer sorte, mesmo nos países em que as codificações surgiram mais cedo, as dúvidas sobre a utilidade prática do ensino universitário do direito romano só foram surgindo de forma lenta, pois, como observa Pugliese,¹⁷ o direito romano ainda por muito tempo conservou papel importante por causa da interpretação histórica das normas dos códigos modernos e da autoridade técnico-científica sempre reconhecida às fontes romanas.

No século XX, com a entrada em vigor do Código Civil alemão, deixa o direito romano de ter interesse prático no último grande país onde ele, adaptado às necessidades sociais da época, ainda vigorava. A par disso, movimentos políticos e ideológicos sociais se voltaram contra o ensino do direito romano. Foi na Alemanha que se deu o brado de alerta para o que se denominou *a crise do direito romano*. Já em 1920, o ponto 19 do programa do Partido Nacional-Socialista, adotando a linha de ataque que vinha dos germanistas da centúria anterior, declarava solenemente: "*Exigimos que o direito romano, que responde a uma concepção materialista do mundo, seja substituído por um direito comum alemão*". Alguns anos mais tarde, em 1935, a ordenação dos estudos jurídicos na Alemanha passou a admitir que o professor pudesse

17. Il significato dell'insegnamento del diritto romano oggi. In: *Romanitas*, 1970, v. 9, p. 441.

optar entre o direito romano e a história dos direitos antigos, havendo manifesta preferência pela última dessas disciplinas. Foi nesse ambiente que Koschaker, em 1938, se levantou para alertar os romanistas da crise que se avolumara na Alemanha, e que, com intensidade maior ou menor, se verificava também em outros países, em que o estudo universitário do direito romano se voltara para o seu aspecto histórico, com ênfase, inclusive para a investigação das interpolações. No opúsculo que então escreveu, Koschaker manifestou a opinião de que, para vencer esse movimento de impopularidade, seria necessária a atualização do direito romano, simbolizada na expressão *zürück zu Savigny* (*de volta a Savigny*), e isso para dar algum interesse prático a esse estudo, certo como lhe parecia que, por ter passado o direito romano a ser estudado como estrito fenômeno histórico, se tornara antipático aos juristas modernos, e tido, de certa forma, como intruso nas Faculdades de Direito.¹⁸ Na Itália, pouco depois de ser publicado o opúsculo de Koschaker, Odoardo Carrelli,¹⁹ procurou demonstrar que a crise não era científica, mas de interesse dos juristas contemporâneos pelo direito de Roma. Entendia, porém, Carrelli que não deveria adotar a proposta de Koschaker no sentido da *atualização* que decorria da expressão *zürück zu Savigny*, porquanto, se se limitassem os romanistas à simples elaboração de introduções históricas às monografias de direito moderno, em breve essa atividade se tornaria estereotipada, para desaparecer em seguida. Dessa crise se ocuparam vários outros romanistas italianos, destacando-se, dentre eles, Giuseppe Grosso, pela análise que fez dos elementos que, a seu ver, seriam adversos ao estudo universitário do direito romano: movimentos nacionalistas, como o nacional-socialismo alemão; a crise de valores de que padecem os tempos modernos, com o anti-historicismo inerente ao abstrato dogmatismo jurídico; ideologias, como a marxista; e a estreita visão da falta de utilidade prática imediata desse estudo. Na França, com a reforma dos estudos jurídicos realizada em 27 de março de 1954, nos dois anos iniciais passou-se a estudar *História das Instituições e dos Fatos Sociais*, e, nos terceiro e quarto, para os optantes da especialização em direito privado, direito romano e antigo direito

18. *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München und Berlin, s.d., p. 83-4.

19. *Apud* Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, 3ª ed., Nápoles, 1959, p. 13.

francês, quanto aos bens e obrigações, aos regimes de bens do matrimônio, às liberalidades e à sucessão. Deu-se ênfase, pois, à história do direito. Em Portugal, o direito romano foi retirado do currículo universitário nos meados da década de 70, sendo, nos anos seguintes, sucessivamente reintroduzido em Coimbra e nas Universidades Católicas de Lisboa e do Porto. Na Espanha, no final dos anos 70, o projeto de *Reforma General de Educación* de Palasí tentou retirar o ensino do direito romano do currículo, não o tendo, porém, conseguido pela enérgica reação a que deu margem. Em contrapartida, em países que eram avessos a esse estudo por questão ideológica, observou-se tendência contrária: voltou-se a estudar o direito romano nas universidades russas; seu ensino se intensificou na Hungria, Checoslováquia, Iugoslávia, Bulgária, Romênia, Polônia; e até na China penetraram os estudos romanísticos. No Brasil, onde, desde a instalação dos cursos jurídicos em Olinda e em São Paulo, no início do segundo quartel do século XIX, o estudo do direito romano sofreu ataques principalmente pela estreita visão da falta de sua utilidade prática imediata, o que determinou que só ingressasse no currículo do ensino superior na segunda metade daquela centúria, sofrendo seu ensino várias vicissitudes nas reformas curriculares que se fizeram, a criação de universidades, a partir da década de 30, não fez esmorecer os ataques a ele. Em 1962, excluiu-se o direito romano das disciplinas obrigatórias do currículo das Faculdades de Direito, acentuando-se porém, que, quando não fosse colocado no curso normal como cadeira autônoma, deveria ser agregado à cátedra de direito civil, seguindo-se, de certa forma, a orientação preconizada por Koschaker. Na reformulação do currículo mínimo dos cursos jurídicos realizada no início da década de 70, foi colocado entre as disciplinas facultativas que as Faculdades de Direito poderiam, ou não, oferecer aos alunos que desejassem estudá-lo. Tratando-se de currículo mínimo, algumas universidades o mantêm como disciplina obrigatória; outras oferecem essa disciplina à escolha dos alunos; e há ainda as que não o têm no currículo obrigatório, nem o oferecem como cadeira opcional. Em 1989, a pesquisa sobre o ensino de direito romano no Brasil, feito pelo professor Agerson Tabosa, da Universidade Federal do Ceará, mostrou que, atualmente, dentre as cento e dezessete universidades e faculdades isoladas que se manifestaram, sessenta e quatro mantêm o ensino do direito romano como disciplina obrigatória ou facultativa.

4. UNIVERSIDADE, DIREITO ROMANO E FORMAÇÃO CULTURAL.

Nos tempos que correm, não é o direito romano aplicável como direito vigente. Por isso, seu ensino nas universidades não mais se faz mister para a formação estritamente profissional, como sucedia anteriormente, quando ele, como *ius commune*, se impunha na prática forense, ainda que se apresentasse como subsidiário do direito nacional. Ademais, como lucidamente observa Pugliese,²⁰ de tal forma se aprofundou a diferença da realidade social, da economia e da tecnologia entre o mundo romano e o moderno, que a ciência jurídica, solicitada para a disciplina delas, não mais pode contentar-se com os modelos jurídicos romanos, ou deles derivados, tendo de criar outros inteiramente novos.

À semelhança do que se verificou com o latim, por haver deixado de ser a língua comum da ciência, questiona-se a utilidade do ensino do direito romano, não mais, em geral, por movimentos políticos ou por ideologias sociais, mas pela estreita visão da falta de utilidade prática imediata de seu estudo, como já na década de 40, acentuava Ursicino Alvarez Suarez:

"O direito romano constitui o humanismo dos juristas, e dele podem apregoar-se as excelências que se tributam àquele. Do mesmo modo, no direito romano repercutem os ataques dirigidos à educação clássica. A polêmica existiu e existirá sempre, porque é, em última análise, a luta entre a vida prática e o ideal; porém, não há por que se empenhar num isolamento e numa oposição radicais: o ideal é que move a vida, e esta é a que pode fazer nascer os ideais".²¹

O ataque ao estudo do latim, porém, se faz no plano do ensino secundário, e não no do universitário. Explica-se. Em trabalho anterior, intitulado *As vicissitudes do ensino do direito romano*, salientei que, no âmbito do ensino, em que essa polêmica assume maiores proporções, porque é aí que os

20. Ob. cit., p. 442-3.

21. *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid, 1944, p. 44.

partidários de uma e de outra corrente concentram esforços para moldar, segundo suas convicções, os caracteres das novas gerações, há um dado para o qual nem sempre se tem atentado devidamente:

"No conflito entre a vida prática e o ideal, há áreas culturais que, por mais que se restrinja o seu estudo nas escolas e por mais que se materialize a vida do homem moderno, sofrem menos do que outras. Por exemplo, ainda que colocado em plano secundário o ensino da estilística ou das regras da poética, não deixará de haver estilistas e poetas. Em contraposição, há setores culturais cuja sobrevivência e desenvolvimento dependem estreitamente de seus estudos nas escolas e nas universidades. Basta atentar para as línguas mortas: se se não cultivam nas universidades, onde se cultivarão?"²²

Esse cultivo, portanto, se impõe para que sobrevivam elementos que integram a cultura, mas que não são indispensáveis à formação cultural daqueles que não visam a tornar-se especialistas neles. Por isso, não se questiona o ensino do latim, nas universidades, em cursos superiores de línguas. O mesmo, porém, não se dá, com relação a ele, no tocante ao ensino secundário, que se destina a proporcionar a formação básica do homem dentro do contexto cultural em que vive. É nesse terreno que se discute a necessidade do estudo do latim, no presente, para essa formação.

Com argúcia, Jacques Perret²³ ao tratar da finalidade e do futuro do aprendizado da língua latina, adverte que, sempre que se cuida de uma reforma de ensino, volta o problema da permanência, ou não, dela no currículo escolar, principalmente por não haverem compreendido os seus defensores, que, pela dificuldade inicial desse estudo, não podem emprestar ao latim o caráter de disciplina acessória que lhe resulta da defesa por meio da exaltação de suas

22. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v.30, n.2, p. 47, jul-dez. 1989.

23. *Latin et culture*, Bruges, s.c.p., s.d., p. 211 e ss.

qualidades intrínsecas (como a beleza de sua estrutura lingüística) ou das vantagens indiretas que podem ser alcançadas também por outras matérias (assim, o aguçamento intelectual pelas dificuldades de tradução de uma língua sintética). Que se diria de um geógrafo que pretendesse valorizar a geografia, dizendo que seu estudo propicia o exercício da memória, aumenta o comércio dos atlas e ensina a pronunciar palavras estrangeiras? O que se há de realçar em favor do latim, conclui Perret,²⁴ é o que constitui a essência da finalidade de seu ensino: a iniciação ao conhecimento do mundo latino cujo espírito está presente na cultura ocidental moderna.

Nessa linha de pensamento, Braga da Cruz, ao enfrentar o tema *relação do latim com o direito*, frisa que tem sido erro grave de grande parte dos defensores do latim o haverem centralizado essa defesa em frutos que se recolhem indiretamente de seu estudo ou em razões de ordem prática, ao invés de destacarem a verdadeira razão por que deve ele ser estudado nos liceus, *que é, pura e simplesmente, o seu interesse como elemento de formação cultural.*²⁵ E arremata com estas palavras dignas de meditação:

"Segundo esta tática errada - talvez com medo de serem acusados de defender o latim por motivos de ordem ideológica -, não se aperceberam os defensores do latim que dão facilmente o flanco aos 'latinófobos', pois não é difícil de demonstrar que há outros meios, sem ser o latim, de aprimorar a memória, de aguçar o engenho, de criar hábitos de reflexão, rigor de expressão, disciplina mental, etc.; e, quanto ao alegado interesse prático para o cultivo de certas disciplinas em nível superior, apressam-se os 'latinófobos' logo a responder que nem sempre esse interesse é decisivo e, sobretudo, há numerosas outras disciplinas para cujo cultivo em nível superior o latim já não tem o mesmo interesse prático, devendo, ao menos para o acesso a essas

24. Ob. cit., p. 222 e ss.

25. *Relação do latim com o direito. In: Obras esparsas...ob. cit., v.4, p. 512.*

disciplinas, o seu ensino ser banido dos respectivos estudos preparatórios".²⁶

No tocante ao direito romano, a necessidade de seu ensino nas universidades, para a formação cultural dos estudantes de direito, existe não só nos países cujo ordenamento jurídico se formou com base, predominantemente, em elementos vindos dele, mas também nos em que isso não se verifica em virtude de sua elaboração histórica ou, até, de ideologias políticas e sociais.

Justificando a manutenção ou a reintrodução, no após segunda guerra mundial, do estudo do direito romano nas universidades dos países socialistas, Horvat, em artigo intitulado *Lo studio del diritto romano nelle università jugoslave*, se vale, principalmente, de razões de ordem cultural. Diz ele:

"Não obstante essas mudanças radicais na estrutura socialista do direito civil da nova Iugoslávia, o ensino da história do direito romano e do direito romano privado foi conservado em primeiro lugar pelo fato de que o conhecimento da evolução histórica do Estado e do direito é necessário a todo jurista para os fins de um aprofundamento de sua cultura jurídica",²⁷

isso porque,

"quanto à perfeição da arte jurídica, à clareza, à lógica e coerência do pensamento jurídico, à terminologia do direito, o estudo das obras dos juristas romanos conserva grandes valores didáticos também para o moderno jurisperito socialista; de feito, queremos que os

26. Relação do latim...ob. cit., v.4, p. 513.

27. *Lo studio del diritto romano nelle università jugoslave. In: CONGRESSO INTERNAZIONALE DI DIRITTO ROMANO E DI STORIA DEL DIRITTO, 27-28-29-IX-1948, Verona. Atti... Milano, 1951, v.2, p. 486.*

nossos juristas e a nossa legislação se assenhoreiem complementarmente da técnica jurídica socialista".²⁸

E, mais adiante, acrescenta:

"Embora o direito socialista iugoslavo por seu conteúdo seja diferente, de modo essencial, de cada um dos sistemas jurídicos do Ocidente europeu, havendo abolido a propriedade privada dos meios de produção e se orientado para a sociedade sem classes, na verdade também o direito socialista pode, em certa medida, tirar proveito da técnica jurídica, da terminologia e de toda a série de conceitos jurídicos que eram aplicados anteriormente e que, agora, no ordenamento socialista, adquirem seja um conteúdo novo, seja uma função nova".²⁹

Pouco antes, na Rússia, o professor Pereterskij, em manual de história do direito romano, havia salientado:

"Embora não possamos reconhecer para o direito romano o valor de uma 'ratio scripta', valor atribuído a ele no passado por muitos, não podemos negar-lhe a enorme importância e o fato de ter constituído um fenômeno progressista em confronto com os sistemas jurídicos anteriores. Roma criou muito de novo no campo do direito, exercendo grande influência sobre a evolução posterior do direito. Daí resulta a necessidade absoluta de estudo do direito romano e particularmente do direito romano privado. Tal direito não tem apenas valor histórico, como direito do maior Estado escravagista de que se recorda a história, mas constitui,

28. Ob. cit., p. 488.

29. *Ibid.*, p. 489-90.

de per si, grande êxito histórico no campo da técnica jurídica: a precisão e a clareza, a severa lógica e a coerência do pensamento jurídico, conjuntamente com uma força vital no deduzir a conclusão".³⁰

Se essas razões de ordem cultural eram reconhecidas e proclamadas nos tempos áureos do comunismo do Leste europeu, não há como negar, em países como o Brasil - onde, como dizia Braga da Cruz com relação a Portugal, não é preciso sequer explicar "*o que representa a ordem jurídica vigente no quadro da cultura em que nos achamos integrados e em que medida essa cultura é tributária do legado romano*"³¹ -, que se impõe a integração do direito romano no currículo universitário como disciplina cultural e formativa, com função antes propedêutica do que complementar, por indispensável à melhor compreensão do direito, requisito básico para que as universidades não se transformem em fábricas de meros tecnocratas jurídicos, que o mesmo Braga da Cruz, com precisão, caracterizou como "*homens de leis que terão vindo do liceu sem qualquer preparação humanística e que sairão das Faculdades sem a devida compreensão da cultura em que nos achamos integrados e de que o direito que nos governa é um dos elementos fundamentais*".³²

A lacuna cultural decorrente de sua não-inclusão no currículo universitário é tanto mais grave quanto é exata a observação de Carnelluti, em resposta a inquérito promovido, em 1956, pela revista *Labeo*: para a formação cultural do jurista, é imprescindível o conhecimento do direito romano, que deveria ser estudado em duas cadeiras - uma, de instituições; outra, de Pandectas -, ainda que, para a admissão da segunda, se tivessem de retirar do currículo jurídico matérias especializadas, pois estas podem estudar-se depois da formatura, enquanto "*o direito romano, ao contrário, se não se respira na Universidade, passou a ocasião apropriada, que não volta mais*"³³

30. *Apud* Horvat, ob. cit., p. 489, nota 1.

31. Relação do latim...ob. cit., v.4, p. 525.

32. *Ibid.*, p. 502.

33. Studio e insegnamento del diritto romano (*inchiesta: prima puntata*). *Labeo*, 1956, p. 62.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ SUAREZ, Ursicino. *Horizonte actual del derecho romano*. Madrid, 1944.
- ALVES, José Carlos Moreira. As vicissitudes do ensino do direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v.30, n.2, jul/dez. 1989.
- AZEVEDO, Fernando de. *As universidades no mundo futuro*. Rio de Janeiro, 1944.
- CARNELUTTI, Francesco. Studio e insegnamento del diritto romano (inchiesta: prima puntata). *Rivista Labeo*, 1956.
- CRUZ, Guilherme Braga da. Origem e evolução da universidade. In: *Obras Esparsas: estudos doutrinários e sociais*. Coimbra, 1985. v.4.
- , O problema da universidade. In: *Obras Esparsas: estudos doutrinários e sociais*. Coimbra, 1985. v.4.
- , Relação do latim com o direito. In: *Obras Esparsas: estudos doutrinários e sociais*. Coimbra, 1985. v.4.
- DE DIEGO. *Introducción al estudio de las instituciones de derecho romano*. Madrid, 1900.
- ENGELMANN. *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*. Leipzig, 1939.
- FRANCA, Leonel. *A crise do mundo moderno*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1942.
- FREYRE, Gilberto. In: AZEVEDO, José Carlos de Almeida. *Omissão da universidade?* (prefácio) Rio de Janeiro, 1978.
- GUARINO, Antonio. *L'ordinamento giuridico romano*. 3ª ed. Nápoles, 1959.
- HORVAT. Lo studio del diritto romano nelle università jugoslave. In: *CONGRESSO INTERNAZIONALE DI DIRITTO ROMANO E DI STORIA DEL DIRITTO, 27-28-29-IX-1948*, Verona. Atti... Milano, 1951. v.2.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa und das Romische Recht*. München und Berlin, 1953.
- ORTEGA Y GASSET. *El libro de las misiones*. 5ª ed. Buenos Aires : Mexico, 1950.
- PERRET, Jacques. *Latin et culture*. Bruges, s.c.p., s.d.

- PUGLIESE, Il significato dell'insegnamento del diritto romano oggi. In: *Romanitas*, 1970. v. 9.
- SCHAKER. *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*. München und Berlin, s.d.
- SOHM-MITTEIS-WENGER. *Institutionen (Geschichte und System des Römischen Privatrechts)*. Berlin, 1949.
- VEYRÈRES, Bravard. *De l'étude et de l'enseignement du droit romain et des résultats qu'on peut en attendre*. Paris, 1837.

A EXEGESE DE D. 33,2,15,1 (MARCELO, L. XIII DIG.) EM TEMA DE CONSTITUIÇÃO TÁCITA DE SERVIDÃO PREDIAL POR "DESTINAÇÃO DO PROPRIETÁRIO"

Eduardo César Silveira Vita Marchi

Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP
Livre-docente em Direito Romano do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da USP
Doutor em Direito Romano pela Universidade de Roma

Resumo:

Em tema de constituição tácita de servidão predial por "destinação do proprietário" preponderam ainda na doutrina romanística os resultados obtidos por Riccobono, que sustentou, com base na demonstração de uma série de interpolações, tratar-se tal instituto de uma inovação do direito justiniano.

Mediante a revisão e releitura dos passos do Digesto concernentes à matéria, e, em particular, com a prova da substancial genuinidade do fragmento *clavis huius materiae* (D. 33,2,15,1), procura o autor propugnar a refutação definitiva da tese riccoboniana, mostrando que o direito romano, em toda a sua evolução, não teria jamais admitido a constituição tácita de servidão predial.

Abstract:

Regarding the implied creation of praedial servitudes by "act of the owner", the prevailing Roman law doctrine is that of Riccobono, stating (with support of the evidence of a series of interpolations) that such an institute is an improvement of Justinian's law.

Thanks to the revision and rereading of the Digest's texts concerning the matter and particularly through the evidence demonstrating the authenticity of D. 33,2,15,1 (*clavis huius materiae*), the author tries to refute Riccobono's doctrine showing that throughout its long evolution Roman law never knew the notion of the implied establishment of praedial servitudes.

I. INTRODUÇÃO

Uma das *vexatae questiones* da moderna ciência romanística diz respeito ao problema da eficácia, em direito romano, da chamada "destinação do *paterfamilias*" (proprietário), ou, em outros termos, da constituição tácita de servidões prediais, instituto não contemplado expressamente pelo nosso Código

Civil, não obstante a sua admissibilidade, segundo parte da doutrina brasileira, com base na sistemática do nosso ordenamento.

Ao fim do século passado, durante o apagar-se dos estudos pandectísticos, vinha à luz um fundamental estudo de Riccobono,¹ no qual o autor, relevando uma série de interpolações em alguns passos do Digesto, em especial D. 33,2,15,1, sustentava a tese, pela primeira vez, de que a destinação do *paterfamilias* tivesse sido uma inovação do direito justiniano. Tal resultado, malgrado a distância do tempo e as várias retificações posteriores, é ainda hoje acolhido em grande parte pela romanística.

Mediante a revisão dos passos do Digesto concernentes à matéria, e, em particular, com a prova da substancial genuinidade do fragmento *clavis huius materiae* - D. 33,2,15,1 procuramos demonstrar com nossas pesquisas em tema de destinação do *paterfamilias* (das quais a presente comunicação é uma das partes) que deve ser definitivamente refutada a tese riccoboniana: o direito romano, em toda a sua evolução, não teria jamais admitido uma constituição tácita de servidão predial.

II. NOÇÃO DO INSTITUTO CHAMADO "DESTINAÇÃO DO 'PATERFAMILIAS'"

A chamada "destinação do *paterfamilias*", ou, mais exatamente, a "destinação do proprietário", vem comumente identificada, na moderna terminologia, com aquele especial modo de constituição de servidões prediais que se opera tacitamente, em base a um preexistente estado de serviço observado entre dois imóveis - ou entre duas partes de um imóvel de um mesmo proprietário anterior.

Em outros termos: quando entre dois ou mais imóveis, ou entre partes de um imóvel - pertencentes a um único proprietário, se estabelece uma permanente relação de subordinação, pela qual um deles é destinado ao serviço do outro (limitando, portanto, o direito de gozo de um em favor da utilidade do outro), não existe servidão, em face do princípio, sempre vigente, "*nemini res sua servit*", ou seja, não pode constituir-se uma servidão entre dois imóveis de um

1. La destinazione del padre di famiglia, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 21, p. 380-421, 1896.

mesmo proprietário;² se, porém, por efeito de um ato *inter vivos* ou por disposição *mortis causa* venham a pertencer a proprietários diversos, aquele precedente estado de serviço transforma-se automaticamente em servidão predial, a partir do momento da simples separação dos imóveis.

Não existindo, portanto, qualquer disposição relativa à servidão predial, esta vem tacitamente constituída, ou seja, sem qualquer título específico, com base na vontade presumida das partes (ausente disposição em contrário) ou do disponente, deduzida da destinação do proprietário, isto é, daquela "servidão de fato" - ou *actum servitutis*, como se expressava o máximo expoente da Escola dos Comentadores, Bártolo de Saxoferrato,³ considerado por muitos o verdadeiro criador do nosso instituto predisposta pelo único proprietário anterior.

III. A EXEGESE DE D. 33,2,15,1

III.1. A "*fattispecie*"

Passemos à análise do texto mais complexo em matéria de constituição tácita por destinação do *paterfamilias*, justamente considerado por Riccobono como *clavis huius materiae*:

D. 33,2,15,1 (Marcellus, 1.XIII digestorum): "*Qui duos fundos habebat, unum legavit et alterius fundi usum fructum alii legavit: quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat quam per illum fundum qui legatus est, an fructuario servitus debeatur. Respondit, quemadmodum, si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestare via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet, ut*

2. Cf. D. 8,2,26 (Paulus, 1. XV ad Sab.) = art. 1.027 do C.C. italiano = art. 695 do C.C. brasileiro.

3. *Bartolus a Saxoferrato in secundam infortiati partem*, Venetiis, 1575, *ad legem* "qui duas tabernas", p. 69.

haec forma in agris servetur, quae vivo testatore optinuerit, sive donec usus fructus permanet sive dum ad suam proprietatem redierit".

D. 33,2,15,1 (Marcelo, 1. XIII dig.): *"Aquele que tinha dois imóveis legou um deles, e a outro legatário legou o usufruto do outro imóvel. Não possuindo o usufrutuário outra via de acesso ao imóvel do que através daquele imóvel que fora legado, pergunto se é devida uma servidão ao usufrutuário. Respondeu que, como fizesse parte da herança aquele imóvel pelo qual podia-se prestar o acesso ao usufrutuário, parecia possível exigir isto do herdeiro; assim também, neste caso, não se deveria conceder a reivindicatória ao legatário, a não ser que este outorgasse o direito de acesso ao usufrutuário, de modo que se conservasse naqueles campos o estado de coisas que teria prevalecido vivendo o testador, ou até quando durasse o usufruto ou até que se consolidasse a nua-propriedade".*

No seu testamento, o proprietário de dois imóveis lega a propriedade de um deles a uma determinada pessoa e, a uma outra, lega o usufruto do imóvel restante. Apresentam-se, portanto, três situações jurídicas: a. aquela do legatário de um dos imóveis que dele é, portanto, proprietário; b. aquela do herdeiro, nu-proprietário do outro imóvel; c. aquela do legatário do usufruto do imóvel destinado ao herdeiro. Não possuindo o usufrutuário acesso ao imóvel a não ser através do outro imóvel, indaga-se se lhe é devida a servidão (obviamente de passagem). A pergunta causa surpresa já que admite a possibilidade de que uma servidão seja devida a quem não é proprietário, ou seja, ao usufrutuário.

O jurista responde que, fazendo parte da herança o imóvel encravante, pode-se exigir do herdeiro o acesso para o usufrutuário segundo a vontade do defunto, e que se deve conceder ao legatário a possibilidade de reivindicar o imóvel encravante com a condição que este preste, primeiramente, o *ius transeundi* ao usufrutuário. Tal, se decidia, declara o fecho do passo, a fim de que se conservasse nos campos o estado de coisas que teria prevalecido

vivendo o testador, enquanto durasse o usufruto ou até que a propriedade do herdeiro retornasse com toda a sua eficácia.

III.2. Propostas de reconstrução

Baseando-se principalmente neste texto, Riccobono⁴ defende a tese, fundamental em tema de destinação do *paterfamilias*, segundo a qual o direito justinianeu teria introduzido o princípio pelo qual o estado de serviço anterior entre dois imóveis de um mesmo proprietário devesse permanecer ainda posteriormente à transferência dos mesmos a proprietários diversos, sob a forma de verdadeira servidão, sendo que tal solução deveria ser reconduzida, segundo os compiladores, à vontade do antigo proprietário.

Do passo em exame deduzir-se-ia, antes de tudo, observa Riccobono, a obrigação do herdeiro de prestar a passagem ao legatário do usufruto de um imóvel sem acesso, já que se tratava de um daqueles *adminicula ususfructus*;⁵ de outro lado, não sendo proprietário, o usufrutuário estaria impedido juridicamente de constituir em seu favor a servidão de passagem. A importância, porém, do texto em matéria de destinação do *paterfamilias* residiria, segundo Riccobono, na expressão "*secundum voluntatem defuncti*" e no fecho "*ut haec forma...redierit*".

Na primeira frase identifica Riccobono uma alusão à vontade presumida do disponente, em base à qual declarar-se-ia no fecho do passo que os imóveis deveriam "*conservare presso i successori quella stessa disposizione e forma che ebbero dal testatore, e ciò non solo per quel tempo che dura o usufrutto, ma anche dopo che lo stesso si è consolidato alla proprietà*".⁶ Esta última solução não poderia ser clássica. Marcelo admitiria apenas a obrigação do herdeiro de prestar o acesso ao usufrutuário, o qual não poderia sozinho providenciar a constituição da servidão. Não teria jamais dito que o estado de serviço anterior entre dois imóveis devesse permanecer ainda posteriormente à extinção do usufruto. Baseando-se em D. 7,6,1,1-4, o herdeiro seria obrigado unicamente a

4. Ob. cit., p. 397 ss.

5. Cf. D. 7,6,1,1-4, D. 8,5,2,2 e Frag. Vat. 54.

6. Ob. cit., p. 398.

prestar o acesso ao usufrutuário, ou seja, apenas os meios estritamente necessários (D. 7,6,1,3) à fruição da coisa legada. Em consequência, Riccobono releva a interpolação da expressão "*secundum voluntatem defuncti*" e do fecho "*ut haec forma...redierit*", já que pela primeira vez viria reconhecido o princípio pelo qual aquele estado de serviço anterior predisposto pelo testador devesse permanecer, com base na sua vontade presumida, posteriormente à divisão dos imóveis.

A tese de Riccobono foi acolhida pela maioria dos autores que se ocuparam do tema, principalmente no que se refere à interpolação do fecho "*ut haec forma ... redierit*".⁷

O passo vem, pois, reconstruído pela *communis opinio* da seguinte maneira:

*"Qui duos...legavit: quaero...an fructuario [servitus]
(‘via’ ou ‘praestari via’) debeatur. Respondit...[ut haec*

7. Julgam interpolado o fecho "*ut haec forma...redierit*": Ferrini, *contranota* "v" in Gluck & Salkowski, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, Erlangen, 1889 (trad. ital. de Ferrini, *Commentario alle Pandette*, série dos livros XXX-XXXII, segunda parte, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, p. 78); *Manuale di Pandette*, 2ª ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1900, p. 496, n.2; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 8ª ed., Milano, Vallardi, 1925, p. 345; *Corso di diritto romano III - Diritti reali*, Roma, 1933 (reedição da 1ª ed. organizada por Giuliano Bonfante e Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè, 1972), p. 147; Grosso, In tema di costituzione tacita di servitù, *BIDR*, n. 42, p. 327-328, 1934; *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1969, p. 223; *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1958, p. 199; Frezza, Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali, *Rivista dell' Università di Cagliari*, n. 30, p. 21, 1933-1934; Biondi (com exceção das palavras "*donec usus fructus permanet*"), *La categoria romana delle "servitutes"*, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1938, p. 225-227; *Le servitù prediali nel diritto romano - Corso di lezioni*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1954, p. 289-291; Ciapessoni (com exceção das palavras "*donec usus fructus permanet*"), "*Servitus personae*" e "*usus personae*", in *Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano*, Pavia, 1934, p. 920 ss.; Solazzi (modificado já a partir de "*nisi prius*"), *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, Jovene, 1947, p. 186 ss.; "*Servitutem debere*", *IURA*, n. 2, p. 13, 1951; Bonet, Correa & Calderón (com exceção das palavras finais "*sive donec...redierit*"), Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas, *AHDE*, n. 19, p. 326-328, 1948-49; Crifò (com exceção das palavras finais "*sive donec...redierit*"), Destinazione del padre di famiglia (Diritto Romano e intermedio) in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1963, v. XII, p. 309-310 e n. 13; e Reggi, Note anonime ai "*digesta*" di Marcello, *Studi Parmensi*, n. 4, p. 60-61, 1954.

forma in agris servetur quae vivo testatore optinuerit sive] donec (= 'dum') usus fructus permanet [sive dum ad suam proprietatem redierit]".

Diverso é o nosso parecer. Ao contrário de Riccobono, entendemos ser o passo de Marcelo substancialmente genuíno; de outro lado, julgamos inexistente no mesmo texto qualquer reconhecimento por parte do direito justinianeu de uma constituição tácita por destinação do *paterfamilias*.

Não nos parece exata a leitura da parte final do passo na forma proposta por Riccobono, já que existem graves problemas que não são enfrentados e convincentemente resolvidos. Seria preciso, antes de mais nada, determinar qual seria a natureza daquele acesso devido pelo herdeiro em favor do usufrutuário. Seria simplesmente, como resulta da explanação de Riccobono, um *ius transeundi* (passagem temporânea) devido ao usufrutuário como um acessório do seu direito de usufruto (já que ele, não sendo proprietário, não poderia adquirir uma servidão)? Salkowski,⁸ tratando deste primeiro problema, faz uma observação importantíssima para esclarecer a questão: se é verdade que o usufrutuário não poderia exigir do legatário do imóvel encravante a constituição de uma servidão predial, não se deveria deduzir, como parece fazer Riccobono, que a única solução seja a prestação de uma passagem com base em um direito pessoal de conteúdo similar à servidão. Poderia o herdeiro, dizia o autor, "*già costringere mediante eccezione di dolo il legatario, che si fa avanti colla sua domanda, a costituire una regolare servitù per l'altro fondo*"⁹ Contra tal solução poder-se-ia objetar que, em relação ao usufrutuário, importaria unicamente que lhe fosse concedido o simples acesso, seja este representado por uma servidão predial ou mesmo por um direito pessoal de igual conteúdo. Adverte, porém, Salkowski que esta questão não seria de escassa importância: surgiriam graves dificuldades, diz o autor, se o usufrutuário, por exemplo, cedesse o exercício do usufruto a uma outra pessoa. Tratando-se unicamente de um direito pessoal, o cessionário não teria a possibilidade de exigir do herdeiro a

8. Ob. cit., p. 80 ss.

9. Ob. cit., p. 83.

concessão da passagem e nem mesmo poderia, não sendo proprietário, providenciar a constituição da servidão.

Da tese de Riccobono deduz-se que a solução clássica não se referiria jamais a uma verdadeira servidão de passagem; assim o herdeiro na *reivindicatio* teria excetuado somente um *ius transeundi* de caráter pessoal, temporaneamente devido ao usufrutuário. Este resultado, em nossa opinião, deve ser refutado: excetuando o herdeiro, na *reivindicatio*, simplesmente um *ius transeundi* de caráter pessoal em favor do usufrutuário, dever-se-ia concluir que, extinto o usufruto, o herdeiro não teria nenhum meio para conseguir o acesso no caso em que o legatário negasse tal concessão, mesmo prontificando-se o herdeiro a adquiri-lo.

Parece-nos, portanto, completamente inverossímil que a jurisprudência clássica, defronte a todas estas conseqüências, não pensasse em proteger o herdeiro em uma tal situação. Entendemos, pois, que a solução presente no fecho do passo seja substancialmente genuína: concede-se a oportunidade ao herdeiro na *reivindicatio* de exigir do legatário do imóvel encravante, através da *exceptio doli*, a constituição não simplesmente de um *ius* pessoal de trânsito em favor do usufrutuário, mas, ao contrário, de uma verdadeira servidão de passagem em seu favor na qualidade de nu-proprietário do imóvel encravado. Pode-se, portanto, fixar, em resumo, os pontos principais do nosso raciocínio: 1. a necessidade da passagem; 2. a concessão de meios seguros para obter o acesso; 3. as dificuldades derivantes da prestação de um simples direito pessoal de passagem.

Com uma tal solução, Marcelo, ao mesmo tempo, atenderia aos interesses do usufrutuário e do herdeiro nu-proprietário, fruindo o primeiro da servidão de passagem constituída em favor do segundo.

Análogos resultados na exegese de D. 33,2,15,1 obtém Astolfi que, único entre os modernos autores que se ocuparam do texto em matéria de destinação do *paterfamilias*, sustenta, ao contrário da tese riccoboniana, a substancial genuinidade do fecho "*ut haec forma ... redierit*".

Deve-se, porém, refutar, dentro de certos limites, o motivo principal alegado por Astolfi segundo o qual dever-se-ia considerar genuína no texto a constituição de uma verdadeira servidão, ou seja, o fato de que seja admitido o herdeiro, e não o usufrutuário, na oposição da *exceptio doli* a fim de

se obter a passagem. Não nos parece que esta legitimidade, como sustenta Astolfi, possa ser citada como prova da classicidade do passo em exame. Do exame em conjunto da "fattispecie" resulta, além da necessidade futura para o herdeiro daquela servidão necessária, também a necessidade imediata do usufrutuário de obter o *aditus*. Em uma tal situação a prestação do acesso é exatamente, como declaram as fontes D. 30,44,9 e D. 7,6,1,1-4 - ônus do herdeiro. Em D. 33,2,15,1, como dissemos, concede-se a possibilidade ao herdeiro de opor a *exceptio doli* contra o legatário do imóvel encravante a fim de que este preste o acesso ao usufrutuário; é lícito, porém, pensar-se que, caso o herdeiro não procedesse de tal maneira, o usufrutuário teria à sua disposição uma *vindicatio ususfructus* contra aquele a fim de obter a passagem. Assim, a legitimidade do herdeiro para a *exceptio doli* é perfeitamente lógica, ainda que se admitisse, contrariamente às nossas idéias e àquelas de Astolfi, que a solução clássica se referisse unicamente à passagem temporânea em favor do usufrutuário. Tal raciocínio não pode, portanto, constituir-se em um elemento probatório da tese segundo a qual a decisão genuína contemplaria uma verdadeira constituição de servidão.

De outro lado, do exame de D. 33,2,15,1 observa-se que, ao contrário do que afirma Astolfi, nem mesmo no direito justinianeu viria reconhecida uma verdadeira constituição tácita de servidão. Oposta pelo herdeiro a *exceptio doli*, o legatário teria êxito na *reivindicatio* somente se prestasse o *ius transeundi*, ou, em outros termos, se constituísse a servidão de passagem. A constituição da servidão, deste modo, não se dá jamais tacitamente, uma vez que o legatário tem unicamente a obrigação de constitui-la a fim de obter êxito na *reivindicatio*.

O passo, portanto, é substancialmente genuíno, mesmo tratando-se de um resumo compilatório.

IV. CONCLUSÕES

Entendemos, portanto, que já a jurisprudência clássica, nos casos em que de uma herança resultasse um imóvel encravado, julgasse, com base na vontade presumida do *de cuius*, que haveria uma obrigação do destinatário do

imóvel encravante de constituir uma servidão de passagem em favor do imóvel encravado destinado ao herdeiro ou legado a uma terceira pessoa.

Para render eficaz tal vontade, a jurisprudência, de acordo com cada caso, concederia a *exceptio doli* ou uma *actio ex testamento*. Poder-se-ia pensar no caso em que, ao contrário do que se verifica no texto de Marcelo, o imóvel encravado não fosse destinado ao herdeiro, mas a um legatário, restando ao herdeiro o imóvel encravante. A jurisprudência coloca à disposição, no caso de legado *per damnationem* do imóvel encravado, uma *actio ex testamento* ao legatário, a fim de que este exija do herdeiro a constituição da servidão necessária; nesta mesma hipótese, tratando-se de legado *per vindicationem* é provável que se concedesse, com a mesma finalidade, uma *exceptio doli* ao legatário contra a *actio negatoria* proposta pelo herdeiro para impedir-lhe a passagem.

O herdeiro, de outro lado, que recebesse o imóvel encravado teria contra o legatário do imóvel encravante, independentemente do tipo legado, uma *exceptio doli* com a qual poderia paralisar a ação daquele último (*actio ex testamento* ou *reivindicatio*), enquanto o mesmo legatário não constituísse a servidão necessária.

Na hipótese, ao contrário, de legado dos dois imóveis, encravante e encravado, parece-nos que se concederia igualmente a *exceptio doli* ao legatário do imóvel encravado contra a *actio negatoria* do legatário do imóvel encravante, ação esta destinada a vetar a passagem.

O mesmo raciocínio, aplicado nos casos em que se apresentasse um legado *per damnationem*, seria exigido *mutatis mutandis* nas hipóteses de fideicomisso.

Tais soluções, além de se basearem nos testemunhos de D. 33,2,15,1, D. 30,81,3, D. 8,5,20 pr. e D. 33,3,1, encontrariam confirmação, ainda que indireta, em um texto de Florentino (D. 30,116,4 - 1. XI inst.: "*Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione domini servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiat, petendi ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituatur, actio ex testamento superest*"), que concede, para a nova constituição das servidões extintas por confusão por efeito de disposição testamentária, os remédios da

actio ex testamento e da *exceptio doli*. Deve-se dizer, porém, que nos escassos textos que se referem diretamente ao nosso problema, o único caso contemplado é aquele no qual o imóvel encravado é destinado ao herdeiro, sendo legado *per vindicationem* ou *per damnationem*, ou cedido por fideicomisso, o imóvel encravante: nestas hipóteses, concede-se expressamente ao herdeiro, a fim de obter a constituição da servidão necessária, a *exceptio doli* contra a *reivindicatio* do legatário (D. 33,2,15,1 ou D. 8,5,20 pr.) ou mesmo contra a *petitio fideicommissi* (D. 8,5,20 pr.) proposta pelo fideicomissário do imóvel encravante.

A obrigação de constituição da servidão necessária resulta claramente tanto dos textos que se referem diretamente ao nosso tema, como, por exemplo, D. 30,81,3 e D. 8,5,20 pr., quanto indiretamente de outros passos como D. 8,2,10 (no qual deve-se observar a forma na qual vem formulada a segunda pergunta "*et de illo...debet*").

Através destes mecanismos, a jurisprudência clássica, mesmo sendo praticamente revogado, em certo sentido, o rígido princípio da constituição *nominatim*, conseguia, de maneira arguta, evitar ferir mortalmente tal regra: formalmente a servidão continuava a ser constituída expressamente (*nominatim*), como exigido pelo *ius civile*, se bem que a imposição da obrigação de constituir a servidão necessária derivasse tacitamente da vontade do testador.

DIREITO PRIVADO

A BOA-FÉ NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS*

Antonio Junqueira de Azevedo

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

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente trabalho foi elaborado para as jornadas de Luisiana, da Associação Henri Capitant, em 1992, respondendo a questionário previamente distribuído.

A utilização da noção de boa-fé no direito brasileiro se dá principalmente através da chamada boa-fé subjetiva. O princípio da boa-fé não está formulado como regra geral no direito brasileiro. A boa-fé subjetiva aparece, porém, em muitos artigos específicos do Código Civil. A mudança de mentalidade surge no recente Código de Proteção ao Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990) com a clara introdução da boa-fé objetiva como regra de conduta.

As conseqüências da falta de boa-fé na formação do contrato, quando este não é concluído em conseqüência da ruptura das tratativas, somente existem, no direito brasileiro, quando se pode falar em dolo ou culpa. Exame das situações em que o contrato é concluído mas anulável por vício e dos casos em que o dolo ou a coação não são determinantes do negócio.

O conteúdo concreto da chamada obrigação de boa-fé na fase de formação contratual. Há, no direito brasileiro, regras específicas sobre o dever de informar, mas não, sobre o dever de confidencialidade e sobre como agir durante a negociação.

As sanções no caso de o contrato não ser concluído, no de ser concluído mas em seguida anulado por força de vício de formação, e no de ser concluído e mantido, apesar de haver vício.

A questão da oferta, que é vinculante, no direito brasileiro e a modificação ocorrida com o Código de Proteção ao Consumidor. O pré-contrato no Direito brasileiro e sua grande freqüência nos casos de venda de imóveis.

* Este trabalho constitui o relatório brasileiro sobre boa-fé na formação dos contratos para as "Journées Louisianaises" de 1992, da Association Henri Capitant, e foi feito pelo autor após receber considerações escritas sobre o mesmo tema, do prof. Alcides Tomasetti Jr.

Os tribunais superiores e a questão da boa-fé. Considerações finais acerca do princípio da boa-fé objetiva e como deve ser considerada pelo juiz na fase de formação contratual. Sugestão de um *princípio de distribuição equitativa dos prejuízos* para casos de danos que não se enquadram adequadamente quer na responsabilidade contratual quer na extracontratual ou aquiliana.

Abstract:

The present work was made for the Louisiana Journeys of the Henri Capitant Association in 1992, in answer to a questionnaire previously distributed.

The use of the notion of good faith in Brazilian Law is done mainly through the so called subjective good faith. The principle of good faith is not formulated as a general rule in Brazilian law. Subjective good faith, though, appears in many specific sections of the Civil Code. The change in mode of thought appears in the recent Consumer Protection Code (Law n. 8.078, of 1990) with the clear introduction of the objective good faith as a rule of behavior.

The consequences of the lack of good faith in the formation of the contract when it is not concluded as a consequence of a rupture in the dealings, only exist in the Brazilian law when it is possible to speak in deceitfulness or fault. Examination of the situations in which the contract is concluded but voidable by defect and of the cases in which the deceitfulness or the coercion are not determinants of the business.

The tangible content of the so called liability of good faith in the contractual formation phase. There are, in Brazilian Law, specific rules about the duty to inform, but not, about the duty of confidentiality and about how to act during negotiations.

The sanctions in the event of the contract not being concluded, in the event of being concluded but soon after made void due to defect of formation and in the event of being concluded and maintained, in spite of the existence of defect.

The question of the offer that is binding in Brazilian law and the modification introduced with the Consumer Protection Code. The pre-contract in Brazilian law and its great recurrence in situations of sale of real estate.

The superior courts and the question of good faith. Final considerations about the principle of objective good faith and how it should be considered by the judge in the contract formation phase. Suggestion of a *principle of equitable distribution of losses* for cases of damage that do not fit in adequately in contractual responsibility, in the extra contractual or Aquilian.

1. A utilização da noção de boa-fé no direito brasileiro

1.1. No direito brasileiro, a boa-fé nas relações entre particulares é um *princípio jurídico* mas não está formulado como *regra* de aplicação geral. No Código Civil, elaborado sob o influxo das idéias pandectistas da segunda metade do século passado e cuja vigência se iniciou em 1º de janeiro de 1917, não há *regra genérica* que se refira expressamente à boa-fé na formação ou execução dos contratos como as dos artigos ou parágrafos 1.134 do Código Civil francês, 242 do B.G.B., 1.337 do Código Civil italiano e 227, do Código Civil português.

Há, nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé é o art. 131, sobre *interpretação* contratual.

Em assuntos específicos, como contrato de seguro, contrato de sociedade (art. 1.404), aquisição *a non domino* (art. 622), pagamento indevido (art. 968), posse (art. 490 e ss.), usucapião (art. 500 e ss.), construção e plantação (art. 546 e ss.), dívida de jogo (art. 1.677), etc., o próprio Código Civil prevê a boa-fé para certas conseqüências jurídicas. Trata-se, porém, em todos esses casos, salvo os dois primeiros (seguro e sociedade), da chamada boa-fé *subjetiva*, isto é, daquele estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e a intenção, ou falta de intenção, de alguém.

Vale dizer, ainda, que, atualmente, como conseqüência da mudança de mentalidade, a recente lei de proteção ao consumidor, que, por sua amplitude, é denominada *Código de Proteção do Consumidor* (Lei nº 8.078, de 1990) tem o princípio da boa-fé refletido em inúmeros de seus artigos. Aqui, trata-se, na verdade, da boa-fé *objetiva* que interessa à formação do contrato, isto é, a boa-fé como regra (objetiva) de conduta.

1.2. Especificamente, por ocasião das tratativas e negociações que levam à conclusão do contrato, é importante salientar, desde já mas para desenvolvimento posterior - que, no direito brasileiro, há regra expressa segundo a qual a oferta de contrato *obriga* o proponente. Todavia, fora da questão da

oferta e, evidentemente, de eventuais convenções expressas das partes sobre as negociações, os tribunais brasileiros não reconhecem qualquer vínculo obrigacional entre os pré-contratantes. A ruptura das negociações ou o arrependimento, antes da conclusão do contrato, são, pois, *livres*.

A relação entre os pré-contratantes somente terá eficácia jurídica pelo lado negativo ou patológico, da culpa ou dolo, isto é, somente pelo lado do dever *de não se comportar de forma socialmente condenável*. Esse *dever*, e não, *obrigação*, é sancionado pela ação de indenização do art. 159, do Código Civil.

Tanto nas tratativas quanto no momento da conclusão do contrato, a situação no Brasil é encarada, pois, na verdade, pelo lado de má-fé, isto é, o entendimento é o de que somente é responsável por perdas e danos aquele que agiu de má-fé na fase de formação contratual. Na verdade, ainda aqui, trata-se, pois, de um aspecto da boa-fé *subjetiva*.

Esse entendimento é extraordinariamente facilitado pela regra do art. 159, do Código Civil, sobre o ato ilícito, que é de amplidão pouco comum nas legislações dos demais países. Esta regra, conhecida por todo e qualquer jurista ou simples estudante de direito, prescreve que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, causar prejuízo ou violar direito, fica obrigado a reparar o dano. Ela é, no campo do direito privado, a expressão legal do princípio geral de direito, de respeito ao próximo e a seus bens (do *alterum non laedere*, isto é, princípio do respeito, ou segundo princípio de direito de Ulpiano e dos estóicos). A indenização será cabal e, naturalmente, como a responsabilidade é aquiliana ou extracontratual, a prova do dolo ou culpa cabe ao autor da ação e a prescrição é a dos atos ilícitos.

2. Conseqüência da falta da boa-fé na formação do contrato

2.1. Quando o contrato não foi concluído, em conseqüência da ruptura das tratativas ou das negociações preliminares, pode-se, portanto, obter indenização por ato ilícito, alegando comportamento desleal ou abusivo. Faz-se, então, muitas vezes, referência à teoria de Von Jhering sobre a culpa *in contrahendo*. Fora da hipótese de ato ilícito e sempre deixando de lado a questão da oferta e de eventuais convenções expressas entre as partes sobre as

negociações a ruptura unilateral ou o arrependimento são absolutamente livres. Se a ruptura se dá com alguma causa, sem culpa, não há responsabilidade pelos danos causados a outra parte; o direito brasileiro, não tendo regra geral de boa-fé na formação dos contratos, essa espécie de "noção aberta", dirigida antes ao juiz que à parte, não permite ao juiz fixar uma indenização.

2.2. Se o contrato é concluído mas é anulável por vício, o legitimado para a ação - por exemplo, o enganado por dolo principal ou pede a anulação ou não pede. Se não pede, não há nenhuma consequência, isto é, se o interessado optou pela manutenção do contrato, não pode simultaneamente pedir qualquer indenização pela má-fé da parte contrária. Se pede, a sentença de desconstituição tem eficácia retroativa *ex tunc*, há a restituição das partes ao estado que antes do contrato se achavam e, não sendo isto possível, há indenização do equivalente (art. 158, do Código Civil). Além da volta ao *statu quo ante*, o legitimado pode *cumulativamente*, com fundamento no art. 159 do Código Civil, pedir perdas e danos pelo ato ilícito de tudo que não recuperou com a anulação.

2.3. Entretanto, o que há de mais interessante é que, quando o dolo ou a coação não são determinantes do negócio - e, portanto, se referem a ponto secundário -, o negócio *não é anulável*, mas o prejudicado, mesmo assim, pode pedir perdas e danos, por ato ilícito do causador do prejuízo.

3. Conteúdo concreto da chamada obrigação de boa-fé na fase de formação contratual

3.1. O princípio da boa-fé na formação contratual pode se refletir numa regra genérica o que, como vimos, não existe no direito brasileiro mas pode também se desdobrar em regras específicas: dever de informar a contraparte, dever de manter sigilosas as conversações, dever de avisar imediatamente quando perder interesse no negócio, etc.

Uma regra sobre o *dever de informar* sobre fato ou qualidade essencial somente existe no direito brasileiro *a contrario sensu* do art. 94, do Código Civil, que determina ser a omissão dolosa causa de anulabilidade. O citado artigo prescreve: "*Nos atos bilaterais, o 'silêncio' intencional de uma das*

partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela se não teria celebrado o contrato".

O *dever de informar* existe, expressamente, também no contrato de seguro (arts. 1.443 a 1.446, do Código Civil). Essa regra existe desde 1916, mas observamos que, neste caso, como na regra expressa sobre o caráter vinculante da oferta, a existência da norma torna praticamente inútil o apelo a uma possível regra genérica de comportamento de boa-fé.

Atualmente, no *Código de Proteção do Consumidor*, há várias regras impondo o *dever de informar*; assim, o art. 6º, entre os "direitos básicos" do consumidor, inclui o direito "*à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço; bem como sobre os riscos que apresentam*". Há, ainda, todo um capítulo (Capítulo V) *Das práticas comerciais*, com exigência de veracidade na oferta (Seção II) e na publicidade (Seção III).

3.2. Por outro lado, uma regra sobre o *dever de confidencialidade* sobre as informações obtidas da outra parte não existe, infelizmente, na legislação brasileira. Esse dever, salvo nos casos óbvios de sigilo profissional, não é sequer caracterizado na jurisprudência e na doutrina. Os casos concretos terão que obter solução com fundamento legal no art. 159, do Código Civil e no conseqüente dever genérico de bom comportamento.

3.3. Outras regras específicas sobre como agir durante a negociação e a conclusão do contrato não existem. O *Código de Proteção do Consumidor*, porém, estabelece quais as "práticas abusivas" (arts. 39 a 41), entre as quais a seguinte:

"Artigo 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

.....
IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços".

A distinção entre obrigação de meio e de resultado, embora conhecida, não é adotada na legislação brasileira, não trazendo, portanto, nenhuma diferença para o que ficou escrito até aqui.

4. Sanções

4.1. A sanção, no direito brasileiro, visa repor o prejudicado na exata situação que tinha antes do fato causador do prejuízo. Segue-se daí que, se o contrato não foi concluído e há possibilidade de se caracterizar a ruptura das negociações como ato ilícito (art. 159, do Código Civil), as perdas e danos incluirão tudo que a parte lesada perdeu (*damnum emergens*) e tudo que razoavelmente deixou de lucrar (*lucrum cessans*). "O que razoavelmente deixou de lucrar" não é, naturalmente, o que obteria com o contrato, e sim, o que obteria se as negociações não fossem realizadas. No direito brasileiro, por outro lado, não se adota nem a expressão nem o conceito de "interesse negativo" do direito alemão.

4.2. Se o contrato é concluído e, em seguida, anulado por força de vício de formação, devolve-se tudo o que se recebeu e, não sendo isso possível, o equivalente. Ademais, se há prejuízos não cobertos pela simples volta ao *statu quo ante*, há possibilidade, caracterizado o ato ilícito, de pedir o que falta com fundamento no art. 159, do Código Civil.

4.3. Se o contrato é concluído e mantido, porque o vício não é essencial, portanto, o contrato não é anulável, como já foi dito (n. 2.3., *supra*) pode-se pedir perdas e danos pelas piores condições em que o negócio foi feito (cf. art. 93, do Código Civil, para o dolo accidental).

4.4. Observamos que, no direito brasileiro, o dolo de terceiro, desconhecido da parte a quem aproveita, não leva à anulação mas o prejudicado tem ação de perdas e danos contra o terceiro pelo art. 159, do Código Civil. Por sua vez, a coação de terceiro, diferentemente, mesmo desconhecida da parte a quem aproveita, leva à anulação, mas, aí, é o que vê o contrato anulado que tem ação de perdas e danos contra o terceiro.

4.5. Num caso, a sanção chega a ser curiosa: se as duas partes agiram com dolo, a sanção é ... a validade do contrato! (art. 97, do Código Civil:

"Se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma pode alegá-lo, para anular o ato, ou reclamar indenização").

4.6. Em qualquer hipótese de indenização, o *quantum* é fixado objetivamente segundo o montante dos prejuízos ou pela cláusula de pré-fixação de perdas e danos. Não se aumenta ou diminui o *quantum* de acordo com o dolo ou o grau de culpa do agente. Em caso de necessidade, o juiz recorre a arbitramento, socorrendo-se de peritos.

5. A questão da oferta

Ao contrário do ordenamento jurídico de outros países, o brasileiro não precisa se socorrer do princípio da boa-fé para solucionar o problema da retirada da oferta antes da aceitação. O art. 1.080, do Código Civil, dispõe: *"A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso"*. A existência da regra torna dispensável a alegação da boa-fé objetiva.

Embora haja, no campo de prova, como é evidente, alguma dificuldade para caracterizar a oferta vinculante, pode-se dizer tecnicamente que o ofertante, por ato unilateral, cria, no patrimônio do oblato, um direito expectativo, ou potestativo, de concluir o contrato. Isto é especialmente claro nos casos de oferta irrevogável ou com prazo determinado de eficácia. Segue-se daí que a retirada da oferta acarreta responsabilidade obrigacional, isto é, não-aquiliana.

Observamos, porém, que a obrigação que surge da oferta não tem o *efeito próprio* de vincular o ofertante ao futuro contrato, se a retirada da oferta se dá antes da aceitação. A obrigação se converte em perdas e danos.

Já o *Código de Proteção do Consumidor*, diferentemente, dá eficácia plena à oferta. Segundo o art. 35, e se assim quiser o consumidor, o fornecedor ficará sujeito ao cumprimento forçado nos termos da oferta (e, ademais, equipara-se à oferta a publicidade ou a apresentação para consumo de bens e serviços).

6. O pré-contrato

No direito brasileiro, as negociações preliminares não se confundem, de forma alguma, com o pré-contrato. Aquelas, como já dito, são tratadas sob a ótica da chamada responsabilidade extracontratual do art. 159, do Código Civil, enquanto o pré-contrato é contrato; cria vínculo jurídico - obrigação - entre as partes, antes mesmo de qualquer inadimplemento.

O pré-contrato é comuníssimo no Brasil. Em 99,99% dos casos de vendas de imóveis, antes do contrato definitivo, é feito um pré-contrato, dito "compromisso" ou "promessa" de venda-e-compra, com previsão do pagamento do preço em parcelas (e a escritura pública de venda-e-compra somente é feita após o pagamento integral do preço).

Todos os pré-contratos tem execução específica (art. 639 do Código de Processo Civil: "*Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*"). Alguns têm, até mesmo, ação *própria*, por exemplo, a adjudicação compulsória para os compromissos de venda-e-compra de imóveis.

7. A boa-fé e os Tribunais Superiores

O Supremo Tribunal Federal tem no Brasil, atualmente (Constituição da República Federativa do Brasil, que é de 1988), competência especialmente voltada para o controle constitucional de leis, atos e decisões; não é, portanto, um tribunal semelhante à *Cour de Cassation* francesa. De resto, a constitucionalidade de nossas leis não é examinada previamente fora do Poder Legislativo.

Abaixo do Supremo Tribunal Federal, há o Superior Tribunal de Justiça que, através de "recurso especial", examina *questões de direito*, e não, propriamente, questões de fato, nos processos já decididos pelos tribunais inferiores. Segue-se do exposto que, como a boa-fé é, normalmente, questão de fato, dificilmente é ela examinada nos dois tribunais superiores. Todavia, esse exame pode ocorrer desde que, com muita argúcia, se demonstre que, previamente, há um problema de *qualificação jurídica* na matéria decidida na instância inferior.

8. Autonomia privada e princípio da boa-fé

A doutrina e a jurisprudência brasileiras não têm se dedicado à importante questão de saber quais os limites da autonomia privada na eliminação ou atenuação das conseqüências do princípio da boa-fé. Procurando interpretar o "espírito do direito brasileiro" - atividade perigosa - parece-nos, em primeiro lugar, que são nulas todas as convenções ou cláusulas que visem *diretamente* eliminar, ou simplesmente diminuir, a exigência de boa-fé na formação e execução dos contratos. Antes mesmo do Código Civil, já se dizia que eram nulas todas as condições contrárias aos bons costumes e à ordem pública; as noções de *bons costumes* e *ordem pública*, apesar da sua imprecisão, integram o ordenamento jurídico brasileiro (cf. art. 17, da Lei de Introdução ao Código Civil). São ilícitos como contrários à lei os atos contrários aos bons costumes e à ordem pública; as convenções ou cláusulas que visem eliminar ou diminuir a boa-fé estão nesse caso.

Por outro lado, são válidas, porque, em princípio, não constituem nenhuma autorização para agir ilicitamente, as convenções ou cláusulas de não indenizar e as convenções ou cláusulas que limitam a indenização (por exemplo, cláusula de pré-fixação de perdas e danos). Aqui, salvo algumas hipóteses específicas (no contrato de transporte, por exemplo, as cláusulas de não indenizar são nulas - Súmula n. 161 do STF), o acordo tem validade; seria o caso de uma convenção feita ao se iniciarem as negociações, segundo a qual qualquer das partes, a qualquer momento, poderia romper as negociações sem responsabilidade por perdas e danos.

A conclusão que se tira dos dois parágrafos anteriores é que a responsabilidade extracontratual por ato doloso é inafastável, eis que a cláusula de não indenizar não autoriza a prática do ato ilícito, mas essa mesma responsabilidade pode ser eliminada no caso do ato culposos.

9. Considerações finais

Síntese: O princípio da boa-fé quer no seu aspecto subjetivo quer no objetivo de regra de comportamento tem, na formação dos contratos, grande aplicação na *vida prática* do povo brasileiro; uma verificação sociológica mostraria facilmente que as expressões *boa-fé* e *má-fé* são as mais usadas quando

alguém comenta com outrem um negócio feito. No campo jurídico, porém, deixando de lado a questão da má-fé que, no fundo, diz respeito à boa-fé subjetiva, cumpre dizer que, quanto à boa-fé objetiva, como regra de comportamento, não há disposição expressa no direito brasileiro sobre a formação contratual (nem mesmo sobre execução contratual). Novas leis, especialmente a Constituição da República (1988) e o Código de Proteção do Consumidor (1990), revelam, todavia, um aumento do número de disposições que se referem explicitamente à boa-fé objetiva.

1ª Conclusão: Há, como se sabe, entre um princípio jurídico, que é uma idéia ordenadora, e as regras jurídicas em que ele se reflete, uma certa distância na ordem de abstração intelectual; é uma distância semelhante a que vai, por sua vez, da regra jurídica ao caso concreto. Do caso à regra e da regra ao princípio, sobe à mente em duas etapas (e três patamares); ganha-se em descortínio o que se perde em concretidade. Inversamente, uma vez adquirido o princípio, desce o aplicador do direito, do princípio, à regra e, da regra, ao caso. Ora, com o princípio da boa-fé não pode ser diferente; segue-se daí que, para seu melhor desenvolvimento na formação contratual, é indispensável seu desdobramento em regras, como na determinação do dever de informar, na de não revelar o que se soube durante a fase preliminar, na de indenizar os prejuízos causados pela ruptura das negociações. É essa espécie de desenvolvimento que acreditamos estar ocorrendo atualmente no direito brasileiro. Todavia, à medida que as regras vão sendo formuladas, os operadores do direito já não precisam apelar para o princípio da boa-fé, que passa a ser *ratio legis*, e não, *lex*.

2ª Conclusão: Na questão específica da ruptura das negociações, antes que discutir se a responsabilidade é aquiliana ou contratual, talvez fosse preferível optar por uma *terceira responsabilidade* relativa à *distribuição equitativa dos prejuízos*. A responsabilidade aquiliana fundamenta-se no princípio do respeito (*alterum non laedere*) e, portanto, tem, no caso, dois excessos, ou dois inconvenientes: exige a prova da culpa o que é difícil e dá direito a uma reparação integral (o que pode ser muito). A responsabilidade contratual, por sua vez, fundamenta-se no princípio da palavra dada (da *fides*, o terceiro princípio geral de direito dos estóicos) não exige a prova da culpa mas, em

compensação, não parece adequada às negociações preliminares quando as partes ainda "não se contrataram"

3ª Conclusão: Uma regra genérica de boa-fé na formação contratual parece ser útil como *noção aberta* da qual o juiz pode se valer, mas há nisto uma *incongruência*: a mesma imprecisão que facilita a decisão é inconveniente para as partes. Como obedecer à uma regra imprecisa? Parece, portanto, que, ao lado de regras específicas, seria melhor admitir, não uma regra genérica de boa-fé na formação contratual, mas sim, uma norma supletiva que fixasse os pressupostos de uma possível indenização, assim: diante da confiança criada e prejuízos sofridos, diante da relação de causa e efeito entre negociação e prejuízo (nexo de causalidade) e diante da ausência de má-fé do prejudicado - três pressupostos - o juiz arbitra um *quantum* de indenização. A responsabilidade pelos danos resultantes de fatos na formação contratual, à semelhança de outros casos de responsabilidade não fundada na culpa (princípio do respeito), nem no inadimplemento (princípio da *fides*), estaria fundada no princípio maior, de solidariedade social, que justifica a *distribuição equitativa dos prejuízos*.

LA BONNE FOI DANS LA FORMATION DU CONTRAT EN DROIT BRÉSILIEN

Antonio Junqueira de Azevedo

Professeur Titulaire du Département du Droit Civil
de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo
Directeur de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo

1. L'utilisation de la notion de bonne foi dans le droit brésilien

1.1. Dans le droit brésilien, la notion de bonne foi dans les relations entre des particuliers est un *principe juridique*, mais il n'est pas formulé comme *règle* d'application générale.

Dans le Code Civil brésilien, dont la vigueur est initié depuis le 1^{er} janvier 1917, élaboré sous l'influence des idées pandectistes à la deuxième moitié du siècle passé, il n'y a pas de *règle générique* référant expressément la bonne foi dans la formation ou dans l'exécution des contrats comme celles des articles ou paragraphes 1.134 du Code Civil français, 242 du B.G.B., 1.337 du Code Civil italien et 227, du Code Civil portugais.

Il y a, dans cette omission du Code Civil brésilien, un reflet de la mentalité capitaliste de la deuxième moitié du siècle XIX, plus préoccupée avec l'assurance de la circulation et développement des relations juridiques qu'avec la justice matérielle des cas concrets, car, à la vérité, le Code Commercial brésilien, beaucoup plus ancien que le Code Civil (le Code Commercial est de 1850), avait déjà une règle générique sur la bonne foi c'est l'article 131, sur *l'interprétation contractuelle*.

Quand il traite des sujets spécifiques, comme contrat d'assurance (arts. 1.443 à 1.446), contrat de société (art. 1.404), acquisitions "*a non domino*" (art. 622), paiement de l'indu (art. 968), possession (arts. 490 et suivants), prescription acquisitive (arts. 500 et suivants), dette de jeu (art. 1.477) et coetera, le Code Civil lui même prévoit la bonne foi pour certaines conséquences juridiques. Il s'agit, pourtant, dans tous ces cas, sauf les deux premiers (contrat d'assurance et contrat de société), de la dite bonne foi *subjective*, c'est-à-dire, de cet état psychologique relatif à la connaissance ou à la non connaissance et à l'intention ou au manque d'intention de quelqu'un.

Nous devons dire encore que, actuellement, comme conséquence du changement d'esprit, la récente loi de protection au consommateur - qui, à cause de son ampleur, est nommée *Code de Protection au Consommateur* (Loi n. 8.078 de 1990), a le principe de la bonne foi refléti dans de nombreux articles. Ici il s'agit, au fait, de la bonne foi *objective*, c'est-à-dire la bonne foi comme règle de conduite.

1.2. Spécifiquement, lors des pourparlers et négociations conduisant à la conclusion du contrat, il est important de souligner dès maintenant mais pour développement postérieur - que, dans le droit brésilien, il y a une règle expresse selon laquelle l'offre de contrat *oblige* le promettant. Toutefois, hors de la question de l'offre et, évidemment, d'éventuelles conventions expresses par les parties sur la négociation, les tribunaux brésiliens ne reconnaissent aucun lien d'obligation entre les pré-contratants. Donc, la rupture des négociations et le repentir avant la conclusion du contrat sont *libres*.

La relation entre les pré-contratants aura seulement son efficacité juridique du côté négatif ou pathologique, c'est-à-dire, seulement par le côté du *devoir de ne pas se comporter d'une manière socialement condamnable*. Ce *devoir* n'est pas une *obligation* proprement dite ("*vinculum iuris*"). Il est sanctionné par l'action d'indemnisation (action "*ex delicto*" et "*ex quasi delicto*") de l'article 159 du Code Civil. Tant aux pourparlers comme au moment même de la conclusion du contrat, la situation au Brésil est vue du côté de la mauvaise foi, soit: l'entendement est celui selon laquelle seulement est responsable pour les dommages-intérêts celui qui a agit de mauvaise foi dans la phase de la formation contractuelle (en vérité, s'agit, ici encore, d'un aspect de la bonne foi subjective).

Cette intelligence est extraordinairement facilitée par la règle de l'article 159 du Code Civil sur l'acte illicite qui est d'ampleur peu commune dans les législations d'autres pays. Cette règle, également connue par tous les juristes et par les simples étudiants de droit au Brésil, prescrit que tous ceux qui, par acte ou omission volontaires, par négligence ou imprudence, causent des préjudices ou violent le droit, sont obligés à réparer le dommage. Elle est, dans le champs du droit privé, l'expression légale du principe général de droit du respect au prochain et à ses biens (du "*alterum non laedere*", deuxième principe général de droit selon Ulpianus et les stoiciens). L'indemnité sera totale

et, naturellement, étant donné que la responsabilité est aquilienne, la preuve de la faute est à la charge de l'auteur de l'action et la prescription est celle des actes illicites.

2. Des effets de la manque de bonne foi dans la formation du contrat

2.1. Lorsque le contrat n'est pas conclu, par la suite de la rupture des pourparlers ou des négociations préliminaires, on peut, pourtant, obtenir indemnité pour acte illicite, alléguant une conduite déloyale ou abusive. Très souvent on fait donc référence à la théorie de Von Jhering sur la faute "*in contrahendo*" Hors de l'hypothèse de l'acte illicite en laissant de côté la question de l'offre et d'éventuelles conventions expresses entre les parties sur les négociations - la rupture unilatérale et le repentir sont absolument libres. Si la rupture advient avec une juste cause, sans faute, il n'y a pas de responsabilité pour les dommages causés à l'autre partie; le droit brésilien n'a pas la règle générale de bonne foi, une "notion ouverte" destinée beaucoup plus au juge qu'aux parties.

2.2. Si le contrat est conclu et s'il est annulable par vice, le légitimé pour les actions par exemple, celui qui est trompé par dol principal ou demande l'annulation ou ne la demande pas. S'il ne la demande pas, il n'y a pas de conséquences, soit, si l'intéressé a choisi le maintien du contrat, il ne peut pas, à la fois, obtenir n'importe quelle indemnité pour dommage causé pour la mauvaise foi de la partie contraire. S'il la demande, la sentence constitutive négative a l'efficacité rétroactive, *ex tunc*; il y a la restitution des parties à l'état qu'elles avaient avant et, ceci n'étant pas possible, il y a l'indemnité de l'équivalent (article 158 du Code Civil). En plus du retour au *statu quo ante*, le légitimé peut, *cumulativement*, en se basant à l'article 159 du C.C., demander dommages-intérêts résultants de la responsabilité délictuelle de tout ce qu'il n'a pas récupéré avec l'annulation.

Ce qui est le plus intéressant c'est que, quand le dol ou la coaction ne sont pas déterminants de l'affaire - et donc se réfèrent à un point secondaire l'affaire n'est pas annulable, mais celui qui est prejudiqué, quand même, peut demander dommages-intérêts à cause du délit de l'auteur de la lésion.

3. Contenu concret de la nommée obligation de bonne foi dans la phase de formation contractuelle

3.1. Le principe de la bonne foi dans la formation contractuelle peut se développer en règles spécifiques: sur le devoir d'informer la partie adverse, sur le devoir de maintenir le secret des conversations, sur le devoir de faire savoir le changement d'avis sur l'affaire, et coetera.

Une règle sur le *devoir d'informer* sur fait ou qualité essentiels existe dans le droit brésilien "*a contrario sensu*" de l'article 94 du C.C., qui détermine que l'omission par dol soit cause d'annulation. L'article mentionné prescrit: "*Dans les actes bilatéraux, 'le silence' voulu d'une partie sur fait ou qualité que l'autre partie ignore est omission dolosive, si on prouve que sans elle le contrat n'aurait pas été célébré*".

Le devoir d'informer existe aussi, expressément, dans le contrat d'assurance (arts. 1.443 à 1.446 du C.C.). Cette règle existe, pourtant, depuis 1917, mais nous observons que, dans ce cas, comme dans le cas de l'offre, l'existence de la règle spécifique rend inutile l'appel à la règle générique de la bonne foi.

Actuellement, dans le *Code de Protection au Consommateur*, il y a de nombreuses règles imposant le *devoir d'information*; de cette forme, l'art. 6, entre les *droits fondamentaux* du consommateur, inclut le droit "*à l'information convenable et claire sur les différents produits et services avec spécification juste de quantité, caractéristiques, composition, qualité et prix, et aussi des risques qu'ils présentent*". Il y a encore tout un chapitre (Chapitre V) *Des Pratiques Commerciales*, avec l'exigence de véricité dans l'offre (Séction II) et dans la publicité (Séction III).

3.2. D'un autre côté, une règle sur le *devoir de confidentialité* à l'égard des informations obtenues de l'autre partie n'existe pas, malheureusement, dans la législation brésilienne. Ce devoir, sauf dans les cas naturels du secret professionnel, n'est ni même caractérisé dans la jurisprudence et dans la doctrine. Les cas concrets auront leur solution dans le fondement légal de l'article 159 du C.C. et du conséquent devoir général de n'avoir pas mauvaise foi.

3.3. D'autres règles spécifiques sur la manière d'agir au cours des négociations et la conclusion du contrat n'existent pas. Le *Code de Protection au Consommateur*, établit pourtant quelles sont les "pratiques abusives" (articles 39-41), entre lesquelles, la suivante: "il est défendu au fournisseur de produits ou services de se prévaloir de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, par égard à son âge, santé, préparation intellectuelle et condition sociale, pour lui vendre ses produits ou services".

La distinction entre obligation de moyen et de résultat, bien que connue, n'est pas adoptée dans la législation brésilienne, n'apportant donc, aucune différence à ce qui a été dit jusqu'ici.

4. Sanctions

4.1. La sanction, dans le droit brésilien, vise remettre le préjudiqué à l'exacte situation qu'il avait avant le fait d'où s'origine le préjudice. Il en résulte que, si le contrat n'a pas été conclu et s'il y a possibilité de caractériser la rupture des négociations comme acte illicite (art. 159 du C.C.), les dommages-intérêts incluront tout ce que la partie lésée a perdu (*damnum emergens*) et tout ce que raisonnablement elle n'a pas gagné (*lucrum cessans*). "Ce que raisonnablement elle n'a pas gagné" n'est pas, naturellement, ce qu'elle obtiendrait avec le contrat mais ce qu'elle obtiendrait si les négociations n'eussent pas été réalisées. Par ailleurs, dans le droit brésilien, on n'adopte ni l'expression, ni le concept d'*intérêt négatif* du droit allemand.

4.2. Si le contrat est conclu et, par la suite, annulé en raison d'un vice de formation, il faut que l'on rende tout ce qu'on a reçu et, si cela n'est pas possible, l'équivalent. D'ailleurs, s'il y a des préjudices inconverts pour le simple retour au *statu quo ante*, c'est bien possible, étant caractérisé l'acte illicite, de demander ce qui manque avec fondement à l'article 159 du C.C.

4.3. Si le contrat est conclu et maintenu, car le vice n'est pas essentiel (et donc, le contrat n'est pas annulable), comme c'est déjà dit (n. 2.3.), on peut demander dommages-intérêts à cause des mauvaises conditions dans lesquelles l'affaire a été faite (voir l'article 93 du C.C. pour le dol accidentel).

4.4. Observons que, dans le droit brésilien, le dol de tiers, inconnu de la partie à qu'il fait du profit, ne conduit pas à l'annulation mais le préjudiqué a l'action de dommages-intérêts contre le tiers par l'article 159 du C.C.. La coaction pratiquée, par tiers, différemment, néanmoins soit elle inconnue de la partie à qui elle fait profit, conduit à l'annulation mais, pour lors, c'est celui qui voit le contrat annulé qui a l'action de dommages-intérêts contre le tiers.

4.5. Dans un cas, la sanction arrive à être étonnante: si les deux parties ont agi par dol, la sanction est... la validité du contrat! (article 97 du C.C.: "*Si toutes les deux parties ont agi par dol, aucune des deux ne peut pas l'alleguer pour annuler l'acte ou demander l'indemnité*").

4.6. N'importe quelle hypothèse d'indemnité, le *quantum* est fixé *objectivement* selon la somme des préjudices ou selon la clause de pré-fixation de dommages-intérêts. On ne peut pas augmenter ou diminuer le *quantum* selon le dol ou degré de faute de l'agent. Dans le cas échéant, le juge demande l'arbitrage des experts.

5. La question de l'offre

Au contraire de l'ordre juridique d'autres pays, le brésilien n'a pas besoin de recourir au principe de bonne foi pour solutionner le problème de la retraite de l'offre avant l'acceptation. L'article 1.080 du C.C. détermine: "*L'offre de contracter oblige le proposant, si le contraire ne résulte pas de ses termes, de la nature de l'affaire ou des circonstances du cas*".

Quoiqu'il y ait, au champs de la preuve, évidemment, quelques difficultés pour caractériser l'offre attachante, on peut dire, techniquement, que le proposant par acte unilatéral crée, dans le patrimoine du proposé, un droit expectatif ou potestatif de conclure le contrat. C'est spécialement clair dans les cas d'offre irrévocable ou avec un délai déterminé d'efficacité. Il suit que la retraite de l'offre entraîne la responsabilité obligationnelle, c'est-à-dire, non aquilienne ou extracontractuelle.

Observons, pourtant, que l'obligation qui surgit de l'offre n'a pas *l'effet propre* d'attacher le proposant au futur contrat si la retrait de l'offre se donne avant l'acceptation. L'obligation devient dommages-intérêts.

Différemment, le *Code de Protection au Consommateur* donne efficacité pleine à l'offre. Selon son article 35, et si le consommateur le veut, le fournisseur restera obligé à l'accomplissement forcé dans les termes de l'offre (et d'ailleurs, la publicité, ou la présentation pour la consommation, de biens ou services, s'équiparent à l'offre).

6. Le pré-contract

Dans le droit brésilien, les négociations préliminaires ne se confondent aucunement avec le *précontract*. Celles là, comme c'est déjà dit, sont traitées sous l'optique de la nommée responsabilité extracontractuelle de l'article 159 du C.C., pendant que le précontract est déjà un contrat; il crée attachement juridique obligation entre les parties avant même de n'importe quel manque d'accomplissement.

Le précontract est très commun au Brésil. En 99,9% des cas de ventes d'immeubles, avant le contrat définitif, ce fait un précontract, dit *compromis* ou *promesse d'achat-et-vente*, où l'on prévoit le payement du prix en parcelles (et l'acte notarié d'achat-et-vente ne se fait qu'après le payement intégral du prix).

Tous les précontrats ont une exécution spécifique (selon l'art. 639 du Code de Procédure Civile, la sentence aura le même effet du contrat qui devrait être signé).

Il y en a qui ont, même, une action propre, par exemple, *l'adjudication compulsoire* pour les *promesses d'achat-et-vente*.

7. La bonne foi et les Tribunaux Supérieurs

Le Suprême Tribunal Fédéral a actuellement, au Brésil (Constitution de la République Fédérative du Brésil, qui est de 1988), compétence spécialement tournée vers le contrôle constitutionnel des lois, actes et décisions; ce n'est pas, donc, un tribunal similaire à la Cour de Cassation

Française. Du reste, la constitutionnalité de nos lois n'est pas examinée par avance hors du Pouvoir Législatif.

Au dessous du Suprême Tribunal Fédéral, il y a le Supérieur Tribunal de Justice qui, par le moyen des "recours spéciaux", examine des *questions de droit* et n'examine proprement pas les questions de fait, dans les procès déjà décidés par les tribunaux inférieurs. Il s'en suit de l'exposé que, étant donné que la bonne foi est normalement une question de fait, difficilement elle est examinée dans les tribunaux supérieurs. Néanmoins, cet examen peut arriver dès que, avec l'emploi de beaucoup d'argutie, l'on réussisse à démontrer que, par avance, il y a un problème de *qualification juridique* dans la matière décidée pour l'instance inférieure.

8. Autonomie privée et principe de la bonne foi

La doctrine et la jurisprudence brésiliennes ne se sont pas dédiées à l'importante question de savoir quels seraient les limites de l'autonomie privée dans l'élimination ou l'atténuation des conséquences du principe de la bonne foi.

Il nous semble, premièrement, en essayant d'interpréter "l'esprit du droit brésilien" une activité dangereuse que toutes les conventions ou clauses qui visent *directement* éliminer, ou tout simplement diminuer l'exigence de bonne foi dans la formation et exécution des contrats sont *nulles*.

Antérieurement au Code Civil, on disait déjà qu'étaient nulles toutes les conditions contraires aux bonnes coutumes et à l'ordre public; les notions de *bonnes coutumes* et d'*ordre public*, malgré leurs imprécisions, intègrent l'ordre juridique brésilien (article 17 de la Loi d'Introduction au Code Civil); les actes contraires aux bonnes coutumes et à l'ordre public sont illicites (= contraires à la loi), aussi bien que les conventions ou clauses qui visent éliminer ou diminuer la bonne foi.

Par ailleurs, les conventions ou clauses de ne pas indemniser et les conventions ou clauses qui limitent l'indemnité (par exemple, la clause de pré-fixation de dommages-intérêts) sont *valides*, car elles ne constituent pas, en principe, aucune autorisation pour agir illicitement. L'accord est valide sauf certaines hypothèses spécifiques (par exemple, dans les contrats de transport, les

clauses de ne pas indemniser sont nulles court abrégé n. 161 du STF); ce serait le cas d'une convention - valide -, faite au commencement des négociations, selon laquelle n'importe quelle des parties, à n'importe quel moment, pourrait rompre les négociations sans responsabilité par dommages-intérêts.

La conclusion que l'on peut tirer des paragraphes précédents c'est que la responsabilité extracontractuelle par dol (délict) est inamovible, car la clause de ne pas indemniser n'autorise pas la pratique de l'acte illicite, mais cette même responsabilité peut être éliminée dans le cas échéant de l'acte coupable (quasi-délict).

9. Dernières considérations

Synthèse: Le principe de la bonne foi dans la formation des contrats, soit dans son aspect subjectif soit dans son aspect objectif de règle de comportement, a une grande application dans la vie pratique du peuple brésilien; une vérification sociologique constaterait facilement que les expressions *bonne foi* et *mauvaise foi* sont les plus utilisées quand on commente une affaire accomplie. Dans le champs juridique, néanmoins, le principe de la bonne foi objective n'est pas exprimé en règle générique sur la formation contractuelle (pas même sur l'exécution contractuelle). Des nouvelles lois, spécialement la Constitution de la République (1988) et le Code de Protection au Consommateur (1990) révèlent, toutefois, une augmentation du numéro des dispositions qui se réfèrent explicitement à la bonne foi (objective).

Première conclusion: Il y a, comme l'on sait, une certaine distance dans l'ordre d'abstraction intellectuelle entre un *principe juridique*, qui est une idée ordnatrice d'un ensemble de règles, et les *règles juridiques* dans lesquelles il se reflète; c'est une distance semblable à celle qui existe entre la règle juridique et le cas concret. L'esprit monte en deux étapes, établies sur trois plans, du cas à la règle et de la règle au principe; ce que l'on gagne en découverte, l'on perd en concrétitude. Inversement, le principe étant acquis, l'applicateur du droit descend du principe à la règle et de la règle au cas. Or, avec le principe de la bonne foi l'on ne peut pas agir différemment; il s'en suit que, pour le meilleur développement de ce principe dans la formation contractuelle, il est indispensable son dédoublement en règles ainsi comme il arrive, par exemple, dans la détermination du devoir

d'informer, de ne pas révéler ce que l'on a su dans la phase préliminaire, d'indemniser les dommages causés par la rupture des négociations. Nous croyons que cette sorte de développement est aujourd'hui en pleine occurrence dans le droit brésilien. Toutefois, à mesure que les règles sont formulées, les praticiens du droit n'ont plus besoin d'appeler pour le principe de bonne foi, qui devient *ratio legis*, et non, *lex*.

Deuxième conclusion: Dans la question spécifique de la rupture des négociations, au lieu de discuter si la responsabilité est aquilienne ou contractuelle, il serait peut-être préférable d'opter pour une *troisième responsabilité*, relative à la *distribution équitative des pertes*. La responsabilité aquilienne se base sur le principe du respect et elle a ici deux inconvénients: elle exige la preuve de la faute ce qui est difficile et elle donne droit à une réparation intégrale - qui peut être lourde. La responsabilité contractuelle, de son côté, se base sur le principe de la parole donnée et elle ne semble pas adéquate aux négociations préliminaires quand les parties n'ont pas encore effectivés l'échange de ses déclarations de volonté.

Troisième conclusion: Une règle générique de la bonne foi dans la formation contractuelle comme "notion ouverte" de laquelle le juge peut se valoir semble utile mais il y a dans cela une incongruence: la même imprécision qui facilite la décision est inconvenue pour les parties. Comment obéir à une règle imprécise? Il semble qu'il vaudrait mieux admettre, non une règle générique dans la formation contractuelle, mais une *norme suppletive* qui fixerait les exigences pour une possible indemnisation, ainsi: devant la confiance créée et les pertes souffertes, devant la relation de cause et effet entre les négociations et les pertes (relation de causalité) et devant l'absence de la mauvaise foi du préjudiqué - *trois exigences* le juge arbitrera l'indemnisation. La responsabilité pour les dommages résultants des faits dans la formation contractuelle, également à d'autres cas de responsabilité non fondée dans la faute ni dans l'inexécution des obligations, serait fondée dans le principe plus grand, de solidarité sociale, qui justifie la *distribution équitative des pertes*.

LAS COPIAS DE OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR REALIZADAS EN BRASIL PARA LA DOCENCIA O LA INVESTIGACIÓN*

Antonio Chaves

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo
Consejero de la ATRIP y de la Inter American Bar Association.

Resumo:

Temas abordados no presente artigo:

As reproduções para usos de bibliotecas e arquivos públicos; o SIR, Serviço de Informação e Reprografia da Divisão de Biblioteca e Documentação da Universidade de São Paulo, a microfilmagem, sua legislação e relação com os direitos do autor e a UMI, University Microfilms International.

A reprodução de fotografias para fins de computação de dados e sua relação com o art. 49 da Lei 5.988 e a Lei 7.646, de 18.12.1987. O fax simile.

O "Comut", programa de computação bibliográfica, o serviço de disseminação seletiva de informações (SDI), seu sistema e maneiras de utilizá-lo. Problemas relacionados aos direitos do autor e o referido programa.

Finaliza com uma proposta de base para estudo da questão da reprodução de obras protegidas.

Abstract:

Themes of the present article:

Reproductions for use by libraires and public archives; the SIR, Information and Reprography service from the Library and Documentation Division of the University of São Paulo, microfilming, its legislation and relationship with the rights of the author and UMI, University Microfilms International.

The reproduction of photographs with the objective of data processing and its connection with the section 49 from the Law 5.988 and the Law 7.646 of December 12, 1987. The fax simile.

The "Comut", a bibliographical computer program, the service of selective dissemination of information (SDI), its system and ways to use it. Problems related to the rights of the author and the mentioned program.

* *Ponencia* apresentada al Congreso de Salamanca de la International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property - ATRIP, 7-9 octubre 1991.

A basic proposal for the study of the question of the reproduction of protected works.

Reproducciones para uso de bibliotecas y archivos públicos

El problema viene llamando la atención de un amplio sector de interesados, principalmente los beneméritos bibliotecarios, que sienten que este asunto incluye implicaciones de naturaleza autoral que ellos no saben cómo definir. Esto no sorprende, puesto que especialistas no han encontrado hasta ahora la solución adecuada.

El *Diario del Congreso Nacional*, II, del 16.05.1978, p. 2194, publicó el Proyecto de Ley del Senado, n. 284, que dispone sobre la instalación de servicio de reprografía en las bibliotecas y archivos de la Administración Federal, que se realizará en un plazo de 365 días de la vigencia de la ley y que se destina a atender a los organismos en los cuales esté instalado, que lo soliciten, y a ejecutar trabajos para consulentes ajenos, mediante tasa mínima arbitrada de acuerdo con el simple costo de la ejecución.

En el mismo periódico, el 22.11.1977, p. 6896-7, presentaba su justificación el Senador Vasconcelos Torres, quien, tras encarecer que la idea se vincula a los principios de la libertad y de la economicidad, observa que raramente el gran público tiene acceso a biblioteca y archivos.

El suministro de ese tipo de servicio es hoy una práctica universal en los países más desarrollados del mundo.

Y dentro de ese espíritu se inscribe la actuación de la Coordinación de Actividades Culturales, involucrando diversos organismos, entre los cuales está justamente el Servicio de Información y Reprografía de la División de Biblioteca y Documentación de la Universidad de São Paulo.

La finalidad principal del referido Servicio (SIR) es el suministro a los interesados, mediante requisición en formularios apropiados, de trabajos reprografiados, o sea, reproducciones de publicaciones en revistas especializadas, técnico-científicas, nacionales o extranjeras, que existen tanto en los acervos locales como también en el interior del Estado de São Paulo, en otros estados y en el exterior. A tal efecto, el Servicio mantiene intercambio bibliográfico con bibliotecas y centros congéneres, nacionales y extranjeros. Este tipo de actividad en el campo de la documentación, de carácter eminentemente cultural, tiene el

objeto de favorecer la actualización de conocimientos de los profesores, a través de la información a corto plazo que suministran los artículos publicados en revistas, evitando la enorme pérdida de tiempo que causaría la búsqueda de dicho material.

Micropelículas

La Resolución DAC 31, de 1978, instituyó el Plan Nacional de Micropelículas de Periódicos Brasileños, con el objetivo de identificar, localizar, organizar, recuperar y preservar el acervo hemerográfico brasileño, con vistas a su recuperación para la Biblioteca Nacional y aun facilitar la consulta de los mismos.

No obstante, ese Plan sufrió modificaciones, a través de la Resolución n. 23 del Secretario de Cultura del Ministerio de Educación, publicada en el Diario Oficial de la Unión el 01.12.1982, la cual, al determinar que la mencionada esa Biblioteca sería el "*organismo de coordinación y ejecución del Plan*", le impuso, entre otras atribuciones:

"d. conservar en perfectas condiciones técnicas de uso y reproducción todo el acervo de micropelículas que resulte de la ejecución del plan, ejerciendo aun severo control sobre los negativos, las matrices y su duplicación;

e. promover la divulgación del acervo a que se refiere la alinea anterior, a través de la publicación y distribución de catálogos;

f. efectuar permutas con micropelículas que consten en ese acervo, tanto a nivel nacional como internacional";

y también

"g. colocar el acervo al alcance de los usuarios, a través de aparatos apropiados y adecuados".

En lo concerniente a la competencia de la Biblioteca para localizar, identificar, organizar, recuperar y preservar la memoria periodística, no hay objeciones.

Pero no hay tanta tranquilidad en lo referente a la permisión, o mejor, a la obligatoriedad de cuidar de la reproducción y duplicación de ese acervo para fines de permuta con entidades congéneres, inclusive las internacionales.

¿No será, en muchos casos, necesaria la autorización de los titulares de derechos?

Circular que expidió Lúcia Rangel, Gerente del Departamento de Representaciones de José Olimpio Editora, de Río de Janeiro, coloca a disposición de las instituciones que desarrollan algún tipo de investigación, disponen de curso de posgrado o desean mantener su acervo siempre actualizado en informaciones, las publicaciones de la *University Microfilms International - UMI*, que la mencionada casa editora representa con exclusividad en Brasil. Especialmente lo referente a material de difícil acceso, como sean:

Tesis de Doctorado 1 millón de títulos;

Periódicos Técnicos y Científicos - 13.000 títulos;

Libros Raros/Fuera de Impresión 100.000;

Colecciones de Investigaciones 122;

- Información Técnica Japonesa resumen de 750 revistas.

Entre los diversos servicios bibliográficos, ofrece gratuitamente relación de los materiales de que dispone sobre determinado asunto, así como otras clases de informaciones.

Los sectores de investigación se clasifican desde A hasta Z. Como por ejemplo: Astronomía, Energía, Geología, Parasitología, Salud Pública, Sociología, Zootecnia y otras.

Con vistas a atender a las diversas necesidades de bibliotecarios, técnicos y científicos y considerando aspectos como reducción de costos, ahorro de espacio, durabilidad y calidad de la obra, la *UMI* podrá suministrar sus materiales bajo distintas formas (microfichas, micropelículas y copias xerográficas).

Ponderando que aquella Resolución no limita su alcance a los periódicos que ya sean de dominio público, supone Eduardo Vieira Manso, *La*

Realización de Micropelículas de Periódicos por la Biblioteca Nacional (O Estado de S. Paulo del 18.12.1982) que la Biblioteca podrá ("deberá", según la norma ministerial) reproducir periódicos enteros, a través de la recuperación de micropelículas, independientemente de autorización de los verdaderos titulares de los respectivos derechos de autor, cuyo ejercicio la Constitución Federal impone que se atribuya exclusivamente al autor (en el caso a la empresa periodística, por tratarse de obra colectiva, según la regla que consta en el art. 15 de la Ley 5.988/73):

"Aunque la interpretación de las normas que limitan y excepcionan los derechos de autor deba hacerse restrictivamente por su naturaleza excepcional, y no obstante entre ellas (cf. art. 49 y sig. hasta 51 de la citada Ley 5.988) no exista ninguna que autorice la reprografía de las obras protegidas para formar acervos de bibliotecas y archivos públicos en Brasil, se admite, considerándose la finalidad social de aquellos organismos y el interés público de la actividad, que la micropelícula, para preservación de las obras que ya integren el acervo de la biblioteca o del archivo público se haga sin previa y expresa autorización de los autores y hasta sin cualquier remuneración. En fin de cuentas esa preservación de la memoria intelectual nacional interesa también a los autores de las obras preservadas, como interesa sobremanera a la cultura nacional. Sin embargo, a partir de ahí, autorizar o, peor aun, imponer a la Biblioteca Nacional que sea depositaria nata de tal memoria y que también suministre copias a terceros y al público en general, indiscriminadamente, es una indiscutible violación de la garantía constitucional que prevé el párrafo 25 del art. 153, del texto de 1967/69, (hoy art. 5º nº XXVI), además de consistir en flagrante ilegalidad por violación de los derechos reconocidos

específicamente en los artículos 25 y siguientes de la Ley n° 5.988 y en los arts. 30 y siguientes de la misma ley".

Lo que sorprende es que entre la Secretaría de la Cultura y el extinto Consejo Nacional del Derecho de Autor, ambos organismos técnicos bajo la jurisdicción del Ministerio de Educación, no se haya establecido un intercambio de consultas para evitar el mal que se aproximaba.

Reproducciones de fotografías para fines de computación de datos

El art. 49 de la Ley 5.988 enumera siete casos que no se consideran ofensa a los derechos de autor, además de la libertad de paráfrasis y parodias, en los términos del art. 50, y de la reproducción de fotografías en obras científicas y didácticas, en los del art. 51.

La Ley 7.646, de 18.12.1987, que reglamenta la protección de la propiedad intelectual sobre programas de computador y su comercialización en el país, dispone:

"Art. 7º - No constituyen ofensa al derecho de autor de programa de computador:

I - la reproducción de copia legítimamente adquirida, siempre que sea indispensable a la utilización adecuada del programa;

II la citación parcial para fines didácticos, siempre que se identifiquen el autor y el programa al que se refiere;

III - la ocurrencia de semejanza de un programa a otro ya existente, cuando suceda por fuerza de las características funcionales de su aplicación, de la observancia de preceptos legales reglamentarios, o de normas técnicas, o de limitación de forma alternativa para su expresión;

IV - la integración de un programa, manteniéndose sus características esenciales, a un sistema aplicativo u operacional técnicamente indispensable a las

necesidades del usuario, siempre que sea para uso exclusivo de quien la promovió".

Añade, un tanto dislocadamente, el art. 37:

"Párrafo Unico - Lo dispuesto en este artículo no se aplica a programas internados exclusivamente para demostración o evaluación de mercado en ferias o congresos de naturaleza técnica, científica o industrial".

Admite aun el art. 30 de la Ley 7.646 la importación o la internación de copia única de programa de computador que se destine a utilización exclusiva por parte del usuario final. Es una medida indispensable para facilitar el acceso a las fuentes extranjeras con el propósito de mejorar la eficiencia del sistema nacional.

En los casos de transferencia de tecnología de programas de computador será obligatoria, de conformidad con el art. 31 y su párrafo, incluso para fines de pago y deductibilidad de la respectiva remuneración, y demás efectos previstos en esta Ley, la inscripción del contrato en el Instituto Nacional de Propiedad Industrial - INPI.

Para la inscripción de que trata este artículo, además de la inexistencia de capacitación tecnológica nacional, queda obligatorio el suministro, por parte del proveedor al receptor de tecnología, de la documentación completa, en especial del código fuente comentado, memorial descriptivo, especificaciones funcionales e internas, diagramas, flujogramas y otros datos técnicos necesarios a la absorción de la tecnología.

Facsimile

Los mismos principios se aplican en lo referente a la reproducción de partes de obras por medio del fax, cuyo uso se disemina cada día más. Hasta la fecha, de la falta de reglamentación no resultaron problemas legales ni surgieron controversias ante los tribunales, aunque, como el xerox y la fotografía, pueda alterarse y modificarse su original, posibilitando el surgimiento de problemas hasta de naturaleza penal.

El COMUT; Conmutación bibliográfica. El Servicio de Disseminación Selectiva de Información (SDI)

El Ministerio de la Educación y Cultura, la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior CAPES/MEC y el Instituto Brasileño de Información en Ciencia y Tecnología, SEPLAN/CNPq/BICT crearon, a través de la Resolución n. 456, del 05.08.1980, el COMUT - Programa de Conmutación Bibliográfica. Se trata de un servicio mediante el cual los usuarios de bibliotecas, centros de documentación y bancos de datos pueden obtener copias de documentación pertenecientes a instituciones similares que integran una misma red o sistema. El instrumento para adquisición de copias de documentos es el cupón "Comut", en forma de sello. Cada cupón representa un o más originales (páginas) fotocopias.

Telegrama del 18.08.1982, del extinto Consejo Nacional de Derecho de Autor CNDA, contestado en oficio del 28.11.1982 del Programa de Conmutación Bibliográfica, dio origen al proceso n. 422. Manifestó el Consejo que el procedimiento en cuestión debería ajustarse a las normas relativas al Derecho de Autor, por medio de implantación de sistema que preserve los derechos de los distintos titulares de los artículos reproducidos, permitiendo la ley la extracción de una única copia para uso propio, sin el propósito de lucro, siendo irrelevante el argumento de la promoción del desarrollo cultural y del fomento de investigaciones.

Es ese antiguo prejuicio del propósito de lucro, que contiene, como tantas otras leyes, la brasileña n. 5.988/73, art. 49, que no considera ofensa a los derechos de autor "*II. la reproducción de cualquier obra en un único ejemplar, siempre que no se destine a utilización con propósito de lucro*", se mantiene, desdichadamente, en el Proyecto de Ley n. 5.430, de 1990, art. 50, n. II, en trámite en el Congreso Nacional, lo que dificulta la solución del problema de la reprografía.

Y así es que sirvió de fundamento para que la abogada del CNPq Marcia Raphanelli de Brito, en parecer aprobado el 03.12.1984, defendiera la legitimidad del procedimiento adoptado por el COMUT, que en nada es semejante a la "venta comercial" de cuadernos, resaltando que "*la implantación del sistema con el objeto de preservar los derechos de los titulares de los artículos*

reproducidos sería extremadamente caro para el Programa, en virtud, especialmente, del elevado número de artículos extranjeros que se reproducen".

Lo cual evidentemente no justifica lo que en tantos casos ocurrirá, que es la violación del principio fundamental que reserva al autor el derecho de utilizar, aprovechar y disponer de su obra.

De ahí nuestra convicción de que el punto de partida únicamente puede ser la poco satisfactoria formalidad de un pedido de fotocopia, por escrito, uniformizado mediante impreso, con indicaciones de la obra, del autor, de la edición y de las páginas que se desea.

El pago podría realizarse anticipadamente por las empresas multiplicadoras al adquirir esos impresos en bloques, pudiéndose p descuentos para grandes cantidades.

Quiénes ahorran el trabajo de transcribir páginas y páginas mediante un costo insignificante no pueden hurtarse al cuidado de apuntar esos pocos datos fundamentales, que corresponderán, para efectos del cálculo y pago de los derechos de autor, a las planillas de las ejecuciones musicales. El encargado de la máquina los coleccionará y los enviará periódicamente al encargado que los anotará; esta modalidad permitirá que se calcule la retribución a pagar en los debidos casos, que se verifique si los autores u otros titulares de derecho son nacionales o extranjeros, etc., facilitando las estadísticas y los pagos correspondientes.

La biblioteca o el encargado de xerox que no esté en condiciones de hacer personalmente un trabajo de esta naturaleza o de encargar a alguien que lo haga, no es digno de continuar en esa actividad y debería ser prohibido de seguir copiando cualquier trabajo del cual resulte el pago de derechos autorales.

Invocarán, sin duda, el principio de la libertad de trabajo, principalmente cuando sea de carácter profesional. Nadie se la nega, pero la verdad es que no se puede ejercer esa libertad en perjuicio de intereses legítimos.

Y el pequeño servicio que de ellos se pretende, la contribución insignificante que se les exige, indudablemente compensarán, y mucho, el trabajo, los gastos y las contrariedades que podrán tener, no solamente en lo concerniente a la rigurosa fiscalización que será necesario establecer a su

actividad, como también a las acciones judiciales por violación de derechos de autor, que fatalmente deberán enfrentar.

Propuesta de base para estudio

Refundiendo propuesta anterior de nuestra autoría, con aprovechamiento parcial del anteproyecto de modificación de la ley belga de Frank Gotzen y de sugerencia que contiene el Anteproyecto de Ley que "*Regula la reproducción de obras protegidas y da otras providencias*", enviado mediante oficio fechado del 05.07.1985 por la Cámara Brasileña del Libro y Sindicato Nacional de Editores de Libros al Presidente de la Comisión de Estudios del extinto Consejo Nacional de Derecho de Autor, ofrecemos como base para discusión la siguiente propuesta, partiendo del supuesto de que salvo manifestación en contrario - el titular del derecho dio su consentimiento a la extracción de copias, mediante justa compensación:

1. Sin perjuicio de los derechos morales de los autores y mediante remuneración equitativa destinada a éstos y a los editores de los ejemplares utilizados para la copia, se admite la reproducción gráfica de obras literarias y artísticas amparadas por el derecho de autor, siempre que se limite a la estricta medida justificada por la finalidad de información y sin cualquier otro préstamo relativo a las actividades propias a la edición.

2. Toda y cualquier copia, mediante sistema de micropelícula, xerox o similar de obra protegida, admitida exclusivamente para uso personal, solo podrá efectuarse por entidades debidamente registradas en organismo oficial, especificando la finalidad de la reproducción, el modelo de las máquinas copadoras y el número de serie de cada uno de ellas.

Se registrarán solamente las máquinas copadoras que dispongan de control mecánico o electrónico, que posibilite la verificación del número de copias producidas.

3. Esas entidades no podrán disponer de más de un centro de copiado. La solicitud deberá hacerse mediante un impreso que se llenará con la indicación del autor, de la obra, del editor, de la edición y de las páginas solicitadas - que no deberán exceder del 10% de la obra en dos ejemplares, uno de los cuales se enviará a la entidad recaudadora de carácter civil, existente o que

venga a organizarse, mediante autorización del organismo oficial competente, que archivará una de ellas, quedando la otra guardada en el mutiplicador, por un período de un semestre por lo menos.

4. Deberá pagar la remuneración equitativa por cualquier procedimiento de reproducción quien mantenga a título oneroso o gratuito un aparato de reproducción a disposición de otros.

5. El precio de cada página, foto, dibujo, plan, etc., se fijará de modo a destinar el 10% por concepto de derechos autorales, que se destinará al fin del día de trabajo a un fondo especial para los autores, en la proporción del 33%, y a los editores el restante.

6. Administrará ese fondo el organismo oficial correspondiente, mientras no se contituya una asociación de carácter civil sin propósito de lucro, mediante un descuento para fines de administración, que en los primeros dos años no podrá exceder los 15% del total que se recaude y se reducirá progresivamente en los ejercicios subsiguientes, hasta un máximo de 5%.

7. Las reproducciones que aquí se consideran no podrán cederse a quien no las haya solicitado, so pena de que, como cualquier otra reproducción de obra protegida hecha en desacuerdo con las presentes disposiciones, se la considere una falsificación.

A largo plazo, se podría pensar en una solución mediante aparatos especiales, que efectúen el pago de los derechos autorales mediante introducción de una moneda.

El documento *Photocopying and Copyright*, propuesto por la Aslib, informa que el Consejo Británico de Derechos de Autor reconoce su necesidad y el hecho de que la responsabilidad por cualquier violación debe imputarse a la propia persona que saca la copia; a tal efecto suministra un aviso que se pega sobre la máquina, sobre los derechos de autor (inclusive para copadoras de oficina). Como muchas bibliotecas disponen de copadoras accionadas por moneda, con vistas a disminuir las exigencias de mano de obra, la situación podría ser considerada una extensión de autoservicios de copiado normal o sencillamente una provisión de espacio para las copadoras.

Pero pronto se superará esta fase de la moneda.

La imprenta del 27.03.1987 anunciaba que la empresa *Signal Industria e Comércio Ltda.*, con sede en São Paulo, desarrolló una ficha

electrónica inductiva de cartón, resistente al agua, formada internamente con microcélulas de aleación especial, con microfusibles.

Su producción empezó en febrero de ese año con aproximadamente cien mil fichas y está prevista para varios millones al mes, destinándose tanto a tocadiscos, aparatos telefónicos, puertas, juegos electrónicos, etc.

El sistema presenta ventajas incontestables: evita recoger, contar y embalar monedas o fichas metálicas; costa menos, no admite falsificación por la imposibilidad de reconectar sus fusibles microscópicos, libra las empresas de una serie de gastos con mantenimiento y dispensa el pago de regalías por el cartón magnético de patente francesa.

Pero la verdad es que no es fácil encontrar solución para el problema, en virtud de varios factores:

a. falta de conocimiento por parte de la población, que deberá ser previamente objeto de amplia campaña de persuasión, dirigida no solamente a cada persona o institución que utilice un aparato, sino también a los propios autores y editores, sobre la imprescindibilidad de una solución de un problema cuya tendencia es agravarse con el tiempo;

b. ausencia de estadística de las obras reproducidas, de los libros y periódicos cuyas páginas hayan sido xeroografiadas con más frecuencia, cuántos son, cuál es el objetivo de la copia;

c. necesidad de un registro de las máquinas copadoras de partes de obras protegidas y de la definición de su extensión;

d. un folleto explicativo, de fácil comprensión, que contenga los dispositivos legales pertinentes, disponible en cada copidora;

e. constitución de una asociación sin finalidad de lucro, cuya función será recaudar y distribuir equitativamente los derechos correspondientes.

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE INDEXAÇÃO DE CONTRATO PELA VARIAÇÃO DE MOEDA ESTRANGEIRA

Carlos Alberto Bittar

Professor Associado do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Advogado militante

Resumo:

Discute-se, entre nós, a respeito da validade de cláusula de indexação de contrato do *dólar turismo*, em razão da proibição legal de estipulação em moeda estrangeira. Entende-se, no entanto, válida a previsão, salvo explícita vedação legal, pois constitui mero mecanismo de atualização de valor, que a inflação justifica no equilíbrio contratual.

Abstract:

In Brazil, payments in foreign currency can not be established by contracts. However, provisions based on the change of value of *dólar turismo* have to be considered valid, unless expressly prohibited by law, for they are just money - correcting.

Sumário:

Contrato: cláusula de indexação pela variação do denominado *dólar turismo* - Ajuste expresso feito pelas partes Inexistência de óbice legal, que se restringe à estipulação de pagamento em moeda estrangeira (Dec.-lei 857, de 11.9.69)
Contrato de trato sucessivo, em que a cláusula se funda na autonomia da vontade e realizado de boa-fé Impossibilidade superveniente de alegação de ilegitimidade, que feriria o princípio da boa-fé, subordinando o devedor aos sancionamentos próprios.

1. Discute-se, na doutrina, a respeito da possibilidade de utilização, em contrato, de indexador baseado na oscilação de moeda estrangeira, diante da legislação vigente, bem como da respectiva força vinculatória. Cuida-se de definir a legitimidade, ou não, de cláusula de correção, em contrato de trato sucessivo, estipulada com base na variação de cotação do denominado *dólar turismo* (ou outro), frente à conhecida proibição de pagamento em moeda estrangeira para

obrigação exigível no país, assim como de seu alcance posterior, uma vez contratada (Dec.-lei 857/69).

2. Afigura-se-nos, de início, de fácil alcance a distinção entre estipulação em moeda estrangeira, que pode recusar o curso legal do cruzeiro, e indexação de débito com base em oscilações de cotações do dólar norte-americano, que em nada atinge o fluxo natural da moeda nacional.

3. É que a vedação legal, que se inclui na linha da proibição de cláusula-ouro em contrato está relacionada à necessidade de garantir-se a fluência da moeda do país. Trata-se, assim, de norma assecuratória de exclusividade à moeda nacional, na defesa da respectiva economia.

Diverso é o sentido da cláusula de indexação, que procura preservar o poder de troca da moeda diante da constante inflação que tem atingido nossa economia. Ora, nesse passo, essa a cotação funciona como mero indicador na atualização do valor-base previsto no contrato. Não constitui, pois, estipulação em moeda estrangeira, mas sim simples mecanismo de determinação do valor real da obrigação de pagamento, como qualquer outro índice, diante do extenso elenco ora existente, face à complexidade alcançada no mundo negocial.

4. Entendemos, assim, desde logo, perfeitamente legítima a sua adoção em ajuste firmado para execução no país, pois em nada se contrapõe à legislação mencionada, dentro da autonomia reconhecida às partes na definição do conteúdo de contratos de seu interesse. Ademais, com nenhuma outra norma legal conflita essa disposição, permitindo, ao revés, dentro do universo dos esquemas de proteção do poder aquisitivo da moeda, a adequação do valor aos efeitos negativos decorrentes da inflação.

5. Parece-nos evidente, de outro lado, que, sempre que exista regra legal vedatória, nula será a estipulação com base no índice mencionado, como acontece, por exemplo, na legislação sobre inquilinato, em que está proibida, por expresse, tal previsão (Lei 8.245, de 18.10.91, arts. 17 e 85).

Fica, nesse caso, inviabilizada a fórmula, em razão da disposição de ordem pública contrária.

6. Não havendo, no entanto, comando explícito em caráter negatário, prospera a autonomia das partes na contratação e, uma vez reduzida a escrito a cláusula indexatória, passa a valer em suas relações, não admitindo posterior recusa.

Aliás, a adoção da referida técnica retrata a preocupação, presente em qualquer contratação de vulto realizada no país, com a perda do poder de compra da moeda, face à insistente inflação apurada a cada época e a cada mês, de uns tempos a esta parte. A necessidade de segurança, que deflui, de um lado, do enfraquecimento da moeda nacional e da estabilidade da moeda norte-americana e do esquema comparativo que permite é, ademais, ponto nevrálgico em contratos de maior vulto.

7. É, pois, na linha da correção monetária de valores contratuais que as partes têm obtido resguardo, em razão da constante inflação que se verifica em nossa economia, desequilibrando situações não acobertadas por cláusulas próprias de atualização.

8. Essa é a tônica nos contratos de prazo ou em obrigações outras em que o fator tempo interfere, razão pela qual, hodiernamente, todos os ajustes prevêem alguma modalidade de reajuste compatível. Em outras hipóteses, a indexação decorre de legislação específica, não se observando, pois, a regra, antes geral, da prevalência do nominalismo monetário.

Diante da consciência da futura inflação, inserem-se as cláusulas de correção, garantindo-se que se preserve o valor da moeda contratual, atualmente sob plena acolhida da doutrina.

9. Enfocando a temática da indexação do contrato por meio de cláusulas de reajuste, em suas lições sobre direito civil, realça Orlando Gomes os meios técnicos para correção dos efeitos negativos da depreciação monetária, lembrando as cláusulas de reajustes e, depois de ressaltar a proibição legal de previsão de cláusula-ouro, escreve, *verbis*:

"Para fugir a essa proibição, as partes começaram a inserir, nos contratos, cláusulas pelas quais a quantia a ser paga é fixada em função das variações de determinado índice econômico, como, por exemplo, o

valor-ouro, divisas estrangeiras e valor divisas) já que não proibidas e por não contrariarem as disposições legais sobre o curso forçado do cruzeiro papel;

2. *A validade da cláusula de escala móvel não depende nem da personalidade dos contratantes, nem do índice escolhido. Somente é inválida a cláusula de escala móvel quando seus efeitos forem contrários a uma lei de ordem pública, como aquela que congela aluguéis ...;*

3. *Os tribunais brasileiros reconhecem as modificações do poder aquisitivo da moeda e procuram corrigir o desequilíbrio entre as prestações das partes causado por este motivo, como acontece em matéria de desapropriação ..." (A cláusula de escala móvel, São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 132-133).*

Concluindo, depois, suas idéias sobre o tema, ressalta que:

"Na luta pela adoção da cláusula de escala móvel, militam juntas a segurança e a justiça, para garantir a cada um o que é seu hoje e o que será seu amanhã, para dar ao índice o papel que a moeda já não pode exercer de ponte entre o presente e o futuro ..." (Ibid., p. 169).

12. Pode-se, aliás, assentar que sempre a doutrina se posicionou a favor dessas cláusulas, diante da necessidade de se resguardar o equilíbrio no contrato, afetado por depreciações ocorridas com o valor da moeda circulante.

Em nosso país, é mesmo tranqüilo e pacífico o entendimento da doutrina atual (v. a respeito, dentre outros autores, Washigton de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 2, p. 74; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil: teoria das obrigações*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, v. 2, p. 83 e ss., em que analisa as cláusulas de escala móvel e de correção monetária, admitindo expressamente a pactuação para evitar-se o

aviltamento ou a desvalorização da moeda, respeitadas as normas da ordem pública).

13. De nossa parte, salientamos em volume de nosso curso de direito civil, referindo-nos à obrigação pecuniária:

"Mas a obrigação pecuniária deve ser originariamente estipulada como tal, podendo as partes, no contrato, prever as formas de correção possíveis, por meio de revisão de valor, conforme preço do bem ou índice geral do custo de vida (escala móvel), ou por índices oficiais (correção monetária), mantendo-se as correspondências nas prestações. Há também reajustamentos previstos em lei, em vários setores (como na locação, na venda a prestação, de empréstimo, de financiamento, etc). A correção monetária, que se destina a atualizar o valor do dinheiro, mantendo seu poder de compra, pode, assim, ser contratual ou decorrer de lei, ficando a respectiva indexação, de regra, sob a vontade das partes, respeitados sempre os limites que a ordem jurídica impõe..." (Direito das obrigações, Rio, Forense Universitária, 1990, p. 53).

14. Posiciona-se a jurisprudência, aliás, depois de certa vacilação inicial, francamente favorável a tais cláusulas, de vez que a correção monetária se integrou, em definitivo, em nossa cultura econômica. Inúmeros são os julgados em que se admite a cláusula de reajuste e a conseqüente correção monetária do valor da obrigação e em figuras contratuais as mais diversas, mesmo quando referenciadas a títulos de crédito e inclusive com notas promissórias.

Do extenso elenco de decisões que detectamos, destacamos acórdãos do Supremo Tribunal inseridos em: RTJ 49/89, 53/378, 56/858, 57/883, 59/848, 61/104, 65/157, 67/769, 69/736, 81/42, 101/765, 120/451, dentre vários outros. Ademais, nas diferentes instâncias tem prosperado a mesma orientação e com a latitude exposta (dentre inúmeros outros, v. acórdãos em: RJTJESP 81/42,

98/71; JTA 82/430, 88/111, 92/13, 93/62, 94/49, 108/108, 112/64; RT 571/105, 579/35, 614/49 e 637/115).

Realce-se, a propósito, que os tribunais enfrentaram, com firmeza, sob as diretrizes traçadas pela doutrina, tanto questões referentes à correção em si, quanto relativas à indexação com base em variação de moeda estrangeira, declarando a sua plena adequação ao sistema legal vigente (v. em especial as decisões inseridas em RJTJESP 81/42 e 98/71; JTA 92/13 e 112/64; RT 571/105 e 614/49; e JSTF 93/130), inclusive em questões que envolviam títulos de crédito (v. JTA 112/64 e RT 637/115) e interpretação do alcance da proibição da cláusula-ouro (RT 460/160).

15. Prevaecem as mesmas diretrizes no direito comparado, em que as cláusulas de reajuste recebem nomes diferentes, tais como: cláusulas de salvaguarda, de estabilização, de garantia e de premunicação.

16. Discorrendo sobre o tema, com a profundidade característica, acentua Luiz Díez-Picazo:

"El nominalismo conduce, cuando las oscilaciones del valor intrínseco o del poder adquisitivo de las monedas o del dinero son muy grandes, a unas consecuencias evidentemente injustas, que sólo por razones de seguridad jurídica pueden imponerse y que adquieren una extraordinaria gravedad cuando tales oscilaciones en el valor del dinero conducen en la práctica a una desaparición de este valor. Ello hace que haya habido que buscar remedios para evitar tales consecuencias y que se hayan intentado articular medidas de conexión de la aplicación rigurosa del sistema nominalista".

Adiante, depois de mencionar o critério da lei, cuida da cláusula de natureza convencional ou negocial, frisando:

"A través de ellos, son los mismos interesados quienes, por medio de los pactos y disposiciones que

establecen, tratan de evitar en sus mutuas relaciones las consecuencias que para ellos llevaria aparejada la normativa general en materia monetaria. En terminos generales a todo este tipo de pactos o disposiciones se le puede llamar 'cláusulas de estabilización', en la medida que tienen por objeto estabilizar entre las equilibrio de las prestaciones'

Em outro passo, pontifica:

"Les llamadas cláusulas de estabilización pueden ser de dos tipos completamente distintos:

1ª. Cabe, en primer lugar, que las partes traten de substituir en sus negocios y transacciones la valuta ou moneda nacional por otro signo diferente. Por exemplo: el oro y la plata, una moneda extranjera, etc.

2ª. El segundo tipo posible de cláusulas estabilizadoras es el de aquellas disposiciones negociales por medio de las cuales las partes, al establecer o fijar una prestación pecuniaria, cujo cumplimiento queda diferido para un momento posterior, determinan la relación que existe entre la suma de dinero objeto del pacto y el precio o valor de una determinada mercancía o de unos determinados índices, quedando obligados a reajustar la suma dineraria debida, de acordo com aquella proporción, para el caso de que el dinero experimente con el curso del tiempo alguna variación. Aquí non se trata de substituir el dinero o la valuta nacional como medio de pago, sino de establecer una equivalencia e imponer convencionalmente un posterior reajuste".

Por fim, lembrando Roca Sastre, conclui o citado autor:

"Las cláusulas de estabilización tratan de lograr que la prestación consista realmente en una cantidad de

dinero que represente en el momento del pago el mismo valor que dicha suma tenía en el momento de constituirse la obligación, en relación con su poder adquisitivo" (Fundamentos del derecho civil patrimonial, Madrid, Tecnos, 1972, p. 459-460).

17. Do mesmo sentir é o monografista Antonio Pinto Monteiro que, após realçar o caráter de previsão contra riscos da depreciação da moeda que as cláusulas possuem, assinala:

"Entre nós as cláusulas estabilizadoras são permitidas. Solução de aplaudir, visto que permitem a defesa antecipada das partes contra o risco de depreciação da moeda, fomentam um equilíbrio equitativo das prestações contratuais, evitam a paralisação do tráfego econômico e permitem a defesa das categorias sociais mais desfavorecidas, principais vítimas da inflação" (Inflação e direito civil, Coimbra, Almedina, 1984, p. 20).

18. Nessa linha encontram-se, aliás, todos os autores que, no exterior, têm versado o tema, de que enumeramos: Jean Wasilkowski, que mostra a evolução ocorrida a respeito na jurisprudência (*Contribution à l'étude du problème de la valorization*, Paris, Sirey, 1929, p. 21 e ss. e 37 e ss.) e George L. Pierre-François, que acentua que, diante da inflação, a moeda perde o caráter de instrumento de intermediação das trocas; daí, a premunicação das partes contra esse fenômeno (*La notion de dette de valeur en droit civil: essai d'une théorie*, Paris, Librairie Générale, 1975, p. 96 e ss. e 103 e ss., em que, ademais, realiza ampla discussão sobre o alcance das cláusulas e o labor da jurisprudência em inúmeras situações práticas).

Aliás, a doutrina estrangeira vem, de longa data, cuidando da matéria e refletindo a preocupação dos juristas diante de efeitos negativos da inflação em situações contratuais, e em outras questões em que se operaram câmbios sensíveis na vida social (v. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale, 1949, p. 160 e ss.; René Savatier, *Les*

métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris, Dalloz, 1964, p. 48 e ss., dentre outros autores).

19. Foi exatamente diante do trabalho da doutrina que a jurisprudência conseguiu, de há muito, estabelecer a distinção entre cláusula-ouro e cláusula de reajuste, a primeira vedada e a segunda acolhida pela ordem jurídica (como nos textos da *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, p. 589 e ss.; 1932, p. 210 e ss.; 1933, p. 56 e ss.; 1951, p. 338 e ss., dentre outros tantos).

Assentou-se, com isso, a distinção entre a efetividade da contratação em ouro ou em moeda estrangeira (vedada) e a simples correlação com o dólar, ou outra moeda, como elemento indexador (admitida).

20. Encontra-se, ademais, perfeitamente ajustado à hipótese vertente, o indexador referido, pois inexistindo óbice legal à matéria, passa ela a situar-se no domínio da autonomia reservada às partes para a regulação de seus interesses.

Com efeito, no universo fático, ações existem que se situam em plano atingível pela simples vontade das partes, diante, precisamente, da ausência de vedação no ordenamento legal.

Nesse sentido, as relações contratuais são firmadas e dominadas por um princípio básico, o da autonomia da vontade, consoante a qual podem os interessados dispor, em forma de regras, as ações que lhes parecem convenientes na busca de efeitos permitidos, nos limites próprios a cada situação.

21. Disserta, a propósito, Luigi Cariota Ferrara:

"Il negozio giuridico, in quanto costituisce uno dei mezzi per l'auto-regolamento dei propri interessi, in quanto è mezzo de attuazione del dominio della volontà nella sfera giuridica propria del soggetto, è il precipuo strumento dell'autonomia privata.

Tale regolamento è riconosciuto dal diritto. Anzi il riconoscimento del valore dei contratti, del testamento, ecco, in breve dei negozi giuridici, da parte

dell'ordinamento, è miglior segno che l'ordinamento stesso ammette l'autonomia" (Il negozio giuridico, Napoli, Morano, s.d., p. 54-55).

22. A respeito desse princípio cardeal, escrevemos, em outro livro do referido curso:

"O princípio nuclear do universo contratual é o da autonomia da vontade, consoante o qual as partes, em razão da liberdade natural, podem buscar livremente efeitos tutelados na ordem jurídica, através de declarações convergentes de vontade, regulando, em plano de igualdade, suas relações.

Significa, pois, o poder de auto-regulamentação de interesses privados, diante dos pressupostos de liberdade e de igualdade entre os titulares de direitos, por meio do qual as partes livremente se obrigam em torno de determinado negócio ou deixam de vincular-se, fixando as condições para a regência de seu relacionamento.

As partes têm a faculdade de contratar, ou não (liberdade contratual, ou de contratar), definindo regras para a respectiva vinculação (liberdade de escolher o contrato, de definir o seu conteúdo e a forma), dentro do âmbito de negócios suscetíveis de disciplinação pela vontade (Direito dos contratos e dos atos unilaterais, Rio, Forense Universitária, 1990, p. 34).

23. Essa é, aliás, a doutrina universal (v. René Démogue, *Traité des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, t. 2, p. 129 e ss.), que encontra plena aplicação na prática, sempre que as partes, espontaneamente, elegem determinado indexador para suas relações econômicas, frisando, no contrato, esse caráter.

Diversa é a solução, quando em moeda estrangeira se perfaz o contrato, que então incide na norma vedatória de estipulação em valores monetários alienígenos.

24. Configura-se, assim, na espécie, correção monetária contratada, exatamente para a preservação da real expressão da moeda e, não, contratação em moeda estrangeira, esta sim vedada pela lei.

Não é isso que prescreve o diploma legal restritivo de estipulação em moeda estrangeira, que se preocupa, exclusivamente, com clausulamentos que importem em restrição ao curso normal da moeda nacional.

25. Com efeito, debatendo, em toda a sua extensão, a temática da admissão, ou não, de moeda estrangeira na área cambial, o monografista Mauro Brandão Lopes assim se pronuncia:

"Em face da necessidade de garantir o curso legal do cruzeiro, declaram-se nulos todos os contratos que restrinjam ou recusem o curso legal do cruzeiro, todos os títulos que restrinjam ou recusem o curso legal do cruzeiro, todos os documentos que restrinjam ou recusem o curso legal do cruzeiro, enfim todas as obrigações que restrinjam ou recusem o curso legal do cruzeiro, inclusive quando restrinjam ou recusem esse curso mediante a estipulação de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira. Em outras palavras, o artigo não declara nulos todos os contratos, títulos, documentos e obrigações, mas tão-somente aqueles que restrinjam ou recusem o curso legal do cruzeiro" (Cambial em moeda estrangeira, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 38).

Estabelecendo, outrossim, o exato alcance do diploma citado, pontifica:

"Esse decreto-lei, na verdade, não vai além de seu explícito fundamento, estabelecendo assim que são nulas tão-somente as obrigações de efetivo pagamento em moeda estrangeira (deixando de lado o pagamento em ouro, não só porque regulamentação específica o torna inexecutável, mas principalmente porque,

desvirtuando-se, ele é impossível na cambial), e não todas as obrigações que contêm designação de pagamento em moeda estrangeira, porque essa simples designação, sem cláusula de efetivo pagamento, não tira o título do império da moeda nacional, dotada por lei de pleno poder liberatório" (Ibid., p. 48-49).

Concluindo, apresenta o seu incisivo posicionamento a respeito, dizendo que a

"legislação brasileira sobre a questão passou a consistir na proibição genérica da estipulação de pagamento efetivo em moeda estrangeira, permitida portanto a simples menção de pagamento nessa moeda, sujeita ao poder liberatório da moeda nacional" (Ibid., p. 53).

26. Distinguindo, outrossim, as duas funções que a referência à moeda estrangeira exerce em tema de *obrigações*, esclarece, com precisão, Orlando Gomes que:

"Em tese, porém, a dívida pecuniária pode ter como objeto moeda estrangeira. Se estipulado que o pagamento deve ser efetuado em determinada espécie monetária, como, por exemplo, dólares, francos ou escudos, o devedor somente se libera se pagar na moeda convencional. Mas, em outros casos, a referência contratual à moeda estrangeira faz-se apenas com o objetivo de estabelecer determinada base para o cálculo do valor da dívida (indexação). Nesse caso, a dívida pode ser paga em moeda nacional, feita a necessária conversão, que, segundo a opinião dominante, deve ser realizada pela taxa do câmbio vigente no momento em que o pagamento se efetua, e, não, como outros pensam, no dia do vencimento" (Obrigações, 4ª ed., Rio, Forense, 1976, p. 60).

27. Mostra-se, portanto, plenamente adequada a indexação pelo modo exposto, tornando-se exigível o respectivo *quantum*, pelas vias processuais competentes, caso qualquer das partes venha a escusar-se ao implemento de suas obrigações, em especial o devedor, ou eventual sucessor.

28. É que, assentado o índice, passa o credor a contar com a correção monetária, cabendo, pois, ao devedor satisfazer os pagamentos com fulcro nas variações operadas na moeda adotada.

Eventual resistência atestaria absoluta inconformidade de sua conduta com os ditames maiores que presidem a contratação privada, em particular com o princípio da boa-fé. De fato, após haver aceito a indexação, o recuo do devedor significaria esquivar-se ao pagamento contratado, com sensíveis prejuízos para o credor. De outro lado, em função da inflação constatada, seu patrimônio se locupletaria com os ingressos que não realizasse em prol do credor e, ademais, sem justo título.

29. Cercar-se-ia, assim, sua atuação de plena desobediência aos padrões éticos exigidos pelo referido princípio, que impõe a cada parte que desenvolva suas ações para a satisfação dos interesses da outra, a fim de que o contrato cumpra as próprias finalidades; vale dizer, que se realizem os objetivos econômicos postos pelos interessados no negócio efetivado.

Aliás, é de meridiana clareza a correlação referida, na exata medida do conhecimento de que contrato é mecanismo jurídico de consecução de interesses econômicos, exercendo a função social de circulação de riquezas para a realização dos vários interesses suscetíveis de regulação pela vontade individual.

30. Ora, no centro de sua construção teórica está o princípio da boa-fé, que impera em toda a sua extensão, diante da influência que a moral exerce no âmbito do direito contratual, como universalmente se reconhece (v. Georges Ripert, ob. cit., p. 79 e ss.; René Savatier, ob. cit., p. 140 e ss.; Luiz Diez-Picazo, ob. cit., p. 45 e ss; e inúmeros outros autores).

31. Escrevemos, a propósito, que:

"Presente tanto na formação, na conclusão e na execução, o princípio impregna de moralidade a atividade negocial, na defesa de valores básicos da convivência humana e de direitos ínsitos na personalidade. Com isso, o comportamento da parte, em todos os diferentes momentos do relacionamento, desde a aproximação à consecução de todas as obrigações, deve estar imbuído de espírito de lealdade, respeitando cada um o outro contratante e procurando, com a sua ação, corresponder às expectativas e aos interesses do outro contratante. Fidelidade à palavra, lealdade no tratamento e cumprimento adequado das obrigações, consoante padrões normais à contratação a que se vincula, são, pois, noções componentes do princípio em questão, que encontra, ademais, consagração legislativa em vários pontos das codificações, inclusive a nossa, que em diferentes situações protege especialmente a parte que, em sua ação, o obedece (como, dentre outros, nos casos de aquisição de boa-fé, atuação por outrem de boa-fé, posse de boa-fé)" (Direito dos contratos e dos atos...ob. cit., p. 39).

32. De fato, é essencial a boa-fé na formação e na execução dos contratos, pois produz inúmeros reflexos no plano jurídico e, como diz Vicente Ráo:

"exerce, nos atos jurídicos, funções e efeitos de suprimimento de incapacidade, saneamento de atos nulos ou anuláveis, de aquisição de direitos e de um modo geral, de proteção de interesses legítimos ou de direitos de terceiros" (Ato jurídico, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 228).

33. Salienta Díez-Picazo que:

"El orden económico debe estar informado de acuerdo con los postulados del principio general de la buena fé. Con ello se pretende impregnar de un contenido ético impuesto por las concepciones morales imperantes a los escuetos arreglos de intereses privados.

La buena fé consiste, en primer lugar, en la lealtad en los tratos y en la fidelidad a la palabra dada. La buena fé, sin embargo, posee una eficacia mucho más amplia. Significa que los derechos subjetivos de naturaleza económica tienen que ser ejercitados de conformidad con la buena fé y que las obligaciones deben también de buena fé ser cumplidas" (ob. cit., p. 45).

34. Essa é, aliás, a posição da doutrina universal, que na jurisprudência também tem obtido sacração, diante da justiça necessária no plano da contratação privada (v. dentre outros autores, Boris Starck, *Droit civil: obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 562).

35. Com precisão, escreve Jacques Ghestin,

"La loyauté dans les contrats est le complément nécessaire de la justice contractuelle. Cette obligation de loyauté imprègne d'ailleurs le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi. Celle-ci, en effet, est synonyme de sincérité, de franchise et plus largement de loyauté. Elle s'oppose à la mauvaise foi, le dol, la tromperie ou la fraude" (ob. cit., p. 141).

Ressaltando, depois, a explícita previsão da boa-fé na codificação francesa quanto à execução dos contratos, enfatiza que:

"La responsabilité, au cas d'inexécution d'une obligation contractuelle sera plus ou moins lourde selon la bonne foi du débiteur" (Ibidem).

36. Nesse sentido, aliás, já sentenciava Ripert:

"la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positive" (ob. cit., nº 157),

deixando claro que é fator decisivo no debate de litígios e de discussões de cunho jurídico.

37. Pontofinalizando, temos a assentar que:

- a. é perfeitamente válida a cláusula de indexação pela variação de moeda estrangeira (*dólar turismo* ou outra);
- b. somente encontra obstáculo jurídico quando lei explícita a proíba, como na área do inquilinato;
- c. uma vez estipulada, deve ser respeitada pelo devedor, em razão da boa-fé que preside as negociações, sob pena de sancionamentos próprios, detectáveis à luz do caso concreto.

RETROCESSÃO

Carlos Alberto Dabus Maluf

Professor Associado do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Para alguns seria direito pessoal e eventual direito resolver-se-ia em indenização por perdas e danos.

Para outros, cuida-se de direito real, havendo possibilidade de reivindicação.

Há mesmo quem considere a retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real), cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência (de natureza real ou se preferir perdas e danos).

Para os adeptos da primeira corrente o direito do expropriário perante o poder desapropriante que não deu à coisa desapropriada o destino de utilidade pública permanece, portanto, no Direito Positivo brasileiro como direito nítido e irretorquivelmente pessoal, direito que não se manifesta em face de terceiros, eventuais adquirentes da coisa, nem ela adere, senão exclusivamente, à pessoa do expropriante.

Para os defensores da segunda corrente, a retrocessão é direito real. É direito que incide sobre o bem, no sentido de que o expropriado, ex-proprietário, pode exigir a reincorporação do referido bem ao seu patrimônio, se não houver sido utilizado na finalidade para a qual a desapropriação se realizara.

Abstract:

For some it maybe a personal right and an eventual right which must be solved with indemnizations for loss and damages.

For others, it is a real right which demand possibility in juridical cases.

There are those who consider retrocession as a mixed right (personal and real) given to the person who has been expropriated the action of pre-emption or a legal preference action. (With a legal nature or if preference for loss and damages).

For those followers of the first current, right of the expropriator before the power of the expropriator which did not give them thing the destiny of public usage continues, therefore in the positive brazilian right as a clear and irrefutable personal right which doesn't manifest itsees, before a third party, who may eventually acquire the some

things, nether is it attached except exclusively to the person who expropriates.

For those who defend the second current, retrocession is a real right.

It is a right which falls on the possessions goods, in the sense that the person who was expropriated, ex-proprietor, may demand the reincorporation of the stated possession to his patrimony, if it hasn't been used for the reason for which it was expropriated.

Segundo Firmino Whitaker "*retrocessão é o direito que tem o expropriatário de readquirir o imóvel desapropriado, mediante a restituição do valor recebido, quando não tenha sido o mesmo imóvel aplicado em serviço da ordem pública*" (*Desapropriação*, 3ª ed., São Paulo, Atlas S.A., p. 73).

Discute-se, longamente, sobre a natureza do direito à retrocessão. Para uns seria direito pessoal e eventual direito resolver-se-ia em indenização por perdas e danos.

Para outros, cuida-se de direito real e, pois, há possibilidade de reivindicação.

Regis Fernandes de Oliveira em erudito art. de doutrina intitulado *Retrocessão no direito brasileiro* (*R.D.P* v. 77, p.47) apoiando-se na lição de Sergio Ferraz (*Desapropriação*, Forense, 1972, p. 117-121), diz que dentre alguns nomes que se manifestam pelo reconhecimento de que se cuida de direito pessoal e, pois, enseja indenização por perdas e danos encontram-se Ebert Chamoun (*A retrocessão no direito brasileiro*, p. 31), Múcio de Campos Maia (*Ensaio sobre a retrocessão*, *Revista dos Tribunais*, v. 258, p. 49).

A jurisprudência já se tem manifestado neste sentido (*R.D.A.* vs. 98, p. 178 e 106, p. 157).

A solução apontada pelos autores encontra fundamento no art. 35 do DL 3.365, de 1941, ao estabelecer que "*os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada, procedente, resolver-se-á em perdas e danos*".

Com base em tal art. afirma Ebert Chamoun que "*o direito do expropriado não é, evidentemente um direito real, porque o direito real não se contrapõe, jamais, um mero dever de oferecer. E, por outro lado, se o expropriante*

não perde a propriedade nem o expropriado a adquire, com o simples fato da inadequada destinação é óbvio que a reivindicação, que protege o direito de domínio, e que incumbe apenas ao proprietário, o expropriado não pode ter" (ob. cit., p. 38-39).

Mais adiante afirma que *"o direito do ex-proprietário perante o poder desapropriante que não deu à coisa desapropriada o destino de utilidade pública permanece, portanto, no direito positivo brasileiro, como direito nítido e irretorquivelmente pessoal, direito que não se manifesta em face de terceiros, eventuais adquirentes da coisa, nem ela adere, senão exclusivamente à pessoa do expropriante. Destarte o poder desapropriante, apesar de desrespeitar as finalidades da desapropriação, desprezando os motivos constantes do decreto desapropriatório, não perde a propriedade da coisa expropriada, que ele conserva em sua Fazenda com as mesmas características que possuía quando da sua aquisição"* (ob. cit., p. 45).

Em abono de sua orientação invoca o dispositivo mencionado e afirma *"quaisquer dúvidas que ainda houvesse acerca da natureza do direito do expropriado seriam espancadas por esse preceito, límpido e exato, consectório perfeito dos princípios gerais do nosso direito positivo que se ajusta, como leva, ao sistema jurídico brasileiro relativo à aquisição de propriedade, à preempção e à desapropriação"* (ob. cit., p. 47).

Ronaldo Albuquerque em sua monografia intitulada *Desapropriação e constituição de servidão administrativa*, São Paulo, Atlas, 1987, p. 84, lembra ainda os nomes de Clovis Bevilacqua, Celso Antonio Bandeira de Mello e José Carlos Barbosa Moreira como defensores da eficácia pessoal sobre a natureza do direito à retrocessão. Pela importância merece destaque a lição do último:

"Apesar de alguns pronunciamentos em contrário, a doutrina e a jurisprudência têm assentado entre nós a natureza meramente pessoal do direito que para o expropriado surge da tresdestinação. Se assim já era à luz do art. 1.150 do Código Civil, a fortiori, assim é diante da regra contida na Lei de Desapropriações, cujo art. 35, desenganadamente, exclui a possibilidade de

reivindicação dos bens desapropriados, fazendo resolvível em perdas e danos qualquer pretensão a respeito contra a Fazenda Pública. Inexiste assim, em nosso sistema jurídico, direito de retrocessão com caráter real".

De outro lado, autores há que entendem cuidar-se de direito real. Dentre eles José Cretella Junior (*Comentários às leis da desapropriação*, 2ª ed., José Bushatsky, p. 486), Noé Azevedo (parecer, RT 193/34), Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*, 2ª ed., São Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 390, nota 113), Seabra Fagundes (*Das desapropriações no direito brasileiro*, 1949, p. 397), José Carlos Moraes Salles (*Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1992, p. 686).

Por oportunidade vamos transcrever a lição deste último:

"Para nós, a retrocessão é direito real.

É direito que incide sobre o bem, no sentido de que o expropriado, ex-proprietário, pode exigir a reincorporação do referido bem ao seu patrimônio, se não houver sido utilizado na finalidade para a qual a desapropriação se realizara.

Tal direito se encontra assegurado pelo art. 1.150 do CC, segundo o qual 'a União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou'.

Todavia, mesmo que não existisse o preceito contido no art. 1.150 do CC, entendemos que a retrocessão seria corolário lógico do direito de propriedade assegurado pelo art. 5º, XXII, da CF, uma vez que o inc. XXIV do referido art. só admite a desapropriação se ocorrer causa de necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, de interesse social. Em consequência, incorrendo um desses pressupostos constitucionais, a desapropriação que assim se consumar será manifestadamente

inconstitucional, ensejando a retrocessão do bem expropriado".

Há mesmo quem considere a retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real) cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência (de natureza real ou se preferir perdas e danos). É o pensamento de Roberto Barcelos de Magalhães (Rio de Janeiro, José Konfino, 1968 p. 276-283) acompanhado por acórdão do STF (RTJ 80/139).

Maria Sylvia Zanella di Pietro filia-se a esta linha nos seguintes termos:

"Esta corrente é que melhor se coaduna com a proteção ao direito de propriedade: em princípio a retrocessão a um direito real já que o art. 1.150 do C. Civil manda que o expropriante ofereça de volta o imóvel; pode ocorrer no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiro, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; nesse caso pode o expropriário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel" (Direito Administrativo, 3ª ed., Atlas, 1992, p. 142).

Esta também é a nossa posição.

Regis Fernandes de Oliveira diz que realmente não se confundem as disposições do art. 1.149 com o art. 1.150 do Código Civil. O primeiro refere-se a pacto de compra e venda e tem por pressuposto a venda ou a dação em pagamento. Implica manifestação volitiva, através de contrato específico, em que se tem por base a vontade livre dos negócios jurídicos, assim exigida para validade do contrato. Já o art. 1.150 constitui norma de Direito Público, pouco

importando sua inserção no Código Civil (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., t. XIV, § 1612, p. 172).

Em sendo assim, a norma do art. 1.150 do Código Civil que determina o oferecimento do imóvel desapropriado ao ex-proprietário para o exercício do direito de preferência não está revogada. Mas, daí não se concluiu que há apenas o direito de prelação.

Diverso é o nosso entendimento acentua Regis Fernandes de Oliveira.

Pelo art. referido, obriga-se a Administração a oferecer o imóvel (é obrigação imposta à Administração), mas daí não pode advir a consequência de que caso não oferecido o imóvel, não há direito de exigi-lo. A norma não é unilateral em prol do Poder Público. De outro lado, surge a possibilidade de exigência por parte do expropriado. A tal exigência dá-se o nome de retrocessão.

Superiormente ensina Hélio Moraes de Siqueira que "*entretanto, não é na lei civil que se encontra fundamento da retrocessão. Aliás, poder-se-ia quando muito, vislumbrar os lineamentos do instituto. É na Constituição Federal que a retrocessão deita raízes e recebe a essência jurídica que a susterá. Mesmo se ausente preceito no Código Civil, a figura da retrocessão teria existência no direito brasileiro, pois é consequência jurídica do mandamento constitucional garantidor da inviolabilidade da propriedade, ressalvada a desapropriação por utilidade e necessidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro*" (*A retrocessão nas desapropriações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964, p. 76-77).

Nos Tribunais, os julgados exprimem a mesma divisão. Em pesquisa feita nos repertórios de jurisprudência, o advogado Orlando Giovannetti em parecer não publicado elaborado para a diretoria da Eletropaulo mostrou a divergência.

Assim é que considerando aquele direito como real, podem ser lembradas as decisões na RDA 40/293.

Na RDA 40/293 e RT 229/121 (ac. un. do 2º Grupo de Câ. Civ. do TJSP, de 12.08.54, relator Des. José Frederico), RTFR 26/115 (ac. un. do TFR em sessão plena, de 22.09.69, relator Min. Godoy Ilha), RTJ 57/46 (ac. un. da 2ª Turma do STF, de 11.05.70, rel. Min. Eloy da Rocha, lendo-se no seu voto, na p. 52: "*Na aplicação do art. 1150, o Supremo Tribunal Federal considerou, não*

raras vezes, o direito de retrocessão com o significado de direito de reaquisição', mas o voto acabou por conceder perdas e danos tendo em vista que as áreas já haviam sido alienadas a terceiros); *RT-529/153-157* (ac. por maioria da 5ª Câm. do 2º Trib. Alçada Civil de São Paulo, de 02.05.79).

Tomando aquele direito como pessoal, podem ser citados os arestos na *RDA 32/223* (ac. do TJSP), *RDA 32/224* (ac. do TJSP), *RF 148/249* (ac. do TJSP), *RT 217/161* (ac. do TJSP), *RDA 43/214* (ac. do TJSP), *RDA 36/218* (ac. do STF) e *RDA 47/196* (ac. da sessão civil do TJSP, em rec. de revista de 08.02.56, com diversos votos vencidos, inclusive o do Des. Prado Fraga, que sustentou o direito à reaquisição do imóvel).

Embora divergindo na conceituação desse direito, os Tribunais são acordes em que o direito garantido ao ex-proprietário pelo art. 1.150 do Código Civil tem lugar especialmente quando o expropriante deixa de dar ao bem expropriado uma destinação de utilidade ou necessidade pública, mesmo que não seja aquela inicialmente prevista.

Nesse sentido, os acórdãos na *RTJ 57/46* (ac. do STF, de 11.05.70, já citado, mantido em embargos pelo ac. na *RTJ 59/720*), *RTJ 66/250* (ac. da 2ª Turma do STF, de 19.03.73, rel. Min. Thompson Flores), *RTJ 66/590* (ac. da 1ª Turma do STF, de 17.05.73, rel. Min. A. Baleeiro), *RF 242/169* (ac. da 5ª Câm. do TJC, de 17.08.71 e jurisprudência ali citada), *RTJ 56/784* (ac. un. do STF, Tribunal Pleno, de 14.10.70, rel. Min. Amaral Santos), *RTJ 80/139* (ac. un. da 1ª Turma do STF, de 14.12.76, relator Min. Antonio Neder).

Seabra Fagundes ensina que *"se a coisa desapropriada serviu à finalidade, que motivou a expropriação, mas depois se empregou em outra finalidade ou foi abandonada, isto não autoriza a retrocessão"* (ob. cit., n. 486, p. 351), lição essa que é aceita e mesmo transcrita por M.M. de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, v. 3, n. 237, p. 359-360).

Ebert Chamoun (ob. cit., p. 87-88) assim se exprime sobre essa questão:

"7. Seria lícito perguntar se o ex-proprietário pode pleitear, do poder público, perdas e danos quando o emprego da coisa desapropriada, para atender a

interesse público, cessou, tendo sido meramente episódico, ou passageiro.

Parece-nos que, nesse caso, não teria o expropriante o dever de oferecer a coisa nem, por conseguinte, o expropriado tem direito a perdas e danos. Aquele dever a esse direito nasce quando a coisa 'não tenha o destino para que se desapropriou', isto é, quando não lhe haja sido atribuído fim de utilidade pública. Na hipótese vertente, a destinação ou atribuição existiu, legitimando destarte a desapropriação.

Inda, portanto, quando quaisquer atos de utilização ou fruição desapareçam, após o efetivo emprego do bem; inda que o poder público, em seguida a ter dado à coisa fim de utilidade pública, se disponha a vendê-lo, ou realize a venda, nenhuma pretensão legítima pode manifestar o ex-proprietário".

Mais recentemente, no julgamento em 14.12.76 do TR 81.151-MG, a 1ª Turma do STF, pelos votos dos Ministros Antonio Neder (relator), Cunha Peixoto e Bilac Pinto, examinou fundamente a questão para concluir afirmando que o ex-proprietário tem direito a readquirir o imóvel que lhe foi expropriado, na hipótese de o expropriante deixar o imóvel ao abandono, sem qualquer utilização, e de não haver razão para o retardamento de sua aplicação no fim para o qual se desapropriou ou em qualquer outro fim de utilidade pública (RTJ 80/139-151).

Nesse acórdão do STF ficou bem ressaltada a sobrevivência, no direito brasileiro, do instituto da retrocessão e a sua base constitucional no § 22 do art. 153 da Constituição Federal de 1969, além de no art. 1.150 do Código Civil, declarou-se ali, ainda, que, na espécie, não incidia o art. 35 do Dec.lei n. 3.365/41 (lei das desapropriações).

A *ementa* desse julgado diz:

"2. Constituição, art. 153, § 22, Código Civil, art. 1.150. Desapropriação por utilidade pública. Reversão do bem desapropriado. O direito à aquisição

da coisa desapropriada tem o seu fundamento na referida norma constitucional e na citada regra civil, pois uma e outra exprimem um só princípio que se sobrepõe ao do art. 35 do Dec.lei 3.365/1941, visto que o direito previsto neste último (reivindicação) não faz desaparecer aquele outro".

Do longo e fundamentado voto do Min. relator Antonio Neder destacamos estas passagens:

"Sustenta o Recorrente que o acórdão impugnado contraria o art. 35 do Dec.lei n. 3.365/41 e diverge dos que indicou como padrões de confronto.

Não procede o primeiro argumento, porque o julgado recorrido considerou, como razão decisória, que o direito à reversão do bem desapropriado é previsto no art. 153, § 2º, da Constituição, e não no art. 35 do Dec.lei n. 3365/1941.

.....
Conheço, pois, do recurso pelo segundo fundamento (letra d); mas não lhe dou provimento, pois estou em deve prevalecer a orientação do acórdão recorrido, que se harmoniza com o direito positivo que regula o assunto, como ficou acima demonstrado.

É a doutrina juridicamente certa, porque, se a Constituição garante como regra o direito de propriedade e ressalva tão-somente a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social (art. 153, § 22), inerente nessa norma é o direito de o ex-proprietário do bem desapropriado readquirir-lhe o domínio no caso em que o desapropriante não lhe dê o destino que motivou o desapropriamento; sim, porque a desapropriação é ato materialmente administrativo cuja finalidade se acha determinada na Constituição (disp. cit.), e disto promana a certeza de que, desviado aquele

fim, passa o desvio a criar para o ex-proprietário o direito de readquirir o domínio do bem desapropriado, restaurando, por esse meio, a situação em que se achava a coisa antes da desapropriação".

O Ministro Cunha Peixoto, em voto também minucioso, procurou demonstrar que a tradição do direito nacional, constitucional e civil, desde o Império, é no sentido de assegurar ao ex-proprietário o direito à reaqusição do bem expropriado (o direito à retrocessão, portanto, e não simplesmente o direito a perdas e danos), sempre que haja desvirtuamento da finalidade da desapropriação como, por exemplo, nos casos de não serem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, ou houver certeza de que cessou a causa que a determinou.

Depois de citar diversos autores, e de se referir à posição de Roberto Barcelos de Magalhães, para quem o expropriante não tem prazo para a utilização do bem expropriado e somente pode sofrer a ação de retrocessão quando se despoja do imóvel incorporado ao patrimônio, o Ministro Cunha Peixoto afirma em seu voto:

"Com a amplitude necessária, a razão, a nosso ver, encontra-se com este último escritor. Na verdade, o direito de retrocessão encontra sua base no dispositivo constitucional que garante o direito de propriedade com exceção para a desapropriação por utilidade pública.

Para que a desapropriação tenha base legal, pressupõe dois requisitos: a de que haja utilidade pública e que o pagamento seja real e prévio.

Se falta, quer por ocasião do ato de desapropriação, seja posteriormente, o primeiro requisito o ato deixa de ter base legal e, em vez de desapropriação, há confisco"

Mais adiante, acrescenta:

"Nos Estados Unidos, o desapropriante deve fixar um prazo dentro do qual deve começar a se utilizar o bem expropriado e concluir a obra. Transcorrido este

período, extingue-se o direito do desapropriante, e, no Japão, este prazo é prefixado em vinte anos.

Ora, não havendo idêntica situação no Brasil, a matéria é de fato. Se se verifica, como no caso sub judice, a impossibilidade da utilização do bem, ou da execução da obra, então passa a ser possível o exercício do direito de retrocessão. Não é preciso esperar que o desapropriante aliene o bem desapropriado."

Ronaldo de Albuquerque também fez uma exaustiva pesquisa no direito pretoriano, colecionando os seguintes acórdãos que defendem a eficácia pessoal do instituto:

a. *"O instituto da retrocessão não foi contemplado na atual Lei de Desapropriações e inexistente, assim, em nosso Direito.*

Existiu tal instituto ao tempo de leis anteriores: na Lei n. 57, de 1836, na Lei n. 1.921, de 1903, e no Decreto n. 4.956, do mesmo ano, embora com características um tanto diversas. Mas a atual Lei de Desapropriações, o Decreto-lei n. 3.365, de 21.06.41, não contemplou, tendo a matéria sido relegada, inteiramente, para as disposições do Código Civil como se vê da "Exposição de Motivos" de seu autor, o Prof. Francisco Campos, no item VII.

O Código Civil, de seu lado, porém, somente cuida do direito de preempção ou preferência, instituto que se distingue da retrocessão em muitos pontos e tem consequências diferentes, como bem apontam Eurico Sodré e Seabra Fagundes, em suas apreciadas obras sobre a matéria".

b. *"Por força do Decreto-lei n. 3.365, os bens desapropriados se incorporam, definitivamente, no*

patrimônio da Fazenda da expropriante, de forma a não poderem mesmo ser objeto de reivindicação.

Qualquer ação tendente a obter a retrocessão se resolve agora em perdas e danos.

A propósito, escreve Seabra Fagundes que, pela impossibilidade de restituição da coisa, nas hipóteses em que não é dado o destino previsto, tornam-se definitivos os efeitos de atos administrativos absolutamente ilegítimos.

Pode-se considerar uma derrogação do princípio contido no art. 1.150 do Código Civil. A retrocessão, que a lei civil subordinava à vontade do expropriado, como um procedimento imposto ao poder público, desapareceu em face da nova lei, que, em nenhum caso, admite a desincorporação.

Nem é dado ao judiciário investigar se tais bens tiveram, ou não, o destino indicado no decreto expropriatório. Reunindo as condições mínimas legais deve ser respeitado". Infringentes n. 52.072 - Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA v. 32/224-225).

c. "A retrocessão hoje em dia não constitui direito real. Engendra apenas mero direito pessoal, que não atendido, se resolve em perdas e danos.

Além disso, o citado art. 35 da mencionada lei tornou impraticável, em qualquer hipótese, a reivindicação do imóvel incorporado ao patrimônio do poder público". Apelação Cível n. 68.471 Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA, v. 43/214-215).

d. "Em face do Decreto-lei n. 3.365, de 21.06.41, já não prevalece o disposto no art. 14 do Decreto n. 4.956, de 09.09.1903, que fazia da retrocessão um verdadeiro direito real.

Com a vigente Lei de Desapropriações, voltou o assunto a ser regulado pelo Código Civil, que considera a retrocessão mero direito pessoal, disciplinando-o de par com a preempção convencional". Recurso Extraordinário n. 18.711, Supremo Tribunal Federal (RDA, v. 36/218).

e. "O art. 35 da Lei n. 3.365/41, combinado com o art. 1.150 do Código Civil autoriza a vedar a reivindicação, mas permite ressarcir prejuízos aos expropriados, compreendendo-se no 'petitum' a retrocessão, o pagamento das perdas e danos, custas e honorários de advogado. Consoante o entendimento do Colendo Supremo Tribunal, o ressarcimento é a maneira de reparar o direito violado". Recurso Extraordinário n. 65.532, Supremo Tribunal Federal (Ementário Forense - dezembro de 1969, p. 253).

f. "Alienação do imóvel. Responsabilidade solidária. Perdas e danos. Código Civil, art. 1.150. Transitado em julgado o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão do imóvel por já incorporado ao patrimônio público e cedido a terceiros, razoável é o entendimento, em consonância com a doutrina e jurisprudência, do cabimento de perdas e danos aos expropriados". Recursos Extraordinários não conhecidos, RE n. 99.571-4 - 1ª T. STF (RTJ 108/373)

g. "No Direito brasileiro não há mais retrocessão. Esse instituto existiu ao tempo da Lei n. 57, de 1836, da Lei n. 1.201, de 1903 e do Decreto n. 4.956, também de 1903. Mas, a atual lei o banuiu. O Decreto-lei n. 3.365 o diz claramente, art. 35. O que há é direito de indenização, compostos os pressupostos legais. Dependê da prova o chamado desvio da finalidade. E

desvio da finalidade significa, por exemplo, se o Poder Público o aplicou para utilidade pública qualquer, ainda que o Poder Público expropriante demonstre que o interesse público ainda é presente ou mesmo que ao bem expropriado foi dada destinação de interesse público, a improcedência de qualquer direito indenizatório do expropriado impõe-se. A exigência constitucional de que a desapropriação se faça por necessidade ou interesse público legitima a utilização do bem para qualquer fim de utilidade pública, e não apenas, especificamente, para aquele caso apontado no decreto expropriatório.

A expressão genérica de que se serviu a Constituição afasta a teoria dos motivos determinantes. Sempre foi essa a orientação dominante no Supremo Tribunal Federal" (2º TA Civ. SP Ac. da 2ª Câ. em 29.03.77 Ap. 48.830, in Boletim ADCOAS, ementa n. 63.588).

O mesmo Ronaldo de Albuquerque diz que a demora na realização da obra ou utilização do imóvel, parece não caracterizar desvio de finalidade, não ensejando, conseqüentemente, o pedido de retrocessão.

A obrigação do expropriante oferecer o bem ao expropriado deve ocorrer no momento em que desiste de aplicá-lo à finalidade pública. Outra não é, vale a pena registrar, a orientação do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo:

a. "A não utilização, pelo Poder Público, da coisa expropriada, não autoriza, por si só, a presunção de violação do destino que a ela deve ser dado. Necessidade do exame, em cada caso concreto, das circunstâncias de que resultou a inércia do Poder Público" (Recurso Extraordinário n. 82.366 - Relator Ministro Moreira Alves).

b. *"Bem revelou a r. sentença recorrida que não existe norma legal dispondo sobre o prazo dentro do qual há de ser a obra implementada, motivo pelo qual o desacolhimento da pretensão colimada com a presente ação de retrocessão era rigor.*

Em outra não podia ser a conclusão, porquanto a retrocessão só se justifica quando inquestionavelmente positivado que o bem expropriado não mais será utilizado pelo Poder Público.

Afirmam, sem razão, os autores, em suas bem elaboradas razões recursais, que o prazo para a utilização é de cinco anos.

Em obra sempre lembrada, quando se controverte sobre matérias como a dos autos, escreve Roberto Barcelos de Magalhães, que 'a Lei não fixa prazo para utilização, devendo-se, assim, deferir ao Poder Público liberdade para escolher o momento em que deva iniciá-la, não cabendo ao expropriado forçá-lo a isso, sobretudo por que já foi indenizado'" (Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro, p. 283, n. 50).

Explícita, incisivamente, outrossim, o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto vencedor, no já citado RE 81.151, não ter fixado o legislador brasileiro, ao reverso do que ocorre em outros países, um prazo dentro do qual deve ser iniciada e concluída a obra para a qual ocorreu a desapropriação, motivo pelo qual 'a matéria é de fato. Se se verifica a impossibilidade de utilização do bem, ou da execução de obra, então passa a ser possível o exercício do direito de retrocessão' (RTJ 80/150).

Ora, na hipótese dos autos, muito embora inequívoco o retardamento, a utilização do bem ainda é possível, a execução da obra pública não se encontra obstada. O Poder Público afirma que subsiste o seu interesse e, finalmente, apesar de fazê-lo já nesta

instância, declara que já está sendo iniciada a construção.

Em face dessas circunstâncias todas, não há como reconhecer o direito real de retrocessão, nem tampouco, o direito de preempção dos autores, de caráter pessoal, consubstanciado em perdas e danos" (TJ-SP Ac. unân. da 10ª Câm. Civ. de 15.12.81 Ap. 18.121.2 - Capital Rel. Desembargador Prado Rossi - (RJTESP v. 77, p. 80).

Quanto ao preço a ser pago pelo expropriado, a fim de readquirir o bem que lhe seja oferecido em preferência, entendem alguns juristas que pode ser negociado com o expropriado. Muitas decisões e posicionamentos doutrinários se harmonizam com essa orientação. Senão, vejamos:

a. *"Pela retrocessão, firmada no direito à coisa, o expropriado readquire a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. E este justo preço deve ser calculado para o equilíbrio dos direitos, na base em que se calcula o justo preço nas desapropriações" (no dizer de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho).*

b. *"Pela retrocessão, o expropriado readquiriu a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. Em ambas as hipóteses, verifica-se aquisição forçada de propriedade. A norma que fixa o pagamento no primeiro caso, fixa também no segundo". Recurso Extraordinário nº 61.417 - Supremo Tribunal Federal (RDA, v. 108/272).*

c. *"A expropriação e a retrocessão são os pólos de uma mesma realidade. Pela primeira, o Poder Público adquire a propriedade, pagando um justo preço. A recíproca é verdadeira. Pela retrocessão, o expropriário readquire a propriedade, do seu bem, devendo, de igual modo, pagar um justo preço. De uma e da outra maneira, se há verificado aquisições de*

propriedade de modo forçado. Sem casamento de vontade e, sim por disposição legal. Se, na primeira hipótese, a aquisição compulsória se efetiva mediante o pagamento de um preço justo, na segunda, a aquisição deverá ser feita também através de desembolso de preço adequado". (Sentença do Juiz Jarbas dos Santos Nobre - 3ª Vara Federal SP citada por R. Limongi França, Manual Prático das Desapropriações, p. 341).

Ainda para Regis Fernandes de Oliveira, admitida a existência da retrocessão no Direito brasileiro *in specie*, ou seja, havendo a possibilidade de reaquisição do imóvel, e rejeitando-se frontalmente, a solução dada pela jurisprudência de se admitir a indenização por perdas e danos, de vez que a nosso ver, há errada interpretação do art. 35 do Dec.lei 3.365/41, surge a questão também discutida se o direito à retrocessão é personalíssimo, ou é transmissível, *causa mortis*.

A respeito dessa questão diz José Carlos Moraes Salles (ob. cit., p. 694) dividem-se, também, profundamente, as opiniões dos juristas.

Ebert Chamoun, aludindo ao disposto no art. 1.157 do CC, que prescreve: "*o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros*", entende que essa norma não se refere unicamente a *preempção convencional*, alcançando inclusive a *preempção legal*, regulada pelo art. 1.150 do referido Código. Daí afirmar que as mesmas razões que conferem caráter personalíssimo ao direito do vendedor, que pactuou expressamente a preempção, acordem ao direito do expropriado, diante da não destinação da coisa aos fins de utilidade pública, para concluir que "*o Direito está interessado em que as situações jurídicas se tornem sempre mais perfeitas, consolidadas, puras e definitivas; e em que, por conseguinte, na hipótese, não fiquem o comprador, e o expropriante, indefinidamente acorrentados ao dever de oferecer a coisa ao seu dono anterior*". Para esse autor, portanto, o direito à retrocessão é intransmissível *causa mortis*.

Nesse sentido, as lições de Eurico Sodré (*A desapropriação*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, p. 214), Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 505).

Hélio Moraes de Siqueira contesta, entretanto, esse ponto de vista, ao nosso ver com inteira procedência diz José Carlos Moraes Salles (ob. cit., p.

695). Segundo entende, os direitos relativos à retrocessão são transmissíveis aos herdeiros de seu titular, uma vez que o preceito contido no art. 1.157 do CC só diz respeito à preempção convencional, não atingindo, portanto, a preempção legal.

Esse entendimento já foi acolhido pelo STF, em acórdão estampado pela *RDA 73/155*, com seguinte ementa: "*A ação de retrocessão passa aos herdeiros do expropriado*". Nesse julgado, o Min. Gonçalves de Oliveira afirmou que "*a ação intentada não expressa direito personalíssimo, como se decidiu, mas passa aos herdeiros*".

A jurisprudência tem se manifestado favoravelmente à transmissão do direito de retrocessão (*RTJ 23/169*, 57/46 e 73/155).

José Carlos de Moraes Salles (ob. cit., p. 695) diz que o eminente Min. Eloy da Rocha, em voto proferido no STF, assim se pronunciou sobre a vertente questão: "*Por último, alegou a Fazenda do Estado que o art. 1.150 do CC cuida de direito personalíssimo, que não passa, portanto, aos herdeiros, segundo dispõe o art. 1.157. O acórdão recorrido não admitiu a intervenção dos herdeiros, como assistentes. Julgou, no entanto, o Supremo Tribunal que passa aos herdeiros do expropriado o direito de retrocessão, quando o expropriante não deu ao imóvel o destino previsto, tendo proposto sua venda a terceiro - Ag. 26.619, de 07.08.62 (RTJ 23/169 e 170). O art. 1.157 do CC não se aplica à hipótese do art. 1.150, diante da natureza do direito regulado neste dispositivo. Pontes de Miranda, retificando o que escrevera no t. XIV, 2ª ed., § 1.612, p. 174, do Tratado de Direito Privado, afirma, no t. XXXIX, § 4.130, p. 207: 'No art. 1.150, o CC falou do direito legal de preferência, que tem o titular do direito de propriedade se há desapropriação. No art. 1.157 diz-se que o direito de preferência não se pode ceder, nem passa aos herdeiros. Pergunta-se: o art. 1.157 é invocável se o direito de preferência, em vez de ter origem negocial, se funda no art. 1.150? A resposta há de ser negativa. O art. 1.157 somente concerne aos negócios jurídicos de compra e venda em que se inseriu ou se adjetou o pacto de preempção. Se houve desapropriação do bem de "A" e a União, o Estado-membro, ou o Município não vai dar ao bem o destino para que foi desapropriado, os herdeiros de "A" têm o direito de preferência. O art. 1.157 não apanha as espécies do art. 1.150. Passa-se o mesmo nos outros casos de direito de preferência ex lege, como do art. 1.139 do CC'. Falecido, em 11.07.44, João Batista de Oliveira Penteadó (fls. 42), a ação foi*

promovida em 28.05.63, por Maria Carlota de Azevedo Penteado, por si, pessoalmente, e na qualidade de viúva meeira e inventariante da herança, e assistida pelos herdeiros. A herança foi representada pela inventariante art. 85 do CPC. Os herdeiros podiam intervir na ação como litisconsortes - art. 88, § único, do mesmo Código".

Confirmam-se, ainda, no mesmo sentido, as decisões publicadas na RTF 59/631 e 720. Verifique-se, também, a RJTJSP 124/334 e ss.

Esclarece Regis Fernandes de Oliveira que é inaplicável no direito público o art. 1.157 do C. Civil. Disciplina ele relações de particulares, devidamente ajustada ao art. 1.149 que, como se viu anteriormente, cuida, também de manifestações volitivas, já, a desapropriação implica na tomada compulsória do domínio dos particulares, em decorrência de ato imperativo.

A imperatividade implica em manifestação de poder, ou seja, na possibilidade que goza o Poder Público de interferir na esfera jurídica alheia, por força jurídica própria. Já nas relações particulares, estão estes no mesmo nível; quando intervém o Estado o relacionamento é vertical e não horizontal.

Segundo lição de Odete Medauar polêmica apresenta-se, no direito pátrio, a questão da ausência de destinação do bem expropriado, ou seja, sua não utilização para fim algum.

A lei brasileira não determina prazos nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública, porém fixa o termo de dois anos, nas desapropriações por interesse social, para que se iniciem providências de aproveitamento do bem (art. 3º da Lei n. 4.132, de 10.09.1962).

O problema se coloca, então, somente para os casos de necessidade ou utilidade pública, quando o Poder Público permanece inerte, sem expedir comunicado algum de que desistiu de usar o bem (desistência tácita).

Na doutrina, uma das soluções aventadas é a invocação, por analogia, do prazo de cinco anos, estipulado para eficácia de declaração de utilidade pública, segundo propõem Seabra Fagundes e Cretella Junior.

A analogia assim proposta, entretanto, é rejeitada por Pontes de Miranda e Chamoun, não recebendo, igualmente, acolhida nos tribunais.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que "*o fato da não utilização da coisa expropriada não caracteriza, só por si, independentemente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação*" (RE n. 64.559, julgado em 1970,

RDA 109/157); "em matéria de desapropriação, não existe prazo na lei para a utilização da coisa, cujo decurso fosse suscetível de gerar presunção de violação do destino da coisa expropriada" (RE n. 82.366, julgado em 1975, *RDA 128/395*). Exige-se, então, prova de que o bem não será aproveitado conforme a destinação prevista inicialmente. (*Destinação dos bens expropriados*, Max Limonad, 1986, p. 124).

Conclui Odete Medauar seu magistério esclarecendo, que no caso de não utilização do bem (inércia do expropriante) outra deveria ser a orientação adotada. Aceitar a não utilização do bem, sem que haja consequência alguma, sem que se dê ao expropriado possibilidade alguma de agir perante o Judiciário, é o mesmo que admitir a desapropriação sem necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, o que seria inconstitucional. Para nós, não utilizar o bem significa não dar-lhe o destino previsto na declaração. A inércia da Administração corresponde à desistência tácita de aproveitar o bem ou revela a desnecessidade da expropriação realizada. A orientação jurisprudencial que predomina atualmente propiciaria ocasião para desapropriar por razões pessoais, por motivos de vingança, com desvio da finalidade atribuída ao instituto.

Por isso, na ausência de preceito expresso, o Judiciário poderia, considerando caso por caso, admitir prazo razoável; ou então, para todos os casos de utilidade pública adotar, por analogia ao prazo de caducidade para a declaração expropriatória e por analogia ao disposto para os casos de interesse social, o prazo de cinco anos para utilização do bem (ob. cit., p. 125).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro há divergência sobre existência desse direito quando o Poder Público não se utiliza do imóvel para qualquer fim; segundo alguns, o direito à retrocessão ocorre no prazo de cinco anos, por analogia com o prazo de caducidade previsto no art. 10 do Dec.-lei n. 3.365; para outros, não existe possibilidade de retrocessão, nesse caso, porque a lei não estabelece prazo para a utilização do imóvel. E, na verdade, assim é. Para que se entenda infringido o direito de preferência do expropriado, é preciso que se revele, por alguma forma concreta, a intenção do Poder Público de não utilizar o bem para qualquer finalidade de interesse coletivo; deve, no entanto, o expropriado, estar atento ao prazo de prescrição porque, uma vez caracterizada a desistência pelo Poder Público, começa a correr o prazo para pleitear a retrocessão ou perdas e danos.

Embora haja opiniões no sentido de que a prescrição, em se tratando de perdas e danos, ocorre no prazo de cinco anos previsto no Dec.-lei n. 20.910, entendemos mais correta a tese de que a prescrição é a dos direito reais, estabelecida no art. 177 do Código Civil (10 anos entre presentes e 15 entre ausentes); se assim não fosse, estar-se-ia instituindo, em benefício da Fazenda Pública, uma hipótese de usucapião no prazo de cinco anos, não agasalhada, quer pela Constituição, quer pela legislação ordinária. Nesse sentido, decisão unânime do STF no ERE 104.591-4 (DJU 10.04.87, p. 6.420).

No caso de desapropriação por interesse social, prevista na Lei n. 4.132, o art. 3º estabelece um prazo de caducidade, a contar do decreto expropriatório, não só para que se promova a desapropriação, mas também para que se adotem as "*providências de aproveitamento do bem expropriado*". De modo que, ultrapassados os dois anos, começa a correr o prazo prescricional para a retrocessão.

Em conclusão, entendemos que:

a. a retrocessão é direito misto (real e pessoal) e transmite-se aos herdeiros ou sucessores do ex-proprietário;

b. não é na lei civil que se fundamenta a retrocessão, mas na Constituição, com base no art. 5º, XXII.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Ronaldo de. *Desapropriação e constituição de servidão administrativa*. São Paulo : Atlas, 1987.
- AZEVEDO, Noé. Desapropriação. Parecer. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 193, p. 34, set. 1951.
- CHAMOUN, Ebert. *A retrocessão no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1959.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários às leis de desapropriação*. 2ª ed. São Paulo : Bushatsky, 1976.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo : Atlas, 1992.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro; São Paulo : Freitas Bastos, 1942.

- MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. *Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1968.
- MAIA, Múcio de Campos. Ensaio sobre a retrocessão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 258, p. 49, abr. 1957.
- MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo : Max Limonad, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi. t. XIV.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Retrocessão no direito brasileiro. *Revista de Direito Público, São Paulo*, v. 77, p. 47.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª ed. São Paulo : Resenha Universitária, 1976.
- SALLES, José Carlos Moraes. *Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- SIQUEIRA, Helio Moraes de. *A retrocessão nas desapropriações*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964.
- SODRÉ, Eurico. *Desapropriação*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1955.
- WHITAKER, Firmino. *Desapropriação*. 3ª ed. São Paulo : Atlas, 1946.

DIREITO PROCESSUAL

ASPECTOS JURÍDICOS DA CHAMADA "PICHAÇÃO" E SOBRE A UTILIZAÇÃO
DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO INTERESSE DIFUSO
À PROTEÇÃO DA ESTÉTICA URBANA *

Rodolfo de Camargo Mancuso

Professor Associado do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Procurador do Município de São Paulo

*"Il processo deve dare per quanto possibile
praticamente a chi ha un diritto tutto quello ch'egli ha
diritto di conseguiri"* (Giuseppe Chiovenda).

*"O processualista (ou o jurista, 'in genere'), antes de
o ser, é membrò da comunidade social, comprometido,
queira ou não queira, com as vicissitudes dela, e
gravado perante todos os outros, de responsabilidades a
que não tem como fugir"* (José Carlos Barbosa
Moreira).

Resumo:

O trabalho foi motivado pelo crescimento do lamentável fenômeno da *pichação* nos grandes centros urbanos, sujando e por vezes danificando bens particulares e públicos. O enfoque recaiu nas *pichações* de bens e monumentos públicos, compreendendo, inicialmente, o exame do aspecto terminológico. Em seguida, é examinada a reação da sociedade civil e da comunidade jurídica diante desse fato. O tópico seguinte consiste na caracterização jurídica da *pichação*, a saber: se se trata de conduta civil ou penalmente ilícita, e, neste último caso, se se trataria de crime, de contravenção penal ou de conduta penalmente atípica. Na seqüência se analisa a possibilidade da utilização da ação civil pública para proteger o interesse difuso à estética urbana, ameaçado-lesado pela *pichação*, inclusive no que concerne à dificuldade para composição do pólo passivo da ação. O trabalho se encerra com um capítulo de considerações conclusivas.

* março de 1992.

Abstract:

The main motivation for this paper was the ever growing deplorable phenomenon of "pichação" (*) in the big urban centers, which not only pollute but also damage private and public properties. The focus of the analysis was on the "pichações" (*) of monuments and others public properties (buildings, churches, squares). First, the aspect related to the terminology was discussed. Second, the reaction of the civil community and the "juridica intelligentzia" to this phenomenon was examined. Third, "pichação" (*) was characterized in his juridic interest, i.e., if it is a civil conduct or a illicit penalty, being the latter a crime. Fourth, it was examined if it shall be a procedure irrelevant for the brasilian law. Following, it is examined the possibility of using the public civil action in order to protect the diffuse interest to urban aesthetics, threatened-damaged by "pichação" (*) Also, difficulties to identify the possible defendants are discussed. Concluding remarks are presented in the last section.

(*) Graffitis making dirty a monument or other public property.

Sumário:**I. Introdução.****I.1. O aspecto terminológico.****I.2. O agravamento atual do problema e algumas de suas causas.****I.3. A reação da sociedade civil e a recepção do tema no meio jurídico nacional:**

- a. a pichação seria conduta penalmente atípica?
- b. configuraria contravenção penal?
- c. sendo menor o infrator, caberia apenas medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade?
- d. tratar-se-ia apenas de ilícito civil?

II. Considerações acerca das colocações jurídicas precedentes.**III. Da possível utilização da ação civil pública em nome do interesse difuso à proteção da estética urbana.****III.1. A composição do pólo passivo dessa ação no caso em exame.****IV. Considerações conclusivas.**

I. Introdução.

Dentre os eventos e fenômenos aterradores e desalentadores que a sociedade brasileira vem sendo constrangida a assistir (violências de todo o tipo, insegurança geral, desmandos administrativos, etc.), vem merecendo destaque a atividade dos chamados *pichadores*. Com vistas a ensejar uma abordagem técnica e desapassionada do assunto, considerá-lo-emos, neste ítem, sob três ângulos: 1) o aspecto terminológico; 2) o agravamento atual do problema e algumas de suas causas; 3) a reação da sociedade civil e a recepção do tema no meio jurídico nacional.

I.1. O aspecto terminológico.

Os termos *pichação*, *pichador*, na acepção que hoje se lhes dá, são relativamente novos, se considerarmos que, obviamente, provêm da palavra *piche*, e esta se refere a uma substância totalmente diversa daquela utilizada nos *sprays* dos *pichadores*: o que se contém nesses *sprays* é uma tinta, sob pressão, que é liberada como um aerosol quando é pressionada a válvula. Ao passo que, conforme explica mestre Aurélio, o *piche* é "*substância negra, resinosa, muito pegajosa, obtida da destilação do alcatrão ou da terebintina*" Na linguagem coloquial, e por derivação, o termo *pichação* passou a significar a mensagem escrita ou o desenho de cunho pejorativo, adrede lançados em muros ou paredes, e bem assim a mera crítica ferina, feita com o propósito de atingir diretamente pessoa, coisa ou situação. Ainda nesse sentido figurado, lembra-nos Aurélio que a *pichação* pode constituir-se num "*dístico, em geral de caráter político, escrito em muro de via pública*". E que, na gíria, a palavra *pichar* é usada significando "*falar mal, maldizer*".¹

No sentido em que vai usada no presente estudo, a palavra *pichador* refere-se à pessoa que, munida de tinta (geralmente *spray*) lança dizeres ou desenhos em muros e paredes. Tem-se procurado amenizar ou *glamourizar* esse termo, substituindo-o por outros como *grafiteiro* (que mestre Aurélio não registra) ou *artista popular*. Mas há resistências a tais eufemismos

1. Novo dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975.

quando se considera, como Gilberto de Mello Kujawski, que "o pichador já não escreve, borra as paredes; já pouco utiliza as letras do alfabeto, substituídas pela garatuja cabalística; já não transmite mensagens com sentido político, social ou cultural, mas regride ao caos e à falta de sentido; já não postula a adesão da sociedade à sua causa, mas agride e rejeita a sociedade como um todo; já não contenta em desprezeitar a propriedade privada ou o patrimônio público, contra o próprio mundo".²

De todo modo, o piche é uma substância "negra, resinosa, muito pegajosa", como esclarece o dicionarista, e assim bem se compreende a *genesis*, na linguagem popular, das expressões *pichação* e *pichador*: elas são bem expressivas e falam por si mesmas quando retratam a triste realidade dos muros e paredes das cidades brasileiras, após receberem o "tratamento estético" por parte dos ditos *pichadores*. A estes não aproveita o argumento histórico, lembrado por Pedro Paulo A. Funari, de que nas cidades antigas, como Pompéia, "predominavam xingamentos, cartazes eleitorais, anúncios, poesias, praticamente tudo se escrevia nas paredes":³ a uma, não se há de justificar uma conduta socialmente reprovável em nossos dias, pelo fato de a História registrar comportamentos análogos em outros povos e lugares; a duas, jamais a *pichação* de bens públicos e particulares atingiu proporções epidêmicas como hoje se constata, mormente nas grandes cidades.

De sorte que, a nosso ver, expressões como *pintura*, *desenho*, *pop-art*, *mensagem*, não se prestam para nomear o produto apresentado pelos ditos *pichadores*: aquelas palavras devem, a nosso ver, continuar reservadas para manifestações outras do espírito humano, e bem diversas, tais as verdadeiras representações gráficas ou plásticas do belo, na sua acepção mais aceita: aquilo que deleita nossa inteligência. Não são, pois, objeto do presente estudo as efetivas formas de expressão da alma popular, expostas condignamente, merecedoras, mesmo, de proteção do Poder Público (CF, art. 216, I).

2. A transgressão pela transgressão, *Jornal da Tarde*, São Paulo, 30 nov. 1991, Caderno de Sábado, p. 2.

3. *Ibidem*.

I.2. O agravamento atual do problema e algumas de suas causas.

É bem possível que, em sua origem, o que hoje chamamos *pichação* se justificasse por uma compreensível necessidade de expressão do pensamento e dos anseios de certo segmento da população, geralmente privado de fazê-lo de outro modo. Eram chistes, desenhos, representações gráficas diversas, expressando o que seria uma pintura ingênua, de estética popular. Tal atividade, ainda que pudesse merecer algum senão (na medida em que não se colhia o prévio assentimento do proprietário do muro ou do imóvel), tinha a seu favor o fato de que a intenção do agente não era anti-social, nem propositadamente prejudicial, consistindo antes num extravasamento gráfico da alma popular.

Na seqüência, porém, parece ter ocorrido um desvirtuamento exacerbado do quadro inicial, porque os chamados *grafites* perderam sua graça e originalidade, para se tornarem, em alguns casos, simplesmente agressivos; em outros, de extremo mau gosto; noutros ainda, reunindo ambas essas características. Seja o exemplo conhecido do metrô de Nova Iorque: embora os vagões em si não constituíssem um primor estético, o fato é que de todo modo serviam à finalidade do transporte de massa, integrando, ao demais, o patrimônio público. Por certo, deve ser absolutamente mínima a porcentagem dos usuários que se *deleitam* em apreciar a obra dos que *grafitaram* esses vagões; e aqui merece destaque um aspecto muita vez esquecido na análise do tema em estudo: u'a manifestação artística, para merecer esse nome, deve resultar do livre arbítrio do artista, mas igualmente, a sua recepção pelo público-alvo também deve ser livre. Ou seja, é inconcebível que um produto do espírito humano seja imposto coativamente às pessoas, recusando-se a estas o direito de declinarem da obra oferecida. Assim, voltando ao exemplo das pichações no metrô nova-iorquino, os usuários se vêm obrigados a apreciar os chamados *grafites*, já que estes estão por toda parte. Se refletirmos sobre a estética urbana, veremos que também não é justo que o morador de uma cidade seja compelido a ver muros e fachadas pichados; e, *a fortiori*, o proprietário de um terreno murado não pode ser obrigado a recepcionar as inscrições, dísticos e congêneres que, outrem, por auto-recreação, ali haja por bem em lançar. O ora afirmado em nada colide com a "*livre manifestação do pensamento*" (CF, art. 5º, IV): essa liberdade pública,

como de resto as demais liberdades, não pode ser exercida *à outrance*, sem limites, atraindo garantias constitucionais outras, mormente a que garante o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), em sua conotação clássica: uso e disposição do bem objeto do domínio, segundo o critério exclusivo de seu proprietário (Código Civil, art. 527: "*O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário*").

A crônica jornalística brasileira nos dá bem uma idéia do estágio atual do problema. O dr. Argemiro João Razera, magistrado em São Paulo, relata: "*Recentemente, um metalúrgico aposentado fez dois disparos contra um adolescente, que pretendia usar um pincel atômico para pichar o muro da casa do metalúrgico. Um dos disparos atingiu o adolescente, causando-lhe ferimento grave, com perigo de vida, enquanto o autor dos disparos suicidou-se a seguir*" ("Falta lei mais severa contra os pichadores", *O Estado de S. Paulo*, 23.11.91, Caderno Justiça, p. 6). Esse mesmo jornal dá notícia, em 08.01.92, de que "*dezoito túmulos do Cemitério do Araçá, na Avenida Dr. Arnaldo, foram pichados na madrugada de segunda-feira (...) as famílias dos mortos terão que arcar com os custos dos que exigirem limpeza especial*" Ainda em *O Estado*, de 05.02.92, p. 4, lê-se que indivíduos pertencentes "*à gangue de pichadores Malvinas, do município de Taboão da Serra (...) sem saber que se tratava de uma Vila Militar, passaram a escrever com tinta spray o nome da gangue nos muros da residência do 3º sargento do Exército (...)*" E que dizer do Teatro Municipal de São Paulo, agora tutelado diuturnamente pela milícia paulistana, ante a ameaça de que grupos de pichadores disputam a primazia de pichá-lo? E o Monumento às Bandeiras, de Victor Brecheret, tão caro aos paulistanos, que foi pichado tempos atrás, levando a Municipalidade a arcar com os custos de sua limpeza? E, mais recentemente, o episódio do pichamento do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro?! Como diz Gilberto de Mello Kujawski, "*a furiosa e iconoclasta compulsão pichatória a que hoje assistimos, não só em São Paulo ou no Rio, não só no Brasil ou na América Latina, mas no mundo inteiro, nada tem a ver com forma coletiva de expressão, de crítica ou de protesto. A pichação será modalidade de transgressão tolerável enquanto forma de expressão coletiva, de crítica ou de protesto, mesmo porque sua frequência será sempre ocasional. Mas a pichação se transforma em atitude intolerável quando degenera na transgressão pela transgressão, que é hoje o que se passa*" (grifo no original).

As causas ou a motivação subjacentes à *pichação* podem ser as mais diversas: desde a mera brincadeira sem a intenção dolosa de lesar terceiro ou prejudicar a estética urbana, até o dolo específico de afrontar, de chocar, o prazer sádico de obrigar pessoas e instituições a investir tempo e dinheiro nas sucessivas limpezas dos lugares pichados; passando, por vezes, até por ameaças no sentido de que é inútil pintar ou limpar, porque novas pichações se sucederão... Todo esse triste painel é conhecido de quantos habitam as grandes cidades. Causas e motivação à parte, porém, o fato é que em todos os casos, há um panorama comum: um direito de propriedade é afrontado, já que uma acessão física alteada em um terreno é igualmente objeto de tutela jurídica no que concerne à preservação de sua estética exterior; corolariamente, um prejuízo real é provocado, ante a necessidade da reposição das coisas no *statu quo ante*, com os custos a serem incorridos; esse custo, se conspurcado foi um prédio público, recai naturalmente sobre os cidadãos pagadores de impostos.

A questão que se põe, portanto, mais e além do que a especulação sociológica pode sugerir, consiste em saber até quando e até que limite a sociedade brasileira conseguirá suportar esse quadro. O passo seguinte consistirá no exame das alternativas que pareçam idôneas para, ao menos, desestimular o avanço dessa conduta anti-social, dita *pichação*: exacerbação das medidas repressivas, campanhas cívicas de orientação, medidas de ordem legislativa, etc.

I.3. A reação da sociedade civil e a recepção do tema no meio jurídico nacional.

Quer-nos parecer que a sociedade civil está pasma, perplexa, estarrecida ante o vulto do fenômeno da pichação. Essa reação da sociedade é informada pelos seguintes componentes: de um lado, temos o descarte das antigas explicações que buscavam de algum modo "legitimar" socialmente a pichação (ato lúdico, expressão da alma popular, arte de grafiteiros, etc.), ante a agressividade da conduta e os prejuízos cada vez mais elevados, impostos ao Poder Público e aos particulares; de outro lado, temos o descrédito nas Autoridades e na própria ordem estabelecida, na medida em que o cidadão fica inconformado, vendo que uma conduta claramente anti-social não sofre a repressão devida, ou esta ocorre episodicamente. Tudo a contribuir para a idéia já impregnada no "inconsciente coletivo" brasileiro, da chamada "impunidade

geral", ou, como diz o resignado homem das ruas: "*é inútil; aqui, nada dá em nada ...*".

Creemos caber aos profissionais do Direito dar cada qual sua contribuição para o correto equacionamento do problema, oferecendo as sugestões que se afigurem mais idôneas para solucioná-lo ou ao menos amenizá-lo. Na verdade, a inteligência jurídica nacional, em artigos publicados em jornais e em revistas especializadas, e bem assim em pareceres, sentenças e acórdãos, tem mostrado preocupação e uma crescente apreensão com o vulto que o fenômeno da *pichação* está tomando. Essa recepção do tema no cenário jurídico nacional tem resultado na formulação de várias tentativas de tipificação ou de enquadramento da conduta em análise, nos quadrantes do direito positivo:

a) A *pichação* seria *penalmente atípica*: os arts. 163, seu parágrafo único e 165 do Código Penal prevêm condutas que não se acomodam confortavelmente à *pichação*, a saber, os verbos *destruir*, *inutilizar*, *deteriorar*, configuradores do crime de dano. Diz o magistrado paulista Argemiro João Razera: "*No caso da pichação, pode ocorrer a deterioração da coisa alheia, mas, na verdade, ocorre a conspurcação, que não se confunde com deterioração*" E cita o saudoso Nelson Hungria: "*Com a deterioração, não se confunde a simples conspurcação desde que, bem entendido, não afete a individualidade ou substância da coisa. Quem borra a fachada de uma casa, atirando-lhe 'estercora', ou piche, não comete dano (senão, conforme o caso, injúria real, infração de postura municipal ou simples ilícito civil); já o mesmo, porém, não acontece se, por exemplo, é enodoada uma tela artística, ou poluído o vinho de uma pipa. Desde que indenes a substância e utilidade, não constituiu dano, como entidade criminal, a simples ofensa à estética da coisa*" (*Comentários ao Código Penal*, 4^a. ed., Forense, 1967, v. 7, p. 106).⁴ No sentido dessa tese decidiu, em 2 de agosto de

4. Falta lei mais severa contra pichadores, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23 nov. 1991, Caderno Justiça, p. 6.

A *pichação* para fins de propaganda eleitoral pode configurar o crime previsto no art. 328 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65): "*Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante: Pena - detenção até 6 (seis) meses e pagamento de 40 (quarenta) a 90 (noventa) dias-multa*". § único - "*Se a inscrição for realizada em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou*

1990, o TACrim-SP: "*A pichação de muros e paredes não altera a substância da coisa, nem prejudica sua utilidade, e, por isso, em princípio, não constitui nenhum crime patrimonial*" (tratava-se de uma pichação lançada num pontilhão estadual): RT 662/306, rel. Silva Pinto. Na mesma senda, julgado mais antigo desse mesmo E. TACrim-SP: "*O crime de dano não se consuma se a substância ou a utilidade da coisa permanecerem indenés, embora sua aparência possa resultar conspurcada*" (J. 28.3.78, rel. Fernando Prado, ap. 181.611, Poá, SP).

b) A pichação configuraria a contravenção penal prevista no art. 65 do Dec.-lei n. 3.688/41 (*perturbação da tranqüilidade*), ou no art. 59 desse texto (*vadiagem*). Assim entende o promotor de Justiça de São Paulo, Carlos Ernani Constantino, sustentando que para se enquadrar a pichação no crime de dano seria preciso alteração legislativa nesse tipo penal, acrescentando-se-lhe o verbo *conspurar*, "*que significa sujar, macular, enodoar (...) Cremos que a ação dos pichadores se enquadre no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, nos elementos: 'perturbar a tranqüilidade de alguém, por motivo reprovável': não há dúvida de que o dono da casa ou terreno (alguém) é aborrecido pela conduta dos pichadores e que esta lhe causa distúrbios, e que o motivo de tal ação é reprovável, fútil, frívolo (...)* Subsidiariamente, poder-se-ia pensar, também, na aplicação do art. 59 da mesma Lei das Contravenções Penais - *Vadiagem*: '*Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência, mediante ocupação ilícita*' (...) Isso porque, via de regra, os indivíduos que se entregam a essa atividade de pichação, normalmente o fazem à noite ou pelas madrugadas afora, não tendo, no dia seguinte, ocupação lícita nenhuma e não dispõem de meios idôneos de subsistência' O autor acena, ainda, em favor dessa tese, com a vantagem de a ação penal, no caso das contravenções penais ser pública (art. 17 da Lei das Contravenções): "*deve o delegado instaurar o inquérito 'ex officio', quando tomar conhecimento do fato contravenucional, e o promotor deve ingressar com a denúncia, independentemente de qualquer manifestação do ofendido, dentro do prazo legal*" Ao passo que, explica, enquadrar-se a pichação em crime de dano, implica, além da duvidosa tipicidade, no óbice de cuidar-se de

histórico: Pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 40 (quarenta) a 90 (noventa) dias-multa."

ação penal privada: "*depende de requerimento do ofendido, para que a autoridade policial inicie o inquérito, não podendo o delegado de Polícia iniciá-lo de ofício: quando concluído o inquérito, o ofendido deverá constituir um advogado e ingressar em juízo com uma queixa*".⁵ A propósito do delito de *vadiagem*, lembrado pelo nobre promotor, é mesmo uma figura que só acudir à mente dos estudiosos, quando se interrogam: pode-se, razoavelmente, imaginar que vivam de rendimento ou que desempenhem ocupação normal, indivíduos que gastam horas e horas observando a movimentação da milícia que protege um prédio ou monumento, com o só propósito de fazer o cálculo dosimétrico dos segundos que terão para, furtando-se à ação da guarda, correrem até o alvo, pichá-lo e fugir em desabalada carreira? (Recorde-se o sucedido na Av. 23 de Maio, em São Paulo, com o monumento que celebra a imigração japonesa, conforme noticiado à época).

c) A pichação deveria ser reparada com a prestação de serviços para a comunidade, segundo propõe Paulo José da Costa Júnior. A colocação do ilustre penalista funda-se no seguinte: não se trata, propriamente, de uma atipicidade da conduta do pichador em face do crime de dano, porque a doutrina de Nelson Hungria, antes citada (alínea a, *supra*) onde o saudoso jurista dizia que sujar uma parede (=conspurcar) não se identifica com os três verbos previstos no art. 163 do CP para o crime de dano não pode hoje, essa doutrina, ser tomada ao pé da letra, escrita que foi numa época em que o fenômeno da *pichação* estava longe do caráter *epidêmico* de hoje. Anota Paulo José da Costa Júnior que naquele tempo "*as quadrilhas de pichadores ainda não se haviam organizado, emporcalhando e deteriorando prédios, monumentos, residências e muros. Sem poupar objeto algum. Numa agressividade incontida e recriminável, numa falsa demonstração de coragem ou de destemor, que procura revelar-se ao atingir as partes mais altas dos prédios*" Prossegue o jurista, lembrando que, como a maioria dos pichadores é constituída por menores de idade, não se lhes aplica, naturalmente, o Código Penal, restando o recurso ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Nesse texto, destaca as medidas previstas nos arts. 112, II e III, 116 e 117: obrigação de reparar o dano e a prestação de

5. Natureza jurídica de infração divide estudiosos da pena, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jan. 1992, Caderno Justiça, p. 5.

serviços à comunidade. E explica: "*a medida sócio-educativa de reparar o dano (arts. 112, II e 116 do Estatuto) se aplica somente ao adolescente, que é o menor que tenha entre 12 anos completos e 18 incompletos. Observe-se que em se tratando de menor de 16 anos de idade, a responsabilidade pela reparação do dano cabe aos pais exclusivamente ou, na falta destes, ao tutor e curador. É o que dispõe o Código Civil, em seu art. 1.521. O menor com idade entre 16 e 21 anos responde solidariamente com o pai (art. 156, CC) (...) A prestação de serviços à comunidade acha-se prevista nos arts. 112, III e 117, que a define como a 'realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais'. Nada melhor que exigir do pichador, pilhado em flagrante, reparar o dano, prestando um serviço indiscutível à comunidade, limpando a imundície a que deu causa. Seria esta, em nosso modo de ver, a melhor maneira de regenerar o menor infrator e de limpar a cidade imunda. Foi essa medida justamente aplicada pelo juiz de menores, aos pichadores do Cristo".⁶*

d) A pichação, à míngua de perfeita tipificação penal ("*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*"), constituir-se-ia apenas num ilícito civil, a ensejar reparação do dano. Como se sabe, uma mesma conduta pode ensejar mais de um tipo de responsabilidade, por exemplo: o agente cruzando o farol vermelho, atropela e mata um cidadão; responderá penalmente (homicídio), civilmente (ressarcimento à família da vítima) e administrativamente (multa pela infração de trânsito). Aliás, um dos títulos executórios, no processo civil, é justamente, a sentença penal condenatória (CPC, art. 584, II) e não se pode mais discutir, no cível, sobre autoria e materialidade, quando essas questões se acharem decididas em definitivo na instância penal (art. 1.525, do CC). A proposição ora enfocada vê na pichação apenas o ilícito civil, que leva à chamada responsabilidade aquiliana (= não contratual), versada no art. 159 do Código Civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*" Como diz Argemiro João Razera, no artigo antes citado (alínea a, *supra*): "*O pichador*

6. Crime de dano deve ser reparado com serviços para a comunidade, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jan. 1992, Caderno Justiça, p. 4.

estaria sujeito a uma ação civil para reparar o dano causado à propriedade alheia e ao patrimônio público e, no caso, ainda sujeito a uma penalidade administrativa, existindo lei municipal disciplinando a matéria" No exclusivo ilícito civil, pensamos, recairiam os casos em que a pichação não se tenha revelado particularmente agressiva, não implicando em deterioração, destruição ou inutilização da coisa. Naturalmente, em sendo menor o causador do dano, responderão os responsáveis por ele (pais, tutores, curadores), exclusiva ou solidariamente, conforme as regras dos arts. 1.521, I, II e 156 do Código Civil.

II. Considerações acerca das colocações jurídicas precedentes.

Passando em revista as precedentes colocações, expenderemos a seguir nosso ponto de vista, procurando, no limite do possível, atermo-nos a uma visão global do problema.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, sendo o pichador um menor de idade (é a hipótese mais ocorrente), naturalmente se desvanece a discussão acerca da exegese dos arts. 163 e 165 do Código Penal (crime de dano). O art. 27 do Estatuto Penal declara: "*Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"* Em tais casos, a solução há de ser buscada no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme explicado por Paulo José da Costa Júnior, no artigo antes mencionado (*supra*, ítem 1.c). Importante ressaltar, lembra o citado jurista, que "*os atos infracionais praticados por menores serão reprimidos levando-se em conta a idade de seus autores. Assim, aqueles que contarem com 17 anos, idade limite da inimputabilidade penal, receberão sanção mais elevada"* E, cuidando-se de menores, seres em formação, é claro que a par dessa aplicação da lei que lhes é própria, é necessário que o Poder Público promova, nas escolas, associações comunitárias, clubes, etc., campanhas de esclarecimento e de conscientização cívica, explicando, por exemplo, o que significa para os paulistanos o seu Teatro Municipal, ou o Monumento às Bandeiras, postado no Parque Ibirapuera, ou o seu Museu de Arte, na Avenida Paulista; explicando, também, o custo da reparação das paredes emporcalhadas, e que não é justo que esse custo saia do bolso dos contribuintes; explicando os rudimentos da estética urbana: que é um

direito do cidadão e um dever do Estado preservar a beleza visual da cidade que a todos pertence, poder-dever esse que é de base constitucional (art. 216).

Supondo, agora, que a pichação tenha sido feita por cidadão maior de idade, parece-nos, tal seja a hipótese, que ela poderá enquadrar-se num dos três verbos caracterizadores do crime de dano *destruir, inutilizar, deteriorar* dependendo da intensidade do dolo e do dano produzido. Primeiro, é preciso considerar que o Código Penal é velho de cinquenta anos e, nesse período, os costumes e os valores na sociedade brasileira foram fortemente modificados (por exemplo, hoje se cogita de descriminalizar-se o adultério). Em segundo lugar, a conduta *pichação* não podia, mesmo, estar nas cogitações do legislador penal, pois sequer existia com a conotação e intensidade de hoje, mas sim como um ato anti-social, episódico ("*quem borra a fachada de uma casa, atirando-lhe estercora ou piche*", dizia a clássica lição de Nelson Hungria). Em nossos dias, casos haverá por sua intensidade dolosa e a exacerbada agressividade que poderão implicar na inutilização ou na deterioração da coisa, como, segundo nos foi relatado, deuse com certo edifício em São Paulo cujo material de revestimento da fachada não suportou a abrasão dos materiais empregados na limpeza da pichação. Figure-se, por exemplo, o Prédio Martinelli, cuja argamassa de revestimento apresenta uma cor rósea (parece-nos que decorrente de certa sílica empregada na composição): a limpeza, em caso de pichação, restituiria a beleza original? Portanto, em alguns casos, cremos que a pichação poderá caracterizar a deterioração da coisa, entendida essa palavra, diz Magalhães Noronha, no senso de "*alterar, adulterar, estragar, arruinar, e tornar degenerado (...) A deterioração implica em especial a idéia de adulteração. A coisa não é destruída, não se lhe tira a existência, porém, torna-se menos própria ao fim a que é destinada, piora-se ou altera-se sua condição ou estado*".⁷ Como diz Damásio Evangelista de Jesus: "*Na deterioração, a coisa perde parte de sua utilidade específica. Ex.: lançar tinta num quadro artístico*"⁸ Recorde-se, a propósito desse exemplo, o ocorrido há algum tempo com um precioso quadro exposto no Museu de Arte de São Paulo, o qual recebeu uma carga de tinta, lançada por um visitante. Caso não fosse possível a

7. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1967, v. 2, p. 361.

8. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 2, p. 410.

limpeza, ou se desta resultasse aquela seqüela, parece-nos claro que se teria configurado o crime de dano, sob a rubrica da *deterioração*.

Ainda no que concerne à pichação feita por maior de idade, cremos que há necessidade de desfazer-se o que nos parece um equívoco, a saber: que não se configuraria o crime de dano porque o agente não quis o resultado - prejuízo - mas apenas intentava a pichação, *tout court*. Com a devida vênia dos que entendem diferentemente, cremos que a melhor exegese é a que considera suficiente o dolo genérico, não havendo necessidade de dolo específico, até porque o art. 18, I, do Código Penal, considera doloso o crime "*quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*" Como diz Magalhães Noronha, comentando o crime de dano: "*Só há lugar aí ao dolo genérico, pelo princípio firmado na parte geral do Código, pelo pressuposto de que o agente teve vontade de praticar o fato e quis o resultado (...) Essa intenção de prejudicar não é dolo específico, porque está compreendida na própria ação criminosa. Quem destrói uma coisa, sabe que prejudica seu dono ou possuidor. O prejuízo está ínsito no dano. Se destruir é desfazer, desmanchar; se inutilizar é tirar a utilidade; e se deteriorar é piorar: quem destrói, inutiliza ou deteriora a coisa alheia não pode deixar de prejudicar a outrem. Esse prejuízo é, pois, inseparável da destruição, da inutilização e da deterioração, que são os resultados do crime*".⁹ Damásio Evangelista de Jesus, reconhecendo que grassa certa controvérsia a esse respeito, inclina-se, porém, para o entendimento de que "*a consciência e vontade de causar um dano à propriedade alheia está ínsita nos verbos destruir, inutilizar e deteriorar. Dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo. Assim, o dolo do dano está na simples voluntariedade de o sujeito praticar uma conduta que subverte, torna inútil ou deteriora o objeto material da vítima*".¹⁰ Correta nos parece, assim, a vertente jurisprudencial perfilhada pelo TACrim-SP neste v. acórdão: "*Embora se reconheça que a matéria é controvertida, a verdade é que o crime de dano não exige dolo específico, bastando o dolo genérico, visto que a noção de prejudicar já se encontra ínsita na própria idéia e ato de causar dano.*

9. Ob. cit., p. 365.

10. Ob. cit., p. 410-411. Aliás, o *dano* é conduta penal típica, e se a pichação é resultado da ação das chamadas *gangues*, isto, por si só configura outro crime: a formação de quadrilha ou bando "*para o fim de cometer crimes*" (art. 288 do Código Penal).

Quem destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia sabe, tem consciência de que tais atos causam prejuízo" (J. 20.12.90, RT 667/301. No mesmo senso: RT 546/376; Julgados do TACrim, 71/389).

Revisando a seqüência lógica da exposição, temos então até agora nos pronunciado no sentido de que: a) tratando-se de pichador maior de idade, e tal seja a intensidade e gravidade da pichação, poderá configurar-se o crime de dano, na rubrica da *deterioração* da coisa ou, em casos mais raros, até mesmo da sua *inutilização*; b) não se há de exigir o dolo específico a demonstração de que o agente quis o prejuízo do dono ou do possuidor porque esse evento é *imane*nte à conduta da pichação: quem está pichando *sabe* que está prejudicando; ou, ao menos, assume o risco de fazê-lo.

III. Da possível utilização da ação civil pública em nome do interesse difuso à proteção da estética urbana.

A lesão ou a ameaça a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico podem ensejar a propositura, pelo Ministério Público, associações ou entes políticos, de uma ação civil pública onde se pleiteie a cominação de uma obrigação de fazer ou não fazer (prestar ato ou cessar a atividade nociva), consoante os arts. 1º, III, 3º, 4º, 5º e 11 da Lei n. 7.347/85.¹¹

Não temos dúvida de que há um interesse difuso (=esparso pela sociedade como um todo) a que seja preservada a estética urbana: e não há dúvida de que esse valor jurídico vem sendo diuturnamente ameaçado em alguns casos e afrontado em outros, em razão das pichações "prometidas" ou concretizadas. Por exemplo, edifícios de grande interesse estético, histórico e até turístico, como os nossos Teatro Municipal e Museu de Arte, são alvo constante da "atenção" dos pichadores, sempre à espreita de uma oportunidade para mostrarem sua "arte". Recorde-se o que se deu recentemente com a pichação do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. E, do que se lê nos jornais, as "ganges" soem disputar entre si o *privilégio* das pichações mais arriscadas e acrobáticas!

Estamos, assim, diante de um interesse socialmente relevante e de natureza difusa, a prosperar a conceituação que, em sede doutrinária, já

11. V. o nosso *Ação civil pública*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1992, p. 26.

oferecemos: *"interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (vg., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (vg., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço".*¹² (Notar que no recente Código de Defesa do Consumidor Lei n. 8.078/90¹³ os interesses difusos aparecem assim conceituados: *"interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"* (art. 81, I).

Paulo Affonso Leme Machado, após lembrar que a Lei n. 7.347/85 não exige que os bens e direitos nela mencionados sejam *"memoráveis"*, *"de excepcional valor"* ou tenham *"feição notável"*, como é *"exigido para o tombamento no âmbito federal, conforme o Dec.-lei n. 25, de 30.11.37"*, dá alguns exemplos de proteção, pela ação civil pública, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, destacando-se esta passagem: *"A estética urbana está protegida pela Lei n. 7.347/85. As posturas municipais existentes indicarão regras e ajudarão a apontar a necessidade de serem impedidos ou removidos cartazes, anúncios, etc. Inexistentes essas posturas, restará ao julgador colher subsídios noutras fontes para que se possa estabelecer o valor estético urbano a ser observado. A conservação de um documento histórico ou de determinada casa (importante pelo estilo ou por quem nela tenha morado) são matérias cabíveis na ação civil pública. O valor turístico de um local ou de uma área poderá ser mensurado pelo número de visitantes já atraídos para o bem a defender ou pela função educativa ou de lazer que o local possa vir a oferecer. A paisagem merecerá*

12. V. o nosso *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1991, p. 109.

13. Cf. nossas considerações a respeito desse dispositivo, in *Comentários ao código de proteção do consumidor*, Toshio Mukai et alii, São Paulo, Saraiva, 1991.

ser protegida, em muitos casos, pelo seu próprio conteúdo ou pela sua beleza cênica".¹⁴

Não infirma a possibilidade de propositura da ação civil pública para defesa da estética urbana o fato de, porventura, inexistir no município uma legislação específica a respeito. Primeiro, o art. 129, III, da CF, ao atribuir ao MP a função institucional de defender, mediante inquérito civil e ação civil pública, o patrimônio público, social e meio ambiente, ressaltou ainda os "*outros interesses difusos e coletivos*"; segundo, conquanto haja certa polêmica quanto a saber se os interesses assim tuteláveis são apenas os já recepcionados nominalmente numa norma jurídica ou também os demais, desde que socialmente relevantes,¹⁵ parece-nos que razão assiste aos que, como Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz vêem naquele dispositivo constitucional uma "norma aberta ou de extensão", explicando que ela "*existe precisamente para que não seja necessária a edição de nova lei para colocar sob a proteção do Direito uma determinada situação jurídica. Fosse intenção do legislador constitucional restringir a atuação do MP, tê-lo-ia feito expressamente, dizendo 'outros interesses difusos e coletivos previstos em lei'*"¹⁶ Também para José Raul Gavião de Almeida essa parece a senda mais correta: "*O problema da identificação da natureza do interesse deflui da realidade social. Dela, ante o emergente conflito, nasce o direito de ação. Não pode, conseqüentemente, esse direito ficar condicionado só ao critério do legislador processual em reconhecê-lo, quando confere legitimidade ao Ministério Público para agir, como que a 'autorizar' o direito de ação. Se assim fosse, esse direito perderia a fonte constitucional e restaria reduzido ao critério do legislador*"¹⁷ Em resumo: prevendo a norma processual extravagante inciso III do art. 1º da Lei n. 7.347/85 os "*bens e direitos de valor (...) estético*" dentre os que podem ser objeto da ação civil pública; sendo certo que a estética urbana é um valor jurídico relevante, e como tal tutelável

14. *Ação civil pública e tombamento*, 1ª ed., São Paulo, RT, p. 16.

15. Cf. o nosso *Ação civil...* ob. cit., p. 77-78.

16. *Constituição e defesa dos interesses difusos*, O Estado de S. Paulo, São Paulo, 31 jul. 1991.

17. *Da legitimação na ação civil pública*, São Paulo, J.R.G. de Almeida, 1985 (dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, 1985).

judicialmente; considerando, ainda, que a CF manda o Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, aí inseridos os "*conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*" (art. 216, V), parece lógica a conclusão pela viabilidade técnico-processual da ação civil pública na hipótese de ameaça ou lesão à estética urbana, em virtude da chamada *pichação*.

O objeto da ação será, conforme o caso, a cominação de um *facere* (por exemplo, restituição da coisa ao *statu quo ante*), de um *non facere* (eximir-se de tentar a pichação), ou de um ressarcimento pecuniário do dano (arts. 11 e 13 da Lei n. 7.347/85). Há possibilidade de tutela cautelar, em havendo o justo temor da pichação, para salvaguardar, por exemplo, a integridade do bem público ameaçado (art. 4º dessa Lei). Poderá haver a cominação de multa diária (art. 11 da Lei *supra*), como uma *astreinte* (CPC, art. 287), visando obter-se o cumprimento específico do julgado. O Poder Público é co-legitimado ativo pela ação, mas, eventualmente, pode figurar no pólo passivo, quando, por omissão ou ineficiência, esteja dando ensejo à ocorrência da pichação (por exemplo, não toma providência eficaz e tempestiva para proteger o bem ameaçado), ou ainda, se o dano já se efetivou, em virtude da omissão ou da *faute du service*.¹⁸

III.1. A composição do pólo passivo dessa ação no caso em exame.

Essa possibilidade de o Poder Público vir a figurar no pólo passivo da ação civil pública contribui, também, para a superação de uma dificuldade prática na ação em causa, qual seja a circunstância de, usualmente, os pichadores serem desconhecidos. Ocorrendo a pichação de prédio ou monumento público, ter-se-á um responsável direto (o pichador) e um responsável indireto (o Poder Público), por omissão ou ineficiência administrativa (a vigilância não funcionou ou não se fez a contento). Assim se dá, lembra Paulo Affonso Leme Machado, em face dos imóveis tombados ("*Não só o proprietário da coisa tombada é responsável pela conservação e reparação. Invocável a co-responsabilidade do Poder Público que tenha tombado a coisa...*"),¹⁹ como também em face dos outros

18. Cf. o nosso *Ação civil...* ob. cit., p. 115 e ss.

19. Ob. cit., p. 73.

bens públicos integrantes do patrimônio estético-histórico-turístico-paisagístico de uma cidade: o art. 216, V, da CF, manda o Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural; logo, a falha, por ação ou omissão, desse dever, gera responsabilidade. Essa responsabilidade estatal, a nosso ver, é objetiva: a uma, porque se insere no gênero *responsabilidade civil do Estado*, regulada no § 6º do art. 37 da CF; a duas porque, no limite, a pichação não deixa de ser uma forma de poluição da estética urbana. Aliás, o art. 3º, III, da Lei n. 6.938/81 considera poluição "*a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (...) d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente*". O inciso IV desse artigo considera poluidor "*a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*". E o § 1º do art. 14 dessa Lei obriga o poluidor, "*independente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente (...)*".

Desse modo, em havendo a iminência de uma pichação (justo temor) ou se ela já ocorreu, com efeitos deletéreos para o patrimônio público, em sendo conhecidos os pichadores (surpreendidos no ato, por exemplo), estes (ou seus pais, responsáveis) formarão no pólo passivo da cautelar ou da ação principal, ao lado do Poder Público a quem cabia o poder-dever de guarda-tutela daquele bem. Não sendo conhecidos os pichadores, haverá um fator complicador, mas não insolúvel: primeiro, poderá figurar o Poder Público como co-réu, o que confere razoável concreção à legitimação passiva; segundo, o art. 231 do CPC já prevê a citação por edital "*quando desconhecido ou incerto o réu*". O fato de serem desconhecidos os pichadores, embora constitua um ponto processualmente preocupante, não pode ser erigido em óbice intransponível, caso contrário chegaríamos a um paradoxo, a saber: haveria um direito subjetivo público (à tutela da estética urbana) a que não corresponderia uma ação judicial, em face da dificuldade na identificação dos agentes causadores do dano. E daí adviriam graves conseqüências: desrespeito ao princípio da ubiquidade da justiça (CF, art. 5º, XXXV), pelo qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída à apreciação do Judiciário; esvaziamento do art. 75 do Código Civil, pelo qual "*a cada direito corresponde uma ação que o assegura*"; e, ainda, significaria um retrocesso em face da desejada instrumentalidade-efetividade do processo, lembrando Cândido Rangel Dinamarco que este "*deve ser apto a*

cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais".²⁰ E José Carlos Barbosa Moreira, ao alinhar os pontos configuradores da "*problemática essencial da efetividade*" destaca a capacidade de tutela a todos os direitos ("*e outras situações jurídicas de vantagem*"), haja ou não norma específica a respeito, a par da necessidade de um arsenal processual utilizável "*inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos*"²¹

Dando aplicação prática à instrumentalidade-efetividade do processo, o STF, certa feita, admitiu a citação-edital de quatrocentos litisconsortes, sendo a maioria de endereço ignorado e espalhados por todo o país, ao fundamento de que "*as normas processuais não podem ser interpretadas no sentido de impossibilitar o andamento da causa*" (RTJ 84/1.042).²² Na mesma senda posicionou-se o magistrado paulista, dr. Ciro Antonio Facchini Ribeiro de Souza, ao conceder liminar em medida cautelar satisfativa requerida pelo MP, em certa hipótese em que uma greve dos funcionários de um zoológico colocava em risco a sobrevivência dos animais; a não indicação nominal dos integrantes do pólo passivo não constituiu óbice à concessão da liminar que permitiu salvar os animais ameaçados, num reconhecimento de que o processo é meio e não fim!²³ Também não constitui, por certo, óbice à proteção possessória em caso de invasão de terra, a circunstância de serem numerosos e nominalmente desconhecidos os invasores.

Esse é o caminho que o processo civil está hoje trilhando, dando ênfase à necessidade de o processo atuar como um instrumento para solução do problema posto, e não que ele mesmo, o processo, constitua um problema a mais, a impedir ou dificultar a aplicação da norma de regência ao caso concreto.

20. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, RT, 1987, p. 385.

21. Notas sobre o problema da efetividade do processo, *AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, 1983.

22. Reportando-se a esse v. acórdão, Moniz de Aragão diz que nele estava "*em jogo a efetividade do exercício do direito de ação, assegurado pelo preceito constitucional*." (*Comentários ao código de processo civil*, São Paulo, Forense, v. 2, p. 285).

23. 1ª Vara Cível do Forum Regional do Jabaquara, São Paulo, petição inicial firmada por Edis Milaré, procurador de Justiça e coordenador das Curadorias Especializadas de Proteção ao Meio Ambiente.

Assim, no regime das *class actions*, a legitimidade é resolvida em termos da *adequacy of representation* (idoneidade de quem se apresenta em nome do interesse coletivo ou difuso), não cabendo a indagação quanto à titularidade do interesse, aliás, irrelevante, em se tratando de interesses metaindividuais (cf. a regra nº 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*). Comentando, diz José Rogério Cruz e Tucci que a alínea *a* daquela regra nº 23 se traduz no sentido de que "um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torne impraticável". Esclarece o autor que no caso *Richland v. Cheatham*, "em razão do elevadíssimo número de integrantes da categoria, a corte permitiu que a notificação fosse feita pelo correio, sobretudo para conceder-lhes uma 'chance to avoid being bound by the judgement'" E, de fato, a ação coletiva, envolvendo interesses difusos e coletivos ficaria impraticável se exigida a citação de todos os interessados, como se dá num conflito intersubjetivo de tipo *Tício versus Caio*. Cruz e Tucci lembra casos como o *Feinstein v. Firestone Tire & Rubber Co.*, "no qual se alegou a produção de 40.000 pneus imperfeitos e inseguros; *Mullins v. Ford Motor Co.*, em que se afirmou que a Ford vendeu 3.800.000 carros com o sistema de lubrificação inadequada"²⁴ Está bem de ver que em hipóteses desse jaez, onde se entrecrocaram grandes interesses de massa, o esquema tradicional de legitimação processual resta inaplicável, cabendo ser substituído pelo conceito da adequada representação. Como resume Vincenzo Vigoriti, "*l'adeguatezza dei class representatives sostituisce le garanzie individuali*".²⁵

Recentemente, dentre nós, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor acolheu essa nova diretriz, seja onde admitiu a figura do *autor ideológico* (art. 82 e incisos), seja onde se previu uma "*condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*" (art. 95), seja, enfim, onde permitiu que os beneficiários do julgado se apresentem na fase executória (arts. 97 e 98). Cremos que o processo civil brasileiro deve continuar a seguir essa linha renovadora, por modo a servir como instrumento hábil e eficaz a uma

24. *Class action e mandado de segurança coletivo*, São Paulo, RT, 1990, p. 25 e ss.

25. *Interessi collettivi e processo*, Milão, Giuffrè, 1979, p. 283.

efetiva tutela judicial dos interesses difusos e coletivos e dos direitos subjetivos públicos recepcionados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Por certo, não ficará desprovido de proteção judicial o relevantíssimo interesse difuso à proteção da estética urbana, pelo só fato de haver uma dificuldade no que concerne à identificação nominal dos causadores da pichação no prédio ou monumento públicos. O momento é de coragem e criatividade, ou, como lembra Vincenzo Vigoriti: *inventiveness*, "e cioè coraggio e fantasia".²⁶

A dificuldade representada pelo fato de que os autores da pichação geralmente são desconhecidos - o que poderia trazer entraves ao cumprimento do julgado - é, no caso da ação civil pública, amenizado pela circunstância bem lembrada por Kazuo Watanabe, de que o conteúdo cominatório das sentenças aí proferidas reveste-se de marcante força mandamental. Disso resulta, explica o autor, que o cumprimento do julgado nessas ações "não reclama uma ação de execução 'ex intervallo', pois é o próprio juiz que, através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de realização pelo juiz de atos materiais como (...) a retirada do mercado, com uso de força policial, se necessário, de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores -, faz com que o comando da sentença seja cumprido de modo específico" Afirma o autor que a ação civil pública pode assumir a natureza de ação mandamental, "conforme o tipo de provimento nela reclamado cf. art. 11 da Lei n. 7.347/85".²⁷ Quer dizer: sob esse enfoque, a sentença na ação civil pública seria das que se cumprem em atendimento a uma ordem judicial - lembrando a *injunction* e o *contempt of Court* do sistema anglo-saxão - o que deixaria o autor-exeqüente em posição mais confortável e segura do que se tivesse ele que dar início a uma *actio iudicati* propriamente dita, com citação para cumprimento do julgado, sob pena de (...) penhora, alienação da coisa depositada, realização da obra por terceiro, etc., como se dá, de ordinário, nas execuções. De todo modo,

26. Ob. cit., p. 287.

27. V. *Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor*, Ada Pellegrini Grinover et alii, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 524, 526, *passim*. Do mesmo autor, *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, 1992 (artigo ainda não publicado).

são idéias, perspectivas novas que se abrem, merecendo funda reflexão dos processualistas.

Em remate, pois, a presente proposta de utilização da ação civil pública em nome do interesse difuso à proteção da estética urbana não nos parece infirmada pelo fato de, usualmente, serem desconhecidos os agentes da pichação. O interesse, no caso, é de ser visto em sua dimensão coletiva, e, conquanto a regra geral no CPC seja a citação pessoal, essa mesma regra, como é sabido, sofre alguns temperamentos no próprio CPC (cf. incisos do art. 231). Moniz de Aragão, forte em Tornaghi ("*a incerteza pode decorrer do número indeterminado - 'propter multitudinem citandorum'*") e ainda em Pontes, ("*serem muitos, sem individuação possível ou extremamente difícil*"), lembra que para tais juristas "*poderá o autor promover a citação por editais*".²⁸ De tudo resulta que, com *coraggio e fantasia*, como quer Vigoriti, se haverá de suplantar na prática a dificuldade processual em causa, a fim de que a ação civil pública, na hipótese objeto deste estudo, chegue a bom termo e cumpra sua elevada finalidade jurídico-social. Exemplo disso ocorre no Canadá, onde o interesse na propositura de uma ação coletiva é aferido a partir da finalidade que se quer alcançar, como explica Cruz e Tucci, invocando o caso *Duke of Bedford v. Ellis*: "*Dado um interesse e um gravame comuns, uma ação coletiva estará adequada se a pretensão deduzida for em sua natureza benéfica para todos aqueles que o demandante se propõe a representar*"²⁹ Estaríamos, aí, diante de um interesse processual *in utilibus*, vindo a pêlo lembrar que o nosso Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), albergou uma coisa julgada *in utilibus* ("*apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores*" art. 103, III), o que dá bem uma idéia da modernidade desse texto legal.

Por fim, cabe lembrar que, em se resolvendo a lide numa reparação pecuniária (embora não seja a finalidade precípua da ação civil pública), a solução será a prevista no art. 13 da Lei n. 7.347/85, ou seja: a reversão do dinheiro a um Fundo, cujos recursos destinam-se "*à reconstituição dos bens lesados*". No Estado de São Paulo, rege a matéria a Lei n. 6.536/89, onde se lê

28. Ob. cit., p. 285.

29. Ob. cit., p. 32.

que esse Fundo é gerido por um Conselho, a quem compete, dentre outras atribuições, "zelar pela utilização prioritária dos recursos do Fundo no próprio local onde o dano ocorrer ou possa vir a ocorrer" (arts. 5º e 6º, I).

Essas as considerações que pretendíamos expender, como um subsídio para outros e mais densos aprofundamentos que se estejam fazendo sobre esse momentoso tema. Excusado dizer que, a par das medidas de ordem jurídica lembradas neste trabalho, é absolutamente necessário que o Poder Público, através de programas de esclarecimento e conscientização da população, promova a difusão de idéias elevadas de civismo, de amor à cidade, traduzindo em palavras simples a diferença existente entre *res nullius* (coisa de ninguém) e *res communes omnium* (coisa de todos), que é fundamental para a compreensão de que um bem público integra esta última categoria, e por isso a todos incumbe sua preservação.

IV. Considerações Conclusivas.

1. Os termos *pichação* e *pichador* apresentam inequívoca conotação pejorativa, indicando a frase, dístico, desenho ou representação gráfica de gosto duvidoso, geralmente lançados em muros e paredes com tinta *spray*, à revelia ou mesmo contra a vontade do possuidor ou proprietário.

2. Desvirtuamento, na seqüência, do panorama inicial, convertendo-se a pichação no *leitmotiv* expressional de vasta camada da população, caracterizando-se em verdadeira disputa pela primazia da pichação em lugares de difícil acesso ou em monumentos públicos particularmente reverenciados pela comunidade, passando pela pichação sistemática e recorrente de muros e paredes de prédios e terrenos particulares.

3. As causas do fenômeno *pichação* são de diversa ordem, resumindo-se, ao que parece, numa necessidade de extravasamento e comunicação de certas mensagens, cujo conteúdo, no mais das vezes, permanece oculto em símbolos ou linguagem cifrada. De todo modo, há um núcleo comum nas pichações: o não-consentimento do proprietário do muro ou do imóvel; a irritabilidade da população ante as sucessivas agressões à estética urbana; o prejuízo representado pelo custo da reparação (raspagem, pintura, etc.); o custo

social, no caso de serem atingidos monumentos e imóveis públicos, visto que as despesas com a limpeza e restauração acabam repassadas aos contribuintes.

4. A inteligência jurídica nacional, na doutrina e na jurisprudência, tem procurado tipificar a pichação, registrando-se posições diversas, desde a que considera tal conduta penalmente atípica, passando por proposições no sentido de que, sendo menor o infrator, este deveria reparar o dano com prestação de serviços à comunidade; ou ainda, que dita conduta poderia enquadrar-se nas contravenções penais de *vadiagem* ou *perturbação da tranqüilidade*, chegando-se à proposta que reduz a pichação à causa de uma singela reparação civil. No campo penal, há dissensão quanto a saber se o crime de dano, em que se enquadraria a pichação praticada por agente maior de idade, exige dolo específico (a intenção de causar prejuízo) ou se basta o genérico (sendo o prejuízo imanente à conduta); ainda nessa sede, há discussão quanto a saber se a pichação se enquadra em algum dos verbos do tipo penal em questão (*destruir, inutilizar, deteriorar*), parecendo a alguns que seria necessária a inserção do verbo *conspurcar*, e, a outros, que a conduta pode desde logo enquadrar-se nos verbos *deteriorar* ou até mesmo *inutilizar*, conforme a gravidade do dano.

5. Sendo menor o pichador, não vislumbramos outra solução que não seja a aplicação das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Tratando-se de adulto, cremos que o panorama jurídico assim se descortina: tal seja o vulto da pichação, a intensidade do dolo e a importância do prejuízo resultante poderá configurar-se o crime de dano (arts. 163, § único e 165 do CP), tipificando as condutas *deteriorar* ou até mesmo *inutilizar* coisa alheia, parecendo-nos suficiente o dolo genérico, já que o prejuízo resultante está imanente à conduta, sendo dela indissociável. O *animus jocandi* que porventura anime a pichação não desnatura o delito, porque isso é a motivação e não o resultado final, valendo o exemplo expressivo, lembrado por Damásio Evangelista de Jesus, "*do sujeito que corta a gravata do amigo para lhe pregar uma peça: existe crime, uma vez que tem consciência de que com sua conduta está causando um prejuízo patrimonial à vítima*" Para o penalista, "*o dolo do dano está na simples voluntariedade de o sujeito praticar uma conduta que subverte, torna inútil ou deteriora o objeto material da vítima*" (*Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 2, p. 411). Sem embargo, para espancar dúvidas, seria

louvável a iniciativa parlamentar de que resultasse alteração nos artigos antes mencionados, acrescentando-se o verbo *conspurar*, como aliás sugerido pelo promotor de justiça em São Paulo, Carlos Ernani Constantino (art. cit., *O Estado de S. Paulo*, 11.1.92, Caderno Justiça, p. 5).

6. A par da imputação penal ou da imposição de medida sócio-educativa, conforme o caso, subsiste a responsabilidade civil, calcada no art. 159 do Código Civil (culpa aquiliana), resolvendo-se, nos termos dos arts. 156 e 1.521 desse texto, a responsabilidade dos pais e responsáveis pela infração praticada pelo filho menor ou tutelado. De recordar-se que a sentença penal condenatória é título executório no cível (CPC, art. 584, II) e que a fixação definitiva, na instância criminal, quanto à autoria e materialidade da infração se traslada para o âmbito da ação civil (CC, art. 1.525).

7. Além das responsabilidades penal e civil, poderá também ocorrer a administrativa, em havendo (como sói acontecer) postura municipal vedando a conduta atentatória à estética urbana e impondo multa. De recordar que, pela Constituição Federal, é poder-dever do Estado defender "*os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*" (art. 216, V). *A latere*, é de se ter presente que a pichação a bem público tombado "*em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico*" pode configurar o crime de dano previsto no art. 165 do CP, caso em que a ação penal é pública (cf. art. 167, *contrario sensu*), como também o é no tipo *dano qualificado* (art. 163, III), quando a afronta é cometida "*contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista*". Tratando-se de ação penal pública, a *notitia criminis* pode ser dada à Autoridade Policial por "*qualquer pessoa do povo*" (CPP, art. 5º, § 3º; arts. 165 e 167 do CP), o mesmo se dando em face do Ministério Público (CPP, art. 27). Outrossim, pode configurar-se o crime previsto no art. 328 do Código Eleitoral.

8. Tendo em vista haver, notoriamente, um interesse difuso na preservação do patrimônio público ameaçado pelas recorrentes pichações, assim como na repressão a esse tipo de atividade e no ressarcimento dos prejuízos daí decorrentes, há ensejo para o ajuizamento da ação civil pública (Lei n. 7.347/85)

por qualquer dos legitimados indicados no art. 5º dessa Lei, para proteção da estética urbana: o inciso II do art. 1º dessa Lei prevê o ajuizamento dessa ação em caso de danos "*a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*". A ação visará, conforme o caso, à cominação de um *facere* (por exemplo, restituição da coisa ao *statu quo ante*), a um *non facere* (eximir-se de tentar a pichação), ou ao ressarcimento pecuniário do dano (arts. 11 e 13 da Lei n. 7.347/85). Há possibilidade de tutela cautelar, em havendo o justo temor da pichação, para salvaguardar, por exemplo, a integridade do bem público ameaçado (art. 4º dessa Lei). Poderá haver a cominação de multa diária (art. 11 da Lei *supra*), como uma *astreinte* (CPC, art. 287), visando obter-se o cumprimento específico do julgado. O Poder Público é legitimado ativo para a ação, mas, eventualmente, pode ser legitimado passivo, quando, por omissão ou ineficiência, esteja dando ensejo à ocorrência da pichação (por exemplo, não toma providência eficaz e tempestiva para proteger o bem ameaçado) ou ainda, se o dano já aconteceu, em virtude da omissão ou da *faute du service*.

9. Há uma dificuldade técnico-processual representada pelo fato de que, usualmente, os autores da pichação são desconhecidos. Sem embargo, a moderna ciência processual, secundada por uma jurisprudência progressista e renovadora, tem indicado meios de contornar aquele óbice, invocando a instrumentalidade-efetividade do processo e ressaltando a premissa de que em matéria de tutela a valores em dimensão coletiva, o interesse processual deve ser posto na tônica da relevância-utilidade social do objeto da ação, enquanto que a legitimação deve ser deslocada para a idoneidade-adequação de quem figura como representante do interesse cuja proteção se busca. Em alguns casos de litisconsortes passivos, nominalmente desconhecidos e numerosos, tem sido autorizada a citação-edital, como meio de resolver o impasse e possibilitar o prosseguimento da ação. De outra parte, a possível inserção do Poder Público como co-réu (por omissão ou ineficiência administrativa), contribuirá para conferir maior concreção ao pólo passivo da ação, em sendo o caso. A configuração, como mandamental, da natureza da ação civil pública, proposta em doutrina, contribui para facilitar o equacionamento da execução nessas ações.

DIREITO ADMINISTRATIVO

PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS*

Marcos Juruena Villela Souto

Mestrando em Direito das Relações Econômicas da Universidade Gama Filho
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Advogado

Resumo:

O artigo examina o princípio da descentralização através da criação de empresas estatais e a possibilidade de os estados e municípios virem a instituí-las.

Trata a seguir das principais teorias acerca da origem e das funções do Estado, especialmente no que toca à função de administrar. Aborda a estrutura da administração, direta e indireta, as definições do DL n. 200/67, no seu artigo 5º, o princípio da descentralização e suas formas, a descentralização por desconcentração ou por colaboração, a descentralização através das empresas estatais.

Analisa os tipos de empresas estatais, a vacilação da doutrina no que concerne à existência de dois tipos de empresa estatal, exploradora de atividade econômica e prestadora de serviços públicos e os pareceres dos juristas acerca do tema. Finaliza com as empresas estatais de estados e municípios e a privatização como correção dos abusos da descentralização.

Abstract:

The article examines the principle of decentralization through the creation of state companies and the possibility of they being instituted by states and municipalities.

After that it goes into the main theories about the origin and functions of the state, specially the aspect of its administrative function. It looks into the structure of administration, direct and indirect, the definitions of the Executive Law n. 200/67, in the 5th. section, the principle of decentralization and its forms, decentralization through cooperation, decentralization through state companies.

It analyses the types of state companies, the hesitation of doctrine concerning the existence of two types of state companies, exploiter of the economic activity and renderer of public services and the opinion of jurists on the theme. It ends with the state companies of states and

* Rio de Janeiro, 26 de novembro de 1992.

municipalities and the privatization as a corrector of the abuses of decentralization.

Sumário:

1. Objetivo e método.
2. Origem do poder e do Estado.
3. A função de administrar.
4. Estrutura da Administração.
5. O princípio da descentralização e suas formas.
6. A descentralização através de empresas estatais.
7. Tipos de empresas estatais.
8. Empresas estatais de Estados e Municípios.
9. A privatização como correção dos abusos na descentralização.

1. Objetivo e método.

O objetivo do presente estudo é examinar o princípio da descentralização através da criação de empresas estatais e a possibilidade de os Estados e Municípios virem a instituí-las. Para tanto, vai se analisar a origem e as funções do Estado e, especificamente dentro da função de administrar, a forma de seu desempenho. Nesse passo, vai se focar a estrutura centralizada e descentralizada da Administração e o princípio da descentralização, como orientação; dentre as formas da descentralização, a criação de empresas estatais, nas suas duas formas sociedade de economia mista e empresa pública e o respectivo amparo constitucional, para, por fim, responder à indagação proposta e soluções para o problema de indevida descentralização.

2. Origem do poder e do Estado.¹

Santo Tomás de Aquino, um dos mais notáveis seguidores de Aristóteles, afirmava, a exemplo de seu mestre, que "*o homem é, por natureza, animal social e político*", sendo, pois, no dizer de Ranelletti, uma necessidade

1. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

natural a vida em sociedade, através da qual pode ele, com a convivência e cooperação dos semelhantes, atingir os fins de sua existência.

Platão, e mais tarde Hobbes, por outro lado, entendiam que algo além dessa natural tendência era necessária para que o homem vivesse em sociedade, que vinha a ser o elemento *vontade*. Partiu-se, daí, para uma noção contratualista, segundo a qual a base da vida social, como evolução do estado natural, estaria em duas leis: a primeira, obrigando os homens a lutar pela paz; a segunda, a renúncia individual ao direito sobre todas as coisas em prol do respeito geral à sua própria liberdade. Era a idéia de um "contrato social", sustentada por Rousseau, através do qual há mútua transferência de direitos em prol do *bem-estar geral*.

Titularizando cada ser humano um *poder*, isto é, a faculdade de transformar vontade em atos, aos poucos, o homem foi sentindo a necessidade, decorrente da vida social num determinado território, de transferir o seu exercício (e não a titularidade) a um representante, para que este, *agindo em nome da vontade de todos*, zelasse pelo *bom* funcionamento da sociedade. Surgiu, então, a noção de Estado.

A soberania, inserida na pessoa do governante, previa a tarefa de administrar a vida social, resolver, até mesmo pela força, os conflitos, de acordo com normas por ele mesmo elaboradas. Foi Aristóteles quem, primeiramente, identificou essas três funções do Estado, cuja atuação deveria pautar-se pela consecução do bem comum, *de acordo com os anseios da sociedade* que lhe transfere o exercício desse poder.

O ordenamento jurídico, como evolução do ordenamento social, surge, então, como forma de disciplina das ações na vida social de acordo com os objetivos por ela (sociedade) traçados. A norma jurídica é mera positivação conseqüente desse ordenamento. A noção de *ordem jurídica* é, pois, mais ampla que a de *norma jurídica*.

Observa Dalmo de Abreu Dallari que *"cada indivíduo, cada grupo humano e a própria sociedade, no seu todo, devem sempre ter em conta as exigências e as possibilidades da realidade social, para que as ações não se desenvolvam em sentido diferente daquela que conduz efetivamente ao bem comum"*.

Contudo, o fortalecimento da figura do governante na derrocada da Idade Média, levando ao absolutismo, fez com que o exercício do poder fugisse aos anseios da sociedade que dele era titular. Aliás, num superficial exame histórico, é fácil detectar que o exercício do poder fatalmente leva ao abuso.

Foi Montesquieu quem, sistematizando a lição de Aristóteles, preconizou que o exercício das três funções básicas do Estado deveria caber a pessoas diferentes.

A retomada do poder pelo povo que o titularizava, na célebre Revolução Francesa de 1789, foi o grande marco da história da vida em sociedade fazendo valer a *teoria da tripartição das funções do Estado* idealizada por Montesquieu. Deu-se a primeira descentralização.

O poder, emanado do povo e em seu nome exercido, continuava *único*, apenas o seu exercício fracionado, como forma de manutenção da harmonia e do equilíbrio da vida em sociedade, cabendo a cada órgão o exercício de uma função primordial (administrar, legislar, julgar), sabendo que agia dentro de limites controlados pelos demais órgãos.

O advento do Estado Constitucional procurou afirmar a supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder e a busca do seu exercício de forma racional.

No Brasil, com a retomada do Estado de Direito, um Estado limitado pela ordem jurídica, a Constituição de 1988 manteve a essência do legado da Revolução Francesa de 1789, preconizando o exercício independente, porém harmônico, dos poderes estatais (art. 2º), deixando expresso que tais poderes pertencem ao indivíduo e em seu nome deve ser exercido, por ele ou por meio de representantes (art. 1º, § único). Além da repartição *funcional* do poder, o Estado Federal contempla, ainda, a divisão *espacial* do poder, entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, cada qual com autonomia política, administrativa e legislativa, nos termos das competências que lhes for atribuída pela Lei Maior.

3. A função de administrar.

Mais do que criar e estruturar o Estado brasileiro, matéria tipicamente constitucional, o constituinte de 1988 teve o cuidado de neutralizar

um pouco a hipertrofia do administrador no regime presidencialista, traçando-lhe princípios de atuação: a legalidade, a publicidade, a impessoalidade e a moralidade, que, em suma, dizem o seguinte:

legalidade a Administração só pode agir de acordo com os mandamentos de lei;

moralidade - agir de acordo com a ética (honestidade);

impessoalidade o ato deve atender o interesse geral e não o pessoal (seja do administrador, seja do administrado);

publicidade os atos da Administração devem ser públicos e divulgados (só são sigilosos os casos que afetem a segurança nacional).

Portanto, administrar seria a função do Estado não englobada na função de legislar - traçar comandos genéricos para a convivência social, prevenindo conflitos de interesses e de julgar solucionar concreta e definitivamente esses conflitos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto em seu *Curso de direito administrativo* classifica as atividades administrativas em cinco ordens, a saber:

- *poder de polícia* limitação de atividades individuais em prol do interesse coletivo;

serviços públicos atendimento de necessidades sociais (ex: transportes, água, luz);

ordenamento econômico - disciplina (e até substitui) as atividades de produção, circulação e consumo das riquezas;

ordenamento social disciplina o desenvolvimento social com sentido de amparo ao homem (ex: direito do trabalho e direito previdenciário);

- *fomento público* colocação de instrumentos para o desenvolvimento econômico e progresso sócio-cultural (ex: incentivos fiscais, subsídios, financiamentos).

É claro que muitas dessas funções, por força do citado *princípio da legalidade*, serão exercidas em parceria com o Poder Legislativo, que aprovará as leis necessárias para legitimação dos atos administrativos.

4. Estrutura da Administração.

Para desempenho de suas funções, a Administração pode funcionar de forma *centralizada*, isto é, o *poder* será exercido diretamente pelo ente político criado pela Constituição Federal, ou por criaturas decorrentes de seu poder de auto-organização, por execução direta ou em colaboração com terceiros. É o que se chama descentralização.

Descentralização é, na lição sempre atualizada de Hely Lopes Meirelles - *in Direito administrativo brasileiro* -, afastar do centro; "*em sentido jurídico-administrativo, é atribuir a outrem poderes de Administração*", cujo titular é o Estado.

Daí a estrutura da Administração Pública em administração centralizada, chamada *administração direta* entidades políticas criadas pela Constituição, e administração descentralizada, englobando aí a *administração indireta* - autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas (que exercem atribuições inerentes ao Estado) e a *administração fundacional* que compreende as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público.

Entendemos que a opção de exercer as funções de administração do Estado de forma centralizada e descentralizada constitui um *poder discricionário* do administrador, isto é, do Chefe do Poder Executivo, atualmente (em face dos abusos do passado) submetido ao controle do Poder Legislativo. Diz o art. 37, XIX, da Constituição Federal, que "*somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública*"; ainda para controlar eventuais distorções dessas criaturas, esclarece o inciso XX do mesmo dispositivo que "*depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada*". É o caso, também, das controladas, que, mesmo não integrando a administração indireta ou fundacional, recebem, direta ou indiretamente, recursos públicos.

Em que pesem os abusos que ocorreram no passado (onde, pela via da descentralização para estatais, se contratava pessoal sem concurso público, bens e serviços sem licitação e dívida externa sem a aprovação do Senado Federal), não existe uma lei que defina quando e por que forma descentralizada. Como dito, a matéria insere-se no poder discricionário do administrador,

cabendo ao legislador o controle casuístico de cada ato. Foi a fórmula que o constituinte encontrou de solucionar esses abusos sem violar a doutrina do Direito Administrativo. A lei decorrente da descentralização é ato formalmente legislativo mas materialmente administrativo.

Existem, a nível federal, as definições do Decreto-lei n. 200/67, constantes de seu art. 5º, *in verbis*:

"I - autarquia o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada;

II empresa pública 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;

III sociedade de economia mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações de direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta".

Os conceitos são federais, muito embora sejam repetidos nas demais esferas de governo.

Não se falou em fundações. As dúvidas sobre a inserção das fundações no âmbito da administração indireta ou fora da estrutura da Administração Pública levaram a dúvidas quanto ao seu conceito e natureza jurídica, se de direito público ou privado.

A solução para esse impasse está intimamente ligada à definição do objeto da entidade. Aspectos como a criação por lei, o recebimento de verbas

públicas, o ingresso por concurso nos seus quadros, a fiscalização do Tribunal de Contas, etc. não são suficientes para enquadrar a entidade como pública ou privada. É, primordialmente, o *objetivo* da entidade que lhe confere uma personalidade pública ou privada. Daí concluir-se que tanto podem existir "fundações de direito público" ou "fundações públicas", como têm sido chamadas como "fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público"

É o que ensina, com clareza solar, o ilustre procurador do Estado de São Paulo Edmir Netto de Araújo (*Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 32, 1989, p. 179-192), *in verbis*:

"... Nessa manifestação, afirmávamos que a categoria jurídica fundação, descompromissada com qualquer dos ramos (público ou privado) em que se divide o direito, significa 'patrimônio personalizado e dirigido a um fim'. O ítem 'patrimônio', todavia, poderá estar afetado a um fim público ou privado, embora no segundo caso possa trazer conotações de interesse público ou social (fins assistenciais, filantrópicos, culturais), e esses dados determinam a finalidade de fundação".

Assim, até uma adequada disciplina do tema, ter-se-ão fundações públicas, submetidas ao mesmo regime das autarquias (daí serem chamadas de "fundações autárquicas" ou "autarquias fundacionais") e fundações de direito privado instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público. As primeiras integram a administração indireta (como autarquias), estas, a chamada administração fundacional.

Para equacionar o tema para o futuro e moralizar a criação de tais entidades -, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 77, § 2º, IV, considera fundação pública "a entidade de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos do Estado e de outras fontes"

Tal conceito, no entanto, vale da promulgação do ato em diante. Prossegue, portanto, a problemática do emprego indistinto da fundação pública até que haja uma casuística atividade legislativa corretiva.

5. O princípio da descentralização e suas formas.

Conforme supra-examinado, descentralização significa retirar do centro. Constitui, pois, uma opção técnico-administrativa de desmembramento do *exercício* do poder e não de sua titularidade, que, de qualquer modo, permanece com o povo, de quem emana em favor do Estado.

Desde a Revolução Francesa, a descentralização do poder estatal foi exercitada como forma de facilitar a fiel consecução dos objetivos do Estado. Foi a descentralização *funcional* nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (descentralização política).

Nos Estados Federais, como é o caso do Brasil, o poder estatal, além de funcionalmente dividido, também o é *espacialmente* dividido (divisão espacial do poder também política).

Daí incluir-se a *descentralização* dentre os *princípios gerais de direito público*, do qual o direito administrativo é um ramo.

No exercício do poder estatal de administrar, também devem ocorrer descentralizações, já que ao administrador cabe o desempenho de suas funções com *eficiência* (técnica, administrativa e financeira). Sendo um princípio, emana diretamente do ordenamento jurídico que dará substrato à norma jurídica; ainda que dela não conste expressamente, trata-se de um mandamento que decorre da própria existência de uma ordem jurídica.²

A nível federal, o Decreto-lei n. 200/67 o previu, expressamente, para a sua Administração Pública, no art. 6º, III e IV.

Vale esclarecer que não é apenas através da criação de autarquias ou de entidades paraestatais que ocorre a descentralização.

2. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em seu *Curso de direito administrativo*, 10ª ed., Rio, Forense, 1992, p. 66, observa que tal descentralização também ocorre no Poder Legislativo, com a divisão do Congresso Nacional em duas Câmaras, e no Poder Judiciário, através das leis de organização judiciária que criam Juízes de Direito Especializados e Câmaras nos Tribunais.

Esta é a descentralização por *outorga* ou *institucional*, onde o Estado, através de *lei*, cria uma entidade (nova pessoa jurídica) e a ela transfere a titularidade de uma atividade administrativa. Assim, as autarquias e paraestatais passam a personalizar uma determinada junção.

A descentralização por *desconcentração* ocorre dentro da própria estrutura administrativa, sem criação de uma pessoa jurídica, objetivando o descongestionamento do serviço através da repartição das funções entre os órgãos. Decorre do poder hierárquico.

Faz-se, aqui, a distinção entre níveis de direção e execução, cabendo aos primeiros o planejamento e supervisão daquilo que vai ser executado. A divisão do Governo em ministérios e destes em repartições, agências, secretarias e diretorias é exemplo dessa técnica de especialização e liberação dos órgãos de cúpula. Evita-se, assim, que toda e qualquer atividade seja, imperativamente, examinada pela autoridade administrativa que se encontra no vértice da respectiva estrutura, reservando-lhe, assim, mais tempo para as decisões relevantes.

Por fim, tem-se a descentralização por *delegação* ou por *colaboração*, onde se transfere para terceiros, estranhos à estrutura da Administração Pública (direta, indireta ou fundacional), a *execução* transitória de atividades que a ela cabem. É que nem sempre (aliás, raras vezes), os órgãos e entidades que integram a Administração Pública são auto-suficientes para solucionar as demandas que decorrem do dinamismo do interesse público. Daí a necessidade de convidar a iniciativa privada a prestar a sua colaboração, o que ocorre através de atos administrativos, unilaterais (permissões), bilaterais (contratos) ou multilaterais (convênios).

Vale lembrar que, em decorrência do *dever de eficiência*, não basta que a Administração esteja apta a atender determinado interesse público; é indispensável que o faça de acordo com as melhores técnicas, ao menor preço e no momento oportuno. Aplicam-se integralmente à Administração Pública os conceitos de "terceirização" e de "*just in time*" utilizados pela administração privada.

Assume, então, primordial importância o procedimento de licitação, através do qual os órgãos e entidades da Administração Pública

selecionam as propostas mais vantajosas (e não, as mais baratas) dentre as ofertas de particulares que com ela desejam colaborar.

Ao administrador público deve ser exigida a sensibilidade em captar aquilo em que ele pode ser mais eficiente que o particular, conciliando tal eficiência com as noções econômicas de custo de oportunidade e vantagem comparativa, descentralizando ou terceirizando (privatizando) certas atividades para dedicar-se às mais importantes ou de melhores resultados.

A escassez de recursos públicos, a necessidade de redução do tamanho do Estado e o imperioso dever de fomento às atividades da iniciativa privada (geradores de emprego e de receitas tributárias) tornam a terceirização da Administração Pública uma questão prioritária. O Estado deve reservar para si a *política administrativa*, transferindo, sempre que oportuno e conveniente, a *execução* administrativa aos particulares, a quem caberá o risco dos investimentos e o justo lucro o Estado não tem mais recursos para investir ou arriscar sem lançar mão de novos tributos, que levam o país à recessão; por outro lado, não tem o objetivo de auferir lucros; o que interessa é o atendimento do interesse público com a melhor técnica e ao menor custo. Daí o papel relevante das licitações e das contratações administrativas, hoje, sem dúvida, a melhor técnica de descentralização.

6. A descentralização através das empresas estatais.

O presente estudo dedica-se a uma pequena parcela da descentralização, qual seja, a que se exerce através da criação de empresas estatais.

Para tanto, há necessidade de um breve histórico.

A descentralização administrativa surgiu, antes de mais nada, como um instrumento de libertação do Estado do formalismo que rege a ação administrativa. A adoção de formas de direito privado na gestão da entidade, na escrituração contábil, na celebração de contratos tornavam o Estado infinitamente mais ágil na consecução de seus fins.

Inicialmente, essa descentralização personalizava apenas os serviços públicos prestados pelo Estado. O exercício de atividades econômicas e,

conseqüentemente, a produção de riquezas, competiam à iniciativa privada, sem que houvesse qualquer ingerência do Poder Público. Era o Estado liberal.

A primeira metade do século XX trouxe acontecimentos que desbancaram essa teoria de alheamento do Estado. Sucessivamente, a Primeira Guerra Mundial, a quebra da Bolsa de New York e a Segunda Guerra Mundial, todos com graves conseqüências, deixaram clara a necessidade de modificação nessa política, tornando imperiosa a presença do Estado, tanto na economia quanto na área social (obviamente não foi esse o momento do surgimento das empresas estatais, cujas origens remontam à época do mercantilismo séculos XVI e XVII , através de empresas coloniais, inglesas e holandesas).

Surge o Estado intervencionista, legitimado a intervir na atividade privada, para condicionar o exercício dos direitos a determinados fins sociais. Não se tratava, pois, de um retorno ao absolutismo, cujos princípios não mais se adequavam em relação ao Estado de Direito.

Coube à Constituição alemã de Weimar, em 1919, desencadear esse processo de maior participação estatal na vida da sociedade. Como assinala A. B. Cotrim Neto, em seu trabalho denominado *A intervenção do Estado na economia - in Revista de Informação Legislativa nº 96, p. 151 - "Pela primeira vez, quicá, na história do pensamento jurídico, subordinava-se a economia a normas de direito público, e, sem dúvida pela primeira vez, inseriu-se o controle estatal da economia privada no quadro de uma Constituição política (Constituição de Weimar, arts. 151, 17, 158, 164 e, especialmente, art. 165)".*

No Brasil, a primeira Constituição a mencionar o tema foi a de 1934, determinando que a economia se organizasse de acordo com os princípios da justiça social e que possibilitasse vida digna, garantindo a liberdade econômica.

Com a Constituição de 1946 é que foram desenvolvidos os princípios dentro dos quais deveria se pautar a atividade econômica, conciliando-se a *livre iniciativa* com a *valorização do trabalho humano*, assegurando o trabalho a todôs.

A Carta de 1967 enumerou cada um desses princípios, que deveriam destinar-se à realização da justiça social. A Emenda Constitucional de 1969 acrescentou, ainda, a finalidade de assegurar o desenvolvimento nacional.

Com o advento da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia foi remodelado. A ordem econômica funda-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, cabendo ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Assim, o papel do Estado na atividade econômica deixa de ser o de agente propulsor da economia e produtor da riqueza, função essa que é reservada à iniciativa privada; cabe-lhe reprimir os abusos e assegurar o bem-estar da coletividade e o desenvolvimento do país.

Foram previstas quatro formas de intervenção: a normativa, a repressiva, a tributária e a exploração direta da atividade econômica.

Dá-se a intervenção *normativa* através da concessão da proteção e benefícios especiais e temporários a empresas brasileiras de capital nacional que desenvolvam atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país. Por esse mecanismo, o Estado incentiva setores privados ao invés de ele próprio exercer tais atividades. Dá-se, ainda, a permissão do ingresso do capital estrangeiro no país, em hipóteses que a lei regulará.

A intervenção *repressiva* visa a coibir o abuso do poder econômico que tenha por finalidade a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. É a defesa do consumidor. Há, ainda, as polícias sanitária e ambiental.

A intervenção *tributária* caracteriza-se pela utilização do tributo como um meio de execução de uma política de seleção de fatos que denotam capacidade econômica contributiva ou para privilegiar alguns setores - ex: CF, art. 149.

Por fim, o que nos interessa, a intervenção através da *exploração direta da atividade econômica*, que ocorrerá sempre que for necessária aos imperativos de segurança nacional ou tenha por objetivo atender relevante interesse coletivo.

A própria Lei Maior já elenca setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada, constituindo monopólio da União. São eles ligados ao petróleo, gás natural e aos minérios e minerais nucleares.

Somente nessas hipóteses é que cabe ao Estado assumir a forma empresarial e ocupar um espaço que, na nova ordem constitucional, compete à iniciativa privada. Sujeita-se ele, então, a formas de direito privado, através da criação de empresas, e estas, via de consequência, ao regime jurídico de direito privado, quanto aos aspectos tributários e trabalhistas. Afinal, num Estado de Direito, não seria justo que o Poder Público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, se valesse de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados.

A Carta Magna comete, ainda, ao Estado, o dever de prestação de serviços públicos, segundo a titularidade oriunda do sistema federativo de repartição de competências. Essa titularidade é inalienável. Pode o Estado, por lei, criar uma entidade que personalize esse serviço, titularizando-o, ou, então, delegar ao particular a sua execução. Esse aspecto assume importante papel ao se tratar de privatização de empresas estatais.

Por enquanto, é de fundamental importância que se frise que há dois tipos de empresas do Estado: as que se destinam à intervenção na atividade econômica e as que titularizam a prestação de serviços públicos.

Na organização da Administração Pública brasileira, estas empresas, muito embora integrem a chamada Administração indireta (ou melhor, Administração descentralizada, eis que destacadas da Administração centralizada ou direta), são pessoas jurídicas de direito privado e assumem duas formas básicas:

empresas públicas, quando forem constituídas com capitais eminentemente públicos;

sociedades de economia mista, quando o Estado se associa ao particular para a constituição do capital social. A forma é de sociedade anônima.

A competência para legislar em matéria empresarial, onde estão situadas as duas categorias supra, é privativa da União CF, art. 22, I (direito comercial).

O processo de criação dessas empresas no Brasil desencadeou-se durante a Segunda Guerra Mundial, quando razões de "segurança nacional" levaram à criação da Fábrica Nacional de Motores (cuja finalidade era a fabricação e manutenção de motores de avião), a Companhia Siderúrgica

Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

A década de 50 deu ensejo à criação da indústria de base, que mereceu o apoio financeiro do Governo com a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. No mesmo período surgiu a Petrobrás.

Mas foi nas décadas de 60 e 70 que o Estado brasileiro empolgou-se em dinamizar sua atividade empresarial, objetivando estar presente em áreas complementares às empresas de base originariamente criadas. Surgiram os grandes grupos da ELETROBRÁS, SIDERBRÁS, NUCLEBRÁS, PORTOBRÁS, TELEBRÁS. Consta que nesse período, segundo a SEST, mais de trezentas empresas estatais teriam sido criadas.

É óbvio que os diversos motivos que levaram ao excessivo intervencionismo estatal, em muitos casos, não mais estão presentes e não se coadunam com o texto constitucional vigente. Como visto, fora das hipóteses em que haja prestação de serviços públicos ou de exploração direta da atividade econômica para atender imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo não podem existir empresas estatais.

Urge, pois, que se corrija a anomalia do gigantismo do Estado, oriunda de uma política que lhe atribuiu o papel de conduto da economia. Este é o objetivo primordial da privatização: devolver à iniciativa privada um espaço que, em situação de normalidade, lhe compete, retornando o Estado às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial, como saúde pública, segurança, educação e saneamento. É a "privatização", objeto de um programa instituído pela Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990.

7. Tipos de empresas estatais.

Quer em razão da possibilidade e motivação para a criação, quer em face dos métodos de privatização, é indispensável analisar a finalidade a que se destina a empresa estatal.

A doutrina é vacilante no que concerne à existência de dois tipos de empresa estatal *exploradora de atividade econômica* (CF, art. 173, § 1º), e empresa estatal *prestadora de serviços públicos* (CF, art. 175).

O procurador do Estado do Rio de Janeiro e eminente administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em "visto" ao Parecer n. 22, de 1991 - MTWM, da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, proferido no processo n. PRES.225/91 METRÔ, sustenta que:

"Com efeito, é preciso ter igualmente em linha de conta a distinção clássica e incontestada entre serviço público e serviço de utilidade pública: o primeiro, pró-comunidade e o segundo, pró-cidadão, na tersa lição de Hely Lopes Meirelles, conformando esta, a 'atividade econômica que só poderá ser explorada pelo Poder Público' caracterizada pela 'produção de renda para quem os presta' (DAB, RT, SP, 14ª ed., 1989, p. 290-291).

Se assim não fosse, as concessionárias privadas de serviço público perderiam também a sua condição empresarial.

E mais ainda. Nenhuma sociedade de economia mista poderia dedicar-se à exploração de atividade tida como serviço público, considerando que o Decreto-lei n. 200/67, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n. 900/69, define-a como a entidade cujo objeto se encontra ligado à exploração de atividade econômica.

Observe-se, ademais, que a própria forma jurídica da sociedade anônima seria, no caso, de impossível adoção, uma vez que a Lei n. 6.404/76 (art. 2º) restringe o objeto da companhia a 'qualquer empresa de fim lucrativo'.

Deve-se, pois, assentar que a sociedade anônima, de economia mista ou não, e qualquer que seja o seu objeto, desenvolve sempre e necessariamente uma atividade econômica.

Conseqüentemente, o sadio princípio constitucional inaugurado no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, aplica-se a todas as sociedades de economia mista, as quais, por isso mesmo, se regem pela legislação privada.

Acrescenta-se que esse avanço da Constituição de 1988 é uma conquista da racionalidade pública, de vez que trata de afirmar a absoluta necessidade de que esses serviços sejam prestados com eficiência econômica, não pesando sobre os cofres do Estado, como seria, então, aceitável, no já ultrapassado Welfare State Keynesiano, e, hoje, um claro indicativo de desgoverno.

Assim sendo, não vejo como aplicar à hipótese regras e preceitos inerentes à administração financeira do Estado, tais como os que tratam de previsão orçamentária, empenho e tramitação burocrática, os quais, inclusive, são incompatíveis com a dinâmica empresarial, e, muito menos reconhecer, a uma entidade de direito privado, o privilège du préalable, apanágio intransferível do Estado (vide conclusão 13)"

Não desautoriza tal conclusão, embora não a confirme, a lição de Lucia Valle Figueiredo (*Direito dos licitantes*, São Paulo, RT, 1985, p. 40) que interpretando norma da anterior Carta, semelhante ao atual art. 173, § 1º, sustentou que a regra é dirigida ao aplicador da lei, no sentido de que não sejam beneficiadas as empresas estatais em detrimento das empresas de particulares, esclarecendo, porém, o seguinte:

"O texto constitucional pretende uma igualdade de regime, quando esta igualdade possa garantir, exatamente, o não aniquilamento da iniciativa privada.

A regra, pois, é de aplicação voltada de imediato à proteção da atividade privada.

Demais disso, não são as empresas públicas e sociedades de economia mista antes comparáveis, em tudo e por tudo, às empresas particulares, haja visto que: a. submetem-se a controle pelos Tribunais de Contas; b. não podem falir; c. os atos de seus diretores são passíveis de mandado de segurança; d. a ação popular é exercitável como remédio jurídico, caso celebrem contratos lesivos aos seus patrimônios."

Já Celso Antonio Bandeira de Mello, em parecer publicado na *Revista de Direito Público* n. 97, p. 30-36, faz a devida distinção entre empresa exploradora de atividade econômica destinada a intervir no domínio econômico, atuando em esfera constitucionalmente reservada à empresa *privada* por força do princípio da livre iniciativa (CF, art. 170) - e empresa prestadora de serviço público mera descentralização administrativa, por questão de conveniência na delegação e personalização (por lei) de um serviço que cabe ao Poder Público.

Diz o renomado mestre, *in verbis*:

"Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies, a saber: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, pois o regime de uma e outra não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível.

Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoadas aos seus cometimentos tradicionais e que demandará, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação...

Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor; ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido acicatado por motivos de alta relevância".

Ainda a respeito da matéria, manifestou-se o eminente jurista Adilson Abreu Dallari, em parecer publicado na *Revista de Direito Público* n. 94, fls. 94-108, *in verbis*:

"Em resumo, as entidades privadas criadas pelo Estado para o desempenho de serviços públicos, as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo próprio Poder Público para desenvolvêr atividade tipicamente pública, podem e devem ter um regime muito mais assemelhado aos das entidades públicas; podem ter, sim, indubitavelmente, um tratamento privilegiado, inclusive quanto aos aspectos tributários, porque não concorrem com as empresas privadas, não concorrem com os particulares em sentido estrito.

A doutrina e a jurisprudência já haviam entendido estas distinções quando do advento da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que o constituinte de 1988 percebeu claramente a existência de dois tipos de empresas estatais, as que desenvolvem atividades econômicas e as que prestam serviços públicos, motivo pelo qual em uma série de dispositivos cuida de situações que são comuns a qualquer uma dessas espécies de empresa estatal, mas, cientes da distinção, quando quis se referir à empresa estatal exercente de atividade econômica em sentido estrito deixou expressamente consignada essa referência".

No mesmo parecer, destaca-se a posição de José Afonso da Silva, a fls. 104-105, abaixo transcrito:

"Tenha-se presente essas distinções para a compreensão da natureza e limites das empresas estatais; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a Telebrás, a Rede Ferroviária, a VASP, etc.), e as exploradoras de atividade econômica (como a Petrobrás, a Vale do Rio

Doce, o Banco do Brasil, a Embraer, a Cosipa, etc.). O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora. O modo de gestão desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime da discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista) ou por concessão, autorização ou permissão a uma empresa privada".

Com igual sentido, confira-se a lição de Toshio Mukai, em estudo denominado *A Empresa pública na nova Constituição*, publicado no Boletim Legislativo ADCOAS, n. 09, de 30 de março de 1989, p. 324:

"O Estado não tem outra missão senão a de buscar a satisfação do interesse público.

Isto ele o faz precisamente ao executar os serviços públicos, mas, mesmo quando explore atividade econômica, ele só pode fazê-lo escudado também num critério de interesse público.

Entretanto, a noção de interesse público pode ser entendida como expressão do valor público que em si mesmas têm certas coisas, ou bem como expressão daquilo que interessa ao público.

Assim, podemos dizer que 'serviço público industrial ou comercial é aquele que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender a necessidade essencial ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da Ordem Econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse

público da mesma Ordem (interesse público subjetivo)'. (Cf. nossa ob. cit., p. 183).

E, como consequência, podemos ter, no Brasil, empresas públicas que exercem serviços públicos comerciais ou industriais, e empresas públicas que exploram atividades econômicas.

Daí termos traçado os regimes jurídicos de uma e outras (diferentes), as primeiras como substrato jurídico administrativo saliente, e as segundas, como substrato jurídico de direito privado preponderante (Cf. nossa ob. cit., p. 185 e ss. e p. 237 e ss.)".

O próprio Decreto-lei n. 2.300/86 faz, no art. 86 e seu § 1º, a distinção em relação às estatais destinadas ao exercício de política industrial.

Filiamo-nos, *data venia* dos doutos mestres, à corrente que faz a distinção.

8. Empresas estatais de Estados e Municípios.

Viu-se, acima, que a competência para legislar sobre direito comercial é privativa da União - CF, art. 22, I - que, dispondo sobre o tema estabeleceu, no art. 5º, II do Decreto-lei n. 200/67, liberdade para as empresas públicas se constituírem sob "*qualquer das formas admitidas em direito*", enquanto que a sociedade de economia mista *só* pode assumir a forma de S.A., conforme dispõe o inciso III do mesmo dispositivo, o que vem reafirmado no art. 235 da Lei de Sociedades Anônimas - Lei n. 6.404, de 15.12.76 - que expressamente submete tais sociedades mistas aos seus preceitos.

Diante de tais disposições, construiu-se um entendimento de que seria vedado aos Estados e Municípios criar tais empresas por falta-lhes competência para legislar sobre direito comercial.

Data venia, ousamos discordar, com apoio na lição sempre atualizada de Celso Antonio Bandeira de Mello, que, em sua clássica obra *Prestação de Serviços Públicos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1987, p. 107-8, sustenta que "*as normas especiais que os legislativos estaduais e municipais promulgam para a regência de suas sociedades não são normas de direito comercial, cuja edição lhes*

é vedada, mas normas de direito administrativo, expedidas no exercício de competência própria"

Destarte, se há empresas estatais de intervenção no domínio econômico e as de prestação de serviços públicos, estas últimas, como exercício da descentralização de uma função típica do Estado, podem ser criadas em decorrência da própria autonomia de organização e administração inerente à divisão especial do poder.

Aduzia, contudo, o nobre jurista, que não pode haver tais empresas estaduais e municipais exploradoras do domínio econômico por duplo motivo:

"a. porque Estados e Municípios, não podendo legislar sobre direito comercial, estariam sem título jurídico para a emissão das 'normas especiais', que seriam, aí sim, normas de direito mercantil (não de direito administrativo) porque reguladoras da atividade entregue, pela Constituição, à iniciativa privada e, bem por isso, disciplinável pelo direito privado; comercial, no caso;

b. porque a intervenção no domínio econômico é privativa da União, tanto ao exercer função supletiva da iniciativa privada, na forma do artigo 170 da Lei Magna, quanto ao interferir com base no artigo 163 que domina toda a matéria e faculta, mediante lei federal, o monopólio de indústria ou atividade em nome da segurança nacional ou da organização de setor que não possa ser desenvolvido eficazmente em regime de competição e livre iniciativa".

Entendemos, *data venia*, que o segundo argumento não mais remanesce *in totum*, já que a Constituição de 1988 não repetiu a exigência da lei federal interventiva como o fez no art. 163 da Carta de 1967. Não obstante, as normas gerais de Direito Econômico, onde se situam as disposições legais de intervenção do Estado na economia, remanescem com a União CF, art. 24, I e § 1º.

Cabe, pois, a criação de empresas estatais por Estados e Municípios, desde que destinadas à prestação de serviços públicos de suas

competências e observadas as formas societárias previstas na legislação comercial federal.

9. A privatização como correção dos abusos na descentralização.

Uma das propostas tidas como "modernizantes" do Governo Collor foi a de redução do déficit público através da redução da máquina administrativa do Estado.

Foi, então, editada a Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, instituindo o *Programa Nacional de Desestatização*, dotado de uma preocupação também de caráter filosófico, qual seja, o de que a atividade produtiva compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que seja mantido o bem-estar social. Trata-se de princípio que norteia o funcionamento do Estado brasileiro e vem estampado logo no artigo inaugural da Carta Magna (inciso IV). É a nova concepção de Estado, intermediária entre a filosofia liberal e a intervencionista o Estado Bem-Estar.

Cumprido, pois, que se faça a retirada do Estado de setores que ocupa sem amparo na Constituição. A presença estatal em setores que não se refiram a imperativos de segurança nacional, relevante interesse coletivo ou prestação de serviços públicos deve cessar ainda que o seu desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal. O desrespeito a esses limites é a negação do próprio Estado de Direito.

Por outro lado, é inegável o aspecto pragmático desse processo, já que não se pode, com poucos recursos, ser eficiente em um variado número de áreas e atividades.

Sendo insuficientes esses recursos, torna-se indispensável que sejam eles destinados a funções típicas do Poder Público, como as já mencionadas - educação, saúde, saneamento e segurança, as quais se encontram em precaríssima situação.

Tão importante quanto redirecionar esses recursos é reduzir os gastos estatais com a manutenção de uma máquina administrativa gigantesca (e muitas vezes inútil), a fim de que as verbas disponíveis e as outras que ingressarem nos cofres públicos resultem num efetivo proveito em termos de

eficiência. O plano surgiu em meio a um pacote de medidas que visavam a extinguir órgãos públicos, demitir o excesso de pessoal, alienar bens inúteis ou onerosos à Administração a uma maior arrecadação, não apenas através da instituição de novos tributos, mas também numa maior fiscalização no pagamento daqueles já devidos. Uma farsa, que ainda não vingou, aguardando-se mais uma reforma constitucional.

Outra verdade que precisa ficar clara é que o processo de privatização até então não tinha sido implantado por falta de vontade política do Governo, muito embora os diplomas legais então vigentes não tratassem adequadamente da matéria.

A Lei n. 4.728/65, em seu art. 60, autorizava o Poder Executivo a alienar apenas as ações de *sociedade de economia mista*, ressalvando a necessidade de manutenção da maioria das ações com direito a voto nas empresas em que deva ser assegurado o controle estatal (sabendo-se que estas seriam apenas as prestadoras de serviço público ou que atendam a relevante interesse coletivo e à defesa nacional). Portanto, não abrangeu as empresas públicas.

A única forma de privatização sugerida era a venda de ações (pela própria natureza do diploma legal em que se insere o dispositivo).

O Decreto-lei n. 200/67, por sua vez, no art. 178 (com a redação dada pelo Decreto-lei n. 2.299/86) não se preocupava com a prestação de serviços públicos, relevante interesse coletivo e segurança nacional, ditando como critério autorizativo da privatização a ocorrência de prejuízo, a inatividade e o atendimento satisfatório pela iniciativa privada.

Tinha, contudo, o mérito de abranger outros entes da Administração descentralizada (e não apenas as sociedades de economia mista).

A privatização não seria, segundo o dispositivo, a única forma de solução para as inconveniências dessas entidades, que poderiam retornar à Administração centralizada ou ser incorporadas a outras entidades. Poderia, assim, a critério do Executivo, permanecer presente o Poder Público nas atividades por ela representadas.

Em resumo, nenhum dos diplomas legais oferecia qualquer solução técnica e definitiva para o problema.

A privatização:

- não pode abranger apenas as sociedades de economia mista, quando há empresas públicas, fundações e até autarquias desempenhando papéis que não mais competem ao Poder Público, segundo o princípio da livre iniciativa (quicá jamais competiram!);

- não pode ter por motivação *apenas* o prejuízo, a paralisação ou o atendimento satisfatório, pela iniciativa privada, das atividades desenvolvidas pelas "estatais"; ao contrário, o objetivo é mais amplo, qual seja, o de fazer o Poder Público retornar aos limites constitucionalmente aceitos, independentemente dos fatores acima;

não pode ser instrumento através do qual o Poder Público se demite do seu dever de prestar serviços públicos, atender aos relevantes interesses coletivos e zelar pela segurança nacional, haja ou não lucro nessas atividades;

não é atendida, apenas, através da simples venda de ações, podendo ocorrer através do aumento de capital, alienação ou locação de bens, etc.;

deve ser precedida de um saneamento das empresas envolvidas, de forma a tornar-se atrativa ao setor privado.

Enfim, a privatização, além de um imperativo constitucional, é também um dever de eficiência técnico-administrativa, passando-se para quem pode fazer melhor aquilo que o Estado não mais tem condições de tocar. O conceito de terciarização não envolve apenas a iniciativa privada.

DIREITO INTERNACIONAL

LEX MERCATORIA - HORIZONTE E FRONTEIRA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Hermes Marcelo Huck

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo:

Não há comerciantes no espaço sideral. O comércio internacional tem suas bases nos territórios de Estados nacionais soberanos. Este o grande desafio e a maior dificuldade de se construir uma nova *lex mercatoria*: um direito, ou um conjunto de regras uniformes, para reger todo o comércio internacional. Esse direito sem fronteiras, nascido da prática constante do comércio, inspira-se no *jus mercatorum* do século XI, fonte do direito comercial. O papel importante exercido pelo Estado no comércio internacional é o grande obstáculo à aceitação da nova *lex mercatoria*. A ilimitada adoção da *lex mercatoria* poderá conduzir à ditadura das frias regras de mercado, sem qualquer consideração com as regras políticas e jurídicas de cada Estado nacional. O risco parece extremamente alto.

Abstract:

There are not traders in the cosmic space. The international commerce is grounded on the national territories of every sovereign national State. This is the major challenge and difficulty to the building process of a new *lex mercatoria*: a new law, or a set of uniform rules, conceived to govern all the international commerce agreements. This law without borders has brought its inspiration from the *jus mercatorum* of the 11th. century, source of the modern Commercial Law. The important role of the State within the international commerce scene is the main obstacle to the acceptance of the new *lex mercatoria*. The unlimited adoption of the *lex mercatoria* may lead to the dictatorship of the always cold market rules, without any due regard to the political and juridical reasons of every national State. The risk involved is deemed to high.

1. Um antigo conceito revisitado.

Não há comerciantes sediados no espaço sideral. O comerciante está sempre estabelecido em determinado local, sobre determinado território, inexoravelmente vinculado à soberania de um determinado Estado. É a partir

desse território nacional, sujeito às leis nele vigentes, que o comerciante abre sua atividade para o exterior, iniciando seu comércio internacional, mas sempre vinculado ao Estado de seu estabelecimento de origem. É admissível, entretanto, que tal comerciante, além dos vínculos que mantenha com o Estado de onde parte sua atividade, possa assumir com seus parceiros estrangeiros, estabelecidos em outros Estados soberanos, uma relação de natureza corporativa supranacional.

Tal relação supranacional, estabelecida no seio da grande sociedade dos comerciantes internacionais, busca uniformizar as regras jurídicas e contratuais de sua própria e específica atividade, harmonizando suas práticas de comércio, simplificando e agilizando o sistema mercantil transfronteiras. Inúmeros e notáveis são os esforços no sentido de uma padronização dos costumes comerciais internacionais. Ao lado das Convenções Internacionais buscando adotar regras uniformes para a prática do comércio internacional de mercadorias,¹ diversas entidades privadas dedicam-se à uniformização dessas regras, tais como a UNIDROIT ou a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI).

Vários são os autores que chegam a proclamar e defender o surgimento de um direito específico para essas relações comerciais internacionais, desvinculado dos direitos nacionais. O respeitado professor Schmittoff não hesita em noticiar a existência de um *direito do comércio transnacional*.² Uma sociedade de comerciantes desvinculada do poder soberano de seus respectivos Estados, liberta de qualquer fronteira estatal, é o que chega a afirmar Berthold Goldman, o grande inovador nessa área do Direito Internacional. Tavares Guerreiro conclui que a comunidade internacional dos

1. As Convenções de Haia (1954) e de Viena (1980) definindo normas uniformes para a compra e venda internacional de mercadoria representam claros exemplos desses resultados uniformizadores.

2. Clive M. Schmittoff, *Commercial law in a changing economic climate*, Sweet & Maxwell, London, 1981, p. 13.

comerciantes configura realidade distinta da realidade estatal, igualmente capaz de editar suas próprias regras jurídicas.³

Essa sociedade autônoma de vendedores e compradores do comércio internacional, pela reiterada prática de atos e contratos, aliada a uma vontade específica para a criação de regras próprias a sua atividade, acabaria por gerar um direito distinto dos direitos nacionais, a que se denominaria de uma nova *lex mercatoria*. Os pregadores dessa lei autônoma e sem peias procuram dar-lhe a configuração de um autêntico sistema jurídico, distinguindo-o do tradicionalmente aceito costume comercial internacional.⁴

O movimento doutrinário para uma nova e moderna *lex mercatoria* aparece em 1964, sob a forma de artigo publicado por Goldman, lançando as bases para um direito positivo distinto e autônomo, regulando o comércio internacional, livre das barreiras e limitações impostas pelos direitos nacionais.⁵

A exemplo do *ius mercatorum*, nascido no século XI na esteira dos costumes comerciais, com jurisdição especial, baseado na autonomia corporativa e sem intervenção do Estado, pretende-se a concepção e vigência de uma nova *lex mercatoria*, concebida para este final de século XX.

A sociedade medieval estratificada vê nascer um *ius mercatorum* em decorrência de seu processo de urbanização. Não havia na Idade Média o conceito de classes, e quando, naquele momento histórico, se fala em "classe de

3. "O Estado, enquanto titular do poder normativo e fonte de regras jurisdicionais, configura uma realidade, mas essa comunidade de comerciantes ou agentes do comércio internacional configura outra realidade, não conflitante com a primeira, por se referir a interesses diferentes, mas igualmente podendo ser capaz de ser dotada de poder normativo distinto, e podendo se converter por igual forma, em fonte de regras jurídicas.", José Alexandre Tavares Guerreiro, *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*, tese de doutorado, s.c.p., São Paulo, 1989, p. 166.

4. Phillippe Kahn defende abertamente a tese de que os contratos-tipo, originários das associações internacionais de comerciantes, mais do que criar novos costumes, configuram a passagem do direito contratual ao direito positivo. V. *Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française*, in *Le Contrat Économique International*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 175.

5. Berthold Goldman, *Les frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964, p. 177.

mercadores", não se vislumbra qualquer identidade com a noção político-econômica de classe que o marxismo difundiu a partir do século XIX.⁶

Por maior condescendência que se possa ter com a admissão de uma moderna *lex mercatoria* a suprimir dificuldades e barreiras no comércio internacional, há que se admitir que a postulação desse conceito se faz hoje numa sociedade internacionalizada (é verdade), onde as nações encontram-se divididas, muito mais do que por direitos nacionais distintos, mas por interesses comerciais conflitantes.

Um direito dos mercadores é alvo tão antigo quanto o próprio comércio. Traços de um sistema análogo podem ser encontrados já no ano 300 a.C. com a Lei do Mar de Rodas, adotada por gregos e romanos e, posteriormente, introduzida no restante da Europa. No curso do tempo, várias manifestações jurídicas no mesmo sentido são detectadas, tais como as regras de direito marítimo desenvolvidas pelo Imperador Basílio I, no século IX; as tábuas de Amalfi, editadas no século XI naquela República italiana; os rolos de Oleron, surgidos no século XII na Corte de Oleron, uma ilha atlântica da costa francesa; as leis de Wisby, que desde 1350 regulavam o comércio no mar Báltico; o Consulado do Mar, ainda no século XIV, uma coletânea de costumes do comércio marítimo, reunida pela Corte Consular de Barcelona e aceita em praticamente todos os centros comerciais marítimos da Europa.

Ao lado dessas regras, há o desenvolvimento de práticas comerciais difundidas e aceitas, cuja violação implicava a exclusão do comerciante do respectivo mercado.

Com a decadência das sociedades corporativas, ganha força o Estado nacional, notadamente após o século XIV. O direito comercial do Estado nacional assume o papel até então exercido pelo *ius mercatorum* dos comerciantes medievais.

A decadência das corporações (e consequentemente do *ius mercatorum*) e a prevalência do direito comercial são conseqüências do mesmo fenômeno da consolidação do Estado nacional moderno. Por coincidente que pareça, o mesmo Estado nacional, que decreta o fim do poder das corporações medievais, torna difícil a aceitação de uma *lex mercatoria* moderna. Estado e *lex*

6. V. José Alexandre Tavares Guerreiro, ob. cit., nota 3, p. 179.

mercatoria são conceitos (e realidades jurídico-políticas) quase que excludentes, e certamente conflitantes.

Um corpo supranacional de regras jurídicas, desvinculado de qualquer estado soberano, a regular as relações comerciais internacionais, conflita frontalmente com o curso atual da história, ainda marcada pela tendência codificadora nascida nos séculos XVIII e XIX. Não se pode imaginar um direito desvinculado da história. A busca da interação social, econômica e política é uma resposta moderna e democrática para uma sociedade internacional transparente, sem castas dominantes, apta a livremente criar regras, independente de imposições ou coações. Um direito de classe, aplicável a todas as relações comerciais internacionais, sem o resguardo do Estado, ainda que com inegável vantagem utilitária, é, num primeiro momento, a negação daquela resposta democrática.

Schmittoff, defensor da nova *lex mercatoria*, reconhece que o caráter internacional desse corpo de regras há de ser conciliado com o conceito de soberania nacional dos Estados, sobre o qual se acha estruturada a vigente ordem mundial.⁷

2. *Lex mercatoria*: conceito e origens.

A despeito do imenso volume de trabalhos teóricos dedicados ao estudo da nova *lex mercatoria* publicados notadamente a partir da década de 1960, seja no sentido de defender a existência e divulgação desse corpo de regras comuns a todo o comércio internacional, seja para criticar tal proposta ou suas conseqüências, constata-se uma grande divergência entre os autores na busca de um conceito ou definição para tal conjunto ou sistema de regras.

A extensão, profundidade ou mesmo os fundamentos para uma definição variam, assim como varia a própria aplicabilidade do conceito. Goldman, o mais notável precursor da *lex mercatoria*, entende-a como um conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem referir a um específico sistema de direito nacional.

7. Ob. cit., nota 2, p. 21.

Lando fala em regras de direito que são comuns a todos ou à maioria dos Estados envolvidos no comércio internacional ou para aqueles Estados envolvidos numa pendência comercial; não sendo tais regras identificáveis, elege-se-ão aquelas que pareçam ser as mais apropriadas e equitativas.

Langen vê a *lex mercatoria* como as regras do jogo do comércio internacional, enquanto que Schmittoff a conceitua como princípios comuns do direito relativo às transações comerciais internacionais.

A verdadeira certidão de nascimento de uma nova *lex mercatoria* aparece em meados dos anos 60, por meio do trabalho de Berthold Goldman. Em 1964, seu artigo denominado *Frontières du droit et lex mercatoria* é publicado, passando a ser considerado como um marco no processo de evolução do conceito.⁸

Goldman, neste conhecido artigo, procura demonstrar que as relações comerciais internacionais "*parecem escapar ao império de um direito estatal, em direção a um direito uniforme integrado na legislação dos Estados que a ele tenham aderido*"⁹

Na elaboração de sua teoria, Goldman divide as operações do comércio internacional em três setores fundamentais. As operações de venda, onde ressalta a importância das associações de profissionais do comércio internacional, exemplificando com a *London Corn Trade Association*, as quais desenvolvem um notável trabalho com a elaboração de contratos-tipo, decisivos para a uniformização das regras do comércio internacional.

Ao lado das operações de venda, menciona as operações de crédito, dando particular atenção ao crédito documentário, cuja origem não é encontrada nas legislações nacionais, mas sim na prática e nos costumes internacionais. Finalmente menciona as operações de transporte, cuja natureza eminentemente internacional foi se traduzindo em regras uniformizadas.

Goldman, naquele momento, entendia a *lex mercatoria* dotada de âmbito e finalidade compatíveis com sua qualificação como um sistema jurídico.

8. Ob. cit., nota 5, p. 177-192.

9. Ibid., nota 5, p. 177.

Por outro lado, perguntava-se se as regras que compõem o sistema podem ser consideradas como "normas" editadas por uma "autoridade" e dotadas de sanção. Neste ponto, lembrava a consagrada definição de Battifol, que considera a norma jurídica como uma prescrição de caráter geral, formulada com suficiente precisão, para que os interessados possam conhecê-la antes de agir. Para Goldman, a *lex mercatoria*, tal como então se apresentava, respondia quase integralmente aos requisitos prescritos por Battifol.

Da maior importância é, neste ponto, notar que, mesmo defendendo a existência e a necessidade de uma *lex mercatoria* para regular equilibradamente o comércio internacional, Goldman constatava a ocorrência de uma certa *pressão* no sistema, exercida pelos atores mais fortes do comércio internacional. Estes imporiam a aceitação da sistemática da *lex mercatoria* aos economicamente mais fracos, caso pretendessem participar de tal relacionamento.¹⁰

Procurando definir as bases de um sistema jurídico para a *lex mercatoria*, Goldman defendia originar-se a mesma de uma autoridade; não uma autoridade estatal, é verdade, mas uma autoridade profissional. São essas autoridades profissionais que ditam os contratos-tipo e que patrocinam a arbitragem, foro ideal para a implementação desse sistema jurídico de classe.

Para complementar sua descrição, Goldman argumentava que o sistema de direito do comércio internacional contaria inclusive com a coação, elemento essencial para a configuração plena de um sistema de direito. Essa coação seria exercida, num primeiro momento, através da pressão moral da classe dos comerciantes, por penalidades comerciais, pela publicidade, ou finalmente pelo próprio Estado.

10. "D'une part, l'expérience concrète du commerce international paraît bien établir qu'en fait "les petits sont obligés de suivre les règles établies par les gros" - en d'autres termes, que la plupart des entreprises devront bien si elles veulent participer au commerce international, adopter les contrats-type élaborés par les organisations professionnelles ou les entreprises les plus puissantes de leur branche d'activité". Ob. cit., nota 5, p. 188.

3. *Lex mercatoria* e direitos nacionais.

Neste ponto, merece particular atenção a constatação que Goldman faz, no citado artigo, da presença do Estado, dos direitos nacionais e dos tribunais estatais, quer como barreiras (ou fronteiras), quer como suplementos essenciais ao completo funcionamento do sistema da *lex mercatoria*.

Quando a coação do sistema mercatório falta, falha ou é insuficiente, não resta alternativa que não vinculá-lo ao direito estatal, de onde sempre quis fugir. Mesmo minimizando essa eventualidade, Goldman a reconhece amplamente.

Parte da afirmação de que, em alguns casos raros, a sentença arbitral fundamentada por normas próprias e específicas do comércio internacional, ou seja na *lex mercatoria*, não possa ser executada senão com a intervenção da força do Estado. Mesmo nessa hipótese, conclui o autor, o Estado nacional não há de negar exequibilidade à decisão, salvo por motivo de força maior.¹¹

Goldman encerra seu famoso trabalho com a conclusão de que o sistema da *lex mercatoria* situa-se tanto formalmente como substancialmente dentro do domínio do direito, formando um conjunto adequado a regular as relações do comércio internacional.

4. O conflito da *lex mercatoria* com as soberanias nacionais.

A soberania do Estado é fonte e origem da lei. É fundamental que os Estados, através de seu poder jurisdicional ou legislativo, reconheçam a *lex mercatoria*, esse corpo consagrado de regras costumeiras a vigorar no comércio internacional, pois, caso contrário, não haverá forma de se impor a efetividade

11. "Il reste que dans quelques hypothèses statistiquement rares l'exécution de la sentence arbitrale appliquant les normes propres au commerce international ne pourra être obtenue que par l'intervention de la force publique. Mais nous ne pensons pas que cela laisse les normes elles-mêmes en dehors du droit; car précisément, cette ultime sanction leur est bien accordée, sauf si elles apparaissent, à travers la sentence, comme contraires à l'ordre public du pays où l'exécution est requise. Elles ne restent par conséquent pas dépourvues de sanction et l'on peut seulement dire qu'elles doivent quelquefois, pour l'obtenir, faire appel à un ordre juridique étatique par rapport auquel elles se voulaient autonomes". Ob. cit., nota 5, p. 192.

das mesmas dentro dos limites territoriais do Estado, e tal construção de normas tornar-se-á absolutamente ineficaz, simples jogo ou brinquedo nas mãos de uma poderosa classe internacional, esta sim sem fronteiras.

Essa vinculação de reconhecimento da *lex mercatoria* pelos tribunais estatais operar-se-á fundamentalmente através da aceitação e execução de laudos arbitrais prolatados com base na referida *lex*. Um tribunal nacional pode aceitar como válido, em determinadas (e raras) circunstâncias, um contrato fundado na *lex mercatoria*, tal como em casos julgados pela Suprema Corte da Áustria, a Corte de Cassação Francesa ou mesmo a *London Court of Appeals*,¹² mas tal tribunal recusará sua aplicação se ela for contrária ou incompatível com o disposto na lei nacional interna.

A *lex mercatoria* é lei substantiva, não existindo como lei de conflito ou lei processual, mesmo para aqueles que a defendem intransigentemente. Na hipótese de sua aplicação por tribunais nacionais, ainda que parcialmente, ela se incorpora ao direito nacional, sujeita à interpretação dos legisladores e juízes nacionais. A aceitação da lei dos mercadores, na Idade Média, não esbarrava nas barreiras de judiciários nacionais, pois sua aplicação ocorria em tribunais próprios dos comerciantes, e destes tribunais jamais extravasava.

A ampla e irrestrita aceitação de uma *lex mercatoria* por parte de tribunais estatais caracterizaria um forte impacto nos conceitos vigentes, na medida que implicaria, como lembrou Stoecker, a concessão de parte da soberania do Estado em favor das mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades.¹³

Tal qual a sentença estrangeira, fruto legítimo de uma soberania nacional, necessitando de reconhecimento de outra soberania nacional para vir a

12. Na década de 80, a Suprema Corte da Áustria reconheceu a viabilidade da *lex mercatoria* no caso *Palback Ticaret Limited Sirkety (Turquia) v. Norslov S.A. (França)*, tendo o mesmo caso sido apresentado à Corte de Cassação da França que, igualmente, reconheceu a mesma *lex* como aplicável. A *London Court of Appeals* julgou no mesmo sentido, em 1987, o caso *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft m.b.h. (D.S.T.) v. Ras Al Khaimah National Oil Co. (Rakoil)*.

13. Christoph W.O. Stoecker, *The lex mercatoria: to what extent does it exist?*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 7, n. 1, 1990, p. 108.

produzir efeitos, um direito espontâneo, como a nova *lex mercatoria*, necessita do reconhecimento de um Estado soberano para ganhar eficácia. Caso contrário, poderá sempre prevalecer a ordem pública do Estado contra sua utilização e vigência. Será totalmente inútil o exercício de um tribunal arbitral, por exemplo, a decidir uma pendência do comércio internacional, com base em regras supranacionais, se o laudo exarado não puder ser executado em determinado território nacional, sob excusa de ferir a ordem pública.

Mesmo considerando a intervenção do poder judiciário nacional na arbitragem internacional como "patológica", tal intervenção não pode ser ignorada. Não são raras as situações em que, ainda no curso do procedimento arbitral, a interferência estatal é necessária para garantia da própria arbitragem. São inúmeras as possibilidades que podem ensejar essa intervenção: levantamento, apuração ou congelamento de contas bancárias, medidas cautelares em geral, alegação de parcialidade do árbitro, tudo sem mencionar a execução forçada do laudo prolatado, propriamente dita.¹⁴

Francisco Rezek, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, ocupando o cargo de Ministro das Relações Exteriores do Brasil, em palestra proferida no Rio de Janeiro, em 1990, anotou com grande oportunidade que o enfraquecimento do conceito de soberania tem impacto negativo nos interesses de países de menor poder de barganha no cenário internacional.¹⁵ Tais países seriam profundamente afetados pela consagração de uma lei comercial criada e vigente acima dos direitos nacionais.

Contrariamente, Tavares Guerreiro bem resume o pensamento atual em favor da *lex mercatoria*, quando afirma que "*a característica do comércio internacional hoje é a regulação de relações econômicas por meio de um processo*

14. Stoecker, ob. cit., nota 13, p. 115.

15. "*A História ensina que, sempre que se enfraquecem conceitos como o de soberania, contrariam-se os interesses dos países com menor poder no cenário internacional. A preocupação brasileira é tanto mais procedente quando se recorda que, também no plano econômico e comercial, as extraordinárias mudanças no mundo não atingiram uniformemente a comunidade das nações e seus benefícios de maneira alguma se deverão estender automaticamente a todos*", Francisco Rezek, palestra proferida na Escola Superior de Guerra no Rio de Janeiro, *O Estado de S.Paulo*, 29 de julho de 1990.

normativo desencadeado na própria classe dos comerciantes ou agentes do comércio internacional"¹⁶

5. O papel do Estado no comércio internacional.

A argumentação em favor de uma *lex mercatoria*, totalmente livre e desvinculada de peias com o Estado, não dimensiona adequadamente o papel que este continua a exercer no comércio internacional moderno. A despeito das manifestações desestatizantes que ocorrem em todos os níveis e quadrantes, em nenhum momento se pode ignorar o papel multifacetado que o Estado desempenha no comércio internacional, seja como poder jurisdicional, limitando e regulando o comércio que por suas fronteiras flui, seja através de práticas e políticas tributárias, normas alfandegárias etc.

Mesmo o mais liberal dos Estados intervém no comércio internacional, como sujeito de direito internacional público, pela elaboração de acordos e tratados internacionais, facilitando (ou às vezes dificultando) as relações comerciais entre as nações.

O Estado também age intensamente no cenário do comércio mundial de forma direta, em contratos e atividades que originalmente seriam concebidas apenas entre particulares.¹⁷

Ademais, o contrato internacional comercial de que o Estado participa, conhecido como Contrato com o Estado, ou o *State Contract* de que falam os autores anglo-americanos, reunindo o Estado e o contratante particular, tem grande relevância para a aplicação da *lex mercatoria*, pois vários teóricos, procurando fugir do direito nacional do Estado contratante a reger um contrato em que o próprio Estado é parte, buscam no direito transnacional solução para esta dificuldade.

É, portanto, múltipla a atividade do Estado no comércio internacional; ignorá-la, ou ainda desprezar a soberania como fator determinante das barreiras de ordem pública, a impedir que decisões, acordos ou mesmo

16. Ob. cit., nota 3, p. 207.

17. v. Hermes Marcelo Huck, *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*, São Paulo, Aquarela, 1989.

contratos internacionais sejam reconhecidos em território nacional, é adotar uma utópica posição, pretendendo que o comércio transfronteiras seja o reino exclusivo dos *international merchants*, cenário inaceitável para a formulação de um direito científico e democrático, apto para uma sociedade internacional em acelerada e quase incontrolável transformação.

A dificuldade de utilização da *lex mercatoria* mesmo em contratos com o Estado é reconhecida por Delaume em criterioso trabalho sobre a aplicação da lei a tais contratos. O elaborador do contrato é advertido para que esteja atento na adoção da *lex mercatoria* como aplicável à relação contratual, pois ela continua estruturada sobre um direito nacional, ainda que não o do Estado contratante. Delaume ressalta que a indefinição dos limites da *lex mercatoria* pode conduzir a uma dificuldade de interpretação do contrato, requerendo essa tarefa interpretativa muito mais tempo do que seria lícito esperar-se, caso o contrato fosse governado por uma lei nacional facilmente acessível.

Finalmente, Delaume repele a crítica de que vários direitos nacionais, notadamente dos países menos desenvolvidos, não teriam instrumentação técnica necessária para regular contratos tão sofisticados. Afirma o autor que "*hoje, a moderna legislação dos países do terceiro mundo é perfeitamente capaz de prover a maioria dos contratos com o Estado com uma estrutura legal sofisticada*"¹⁸

6. *Lex mercatoria* e costume comercial internacional.

Argumentos constantemente utilizados em defesa da aceitação da *lex mercatoria* recorrem a decisões jurisprudenciais nacionais ou acordos internacionais que teriam consagrado a aplicação e reconhecimento de um direito comercial supranacional.

18. "*These rules are far more adapted to the circumstances than the lex mercatoria, which remains, both in scope and in practical significance, an elusive system and a mythical view of a transnational law of state contracts whose sources are elsewhere*". Georges R. Delaume, Comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the *lex mercatoria*, in *Tulane Law Review*, v. 63, n. 3, Feb. 1989, p. 611.

Nessa linha, sentença sempre lembrada é a do Tribunal de Grande Instância de Paris, adotada em 1981, que decidiu "*à vista do caráter internacional do contrato, abandonar todas as referências que o vinculassem a uma legislação específica, fosse turca ou francesa, e aplicar a lex mercatoria internacional*".¹⁹

A Câmara de Comércio Internacional de Paris, através de suas regras de arbitragem, tem permitido ao árbitro julgar de conformidade com "*les usages du commerce*" e, ainda relativamente à arbitragem, o Código de Processo Civil francês, em seu artigo 1.496, admite que o árbitro tenha presente o costume comercial, como igualmente o fazem vários acordos e convenções internacionais.

A rigor, todas as referências convergem para o costume comercial internacional, referido como a grande base onde se estrutura a *lex mercatoria* moderna. Entretanto, o costume internacional não é "qualquer costume". Há de ser aceito e consagrado pelos direitos nacionais, conquanto não viole a ordem pública. Um costume comercial recusado por um ou mais direitos nacionais seria uma fonte de direito etérea, inacessível à realidade do próprio comércio, este sim adstrito a um ou mais territórios nacionais, vinculados a um ou mais Estados, que por sua vez se vinculam a um ou mais direitos positivos, frutos do poder jurisdicional soberano de cada um daqueles Estados.

Um costume comercial, para que seja considerado como fonte aceitável de direito, há de ser um costume reconhecido como não violador da ordem pública, representativo de uma tendência comercial legalmente aceitável, apto a ser acatado pelos tribunais. Um costume *contra legem* terá contra seu reconhecimento uma barreira praticamente intransponível.

No mesmo sentido, a Câmara de Comércio Internacional de Paris revela clara preocupação com a adequação do laudo arbitral por ela prolatado a direitos nacionais que com a matéria arbitrada eventualmente possam se vincular, deixando patente no art. 26 de suas Regras de Arbitragem que "*o árbitro deve envidar esforços para assegurar que o laudo seja executável*". Um laudo arbitral só será "executável" se não conflitar com o direito positivo ou a ordem pública do Estado onde se buscará a execução.

19. V. referência a tal decisão na nota 12.

7. Tentativas e dificuldades.

Ante as divergências na definição da *lex mercatoria* e a incontestada permanência dos direitos nacionais soberanos, algumas tentativas curiosas têm sido levadas a efeito, objetivando consagrar, ou ao menos disseminar, essa nova lei do comércio internacional.

Estranha simbiose entre direito nacional e *lex mercatoria* apátrida resultou de lei promulgada no Estado de Nova York, no ano de 1984, através da qual ficou consignado que quando um contrato envolva soma superior a US\$ 250,000.00, ficam as partes autorizadas a adotar a lei de Nova York para reger tal contrato, ainda que o objeto do mesmo não guarde qualquer relação com aquele Estado norte-americano. A mesma lei preceitua que, se o valor do contrato for superior a um milhão de dólares (o que não é incomum nas relações financeiras e comerciais internacionais), além do direito de Nova York, podem as partes eleger o foro nova-iorquino, mesmo quando a relação contratual nenhuma vinculação tenha com aquele Estado.²⁰

Tal proposta revela a dificuldade do estabelecimento de uma *lex mercatoria* amplamente conhecida e reconhecida, abrindo a possibilidade de se buscar no direito positivo soberano de Nova York a estrutura para um direito transnacional. A dificuldade de se dar amplo conhecimento, ou mesmo um conteúdo inquestionável à *lex mercatoria*, fez com que o legislador nova-iorquino transformasse seu direito positivo estadual, conhecido e facilmente acessível a todos, em *lex mercatoria*, apta a ser escolhida para reger as mais importantes e valiosas relações comerciais internacionais.

Assim como a moeda norte-americana, o dólar, acabou por se transformar no padrão monetário internacional, a tentativa do legislador de Nova York parece ser a de transformar aquela legislação estadual em lei padrão para o comércio e finanças internacionais.

A extensão e diversificação do mercado mundial, onde a multiplicidade de costumes e culturas atingem diretamente as formas de fazer comércio, constituem-se em barreiras adicionais à uniformização e aceitação da

20. Act of July 19, 1984, ch. 421, 1984, N.Y. Laws 1406, N.Y. Gen. Oblig. Law, 5-1402, 5-1404 (McKinney Supp. 1988), cit. por Georges Delaume, ob. cit., nota 18, p. 581.

lex mercatoria. A tarefa era inquestionavelmente mais simples na Idade Média, onde distâncias geográficas, culturais e costumeiras eram bastante menores.

Na defesa da disseminação do conceito da *lex mercatoria*, alguns chegam mesmo a sugerir que a superação de tais barreiras, existentes no mundo atual, somente seria viável a partir da formação de um núcleo constituído por um pequeno número de mercados privilegiados, sendo que os demais, se concordassem, iriam aderindo às regras formuladas pelo grupo do núcleo inicial.²¹

Berthold Goldman, defensor pioneiro de uma *lex mercatoria* autônoma e independente, um verdadeiro direito supranacional, atenua essa posição quando, em trabalho apresentado em 1985, procura uma definição mais realista para o conceito, atento à realidade dos direitos nacionais. Partindo de sua definição de 1964, quando via na *lex mercatoria* um sistema ou ordem jurídica supranacional, desvinculada das ordens jurídicas nacionais, admite finalmente que a "*lex mercatoria é um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras, referidas espontaneamente ou criadas dentro da estrutura do comércio internacional, sem referência a um sistema jurídico nacional em particular*".²²

Esta conceituação mais recente de Goldman, a ver na *lex mercatoria* apenas um *conjunto de princípios e regras de costume* (e não mais um sistema ou ordem jurídica supranacional), de certa forma, é antagônica à colocação defendida por Philippe Kahn e Fouchard, que ainda insistem em conceituá-la como um *sistema de normas* nascido da coesão de regras de caráter profissional ou associativo adotadas pelos comerciantes na ordem internacional.²³

21. v. Christoph W.O. Stoecker, ob. cit., nota 13, p. 107.

22. Berthold Goldman, The applicable law: general principles of law - the *lex mercatoria*, in *Contemporary problems in international arbitration*, Julian D. M. Lew, Ed., p. 116.

23. "*The parties to an international contract sometimes agree not to have their dispute governed by national law. Instead they submit it to the customs and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the States engaged in international trade or to those States which are connected with the dispute. Where such common rules are not ascertainable, the arbitrator applies the rule or chooses the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so he considers the laws of several legal systems. This judicial process, which is partly an application of legal rules and partly a selective and creative process, is here called*

Um direito supranacional do comércio deve pressupor um corpo social capaz de construir um sistema jurídico, e tal corpo seria a sociedade dos comerciantes; por outro lado, tal sistema há de ter autonomia, ostentar uma incontestável independência das normas dos direitos positivos estatais, ademais de ser autocontido, inclusive no tocante às sanções que vier a aplicar (e principalmente nelas), dispondo coercitivamente para suas decisões.

A sutil mudança na posição teórica de Goldman é claro indício de que a *lex mercatoria* não logrou atingir a condição de um direito transnacional, autônomo e positivado. Resta um trabalho muito grande e imensas conquistas devem ser feitas sobre as soberanias nacionais, para que se possa admitir um contrato regido apenas e tão-somente pela *lex mercatoria*. No atual estágio do comércio internacional, de preservação necessária das soberanias estatais, a admissão de um contrato regido por um direito transnacional merece as mesmas dúvidas e críticas que se faziam às frustradas tentativas de criação de um "contrato sem lei", durante as décadas de 60 e 70, que redundaram na inequívoca e praticamente unânime conclusão de que não se pode admitir um contrato no vácuo.²⁴

A proposta de uma nova *lex mercatoria* tem inegavelmente um objetivo prático de valor considerável, buscando dar maior eficiência ao comércio internacional e, principalmente, solucionar com rapidez as pendências nele surgidas. *Lex mercatoria* e arbitragem comercial internacional são os remédios mais frequentemente buscados como solução para os grandes problemas surgidos no comércio internacional. O reconhecimento de que os direitos nacionais prevalecem no comércio entre nações, bem como a constatação de que a *lex mercatoria* ainda não alcançou os contornos de um direito supranacional autônomo e autocontido, não são suficientes para decretar o fracasso das tentativas de uniformização das regras jurídicas para o comércio extra-fronteiras. Quando se busca dar maior praticidade e eficiência ao comércio internacional, a posição maniqueísta de alguns autores não pode ser construtiva.

application of the lex mercatoria." O. Lando, *The lex mercatoria in international commercial arbitration*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, n. 34, 1985, p. 747.

24. Para uma análise das críticas ao "contrato sem lei", v. Hermes Marcelo Huck, ob. cit., nota 17, p. 49.

Nada agrega ao progresso do direito do comércio internacional a insistência por uma *lex mercatoria* com contornos teóricos que a realidade não lhe atribui.²⁵

É difícil e constrangedora a situação em que um tribunal nacional recusa o reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira (ou um laudo arbitral), passo final e muitas vezes inevitável de uma pendência surgida no comércio internacional, fundado em razões de ordem pública, frequentemente ditadas pela falta de fundamento da sentença estrangeira em determinado e específico direito nacional.

As decisões arbitrais, quando fundamentadas nos princípios supranacionais do comércio internacional, padecem desta mesma dificuldade. Decisões arbitrais estribadas na *lex mercatoria*, buscando apenas a uniformização redutora das normas comerciais, muitas vezes concedem pouca importância a conceitos essenciais como justiça e equidade. Não se pode aceitar como sendo objetivo um direito (e uma jurisdição como a arbitragem) orientado exclusivamente pelas frias regras mercantis, desatento às particularidades políticas e econômicas que o comércio internacional reflete, muito especialmente no tocante às desigualdades econômicas entre as nações, desigualdades essas que podem ser minimizadas com o uso adequado das práticas do comércio internacional.

25. Os teóricos maniqueístas ameaçam o comércio internacional com as "incertezas" dos direitos nacionais, caso o conceito de uma *lex mercatoria* não seja desde logo aceito e adotado. Para esses autores a alternativa da *lex mercatoria* é a incerteza e o caos. José Alexandre Tavares Guerreiro descreve com clareza essa colocação, quando afirma que *"essa verdadeira desnacionalização do contrato e da arbitragem é vista como fenômeno corrente no mundo contemporâneo, com significativa freqüência, e quase sempre suscitando a proposição dilemática: ou se adota essa normatividade supranacional, que ganha corpo com o título de lex mercatoria, pela razão que ela permite soluções que atendem à necessidade e conveniência das partes, com eficiência e neutralidade, mas com o risco, sempre presente, da incerteza ou da incalculabilidade quanto ao resultado final da decisão arbitral, ou se permanece sob a égide dos mecanismos tradicionais das regras de conflito, com apelo necessário às legislações nacionais, o que aparentemente tem a seu favor maior certeza do direito aplicável, mas que em muitas oportunidades, não tem conduzido as partes a soluções razoáveis e equitativas, como seria evidentemente de desejar"*. Ob. cit., nota 3, p. 226.

8. Crítica da *lex mercatoria*.

Cumprir recordar que a arbitragem comercial internacional, consagrada como artífice maior da propagação da *lex mercatoria*, é, por sua própria natureza, falha nessa tarefa. O progresso da uniformização e mesmo da consagração de um sistema desnacionalizado, autônomo e autocontido em busca de um direito do comércio internacional se choca com o sigilo e confidencialidade que, muita vez, cercam os laudos arbitrais, além do enfoque casuístico que os árbitros usualmente procuram imprimir na solução de pendências. Não é tarefa fácil falar-se em jurisprudência arbitral.

Uma visão crítica da *lex mercatoria* é compartilhada por Paul Lagarde, que não lhe admite a condição de ordem jurídica por lhe faltar organização suficiente e coesão social à sociedade dos comerciantes de onde se origina. Mesmo no campo da arbitragem comercial internacional, onde se têm permitido amplas concessões à aplicação de direito transnacional, entende Lagarde não ser admissível a aplicação pelos árbitros da *lex mercatoria*, salvo expressa autorização das partes. À falta dessa indicação pelas partes, deverão os árbitros recorrer a um direito nacional para a solução da pendência arbitrada.²⁶

Lagarde argumenta que, mesmo valendo-se da formulação institucionalista do Direito, proposta por Santi Romano, que exige tão-somente um grupo social organizado para que suas normas caracterizem uma ordem jurídica, não seria ela suficiente para a comprovação da existência de uma *lex mercatoria*. Não há uma *única* sociedade organizada de mercadores. Consequentemente, ao invés de um, ter-se-ia uma *pluralidade de direitos mercatórios*, advindos das diferentes áreas do comércio internacional.²⁷

Phillipe Kahn, conceituado defensor da *lex mercatoria*, é forçado a reconhecer ser necessário que os operadores do mercado internacional constituam um meio suficientemente homogêneo, para que a solidariedade

26. Paul Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Études offertes a Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales*, p. 125.

27. "Bref, au milieu le quel se développe le commerce international est lui-même si étendu, si diversifié et si cloisonné qu'on vient à douter qu'il puisse servir de cadre à une communauté pourvu d'un minimum d'organisation, à l'instar des autres exemples d'ordres juridiques déjà rencontrés". Paul Lagarde, ob. cit., nota 26, p. 138.

profissional se faça sentir e que fiquem claras as necessidades jurídicas coerentes e adequadas.²⁸

Igualmente, sem reconhecer a *lex mercatoria* como um sistema ou ordem jurídica, Kassis a entende como um "fundo comum aos direitos nacionais". As regras do comércio internacional encontram-se sempre vinculadas a um direito nacional.²⁹ Paralelamente a essa vinculação, deve haver uma aceitação dos princípios desse conjunto de regras pelos próprios direitos nacionais pois, caso contrário, a ordem pública soberana de cada Estado há de barrar a aplicação direta ou indireta desse mesmo conjunto de princípios perante o referido direito nacional.

O costume internacional e a *lex mercatoria* como expressão desse costume - representa papel fundamental como fonte de direito. Esse costume, entretanto, deve ser positivado pela jurisprudência, tratados ou leis nacionais. A mera aceitação das partes em um contrato, ou a determinação dos árbitros em um laudo, não têm o poder de transformar um específico costume comercial, ainda que admitido em certas circunstâncias, em regra de direito. O costume necessita aspirar ao Direito e assim obter um reconhecimento internacional, para ser consagrado como fonte desse Direito. Não é qualquer costume, comercial ou não, que traz intrinsecamente seu valor jurídico. Um costume jurídico deve referir-se necessariamente a valores de Direito.³⁰

Há uma crescente tendência entre os teóricos do Direito Internacional, certamente muito maior do que dentro da própria sociedade dos comerciantes internacionais, no sentido da admissão de um conjunto de normas, ou mesmo de um sistema jurídico supranacional, fruto da prática do comércio internacional. Não se pode confundir essa tendência, esse desejo manifesto num sem número de artigos e trabalhos doutrinários, com a efetiva existência desse sistema denominado *lex mercatoria*, sob pena de transformar o estudo do Direito

28. Ob. cit., nota 4, p. 173.

29. Antoine Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 578.

30. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1981, p. 158.

Internacional do Comércio num exercício de vontades e desejos, afastado da realidade comercial, sua base fundamental.

Tavares Guerreiro, em seu estudo sobre arbitragens comerciais internacionais, já aqui citado, ao defender a existência da *lex mercatoria*, ao menos no mundo das arbitragens, lembra Bobbio, quando o jurista italiano distingue duas concepções de direito, em sentido amplo e em sentido restrito, recusando-se a entender como verdadeira uma e falsa outra, mas adotando a qualificação de concepção oportuna e inoportuna. Usando a lição de Bobbio, a concepção de direito da *lex mercatoria* é inoportuna, enquanto nela se pretenda ver um sistema jurídico supranacional, pois vem marcada por uma ideologia que almeja ver afastada qualquer intervenção dos direitos nacionais sobre as relações do comércio internacional. Pretender ignorar o papel desempenhado pelo Estado nas relações econômicas, financeiras e comerciais internacionais é, no mínimo, esconder a verdade. Sem qualquer defesa do intervencionismo, não se pode negar que o Estado deva exercer função essencial nas relações do comércio internacional, buscando minimizar as distorções que o flagrante desequilíbrio econômico entre as nações injeta nas relações comerciais.

Não há um direito vagando no espaço. Mesmo o costume depende do reconhecimento dos tribunais. São os tribunais estatais que consagram a produção espontânea de práticas em normas consuetudinárias. A constantemente lembrada decisão bissexta do tribunal francês que consagrou a *lex mercatoria* como fonte de direito, funciona como prova cabal de que mesmo a *lex mercatoria* aspira a ser consagrada e reconhecida por um tribunal nacional. Há uma submissão hierárquica entre o direito nacional (via tribunal) que consagra e a *lex mercatoria* que é por ele aceita. Sem descambar para o perigoso terreno das hipóteses (onde geralmente vivem os argumentos em favor dessa corrente), não parece haver dúvida, em caso de conflito entre a *lex mercatoria* e o direito nacional, sobre qual deles haveria de prevalecer perante um tribunal nacional, ainda que francês. A força obrigatória de um contrato provém exclusivamente do sistema legal que cria e garante a obrigação.³¹

31. A propósito do tema, cumpre lembrar a inaceitabilidade do contrato no vácuo, sem vínculos com qualquer direito nacional, cujo conceito foi repellido até em decisões arbitrais memoráveis, como o *Caso Aramco*, quando o tribunal afirma que "*il est certain qu'un contrat*

O conceito de uma *lex mercatoria* exerce imenso fascínio sobre o internacionalista. O comércio internacional desvinculado das limitações impostas pelos direitos nacionais é um horizonte tentador. A *privatização* das regras desse comércio traria inegáveis vantagens de ordem prática. A partir dessa perspectiva, não há que se descuidar ou abandonar as hipóteses que orientam para a uniformização do direito do comércio internacional. Mas esse trabalho deve ser desenvolvido sem delírios ou fantasias. A reflexão sobre a *lex mercatoria*, sua origem, evolução e estágio, é particularmente adequada quando se tem presente o problema da execução de sentença estrangeira. É nesse campo que ficam patentes e visíveis as grandes barreiras impostas pelas soberanias nacionais.

Um contrato comercial internacional, envolvendo o trabalho e a riqueza das partes deve ser protegido contra um possível inadimplemento. A proteção necessariamente representa a possibilidade de uma execução judicial ou forçada. Um contrato regido por uma *lex mercatoria* não reconhecida restaria desprotegido dessa execução.

O ideal da *lex mercatoria* deve ser alimentado dentro de um quadro de realismo, no qual os direitos e as soberanias nacionais ainda definem o tom. Há necessidade de se tratar essa aspiração com grande prudência, pois é inaceitável o acolhimento de um conceito de *lex mercatoria* tão abrangente que viria a englobar inteiramente o Direito do Comércio Internacional.

Sobra razão a Lagarde quando, mesmo reconhecendo os aspectos frágeis e pouco lógicos do conceito, ou da proposta que o conceito encerra, admite tratar-se a *lex mercatoria* "de um dos mais formidáveis desafios já apresentados ao Direito Internacional Privado"³²

Um comércio desvinculado das leis nacionais, antes de representar uma supressão de fronteiras, significa um comércio sem barreiras políticas. Os direitos nacionais impõem suas razões de ordem jurídica às relações comerciais internacionais. Um imenso mercado mundial, regulado apenas por regras autogeradas, certamente há de ignorar qualquer razão que não seja razão de mercado. A adoção irrestrita de uma *lex mercatoria* representará a consagração

quelconque ne peut pas exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit". Decisão publicada in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1950, p. 609.

32. Ob. cit., nota 26, p. 149.

absoluta da lei do mercado, despida de qualquer preocupação ou restrição de caráter jurídico nacional, ou principalmente político.

Nesse quadro, importam apenas objetivos econômicos e financeiros. A sociedade dos *international merchants* sai em busca de suas conveniências, da otimização de seus lucros, sem consideração por interesses nacionais, macroeconômicos, que devem ser protegidos por seus próprios direitos, mas quase sempre desconsiderados pelas sempre eficientes leis de mercado.

Os direitos nacionais, fruto das políticas econômicas e sociais (e por conseqüência jurídicas) de cada grupo nacional, representam uma barreira ao sofisticado conceito de eficiência pragmática, tão almejado entre os responsáveis pelo comércio internacional, quando importa apenas o resultado final obtido e insofismavelmente dimensionado pela regra do lucro.

A supressão total dos direitos nacionais, ou mesmo sua submissão a uma internacionalizada *lex mercatoria*, com a conseqüente eliminação das razões de ordem política e social, implicaria fatalmente o predomínio exclusivo das leis de mercado. A especulação, nessa hipótese, seria inevitável.

O comércio internacional, adstrito apenas a suas próprias conveniências e regras, desconsiderando as peculiaridades políticas e econômicas de cada grupo nacional, seu estágio de desenvolvimento, suas possibilidades e deficiências, é campo aberto para a especulação financeira internacional, onde os produtos nacionais serão apenas peças de um complexo tabuleiro, sujeitas exclusivamente à avaliação fria de resultados de balanço.

O mais flagrante exemplo de um comércio desnacionalizado, sem limites nacionais, vinculado exclusivamente a suas próprias regras, foi o estágio buscado pelos grandes bancos na elaboração do modelo financeiro internacional denominado *euro mercado*. Esse mercado, criado, regulado e gerido pelos bancos, passou a ser uma terra de ninguém, onde não existiam controles e onde qualquer um podia operar ou simplesmente investir. Conseqüência direta desse modelo caótico foi o imenso endividamento dos países subdesenvolvidos, gerador da notável e ainda incontrolada crise internacional dos anos 80.³³

33. "O euromercado transformou o caráter da atividade bancária. Ao unir mercados financeiros nacionais, ele criou um único mercado mundial de dinheiro, transnacional e virtualmente livre de

Da perspectiva de um advogado americano acostumado à prática dos contratos internacionais, a *lex mercatoria* é, na realidade, um enigma criado por um paradoxo que vem colocando muitos investidores num dilema. O paradoxo, por sua vez, criou um dilema do qual a única saída é chegar-se ao enigma, por meio de falácias.³⁴

qualquer ação de governos. Como coloca o *Business Week*: 'No lugar de bancos locais transacionando numa única moeda, em um mercado nacional como a atividade bancária tradicionalmente fazia - existe agora um vasto e integrado sistema mundial de capitais e moedas, o qual pode movimentar milhões de eurodólares, euromarcos e outras moedas 'sem pátria' 24 horas por dia, por todos os cantos do mundo. Grandes montantes dessas euromoedas transpuseram fronteiras nacionais e se livraram das mãos dos governos apesar dos crescentes e vigorosos controles cambiais com o intuito de diminuir o fluxo de capital de país para país. Por conseguinte, o dinheiro se instalou nos euromercados, onde não existem controles e onde qualquer um pode operar ou apenas investir'" Michael Moffit, *O dinheiro do mundo: de Bretton Woods à beira da insolvência*, São Paulo, Paz e Terra, 1984, p. 65.

34. Keith Highet, The enigma of the *lex mercatoria*, in *Tulane Law Review*, v. 63, n. 3, Feb. 1989, p. 615.

MEDICINA FORENSE

TANATOLOGIA FORENSE

José Maria Marlet Pareta

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

Resumo:

O Autor apresenta os conceitos biológico (processo temporal) e jurídico (instantâneo) de morte, mostrando em que momento os dois coincidem. Mostra, também, a importância de se fazer o diagnóstico da morte o mais precocemente possível, dada a necessidade de se retirar as partes cadavéricas em perfeitas condições para serem devidamente transplantadas. Discute, ainda, os sinais que permitem o diagnóstico precoce da morte, mostrando que nenhum deles é isento de perigos e erros, o que os torna juridicamente muito perigosos.

Abstract:

The author presents the biologic (temporal process) and the juridical (instantaneous) concepts of death, showing the moment in which the two coincide. It shows, also, the importance of making the diagnosis of the death as early as possible, in view of the need to remove the corpse parts in perfect condition in order to be transplanted

It discusses, also, the signs that allow for an early diagnosis of the death, showing that none of them is exempt of dangers and mistakes, something that makes them juridically very dangerous.

"A Tanatologia Forense cuida dos problemas relacionados com a morte naquilo que possa interessar ao Direito" O tema é definido pelo doutor Oswaldo Guilherme Arbenz, saudoso e pranteado professor de Medicina Forense da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

A preocupação básica da Medicina Forense é estabelecer o vínculo entre o fato biológico e as conseqüências jurídicas dele resultantes. Trata-se, em última análise, de uma relação temporal entre causa e efeito, visto que a causa sempre antecede cronologicamente ao efeito.

O conceito de morte está indissolúvelmente ligado ao conceito cronotanatodiagnóstico, que se apresenta na doutrina médico-forense marcado pelo estigma do pessimismo, ligado a Orfila, por atribuir-se a este autor o conceito de que *"a cronotanatognose é uma tarefa superior às forças humanas"*

Como se depreende da própria palavra, a cronotanatognose é o conhecimento do tempo transcorrido desde o momento em que ocorreu o êxito letal.

A Medicina Forense está a serviço do Direito e as conceituações do Direito estão freqüentemente ligadas a noções temporais. Isto permite compreender que se deva esperar da Medicina Forense uma função cronodiagnóstica.

Para situar um acontecimento no tempo, precisamos ter um conceito claro do que seja o tempo. Fugindo das conceituações matemáticas ou filosóficas de tempo, aceitaremos a conceituação popular de tempo, isto é, a grandeza que se mede em minutos, horas, dias, meses, anos ou séculos. Embora simplista e empírica, é a única que se nos afigura capaz de contribuir para a solução do problema tanatognóstico e, conseqüentemente, o da conceituação de morte.

As categorias temporais do Direito estão sempre no campo da conceituação popular de tempo, justificando-se assim a recusa, anteriormente exposta, de envolver-nos em abstrações matemáticas ou filosóficas a respeito do conceito de tempo.

Não podemos deixar de lembrar, a este respeito, a Zangger quando afirma que datar fenômenos biológicos é uma das tarefas fundamentais e mais difíceis da Biologia.

Os critérios cronológicos não se limitam a classificar os fatos em anteriores ou posteriores; vão mais longe. É preciso medirmos o tempo que separa dois eventos, pois, como afirma com muita certeza Bertrand Russel, só podemos afirmar que conhecemos realmente uma coisa quando somos capazes de medí-la e o conceito de tempo está intimamente ligado ao de medição.

A perícia médico-forense do fato tanatológico está sempre impregnada de fortes conotações cronológicas.

A delimitação cronológica da morte é de relevante valor jurídico, quer em sentido absoluto, bastando lembrar a importância que tem para o Direito o estabelecimento do momento do óbito, como ocorre, por exemplo, nas sucessões, quer em sentido relativo, ao relacionar temporalmente a morte com eventos não ligados diretamente com a mesma, como é o caso, por exemplo, dos problemas ligados à comoriência.

Os avanços tecnológicos da ciência médica têm feito surgir uma problemática nova, para a qual é de importância crucial o conhecimento do tempo transcorrido desde a ocorrência do êxito letal: é a surgida com a necessidade de retirar partes cadavéricas destinadas a transplante; por isto, a determinação do momento da morte deve ser feita com a máxima precisão e precocidade possíveis a fim de retirar as partes cadavéricas em condições ótimas para serem transplantadas.

Torna-se imperioso, pois, que o médico faça não apenas o diagnóstico do êxito letal, mas também o diagnóstico do momento da morte.

Para estarmos em condições de fixar a cronologia da morte é preciso que estabeleçamos o conceito de morte.

O professor Odon Maranhão ensina que dizer que a morte é a cessação da vida é afirmar um truísmo; que é dizer algo desprovido de sentido, pois não sabemos o que é a vida.

Pese a tão avalizada opinião, preferimos conceituar a morte como a cessação total e permanente das funções vitais, pois não se deve confundir o morrer com a morte — aquele é o processo que culmina com esta — e, além disto, é assim que a lei o endossa, sem procurar se aprofundar em seus detalhes. Este conceito, tradicionalmente aceito, e que foi considerado por muito tempo como ponto pacífico, teve de ser revisto diante dos modernos processos de transplante de órgãos e tecidos cadavéricos, obrigando a reestudar os conceitos de morte e do momento em que a mesma ocorre.

Da mesma maneira que nos furtamos, por razões pragmáticas de envolvimento com conceituações abstratas ao tratarmos do tempo, ao conceituar a morte não levaremos em conta as conceituações filosóficas ou religiosas por mais dignas que sejam de respeito; limitar-nos-emos às conceituações embasadas em observações científicas.

Durante muitos anos, acreditou-se que definir a morte era uma redundância, pois *"a morte era a morte, e nada mais"*, como nos lembra o professor Gisbert. Com efeito, o médico era às vezes o último a diagnosticá-la, visto que já antes o tinham feito a família do falecido ou as próprias comadres. Não obstante, o tema, que parecia definitivamente enclausurado, no que diz respeito à sua discussão, converteu-se, de repente, em centro de dúvidas, de

acaloradas e apaixonadas controvérsias, de polêmicas e discussões sem fim. Esta mudança total teve lugar imediatamente após o primeiro transplante cardíaco.

Se antes deste tinham sido feitos outros tipos de transplante, inicialmente os cutâneos e logo depois os de córnea e ósseos, além de um que outro renal, as peças a serem transplantadas tinham sido retiradas de um corpo já indiscutivelmente morto.

A questão levantada pelo primeiro transplante cardíaco apresentou-se de maneira completamente nova, para não dizer insólita: surgiu da necessidade imperiosa de transplantar a víscera cardíaca em ótimas condições de irrigação e vascularização, o que tornou necessário diagnosticar o mais precocemente possível o momento de ocorrência do êxito letal. Isto obrigou a obter uma certidão de óbito embasada, exclusivamente, na constatação durante um determinado número de horas variável segundo os diversos autores do traçado electroencefalográfico isoeétrico obtido num corpo que, graças a recursos médicos sofisticados, continuava mostrando atividade respiratória e circulatória.

O problema surgiu claramente ao se constatar que o corpo mantido em circulação extracorpórea não é um cadáver. O cerne do problema reside no fato de que ninguém sabe ao certo se o corpo declarado precocemente cadáver, a pretexto da urgente necessidade de obter vísceras em estado ótimo para transplante, podia, devido às suas reservas energéticas, recuperar-se. Temos visto pacientes fazê-lo após estarem vinte dias em estado de coma profundo.

É claro que os transplantistas buscaram uma solução, não tanto para o problema cirúrgico, quanto ao deontológico. Assim surgiram as chamadas "declarações", como, por exemplo, a de Sydney, porque, no momento atual da ciência médica, o transplante de coração não é um problema cirúrgico, mas uma questão ética.

Sabemos que a morte não é, via de regra, um fenômeno instantâneo, mas antes um processo que se alonga no tempo.

Já D'Hálluin, em 1905, afirmava que a morte processa-se por etapas: "*A morte não é a parada total e instantânea da vida, senão um fenômeno lento e progressivo*", como aprendemos com Simonin e com Thoinot. No mesmo sentido posiciona-se Veloso França ao afirmar que "*a morte se produz por etapas sucessivas, em determinado espaço de tempo, e, por isso, não é ela simplesmente*

um momento ou um instante, como defendem os espiritualistas, mas um verdadeiro processo"

A vida exige a perfeita interligação dos fenômenos biológicos. Com a morte desorganiza-se esta interligação, mas o fluxo de fenômenos biológicos não cessa instantaneamente, qual fluxo elétrico ao acionarmos a chave, antes prolonga-se no tempo com durações variáveis nos diferentes tecidos, até atingir a cessação definitiva. Para Gisbert, a vida equivale a um complexo equilíbrio de fenômenos bioquímicos que seguem leis fixas. Quando há morte, aquelas leis deixam de se cumprir; o corpo fica inerte diante das influências de ordem física, química e microbiana do meio ambiente e inclusive de seu próprio meio interno.

Os diversos tecidos têm potenciais energéticos diferentes, que se esgotam em tempos também diferentes, de maneira que uns tecidos atingem a morte absoluta antes que os outros.

Um dos fenômenos precoces da morte, o da parada cardiocirculatória, não significa necessariamente a morte definitiva. Experiências empíricas e científicas testemunham-no.

A reativação da função cardiocirculatória teve seu primeiro sucesso em 1898 com Tuffier e Hallion, tendo o paciente recuperado inclusive a consciência; logo o paciente, pese a parada cardíaca, não tinha morrido. A partir desta recuperação são incontáveis as reativações da função cardíaca que se têm conseguido até hoje.

Contudo, pese o grande avanço tecnológico representado pelos recursos disponíveis para a manutenção da vida, devemos lembrar Urieta quando afirma que os médicos, às vezes, prolongam a vida de seus pacientes, sem curá-los, tolhendo-lhes o direito à ortonasia, isto é, à morte tranqüila.

Por outro lado, tampouco a persistência da função cardiocirculatória significa, obrigatoriamente, a persistência da vida. Hodiernamente dispomos de recursos técnicos capazes de manter artificialmente as funções circulatória e respiratória por longos períodos, o que origina, às vezes, delicados problemas deontológicos.

Não cabe, quando se consegue a reativação da função cardiocirculatória, falar em ressuscitamento. Ressuscitar exige morte prévia e a morte é intrinsecamente irreversível. O paciente, se é potencialmente recuperável, não morreu; encontra-se numa fase pré-mortal, numa fase de

transição, a que D'Halluin denominou de fase de morte relativa ou morte aparente e Oliveira Sá de fase de vida relativa.

Ponsold ensina que por morte aparente entende-se um estado do organismo no qual os sinais vitais têm-se reduzido a um mínimo tal que dão a impressão errônea de morte.

Tais casos são observados, por exemplo, nas intoxicações graves produzidas por determinados soníferos.

Há indícios que apontam veementemente no sentido de que o estado de morte relativa nada mais é do que o resultado de uma hipoxigenação cerebral.

Quando o estado de morte relativa perdurar durante um tempo prolongado, ocorre a dissociação entre as funções cerebrais e as do resto do corpo, cujos tecidos têm maior resistência que o cérebro à falta de oxigênio.

A existência da fase de morte relativa, que pode faltar em alguns casos, só é provada com o êxito na recuperação das funções vitais. Trata-se de conceito meramente empírico, cujas características íntimas ignoramos. Nem ao menos conhecemos sua duração, pois as recuperações têm variado muito com o tempo de duração, encontrando-se na literatura citações que falam em recuperações obtidas após cento e quarenta minutos, embora seja hábito fixar o tempo possível de recuperação em dez minutos.

Alguns autores, como por exemplo Lhermitte, negam que a recuperação da função cardiocirculatória seja uma revivescência, se as funções cerebrais superiores não forem também recuperadas. Não endossamos esta opinião, pois, de aceitá-la, deveríamos negar a qualidade de vivo ao paciente em estado de coma profundo, contrariando a própria lei, que lhe garante o estado de pessoa, e, como tal, sujeito de direitos legalmente amparados.

Esta fase pode inexistir ainda na presença de funcionamento cardíaco. A História lembra o caso de um homem guilhotinado, cujo coração continuou a bater quase meia hora depois da decapitação.

Se ao suspendermos os meios de manutenção artificial das funções vitais básicas, as mesmas não continuam espontaneamente, podemos afirmar que a fase de morte relativa foi superada. Neste sentido manifestaram-se numerosos especialistas, inclusive algumas encíclicas papais, como, por exemplo, a de Pio XII.

Frache é de opinião que a morte histológica é mais o resultado dos catabolitos que se acumulam do que dos anabolitos que não chegam; logo a superação da fase de morte relativa acontece quando a intoxicação catabólica torna-se intolerável.

Autores soviéticos, como Shuster, Gaevskaya e Petrov, mostraram a existência de alterações bioquímicas cerebrais durante a fase de morte relativa, as quais, ao ultrapassarem certos limites, definem o fim da mesma, ao perder o cérebro a capacidade de responder às manobras revivescentes, com o que se alcança o início da próxima fase, a de morte intermédia, caracterizada pela irreversibilidade do processo, com permanência da vida residual em níveis meramente histológicos. As reações biológicas ocorridas nesta fase recebem o nome de supravitais ou transvitais.

Como exemplos clássicos de vida residual próprios da morte intermédia, podemos lembrar a sobrevivência dos espermatozoides e dos leucócitos.

Têm-se destacado no estudo da fase de morte intermédia os autores italianos e japoneses, em especial, dentre outros, Wada, Astalti, Forti e Sacchetti, que deram ênfase à sobrevivência das células hemocitopoiéticas da medula óssea.

O fato de os fenômenos de vida residual terem durações desiguais, por serem desiguais suas capacidades energéticas, como já dissemos, faz com que uns acabem antes dos outros, de maneira a coexistirem simultaneamente áreas em fase de morte intermédia e áreas em fase de morte absoluta, como já tinha assinalado Lacassagne ao afirmar que o corpo não morre todo ao mesmo tempo.

Diante das dificuldades que a parada cardiocirculatória apresentava como definidora do momento da morte, passou-se a avaliar, com esta finalidade, a parada do funcionamento cerebral. Já Urieta afirmava, em 1883, que a morte cerebral, isto é, a irreversível perda de todas as funções cerebrais, podia ser reconhecida como base para se declarar a pessoa morta.

O critério de morte cerebral é baseado na extinção da atividade elétrica do cérebro, tanto do córtex como das estruturas mais profundas. Porém, a interpretação do traçado electrencefalográfico criou algumas controvérsias, pois é sabido que os electrencefalógrafos usados na clínica só captam a energia

elétrica das zonas periféricas do cérebro, ignorando o que acontece na intimidade do mesmo.

Humphry e Wickett lembram no livro *O direito de morrer*, publicado em 1989, que o cérebro morre por etapas começando pelo córtex.

Um traçado electrencefalográfico isoeétrico é indício de morte somente quando persistente. Não obstante, as intoxicações barbitúricas graves têm demonstrado que o traçado electrencefalográfico isoeétrico pode persistir durante horas ou ainda dias, sem que se perca necessariamente a possibilidade de recuperação. O *British Medical Journal* apresentou, em 1968, cinco exemplos de recuperação de intoxicados com prolongados traçados isoeétricos.

Kimura, por sua vez, afirma que não é fácil, diante de um traçado electrencefalográfico isoeétrico, determinar o tempo necessário para se afirmar a realidade do óbito. Na sua casuística tem vinte e cinco casos de pacientes com traçados isoeétricos, com circulação e respiração controladas, cuja morte demorou de um a quinze dias, sendo que dois dos pacientes recuperaram-se.

Também nas clínicas neurológicas brasileiras há experiência a este respeito. O *Jornal da Associação Médica Brasileira*, de outubro de 1991, publicou um artigo em que se narra a recuperação de dois pacientes, após prolongado silêncio electrencefalográfico.

A *Sociedade Alemã de Cirurgia* exige, para se afirmar a realidade da morte, um mínimo de doze horas de inconsciência, sem respiração espontânea, midríase bilateral e traçado electrencefalográfico isoeétrico, ou que o angiograma revele cessação de circulação intracraniana durante no mínimo trinta minutos.

Simpson, professor de Medicina Legal de Londres, afirmou recentemente que jamais autorizaria a retirada de um órgão num enfermo mantido com respiração e circulação controladas, qualquer que fosse o traçado electrencefalográfico.

Em 1967, Breecher, em palestra proferida na Faculdade de Medicina de Harvard, alertou para o fato de que o desejo de aceitar os critérios de lesão cerebral irreversível para formular uma nova conceituação de morte, procede de certos interesses criados. E, entre os mesmos, citou os das famílias que desejam acabar com uma interminável agonia; os dos cirurgiões, interessados em dispor de órgãos cadavéricos em ótimas condições para

transplante; e os da sociedade em geral, alarmada diante dos elevados gastos de assistência nos casos considerados irrecuperáveis.

Difícilmente alguém aprovaria querida, enquanto estiverem em funcionamento, mesmo que assistidas por recursos mecânicos, a respiração e a circulação, qualquer que fosse seu traçado electrencefalográfico.

Se se aceita que o simples traçado electrencefalográfico isoeétrico não equivale à morte certa, fortes objeções deontológicas se levantam diante do fato de manter estes corpos com circulação e respiração controladas, a fim de os transformar em verdadeiros bancos de órgãos.

O dito justifica que o médico não deva se basear em apenas um critério para decidir se já ocorreu o êxito letal, sendo necessário e indispensável, para fazê-lo, recorrer a um rigoroso raciocínio clínico.

Wertheimer e Jouvét foram os primeiros a propor uma definição de morte cerebral baseada simultaneamente em critérios clínicos e electrencefalográfico.

O conceito de morte cerebral é pouco simpático à sociedade em geral. Não podemos ignorar o fato de sermos um povo de cultura eminentemente cardiólata, que localiza inclusive no coração a sede de nossos sentimentos. Por isto, se vivemos pelo coração, igualmente por ele queremos morrer. Isto se traduz na prática pelo fato de que mais de 95% dos óbitos são diagnosticados pela parada cardiorrespiratória.

Contudo, não resta dúvida que são as condições cerebrais, como um todo, as que comandam o término da morte relativa.

Embora a morte seja um processo que se prolonga no tempo, para fins forenses é preciso atribuir-lhe um momento, fixar-lhe uma data, torná-la cronologicamente útil. O Direito, ao considerar o momento da morte como o momento em que desaparece a pessoa física como ente jurídico, o momento em que se extinguem direitos e obrigações, o momento em que a pessoa física passa à categoria de cadáver, obriga a Medicina a identificar um momento, dentro do processo mortal, ao qual possamos nos referir como "momento da morte".

A dificuldade é aparentemente enorme, pois o médico deve identificar o conceito jurídico de morte (que é instantâneo) ao conceito biológico (que é um processo temporal).

O que interessa, do ponto de vista jurídico, é o estabelecimento do momento em que ocorre a extinção da personalidade jurídica da pessoa física e cabe ao médico determinar quando isto ocorre, fazendo-o, habitualmente, quando no atestado de óbito data e fixa a hora do êxito letal.

O problema restringe-se, na realidade, à determinação da transição da fase de morte relativa (potencialmente reversível) para a fase de morte intermédia (já irreversível). Neste sentido posicionou-se o *Congresso Mundial de Médicos*, reunido na Austrália em 1968, de que resultou a famosa *Declaração de Sydney*, onde se afirma que o momento da morte das diferentes células do organismo é menos importante do que a certeza da irreversibilidade do processo letal.

Não temos dúvida de que a equivalência entre os dois conceitos de morte, o jurídico e o biológico, ocorre no momento da transição para a fase de morte intermédia, por ser o momento em que se inicia a irreversibilidade do processo letal, embora haja vozes autorizadas, como as de De Vicentiis e de Cuttica, que não aceitam isto. Com eles não concordamos, pois se a decretação legal da morte acontecesse durante a fase de morte relativa e, após esta declaração, ocorresse a revivescência, seria necessário admitir que, tendo-se extinguido a personalidade jurídica da pessoa física por força daquela decretação, a revivescência criaria o paradoxo de exigir nova personalidade jurídica, com as terríveis complicações legais que disto adviriam, como abrir possibilidade de casar com a própria viúva ou da perda do patrimônio em favor dos herdeiros, para dar apenas alguns exemplos. Para evitá-lo, a morte legal deve ser fixada no momento em que o processo letal torna-se irreversível, isto é, na transição da fase de morte relativa para a fase de morte intermédia.

A própria etimologia da palavra *cadáver* nos ajuda nesta empreitada. O vocábulo *cadáver* origina-se de *cado*, que significa cair, sumir, e daí o termo *cadáver* significando o sumir da vida.

A conceituação legal de morte ou morte clínica, como é freqüentemente chamada, implica que a pessoa física deixa de existir como unidade social, pouco importando se em seu corpo ainda existem formas residuais de vida. Esta foi a posição adotada pela *Declaração de Sydney*, ao afirmar que o interesse clínico não reside na manutenção da vida de células

isoladas, senão da pessoa. Concordamos plenamente com esta colocação do problema letal.

Discutido o conceito de morte, passemos à conceituação de sua cronologia.

A cronotanatognose é feita pelo estudo das evoluções dos livores, do resfriamento, da rigidez, dos fenômenos transformativos e das alterações bioquímicas. Pode ser complementada pelo estudo dos fenômenos locais, como o da desidratação ocular ou o estado digestivo dos alimentos encontrados no estômago do cadáver quando se conhece a hora da última refeição.

Os livores, devido à sua natureza puramente mecânica, são pouco influenciados pelos fatores ambientais, tais como umidade e temperatura, embora sejam muito sensíveis às espoliações hemáticas pré-mortais.

O estabelecimento do início dos mesmos varia muito segundo os autores. Enquanto Ponsold o estabelece em quinze minutos após a morte, Kockel acredita que se iniciam após doze horas. Encontramos as mesmas divergências em relação ao momento em que os mesmos tornam-se fixos, pois enquanto alguns autores os consideram definitivamente fixados após três horas, outros alongam este tempo para quinze horas.

O resfriamento, por ser fenômeno puramente físico, está extremamente influenciado pelas condições ambientais. Cessadas com a morte as funções metabólicas, tão necessárias à manutenção da homeotermia indispensável à vida, o cadáver fica sujeito à primeira lei da termodinâmica, que afirma que quando dois corpos, de temperaturas diferentes, se encontram, o mais quente cede calor ao mais frio até as temperaturas se igualarem. É óbvio que a temperatura diferencial entre o cadáver e o ar é fundamental. Quanto maior for a mesma, mais rápida será a troca de calor e mais rápido o resfriamento do cadáver. Por isto, se o cadáver estiver num ambiente extremamente quente, será o ar quem cederá calor e o mesmo, ao invés de resfriar, aquecer-se-á. Isto prova a inutilidade das tabelas destinadas a avaliar o tempo transcorrido desde o êxito letal, partindo da temperatura cadavérica. A complicar mais a coisa, milita o fato de que as condições internas também têm influência na velocidade do resfriamento do cadáver. Mueller provou, recentemente, que os cadáveres com panículo adiposo abundante demoram mais em resfriar que os cadáveres magros.

A rigidez, sendo um fenômeno essencialmente bioquímico, também é influenciada fortemente pelas condições climáticas - basta lembrar que o calor a encurta e o frio a prolonga -, as discrepâncias cronodiagnósticas entre os autores são grandes. Enquanto que para uns começa aos trinta minutos do óbito, generalizando-se em três horas, para outros começa às duas horas, completando-se com doze horas. Seu relaxamento sói acontecer, para a maioria dos autores, no segundo ou terceiro dias, embora Morgenstern informa ter encontrado relaxamento entre sete e vinte horas de cadáveres mantidos a trinta graus centígrados e outros, mantidos na geladeira, que a conservaram até doze dias.

A evolução das transformações cadavéricas ainda é de valor cronodiagnóstico menor. Orfila, após exumar centenas de cadáveres, não conseguiu descobrir características cronodiagnósticas na putrefação cadavérica.

O mesmo cabe dizer do estudo da flora e fauna cadavéricas, exaustivamente estudadas por Leclerc e por Coutelen.

As pesquisas experimentais não nos ajudaram em nada, pois as condições em que se processam os fenômenos transformativos são tão polimorfos, que não há possibilidade de as reproduzir experimentalmente.

Alguns autores chegaram a propor complicadas equações matemáticas incluindo diversas das variáveis estudadas; com elas conseguem-se estimativas cronológicas mais confiáveis que quando se consideram as variáveis isoladamente, sem, contudo, conseguir resolver o problema do estabelecimento correto do cronodiagnóstico.

Tem-se aberto promissoras perspectivas cronodiagnósticas com o recentíssimo estudo das alterações bioquímicas no sangue e no líquido cefalorraquiano, que tem se mostrado praticamente constantes na sua evolução, mas de velocidades de ocorrência ainda pouco conhecidas ou o abaixamento do pH sangüíneo, estudado recentemente por Akiya.

Após a revisão do valor cronodiagnóstico dos fenômenos cadavéricos globais, passemos em rápida revista os fenômenos localizados.

Dentre eles, merecem especial atenção os fenômenos oculares, cujo estudo começou em princípios do século com Corin, mais tarde continuados por Kekorkian, que estudou as alterações retinianas. Entre nós, tem-se ocupado deste estudo Canger Rodrigues, que estudou a velocidade de desidratação da

câmara anterior do olho e eu, que a estudei na câmara posterior, por ser menos influenciada pelas condições ambientais.

Ponsold, por sua vez, sugere o estudo da evolução das diferenças de hemoconcentrações entre o coração direito e o esquerdo.

Todos estes estudos mostraram-se, infelizmente, de pouco valor na estimativa do tempo transcorrido desde a ocorrência do êxito letal.

Devido, provavelmente, às dificuldades encontradas, os pesquisadores têm se desinteressado pelos estudos cronotanodiagnósticos, dando razão a Orfila, quando o mesmo as considera tarefas acima das forças humanas.

Contudo, observa-se um início de reação a este desinteresse, provavelmente estimulado pela necessidade de partes cadavéricas para transplante. Por exemplo, Romero Palanco publicou no último número da *Revista Espanhola de Medicina Legal* interessante estudo mostrando ser possível a aplicação da ultra-sonografia aos estudos cronotanodiagnósticos.

Felizmente, quanto mais recentes são as observações e as medições, tanto mais fidedignas se tornam as estimativas cronodiagnósticas, cuja margem de erro aumenta à medida que o cadáver envelhece e para a retirada de partes cadavéricas para transplante as estimativas devem ser muito precoces.

Resumindo, a Tanatologia Forense ocupa-se dos problemas relacionados com a morte naquilo que possa interessar ao Direito, como nos ensinou o professor Arbenz; e os dois principais temas que interessam neste campo são o conceito de morte e o da avaliação do tempo transcorrido desde a ocorrência do óbito.

Em relação ao primeiro, vimos que o conceito biológico de morte é o de um processo que se prolonga no tempo, no qual é possível diferenciar algumas etapas: a primeira é a de morte relativa, ainda passível de reversibilidade, cujas características desconhecemos, inclusive ignoramos sua duração; a segunda é a de morte intermédia, caracterizada pela irreversibilidade do processo letal e a permanência de formas residuais de vida em nível meramente histológico; a terceira é representada pela morte absoluta na qual, tendo-se esgotado os potenciais energéticos responsáveis pelos fenômenos supravitais, desaparece qualquer forma de vida.

Não dispomos de um único sinal seguro de morte, suficientemente precoce, para atender às modernas exigências impostas pela necessidade de retirar órgãos cadavéricos destinados a transplante.

Vimos que a parada cardíaca não significa forçosamente a ocorrência de êxito letal e nem a persistência dos batimentos cardíacos representam sempre a existência de vida.

Vimos, igualmente, que o traçado electroencefalográfico isoeletrico nem sempre equivale à morte cerebral.

Por outro lado, o conceito jurídico de morte exige que o diagnóstico da mesma seja instantâneo e que cabe à Medicina Forense estabelecer a coincidência dos dois conceitos de morte, o biológico e o jurídico, estabelecendo-a na transição da fase de morte relativa para a de morte intermédia, por ser o momento em que o processo letal torna-se irreversível.

Vimos, ainda, que os estudos científicos destinados a descobrir recursos que permitam uma avaliação cronotanatómica confiável são poucos e que se encontram ainda em estado incipiente.

Podemos afirmar, para concluir, que no estágio atual de nossos conhecimentos, os esforços despendidos para conceituar a morte e estimar o tempo transcorrido desde a mesma, são desejáveis para a Medicina, porém juridicamente perigosos.

A IMPORTÂNCIA DA FOTOGRAFIA JUDICIÁRIA NA PERÍCIA

José Lopes Zarzuela

Professor Assistente do Departamento de Medicina Forense
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Perito Criminal aposentado do Instituto de Criminalística de São Paulo

Resumo:

A fotografia judiciária constitui uma importante modalidade de levantamento do local do fato e não menos importante processo acessório para ilustrar as diversas espécies de perícias criminalísticas e médico-legais. A multiplicidade de técnicas fotográficas modernas dão um colorido especial aos laudos periciais evidenciando ângulos dificilmente descritos ou inadequadamente compreendidos por pessoas leigas em áreas técnicas. Com suas rígidas características, a fotografia judiciária revela as coisas exatamente como o perito as vê, dentro de um realismo, não raro, chocante.

Abstract:

Judiciary photography is an important way to survey the place of the fact, and a no less important accessory to illustrate the several types of criminal and medico-legal expert examinations. The variety of modern photograpic techniques give a special color to expert examination reports, showing angles that are hard to describe or that would be misunderstood by lay people in technical areas. With its strict characteristics, judiciary photography shows things exactly as the expert sees them, so realistically as to become, not infrequently, shocking.

Sumário:

- 1. Conceito**
- 2. Aspectos médico-legais criminalísticos da fotografia**
- 3. Aspectos processuais penais da fotografia judiciária**
- 4. Aplicações da fotografia judiciária**
- 5. Técnicas fotográficas**
- 6. Caracteres da fotografia judiciária**
- 7. Tipos de fotografias judiciárias de interesse pericial**
- 8. Bibliografia**

1. Conceito

Fotografia judiciária, também conhecida como fotografia técnica, fotografia forense e fotografia legal, constitui uma das modalidades de levantamento técnico-pericial do local do fato, bem como uma das espécies de reprodução do instrumento de crime, cadáver ou peça relacionada com a infração penal e com o irrelevante penal.

O conjunto de exames que são procedidos no instrumento do crime, na peça relacionada ou não com a infração penal ou no espaço físico onde se desenvolveu um evento de presumível ou de efetivo interesse judiciário, visando a apreciação, interpretação, perpetuação e legalização dos vestígios a fim de que possa o perito esclarecer a natureza da ocorrência constitui, na linguagem médico-legal criminalística, o levantamento técnico-pericial onde a fotografia judiciária representa um contingente de significativa importância na formação e fixação do convencimento da autoridade judiciária, do membro do Ministério Público, da autoridade policial e dos advogados que militam no foro criminal e cível.

A análise do instrumento do crime, da mancha de sangue, da impressão papilar, do documento falsificado ou alterado, do local do fato, constituem exames de corpo de delito direto nos quais intervém a fotografia judiciária como precioso subsídio para complementar a descrição escrita do perito, uma vez que documenta, perpetua e autentica vestígios para que possam ser futuramente oferecidos como elementos probatórios e para assegurar-lhes juridicamente a idoneidade.

2. Aspectos médico-legais criminalísticos da fotografia judiciária

A fotografia tem na Medicina Legal e na Criminalística modernas aplicações bastante diversificadas, tornando-se desde há muito um meio objetivo de expressão de notória importância.

O levantamento fotográfico representa um complemento da descrição escrita, residindo seu interesse na objetividade de documentar aspectos, não raro, complexos de serem traduzidos exclusivamente em palavras, particularmente, quando direcionados àqueles que não possuam cultura técnica especializada.

As funções básicas da fotografia judiciária são as seguintes:

a) fixa o estado das coisas enquanto necessário, isto é, perpetuar as condições em que se encontrava o local do fato, o instrumento do crime, a peça relacionada com a infração penal, a lesão perfuro-contusa do cadáver, as manchas de sangue, o vestígio de impacto de projétil de arma de fogo em uma parede, a destruição do sistema de segurança de um cofre-forte ou da folha de uma porta, etc., como foram, objetivamente, apreciados pelo perito;

b) - constituir forma elementar de evidenciar ao leigo, em assuntos técnico-científicos, circunstâncias ou aspectos relevantes, de difícil ou de complexa explicação;

c) ilustrar ângulos tecnicamente de interesse para o juiz de Direito, para o promotor público, para a autoridade policial e para o advogado;

d) oferecer visão clara das lesões corporais apresentadas pela pessoa viva ou morta, dimensionando-as e quantificando-as, indicando sua localização anatômica, sua gravidade e esclarecendo serem tais lesões provocadoras, ou não, do êxito letal.

3. Aspectos processuais penais da fotografia judiciária

A expressão jurídica do interesse processual da fotografia judiciária encontra-se no *Título VII Da Prova*, Capítulo II - *Do Exame de Corpo de Delito e das Perícias em Geral*, arts. 164-170 do Código de Processo Penal vigente.

Assim uma breve exegese destes artigos nos permite esclarecer:

a) o art. 164 do CPP refere-se à perinecropsopia, isto é, ao exame de encontro de cadáver no local do fato, devendo o perito providenciar que seja fotografado o cadáver, sempre que possível, na posição em que for encontrado. O legislador, com muita propriedade, empregou a expressão "*sempre que possível*", pois há circunstâncias em que o cadáver não pode ser fotografado na posição em que se achava; considere-se casos de cadáveres soterrados, imersos no fundo de poços profundos ou no leito de rios ou lagos, etc. Nestas circunstâncias o perito não vai ao cadáver, e sim, providencia para que o cadáver venha a ele;

b - o art. 165 do CPP refere-se às lesões corporais encontradas no cadáver e também, inclusive, no vivo, os peritos quando possível juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, etc.

Tanto no cadáver quanto na pessoa viva, a fotografia judiciária presta-se para ilustrar a natureza, tipo e número de lesões corporais, permitindo esclarecer o caráter do evento, se acidental ou delituoso;

c - o art. 166 do CPP refere-se a casos de dúvida sobre a identidade do cadáver exumado; além das clássicas técnicas de arcadas dentárias, osteométricas e dermatoglíficas, constitui importante subsídio a fotografia judiciária para conduzir ao levantamento da identidade do *de cujus*;

d - o art. 169 *in fine* do CPP refere-se à possibilidade dos laudos periciais do Instituto Médico-Legal, Instituto de Criminalística e Instituto de Identificação serem ilustrados com fotografias judiciárias, devidamente legendadas;

e - o art. 170 *in fine* estabelece que os laudos periciais, sempre que conveniente para a instrução, deverão ser ilustrados com fotoampliações, fotorreduções, microfotografia, macrofotografia, para ilustrar materiais examinados em laboratórios como substâncias farmacodependentes, manchas de sangue, de sêmen, microfotografias de células provocadoras de doenças infecto-contagiosas, etc.

4. Aplicações da fotografia judiciária

O local onde foi praticada a infração penal ou o irrelevante penal não irá permanecer inalterado indefinidamente; é o que sucede no encontro de cadáver, nos veículos colididos na via pública, no prédio incendiado, no bem imóvel furtado, etc. Os veículos acidentados não podem permanecer na via pública além do tempo necessário para que se proceda ao levantamento do local; o cadáver deverá ser removido para efeito de exames médico-legais e depois exumado ou cremado; o prédio incendiado deverá ser reconstruído ou arrasado para dar lugar a outro imóvel; os sistemas de segurança de um imóvel furtado deverão ser supridos por outros; em um homicídio no interior de um prédio são importantes as relações espaciais do cadáver, móveis, paredes, vias naturais de acesso ou saída ao compartimento onde foi encontrado o corpo do indivíduo; no

caso de um furto qualificado por rompimento de obstáculos, é necessário para o perfeito enquadramento legal do fato a comprovação material da destruição do obstáculo que se interpunha ao ladrão para a subtração do bem alheio.

Em todos estes casos e em outros similares a fotografia judiciária fixa a situação e características exatamente como o perito as encontrou; além disto todos os vestígios são reproduzidos. Graças à fotografia judiciária, o perito abrevia as diligências realizadas no local do fato, descrevendo minuciosamente as particularidades do espaço físico onde se desenvolvera a ocorrência, as características do instrumento do crime, as peças, manchas, vestígios de arrastamento ou luta, de resistência, etc., fixando todo esse somatório de elementos com a exatidão indispensável da fotografia judiciária que independe da memória do perito e da concordância ou discordância das testemunhas. Além deste importante aspecto, é necessário lembrar que a fotografia técnica se presta para comprovar tanto a idoneidade quanto a inidoneidade do local do fato, por ocasião da chegada do perito ao mesmo.

As aplicações da fotografia legal são de largo espectro, tanto no local quanto nas peças, nos macro e microvestígios, nas falsificações documentais, nos enxertos de escritas, nas rasuras superficiais ou profundas, nos cadáveres de desconhecidos com o objetivo de auxiliar o reconhecimento por parentes ou conhecidos, evidenciar lesões no cadáver e no vivo e aspectos de relevante interesse durante a necropsia.

5. Técnicas fotográficas

Como é sabido, o olho humano só é sensível a uma estreita fração do espectro eletromagnético; as radiações ultravioletas e infravermelhas, que delimitam o campo visível do espectro, não são visíveis ao olho humano mas podem sensibilizar algumas emulsões fotográficas. Esta propriedade das radiações UV e IV sugere o emprego da fotografia técnica com filtros apropriados, particularmente nos cruzamentos de traços com escritos; fotografadas com luz negra, cédulas de papel-moeda podem revelar fraudes pela diferente fluorescência que apresentam em relação às cédulas legítimas. Quando determinadas características de um vestígio possuem exíguas dimensões de modo a dificultarem sua observação a olho nu, a microfotografia constitui a solução,

como são os casos de fios de cabelo, fibras vegetais ou sintéticas, defeitos na estrutura de ligas metálicas, correspondência entre duas partes de um objeto partido, marcas de ferramentas, vestígios do biscoito dos pneumáticos de veículos em determinadas superfícies, etc.

As técnicas fotográficas empregadas contemporaneamente na Medicina Legal e na Criminalística são consideravelmente diversificadas, destacando-se a fotografia estereoscópica, a telefotografia, a fotografia com luz rasante, a microfotografia, a fotografia a cores, com luz UV e IV, etc.

Rudolph Archibald Reiss conclui sobre a finalidade da fotografia nos locais do fato: *"permite à autoridade judiciária ter uma imagem exata do local do fato, fornecendo material apropriado para demonstrações elementares aos juízes de fato, advogados e representantes do Ministério Público durante o julgamento"*.

A imagem fotográfica pode exercer influência psicológica tanto sobre o acusado como sobre o juiz e os jurados. Pode revelar particularidades, às vezes despercebidas pelo perito, não raro valiosas para a identificação do responsável pela prática de uma infração penal.

6. Caracteres da fotografia judiciária

A fotografia para ser considerada como prova judiciária deverá necessariamente apresentar as seguintes características:

a - destituída de retoques. A fotografia retocada tem valor artístico, mas não técnico, pois a introdução de quaisquer modificações descaracteriza o valor técnico da fotografia, dando margem, inclusive, à fraude;

b - deve ser necessariamente legendada. A fotografia judiciária deve apresentar sumariamente explicações do que a imagem fotográfica mostra. O que a fotografia visualiza é perfeitamente compreensível ao perito que determinou a fixação da cena do local do fato, a natureza do instrumento do crime, as características da peça examinada, etc. Todavia, a fotografia em si não se mostra tão reveladora para aqueles que são leigos em assuntos técnicos, razão pela qual a legenda procura suprir tal deficiência;

c - deve ser, sempre que necessário, assinalada. Em alguns casos, a fotografia judiciária apresenta microvestígios, invisíveis a olhos leigos: razão pela

qual deverão tais vestígios serem apontados, através de setas e explicados pela legenda;

d deve ser nítida e reproduzir exatamente o que o perito apreciou. A fotografia judiciária constitui a retina do cientista. Para a objetivação e demonstração dos fatos, a fotografia judiciária representa um dos mais engenhosos processos técnico-científicos, uma verdadeira "testemunha muda" que necessita ser executada sob determinadas condições: honestidade profissional e obediência de requisitos técnicos;

e - deve apresentar dimensões compatíveis com o conteúdo que exhibe. A fotografia forense não apresenta dimensões padronizadas, pois, destina-se a fixar desde um microvestígio até a fotografia de um local de dilatada área geográfica. Obviamente não se deveria esperar que uma mesma superfície se prestasse tanto para reproduzir um microvestígio como para representar uma colisão em cadeia envolvendo muitos veículos em uma rodovia;

f deve mostrar uma rigorosa correspondência entre cópia, negativo e objeto fotografado. Como o objeto da fotografia nem sempre poderá existir, como é o caso de um cadáver, é necessário no mínimo que seja mantido arquivo dos negativos, a fim de poder reproduzir-se a cópia ou positivo, quando preciso, dentro do prazo de prescrição, previsto em lei.

7. Tipos de fotografias judiciárias de interesse pericial

Como modalidades de levantamento acessório do local do fato ou como meio subsidiário no exame do instrumento do crime, da peça relacionada com a infração penal ou com o irrelevante penal, na evidenciação das lesões corporais tanto no vivo como no cadáver, na fixação das situações e posições finais de veículos acidentados, etc., há vários tipos de fotografias, entre as quais podem destacar-se as seguintes:

a fotografia geral é a que reproduz o local do fato de modo abrangente, circunscrevendo praticamente a totalidade dos vestígios dentro do interesse criminalístico. Este tipo de fotografia judiciária é empregada nos locais de acidentes de trânsito, de incêndio, de encontro de cadáver em locais abertos, etc.;

b fotografia panorâmica é a que reproduz globalmente o local do fato quando este apresenta considerável área geográfica. A fotografia aérea, neste caso, permite uma amplitude muito grande ou se obtém uma série de fotografias gerais de setores do local que, depois de reunidas, permitem a visão do local *in totum*. Este tipo de fotografia judiciária é aplicável nos acidentes de trânsito em cadeia, isto é, nas colisões em tamponamento;

c - fotografia métrica de Bertillon é a que permite que se obtenham a reprodução de distâncias e dimensões dos objetos; a fotografia métrica aperfeiçoada é obtida com máquinas fotográficas métricas capazes de produzir clichês em cujas cópias se lêem diretamente as dimensões do objeto ou local fotografado;

d - fotografia de minúcias, inadequadamente denominada de "detalhes", é a que reproduz particularidades contidas no instrumento do crime, na peça de exame, na lesão corporal, no documento, na escrita exarada em um suporte, no local do fato, etc.;

e fotografia simétrica de Moisés Marx é a que reproduz as dimensões e características de locais internos. A máquina fotográfica é disposta sucessivamente nos quatro ângulos diedros do recinto, em posições rigorosamente simétricas; obtém-se, assim, as fotografias de cada uma das paredes e as cópias depois de reunidas e coladas em um cartão permitem reproduzir o local interno;

f - rebatimento fotográfico consiste na reprodução do solo, paredes e tetos de um local interno.

8. Bibliografia

- ALMEIDA Jr., A., COSTA Jr., J.B. de O. *Lições de medicina legal*. 20ª ed. São Paulo : Editora Nacional, 1991.
- BRASIL. Leis, Decretos, etc. *Código de processo penal*. 26ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- DEL PICCHIA Fº, José, DEL PICCHIA, Celso Mauro Ribeiro. *Tratado de documentoscopia: da falsidade documental*. São Paulo : Leud, 1976.
- KEHDY, Carlos. Manual de locais de crime. *In: Coletânea "Acácio Nogueira"*. 2ª ed. São Paulo, 1959.

MENDES, Lamartine Bizarro. *A fotografia judiciária*. [S.l.p., s.c.p., s.d.]

O'HARA, Charles E., OSTERBURG, James W.

de Janeiro : Fundo de Cultura, 1964.

ZBINDEN, Karl. *Criminalística: investigação criminal*. Lisboa, 1957.

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS



Waldírio Bulgarelli

ATUALIDADE DO DIREITO EMPRESARIAL

Waldírio Bulgarelli

Professor Titular do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O artigo analisa preliminarmente a importância do tema no contexto brasileiro atual. O problema da excessiva regulamentação entre nós, também chamada fúria legisferante ou como dizem os franceses, *decretomania*. A importância da visão empresarial em razão da combalida vida econômica e social do país.

Trata a seguir da empresa e do empresário, faz um breve histórico do ciclo que se inicia com os *marchans* e os *fabricans*, passando ao comerciante e chegando ao empresário. As conceituações de empresa e empresário no Brasil e na Itália, teorias acerca da empresa, como instituição ou unidade de produção e as normas correlatas. Analisa a questão do enquadramento jurídico da empresa nas categorias básicas sujeito, bens, atos e fatos do Código Civil italiano e o conceito jurídico baseado na atividade e a explicação dos seus correlatos, sujeito (o empresário) e bens (o estabelecimento). A importância da adoção de um estatuto geral do empresário.

Aborda o surgimento espontâneo do Direito Comercial no seio dos mercadores e os seus primeiros tratados, da relação do Direito Comercial e os outros ramos do direito, as disputas entre eles, o problema da falta de integração e sistematização do Direito Comercial e sua evolução. Faz um breve relato sobre o Direito Comercial entre nós e o Código Comercial brasileiro. Finaliza com o quadro normativo empresarial no Brasil hoje.

Abstract:

The article analyses preliminarily the importance of the theme in the present Brazilian context. The problem of excessive regulation among us, also called legislative fury, or as the French say, *decret manie*. The importance of the entrepreneurial view because of the weakened social and economic life of the country.

After, it deals with the entrepreneur and the enterprise, makes a brief historical of the cycle beginning with the *marchans* and the

* Aula inaugural, ministrada em 05 de março de 1992, referente ao ano letivo de 1992, período noturno, pelo novo titular de Direito Comercial.

fabricans, going to the tradesman and getting to the entrepreneur. The concepts of enterprise and entrepreneur in Brazil and in Italy, theories about the enterprise, as an institution or production unit and correlate norms. It analyses the question of the juridical framing of the enterprise in the basic categories - subject, goods, acts and facts in the Italian Civil Code and the juridical concept based in the activity and the explanation of its correlates, subject (the entrepreneur) and goods (the establishment). The importance of the adoption of a general statute for the entrepreneur.

It goes into the spontaneous appearance of Commercial Law among the merchants and their first treaties, of the relationship between Commercial Law and the other fields of law, the disputes between them, the problem of the lack of integration and systematization in Commercial Law and its evolution. It reports briefly on the commercial law among us and the Brazilian Commercial Code. It ends with the entrepreneurial normative picture in Brazil today.

Senhor diretor, meus colegas, minhas senhoras e meus senhores, meus caros alunos.

A escolha de um professor de Direito Comercial para proferir esta aula magna parece ser demonstrativa por si mesma, do interesse que desperta e a importância que assumiu a pressão econômica exercida sobre a sociedade.

Como se trata de tema de certa forma árduo e altamente técnico, cumpre encará-lo nas suas formas mais penetrantes, e apesar do ar solene que envolve este momento, dar-lhe um tratamento o mais informal, mesmo porque ele envolve desde questões de alta transcendência, como, por exemplo, a política econômica, até as questões quotidianas, como os contratos de adesão de bens e serviços, a emissão de cheques pré-datados, os cálculos de correção monetária e tantos outros; a maioria, portanto, um suplício diuturno, envolvendo seguidamente a violação dos direitos dos cidadãos.

Trata-se de um momento peculiar, na vida jurídica pátria, em que há incontável número de leis, pouco Direito e certamente muita injustiça.

Não é de estranhar que a regulamentação legal derivada de uma orientação intervencionista estatal acendrada tenha exacerbado o número de leis e de leis com inúmeros dispositivos, visando de um lado abarcar toda a complexidade de certas operações, e de outro atentando para a proteção de certos interesses para forçar um equilíbrio das forças em conflito, como ocorreu

entre nós, com a lei sobre representantes comerciais autônomos, sobre concessionários de transportes terrestres e, ainda agora, para as relações de consumo, chamada por isso de Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990).¹

Não espante ninguém pois a crescente série de leis, que entre nós se chamou de fúria legisferante e na França de "decretomania".

A propósito dessa tendência, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, já em 1968, predicava: "*Crise da Lei? Crise legislativa? A referência a essas crises poderá intrigar o leigo, ou o observador desatento e superficial. Como falar em crise da Lei, em crise legislativa quando são tantas as leis e quando a cada instante novas leis se promulgam em toda parte. A multiplicação das leis é fenômeno universal e inegável. Com segurança pode-se dizer que nunca se fizeram tantas leis em tão pouco tempo. No Brasil, por exemplo, durante todo o Império, foram promulgadas cerca de 3.400 leis. Durante a primeira República, de 1891 a 1930, cerca de 2.500 leis. E de 18 de setembro de 1946 a 9 de abril de 1964, nada menos de 4.300*".²

Ora, só em leis, veja-se que o seu número subiu para 8.100, hoje, afora os decretos, os decretos-leis, as resoluções, instruções, portarias e medidas provisórias.

Em 11 de janeiro do ano passado, o número de decretos federais atingia 100.000, tendo começado de novo uma nova numeração a partir do Decreto nº 1: sendo que nessa seqüência, três meses e meio, ou seja, de 15 de março a 30 de junho último, foram expedidas 409 normas legais; ainda nesse campo, verifica-se que no âmbito econômico, tivemos, desde os governos Figueiredo, Sarney e Collor, 20 políticas salariais, 17 políticas cambiais, 24 políticas de preço, 12 mudanças na correção monetária, 37 alterações na política tributária (Cf. Joelson Beting, *O Estado de S.Paulo*, 5 jan. 1992); e ainda nos últimos seis anos, tivemos 7 planos de ajustes, 5 congelamentos de preços e 3 reformas monetárias.

1. Cf. o meu *Contrato mercantil*, citação a que se deve acrescentar a tendência de se uniformizar os contratos de compra e venda internacionais, através da UNCITRAL.

2. Cf. *Do processo legislativo*, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 11.

Vê-se que é um momento bom para o estudo do Direito, até porque como já disse alguém: leis é que não faltam; há para todos. Deixando de lado essa *boutade* que tem a sua razão de ser, é inevitável assinalar que o momento é oportuno para o estudo do Direito, principalmente, ao menos por dois grupos de razões: 1. em virtude dessa rica problemática normativa e a constante violação dos direitos dos cidadãos; 2. em virtude do progresso alcançado pela ciência jurídica nas últimas décadas deste século, em que se destacam os avanços extraordinários do estudo do Direito, como ciência e arte do justo, em que despontam novas formulações na zeetética e na dogmática, voltada esta última para a "decidibilidade", baseando-se a hermenêutica na nova retórica e na jurisprudência tópica, seguindo uma *ideologia dinâmica* voltada para o social (a razoabilidade), cabendo ao intérprete e ao aplicador da lei, a captação do que há de direito na norma, ou como querem outros, o que de equidade e de justiça nela se contém expressa ou implicitamente.

Evidente é que toma excepcional *importância a visão empresarial*, dados os abalos econômico-sociais causados pelos planos e medidas governamentais, como já assinalamos. Neste ponto, até o poder da empresa, que sempre foi prestigiado, e acabou por se tornar incômodo, ensejando as reações conhecidas, de que é exemplo máximo entre nós, o Código de Defesa do Consumidor.

Para expor essas realidades, optamos por uma língua dialógica, procurando estabelecer uma relação de dúvidas e problemas, com o nosso auditório, e como já dizia Karl Popper em relação ao conhecimento objetivo, se no espaço de uma palestra não se tem condições de convencer, ao menos podemos despertar a atenção para os problemas e a curiosidade de busca de respostas.

Como é curial, desempenha nesse processo revisionista e construtivo, papel de relevo a empresa, instituto que se tornou o epicentro da atividade econômica, com as conseqüências sociais conhecidas.

·Não seria, portanto, despidendo, perante o poder que a empresa ostenta na economia e na sociedade moderna, hoje, já comparada à Igreja e às Corporações, recordar que o seu reconhecimento jurídico foi lento e difícil e que ainda não se completou integralmente.

A consolidação do Direito Comercial antigo até os dias de hoje, época em que se apresenta já com um verdadeiro arsenal jurídico-instrumental e seu ajuste doutrinário ao Direito como ciência, através da construção da sua Teoria Geral e de institutos complexos, já chamados de *mecanismos jurídicos*, além dos tradicionais (como a compra e venda, por exemplo), ajustados todos ao novo sistema empresarial, desdobra-se na sua trajetória, em duas vertentes, que surgem com aspectos salientes a que é necessário analisar, num verdadeiro corte, não obstante o seu evoluir histórico tenha sido conjugado e praticamente indecomponível na sua vivência. Trata-se, de um lado, da evolução do Direito Comercial na trilha dos progressos verificados no Direito em geral, até conciliar o seu pragmatismo com os elementos técnicos e científicos indispensáveis para a consecução dos seus objetivos, na regulação da atividade empresarial moderna; de outro, a *recepção* do regime da empresa (conceito, estrutura, função, etc.) pelo Direito, surgindo como o instituto basilar de uma nova disciplina jurídica, caracterizadora de um ramo próprio e específico do Direito, exatamente o Direito Empresarial dos nossos dias.

Ao refletir sobre o regime jurídico atual das atividades econômicas, nos dias de hoje, e não só no Brasil, como em vários países da Europa continental, como a França e a Alemanha, por exemplo, deparamo-nos com uma situação no mínimo *tripartida*, em que se destacam normas voltadas para as *atividades econômicas civis* (chamemos assim o plano obrigacional em que o Direito Civil atua), em que avulta uma disciplina jurídica das sociedades civis, dos contratos e obrigações etc.; outra disciplina voltada para os comerciantes e as relações decorrentes da sua atividade, e ainda, embora um tanto imprecisamente, normas voltadas para o empresário ou à empresa ou ao estabelecimento, não ainda suficientemente sistematizadas, excluindo-se para efeito desta análise o sem-número de normas de Direito Econômico, de Direito do Trabalho, de Direito Fiscal e de Direito Administrativo.

Ora, fácil é de ver, e todos os que se dedicam ao Direito Empresarial o sabem, que essa tricotomia não se apresenta harmonicamente, ensejando por isso mesmo conflitos e choques, tanto de *qualificação* como de *subsunção*, na tarefa de interpretação e aplicação dessas normas.

Destarte as conseqüências inevitáveis são as dificuldades em considerar certas atividades, relações e contratos, como comerciais, civis ou

empresariais, como vêm ocorrendo, por exemplo, para as questões referentes a concordatas, a falência e a renovatória de aluguel das locações comerciais. Aliás, é este um campo fértil de disputas, agravadas pela tendência verdadeiramente pendular, de muitos que desenvolvem um tipo de atividade pretenderem ser considerados como enquadrados em outras, para auferir certos benefícios das leis; tome-se, como exemplo, o de certas empresas (inclusive, os produtores rurais) que pretendem seja-lhes reconhecido o benefício da concordata, através da sua equiparação ao regime jurídico dos comerciantes; já outras empresas de caráter comercial pretendem não se enquadrar no regime dos comerciantes, para fugir à decretação da falência; e outras ainda, de naturezas diversas, inclusive estabelecimentos de ensino e cartórios de títulos, que pretendem se colocar ao abrigo da Lei de Luvás, e assim por diante. A esse propósito, em nossa obra sobre a *Teoria Jurídica da Empresa*,³ coletamos inúmeros exemplos desse tipo que incluem até a qualificação do barbeiro, de casa de tintas a de empresas de publicidade.

Pensa-se por isso o que, aliás, venho defendendo e que a jurisprudência aos poucos vai acatando que a adoção de uma disciplina legal da empresa superaria essas dificuldades, sobretudo da qualificação, absorvendo inúmeras atividades novas ou antigas, e ainda as atividades de serviços, o que constituiria um singular progresso.

É consabido que apesar de todas as resistências foi impossível afastar a empresa da consideração dos juristas e do Direito. Lembremo-nos, a propósito, que o espectro jurídico da empresa veio forcejando, como ainda hoje forceja, os regimes normativos, desde a sua consolidação econômica a partir da Revolução Industrial. Essa terceira pessoa, o empresário, ao lado do proprietário e do comerciante,⁴ acabou por se inserir na legislação positiva, ainda que no início através do Direito do Trabalho e do Direito Econômico. Historicamente, é cediço que o regime jurídico existente desde a Antigüidade, repousava na propriedade e ao lado dela nos privilégios decorrentes das categorias sociais (desde os Romanos conheciam-se os "*status civitatis, libertatis et familiae*"). E foi justamente para fugir a esse regime de privilégios já na Idade Média, que os

3. p. 230 e ss.

4. Cf. Remo Franceschelli, *Imprese e imprenditori*, Milão, Giuffrè, 1970, p. 8 e ss.

mercadores e artesãos, tanto através das feiras e mercados, quanto do comércio marítimo e finalmente reunidos nas chamadas cidades-livres, foram criando o seu próprio ordenamento jurídico, que teve o seu máximo esplendor com o direito das corporações, tanto que acabaram reconhecidos certos privilégios, os quais teriam o seu fim com a Revolução Francesa. Entretanto, a burguesia capitalista nascente e vitoriosa, ao empolgar o poder, não deixou de reservar para si certos privilégios; como, por exemplo, a proteção que o regime do Direito Comercial de então dispensava aos comerciantes, de que é prova marcante entre outras as chamadas prerrogativas de que dispunham. Deixou-se fora desse regime o proprietário rural, para que não ficasse sujeito a certos ônus, obrigações e responsabilidades (inscrição no Registro de Comércio, contabilidade, falência), assim como os profissionais liberais, considerados como exercitando uma profissão livre. Entretanto, o conceito remanesceu muito estreito, deixando fora inúmeras novas atividades sobretudo na área de serviços.

E foi este regime jurídico voltado para o comerciante que a empresa encontrou. Para ingressar nas relações privadas oriundas das atividades econômicas, entre nós, podem ser apontadas ao menos duas vias bem marcantes: 1. a da sua inserção em novas leis, como, por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho; na Lei contra o Abuso do Poder Econômico, etc.; 2. no campo das relações privadas, pelo alargamento do *conceito de mercancia*, conforme referido pelo art. 4º do Código Comercial e pelo Regulamento 737; e doutrinariamente pela influência do Código Civil italiano (com seu regime empresarial) e as leis que sucessivamente foram sendo promulgadas na maioria dos países, com referências ou mesmo destinadas especificamente às empresas. Tanto assim é que o nosso Projeto do Código Civil (nº 634-B, 1975), acabou por distinguir os chamados, por Miguel Reale, cinco protagonistas, ou seja, o proprietário, o marido, o contratante, o testador e o *empresário* que considera como o principal e consagrando uma disciplina completa sobre o que chamou de Direito da Empresa. Conquanto não se tenha feito uma unificação total, o avanço foi significativo, oferecendo-se um conceito que não obstante *de lege ferenda* serve de subsídio doutrinário, assim como o seu correlato do art. 2.082, do Código Civil italiano, em que o *empresário* é qualificado pelo exercício profissional da atividade econômica de produção e distribuição de bens e serviços. Por outro lado, o alargamento do conceito de mercancia, vem transformando os chamados

atos de comércio, conceito de difícil entendimento, em *atividade econômica*, o que melhor se harmoniza com uma visão empresarial.

Admitindo-se com a doutrina moderna - que o Direito é um instrumento de controle social e talvez, o mais importante e o mais típico⁵ - chega-se à concepção divulgada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. de que: "*O Direito está ligado a procedimentos institucionalizáveis por meio de normas, através das quais as institucionalizações se tornam socialmente viáveis. Finalmente, na dimensão de conteúdo, o Direito exerce sua função seletora, pois nem todos os programas, papéis, valores ou pessoas são juridicizados. O Direito moderno tende a privilegiar programas de ação e papéis. Esta tendência, nas sociedades mais complexas, corresponde ao privilégio dado à sanção como modo de tratamento das desilusões ao nível temporal e ao procedimento como modo de institucionalização ao nível social*".⁶

A juridicização leva em conta, portanto, a expectativa normativa de setores sociais decorrentes em grande parte da especialização do trabalho, da divisão da economia por setores, e, é claro, tendo sempre presente o embasamento ideológico, visto este como uma espécie de tábua de valores vigentes, revelados pelas inclinações normativas.⁷

Em nosso tema, a adjetivação *empresarial* aposta ao nome, direciona a pesquisa para a identificação da "empresarialidade", nome, aqui, adotado para a designação do fenômeno em sua inteireza. Difícil não é constatar que no plano fenomenológico e certamente por suas implicações ideológicas, a empresa assumiu um papel de extraordinária importância na experiência social, tornando-se o epicentro do regime de produção, distribuição e circulação de bens e serviços voltados para o mercado de uma economia de massa, influenciando no comportamento desse mesmo mercado, através da implantação de novas rotinas, novas técnicas negociais e novos procedimentos e ajustes organizacionais.

5. G. Lumia, *Principios de teoria e ideologia del derecho*, Madri, Debate, 1978, p. 15.

6. Cf. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo, RT, 1978, p. 115.

7. Este aspecto é, aliás, destacado pela doutrina, inclusive por Tércio Sampaio Ferraz Jr. que afirma: "*Por exemplo, nas sociedades industriais, burocratizadas, há uma especialização em função de papéis e programas ideológicos mais do que pessoas e valores que continuam presentes, mas mediatizados pelos anteriores*". *Ibid.*, p. 116.

Esse fenômeno assim importante gerou, como não podia deixar de ser, um forte grau de expectativas normativas, que ideologicamente haveriam de ser atendidas. Transpôs-se, destarte, para o plano legal os procedimentos empresariais, compreendendo as ações-tipo, decorrentes do exercício da atividade empresarial, além das normas de organização e atribuições correlatas.⁸

A variegada gama de interesses gravitando em torno da empresa (trabalhadores, Estado, credores, acionistas e sócios, as comunidades), desbordou até do âmbito estrito do Direito Comercial, alcançando outros ramos; não se estranhe assim o grande número de disposições legais fazendo menções à empresa, chegando mesmo várias delas, a defini-la.⁹ Tanto que a regulação normativa estatal da empresa fez a doutrina meditar sobre os instrumentos jurídicos de controle comportamental utilizados, levando à análise normativa por via do modelo empírico.¹⁰

Necessário assim e até indispensável para orientar o estudo é a *compreensão* do conteúdo, ou se se preferir do significado do termo *empresa*,¹¹ que exerce papel influente como integrante do objeto das normas empresariais. Certamente, também não deve ficar excluída deste exercício, a eventual correspondência nominal à existência real do fenômeno, o que implica utilizar o termo *empirismo*, pelo seu outro significado, lembrando os dois sentidos que se lhe tem dado: 1. como captação da experiência real e 2. como afastamento da ciência nos conceitos.

No que concerne à experiência histórica tem-se a trajetória do Direito Comercial como *especial* ou *excepcional* em relação ao chamado Direito comum privado, e as implicações trazidas pelo aparecimento da empresa.

Nesse sentido insta examinar o histórico pelo prisma axiológico, fazendo um corte de constatação ideológica.

8. Essas normas todas, na maioria amplas e complexas, como, por exemplo, a Lei das Sociedades por Ações, o Código da Propriedade Industrial, etc, já foram consideradas verdadeiros *microssistemas jurídicos*, assim como os procedimentos complexos, como *mecanismo jurídico*.

9. Cf. o rol dessas leis, em nosso livro *A teoria jurídica ...ob. cit.*

10. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático, na obra coletiva *A norma jurídica*, Sérgio Ferraz (coord.), Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

11. Confundido ora com a firma, ora com a sociedade comercial, ora com o patrimônio, ora com o local onde a empresa exerce a sua atividade, e assim por diante.

Vale lembrar mais uma vez, que, na Idade Média, o sistema econômico privilegiava a nobreza da terra, passando aos poucos também a privilegiar os comerciantes e artesãos reunidos nas corporações de ofício. Rompido o sistema feudal e o corporativo, verifica-se que mesmo com os Códigos, os proprietários da terra, produtores rurais, ficaram fora do sistema de ônus, obrigações e responsabilidades criado para os comerciantes, como, aliás, ocorre até hoje. Mas, os comerciantes não deixaram de ter alguns privilégios - ao menos em relação a outras profissões regulamentadas - como, por exemplo, as chamadas *prerrogativas dos comerciantes* (cf. arts. 21 a 25 do Código Comercial, e ainda hoje, no âmbito da propriedade comercial e da propriedade industrial). Com a evolução e a nascente influência da empresa, aumentaram esses privilégios; por exemplo, adota-se o benefício da concordata, estipulam-se exigências especiais para o exercício de certas atividades (como as instituições financeiras, seguradoras, *tradings*, etc.); impõe-se que certos tipos de contratos só sejam operados por empresas determinadas (como o *leasing*, por exemplo); dá-se proteção à locação comercial e ao sistema da concorrência, além de inúmeras sanções premiais, como às exportadoras e outras.

Entretanto, sob a pressão dos fatos como o crescimento dos controles governamentais e as reivindicações sociais passa-se a aumentar a carga de obrigações e responsabilidades das empresas, destacando-se entre os inúmeros fatores dessas mudanças as pressões trabalhistas, as da comunidade e o aparecimento do consumidor.¹² Em consequência surgiram normas mais rígidas em relação às atividades das empresas; opta-se pela adoção do tipo de responsabilidade do empresário, agora pelo *fato do produto*; adotam-se normas de proteção ao consumidor; consagra-se a *função social* da empresa, reclamando-se aquela dos contratos, que aliás, se encontra prevista no Projeto do Código Civil; e redobra-se a fiscalização sobre as empresas, não só sobre operações como as instituições financeiras, seguradoras e outras como sobre os ajustes contratuais e organizacionais (abuso do poder econômico) e também em relação ao meio ambiente e outras. A propósito, é altamente revelador dessa

12. No Brasil, uma das poucas aberturas políticas, durante o período da repressão, tanto que o Governo tentou monopolizar o movimento através de vários projetos, como o do Ministério da Indústria e Comércio, o que não ocorreu, após a redemocratização do país, com a promulgação da Lei 8.078, de 11.09.1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

tendência o exemplo da lei sobre os crimes econômicos, conhecidos como crimes do colarinho branco. E, finalmente, no âmbito político-ideológico, predicou-se a própria reforma da empresa, a participação efetiva dos trabalhadores na gestão e nos lucros das empresas, os comitês de fábricas e até a encampação e a socialização.

Nessa linha, é que se sustentou a idéia da empresa como instituição. Vale lembrar, que esta visão institucional da empresa vem sendo defendida por muitos, já há tempos, para vê-la como uma realidade ultrapassando a figura do empresário, que juntamente com os trabalhadores e outros, ficariam a ela sujeitos, aparecendo como uma organização acima dos interesses egoísticos, como sustentava há décadas Walter Rathenau. Sem dúvida que a conotação social desta colocação é transparente. Aqui, tomaremos o termo *instituição*¹³ com o significado que lhe atribui Miguel Reale, ou seja, como instituto correspondente a uma realidade viva social. Tomemos ainda a respeito, o conceito de *instituto* de Vicente Rao, como conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum e as relações que elas visam regular, o que Ihering chamava a ossatura do Direito, os corpos orgânicos jurídicos.

A esta altura, lembremo-nos da colocação de uma certa doutrina, como por exemplo, G. Lumia, da indagação de que se por baixo de uma *relação jurídica* existe uma relação preexistente, na vida real, que a norma visa regular, ou se é a própria norma que cria essa relação. A resposta não pode ser unívoca, já que a fenomenologia do Direito constata ambas as hipóteses. Às vezes, a norma jurídica reconhece e garante uma relação já preexistente, *in rerum natura*, como, por exemplo, a filiação que existe como fato natural; outras não, como a relação tributária criada pela norma. Ao se perguntar se a empresa existe como fenômeno real ou é o Direito que lhe dá existência, a resposta surge por dois aspectos: o Direito dá o reconhecimento jurídico da sua existência física representada pela organização dos fatores econômicos para a produção e distribuição de bens e serviços, voltando-se, é claro, no ajuste, às suas categorias, conceitos e construções, para a adoção de um regime destinado ao empresário, ao patrimônio empresarial e para o exercício dessa atividade empresarial.

13. Sem desprezar as concepções de Hauriou e Renard, e de Santi Romano.

O fato é que pelo prisma fenomenológico, a empresa constitui uma unidade de produção congregando empresários e trabalhadores, por isso centro de convergência de inúmeros interesses. Como conjunto orgânico, modelo empírico com sentido normativo, das normas que o integram podem ser destacadas as práticas, rotinas, estatutos, operações, procedimentos, contratos e as leis que a regulam. Sob tal aspecto, verifica-se que também é uma instituição, pois constitui-se numa organização de pessoas, voluntária, fundada sobre uma relação de hierarquia e de cooperação entre os seus membros, com um objetivo comum, conforme a vê Santi Romano,¹⁴ e ainda insere-se no chamado pluralismo jurídico, posto que nem todas as suas normas são estatais.

Já as leis sobre a empresa decorrem do atendimento dos interesses congregados, respondendo às expectativas normativas: 1. para dar certeza e segurança às relações jurídicas derivadas do exercício da atividade empresarial; 2. para atender aos interesses dos trabalhadores, do Estado, em relação aos tributos e à produção econômica, dos consumidores e dos acionistas e sócios quando o empresário é uma sociedade comercial.

Na passagem do dado para o construído, verifica-se o reconhecimento da existência de normas através da captação do sentido normativo da experiência real, pois a atividade empresarial suscitou comportamentos passíveis de tipificação na sua reiteração temporal. Pode-se assim dizer que o legislador apreendeu essas normas e as sancionou sob a forma de leis, havendo, como é curial, as normas existentes que não foram ainda sancionadas e as que vão surgindo, como por exemplo, a série de contratos novos e de novos tipos de agregação empresarial.

Historicamente, o ciclo se completa: do *marchans* e do *fabricans* passa-se ao comerciante, sujeito correlato ao comércio em sentido amplo, abrangendo a indústria, transportes, bancos, bolsas, seguros, etc. e chega-se ao empresário, figura revelada integrando a noção de comerciante (cf. arts. 632-633 do Código Comercial francês e art. 19 do Regulamento 737, no Brasil). A empresa, por esse prisma, não era totalmente desconhecida, só que ficava subordinada no sistema, ao comerciante e ao ato de comércio (sendo

14. Lembremo-nos a propósito das imprecisões da teoria da instituição, da crítica de Savatier, de que *"le mot institution est commode parce qu'elle est vague"*

comerciante quem exercia profissional e habitualmente atos de comércio). No exercício de qualificação apurava-se se a atividade praticada se enquadrava no rol dos atos de comércio (em sentido restrito ou mais amplamente dos atos auxiliares) e depois se eram praticados em caráter profissional e habitualmente. A empresa, pois, não entrava no ordenamento por si diretamente, tendo de passar por via da figura do comerciante; esse vezo, aliás, vai permanecer, mesmo na concepção do regime empresarial do Código Civil italiano de 1942, em que as empresas devem, antes de mais nada, serem consideradas comerciais, regime esse que o nosso Projeto do Código Civil, naquele inspirado, houve por bem corrigir, pois a empresa veio justamente para superar a noção de comerciante, que passa a ser um tipo de empresa (as empresas comerciais) e não as empresas um tipo de comerciante.

A *recepção* da empresa, no ordenamento jurídico, seja através de leis esparsas, ou de um Estatuto Geral do Empresário (como chamam os italianos a regulação jurídica da empresa, no Código Civil de 1942), acarretou então uma verdadeira superposição categorial, fenômeno que se assiste até hoje. É que surgiram novos institutos que requerem ser qualificados no plano jurídico, como, por exemplo, o da pessoa jurídica, o das sociedades unipessoais, o do estabelecimento comercial e seu correlato a universalidade de bens, o de atividade, o de empresário, o dos grupos econômicos, o de bens imateriais e assim por diante.

Abalam assim as estruturas formais de longa tradição, forçando o reconhecimento da sua existência e complicando a tarefa do jurista, pois resistem a se ajustar às categorias tradicionais.

Por esse aspecto, surge o problema da *qualificação*, ou seja, o ajuste do *modelo* na sua formulação econômica à *tipificação estrutural* a que alude Ascarelli. Nesse sentido, os esforços para enquadrar a empresa juridicamente - após ter sido negada essa viabilidade¹⁵ nas categorias básicas, *sujeito*, *bens*, e *atos e fatos*, esbarraram em inúmeras dificuldades. Entretanto, a aceitação da possibilidade da transposição do conceito econômico para o plano

15. Nesse sentido cf. Waldemar Ferreira que aliás comparava a empresa à Rebeca, personagem volátil, de que todos falavam e que nunca aparecia; também, Silvio Marcondes, e tantos outros; cf., a propósito, o nosso *A teoria jurídica...* ob. cit.

jurídico e a visão polifacética da empresa - perfis¹⁶ acabaram por ser da maior valia para o avanço que posteriormente se verificou.

Historicamente, pois, a regulação dos quatro perfis da empresa, pelo Código Civil italiano, trouxe contribuição de realce, pela reflexão crítica necessariamente imposta para a compreensão do instituto, dentro do sistema do ordenamento jurídico positivo, vale dizer, a visão operacional.

Procurou-se assim criar um modelo doutrinário que explicasse, completasse e justificasse o modelo normativo, surgindo, em consequência: 1. os que defendem a idéia de ter havido um *quase* perfeito ajuste do conceito jurídico à instituição econômica (como Franceschelli, por exemplo); 2. os que negam essa idéia, por várias razões, inclusive pela não consagração do possível unívoco conceito econômico. Vale ressaltar a propósito que a falta de unidade da visão conceitual leva a confusões, como por exemplo, os vários perfis de Asquini e a referência das leis cada qual com um sentido próprio, conforme entre nós, o fazem, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Terra, a Lei contra os Abusos do Poder Econômico, as leis tributárias e as de ordem de intervenção econômica.

Procurando filtrar e superar essas dificuldades, foi que utilizamos a transposição do conceito econômico, caracterizado como organização dos fatores de produção, para o plano jurídico como atividade econômica organizada.

A visão final, portanto, pelo ângulo da atividade, aproveitando a brecha operada pelo corte polifacético, contribuiu decisivamente para dar nova configuração ao problema, completando a trilogia que permanecia oculta sob a simples dupla empresário-estabelecimento. O conceito jurídico baseado na *atividade* explica os seus correlatos, o *sujeito* (o empresário) e os *bens* (o estabelecimento).

Se o objeto da norma é representado por comportamentos, organização e competência, a norma empresarial surge como a norma cujo conteúdo são as relações decorrentes do exercício da atividade empresarial (pressupondo a "profissionalidade", a economicidade e a organização), sendo

16. Asquini apresenta quatro perfis; Ferrara Jr., três; Geraldo Vidigal acrescenta mais um perfil aos de Asquini, que eram: subjetivo, objetivo, operacional e institucional.

certo também que as relações e o exercício da atividade empresarial implicam em normas de organização e de competências.

Por isso, a doutrina aponta como indispensável a adoção de um Estatuto Geral do Empresário, tendo como fundamentos básicos a importância social da empresa em nossos dias e suas repercussões no Direito. Tecnicamente, a substituição do antigo comerciante e da falha teoria dos atos de comércio, pelo atual de empresário e de atividade, é vantajosa, porque: a. propicia maior aderência à realidade; b. amplia a abrangência da matéria, alcançando outros modos do exercício das atividades, como a de serviços, por exemplo, e entre nós, superando a dicotomia civil ou comercial em várias atividades; c. propicia maior flexibilidade e "operacionalidade" na elaboração e interpretação das normas, como ocorre, por exemplo, no caso das sociedades por ações e em inúmeros outros institutos. Acarretaria, assim, uma verdadeira modernização das estruturas normativas voltadas para a realidade econômica.

Nesse sentido, Mario Ghidini¹⁷ justifica a existência de um Estatuto Geral do Empresário, assinalando que para melhor compreensão do sistema legal procede-se do óbvio conceito de que a empresa é um organismo produtivo, de fundamental importância social, que deve ser salvaguardada e protegida, enquanto:

1. constitui o único instrumento efetivo de produção de riqueza;
2. constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição da riqueza;
3. constitui um centro de propulsão do progresso, inclusive, cultural da sociedade.

O exercício da empresa compreende também interesses de terceiros, e assim:

- a. dos trabalhadores dependentes;
- b. dos clientes-consumidores (adquirentes de produtos, usuários dos serviços);
- c. dos fornecedores e em geral do mercado de crédito;
- d. dos empresários concorrentes.

17. Cf. *Lineamenti del diritto dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 77 e ss.

O surgimento e a evolução da empresa casa-se com a evolução do Direito Comercial, não só no sentido de adaptação às novas realidades sociais, como também no aprimoramento da sua "tecnicidade" e da sua aproximação da própria ciência do Direito.

É consabido, tanto que ensinado reiteradamente nos manuais, que o Direito Comercial, surgiu espontaneamente no seio dos mercadores, como conjunto de regras de comportamento a serem observadas nas relações negociais do tipo mercantil. Anota-se ainda que perante o sistema jurídico então vigente na Europa, constituído de um amálgama de regras provindas do Direito Romano clássico, explicado através de glosas, de certos princípios nascentes no Direito Canônico e de regras dos costumes bárbaros, os mercadores nele não encontravam a rapidez, a flexibilidade e o informalismo necessários para reger condutas e pôr fim a conflitos.¹⁸ Por este último aspecto, a pluralidade de poderes, característica da Idade Medieval, implicava em igual variedade jurisdicional, utilizando-se no procedimento judiciário métodos pesados e demorados, o que não era de molde a atender às necessidades do comércio, que exigiam justiça rápida. Daí o surgimento nas corporações das decisões dos cônsules, pronunciadas sobretudo nas feiras, que, coletadas, deram origem ao chamado direito estatutário. Afirma-se, pois, que o Direito Comercial surgiu *corrigendi vel supplendi gratia* e portanto como ramo especial em relação ao Direito então vigente. Certamente por isso, que T. Ascarelli, adepto da visão histórico-cultural do Direito, que tende a considerá-lo, hoje, integrado ao Direito comum, permanecendo como categoria histórica, interpreta a evolução do Direito Comercial, nesses tempos, em termos que valem ser reproduzidos aqui: "Realmente", diz o mestre italiano, *"se retrocedermos na história do Direito, fácil será constatar que o nascimento do Direito Comercial, se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas, e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII, em contraposição ao sistema econômico então geralmente difundido. Estas exigências, assentes na liberdade de iniciativa e de concorrência num mercado livre, surgiram de início não quanto à indústria, mas*

18. É altamente revelador dos costumes mercantis da época a fórmula utilizada nas feiras, para efetivar uma espécie de compensação entre os títulos de crédito. Cf. P. Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés & des foires*, Paris, Rousseau, 1897.

*apenas quanto ao comércio, especialmente transmarino e bancário. Por isso se constituiu então em oposição ao direito comum, um direito especial que ainda hoje em dia, apesar de ter passado a abranger a atividade industrial, chamamos de comercial. Foi ele, no seu início, o direito da nascente burguesia das cidades; uma libertação dos vínculos da sociedade feudal e do direito romano-canônico então vigente".*¹⁹

Recolhidas as regras consuetudinárias em livros de normas - as Compilações - só mais tarde, a bem dizer no Renascentismo, serão alvo de mais detido exame, num esforço técnico-científico. Os primeiros tratados de Direito Comercial, já dotados de certa sistematização, surgem então: lembremo-nos de Benevenuto Stracca (1553); Segismundo Scaccia (1618); Raffaele de Turris (1641); Francesco Rocco (1655); Giovanni B. de Lucca (1669); Giuseppe M. Lorenzo de Casaregis (1707) e ainda o português Pedro de Santarém (1552).²⁰

Os esforços de sistematização seguem melhor apoiados, na fase estatal, das Ordenações francesas, a terrestre de 1673 e a marítima de 1681, e finalmente com os Códigos Comerciais, tendo como exemplo o napoleônico de 1807.

Entretanto, apesar dessas transformações no campo legislativo, em que o Direito Comercial passou a ser Direito estatal, conquanto ainda ligado estreitamente à práxis, não se verifica um afinado ajuste à chamada Teoria Geral do Direito Civil, ramo que por ser considerado do direito comum, consagrava também seus estudos, na época, a temas que hoje estão a cargo da Teoria Geral do Direito.

Dessa falta de integração e de sistematização, o que Vivante chamaria de "*debolezza*" do Direito Comercial, queixavam-se os autores da época, como por exemplo, Jean Escarra.²¹ Da situação dava-se conta também Francesco Ferrara Filho:²² "*Durante muito tempo foi abandonado o estudo do Direito Mercantil condenado como disse Vivante 'a viver na metade do caminho'*,

19. Cf. *Panorama do direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 22-3.

20. Cf. o meu *Manual de direito comercial*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, p. 28 e ss.

21. Cf. *Principes de droit commercial*, Paris, Sirey, 1934, p. 63 e ss.

22. Cf. *Empresarios y sociedades*, *Revista de Derecho Privado*, edição especial, p. 8 e ss, nota 4, Madrid, s.d..

entre o empirismo da prática e a severidade dos estudos do Direito Civil. Isto era facilitado pelo fato de se considerar o Direito Mercantil como um sistema independente de caráter excepcional em relação ao Direito Civil, e por isso os autores se limitavam, quando muito, a descrever suas instituições, sem tratar de enquadrá-las nos princípios, ou se tentavam fazê-lo, tão logo tropeçavam em alguma dificuldade a atribuíam à peculiaridade do Direito Mercantil, terminando por dizer que se tratava de uma instituição sui generis. Iniciou-se uma nova fase com Vivante, o qual com o seu 'Tratatto di Diritto Commerciale', realizou a primeira sistematização científica desta matéria"

Veio assim o Direito Comercial observando uma postura própria, desvinculado da maior parte das preocupações da Teoria Geral do Direito, alardeando a sua condição ora de *direito excepcional* ora de *direito especial*,²³ com as suas fontes normativas voltadas diretamente para a evolução dos fenômenos econômicos. Contudo, a partir de Vivante, como vimos, foi se encaminhando para um ajustamento que poderíamos denominar de técnico-científico. Nos últimos tempos, é notório que os comercialistas vêm procurando se precatar dessa orientação a bem dizer empírica, voltando a sua atenção para os princípios e diretrizes da Teoria Geral do Direito.

Sem dúvida que a necessidade da integração do Direito Empresarial à Teoria Geral do Direito se acentuou com a reconhecida ruptura das novas formulações do Direito Empresarial com as categorias tradicionais e portanto com a busca de caminhos próprios, no âmbito da ciência do Direito.

No campo normativo atual, brasileiro, em que predomina o regime tripartido a que fizemos referência, pode-se traçar um quadro das principais normas referentes à atividade empresarial a elas destinadas diretamente ou que a elas fazem referência.

Assim, tem-se num campo mais geral, a antigamente chamada de matéria do comércio, como uma disciplina legal voltada para o comerciante (conceituado no art. 4º do Código Comercial) e para as relações jurídicas derivadas do exercício profissional da mercancia (que era confundida com a dos atos de comércio).

23. Sobre a questão do Direito Comercial como especial e excepcional cf. Alfredo Rocco, *Princípios de direito comercial* (parte geral), São Paulo, Saraiva, 1931, p. 52 e ss.

Em termos piramidais, pode-se começar pela Constituição Federal de 1988, que após ter cometido à União, privativamente, a competência para legislar sobre "Direito Comercial" (art. 22, I), dispõe no seu art. 5º, XIII *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer"* - complementado pelo inciso XXIX, que diz respeito à chamada *propriedade industrial*, que estatui: *"a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégios temporários para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País"*, e ainda os dispositivos do Título VII, sobre a Ordem Econômica e Financeira, especialmente do seu Capítulo I dedicado aos "Princípios Gerais da Atividade Econômica", como por exemplo, o seu art. 170 que se refere no *caput* à *livre iniciativa* e no inciso IV, à *livre concorrência*, e também ao seu parágrafo único que dispõe: *"É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão público, salvo nos casos previstos em lei"*. Faz ainda menção à empresa, no art. 171, e em relação à proteção à concorrência, estabelece no § 4º do art. 173, que: *"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*.

Certo é que através do Código Comercial de 1850 e das leis sucessivas que vieram sendo promulgadas, criou-se um regime jurídico de *ônus, obrigações, responsabilidades e proteção*, para o comerciante.

Esse regime que, certamente, em termos normativos é de certa forma peculiar, como se vê pela análise das normas empresariais, de um lado protege o empresário, como por exemplo, na locação mercantil e no sistema de concorrência em consonância com o regime da propriedade industrial e das leis contra o abuso do poder econômico, e ainda, o do benefício da concordata.

Já em relação a *ônus*, verifica-se que são constituídos por certas formalidades que os comerciantes podem ou não cumprir, como, por exemplo, a sua inscrição no Registro de Comércio (sem o que permanece na situação, conhecida entre nós, de comerciante de fato), com certas sanções diretas ou indiretas pelo não-cumprimento, como, por exemplo, o não-reconhecimento da

qualidade de comerciante para certos fins, como o da concessão da concordata, por exemplo.

No que tange às obrigações (cf. arts. 10 e ss. do Código Comercial), estas também conhecidas por atos e formalidades a cargo do comerciante, pode-se apontar, a manutenção de livros contábeis e da escrituração correta e em dia, cuja sanção, por exemplo, em caso de falência, será a de considerá-la fraudulenta, sujeitos seus responsáveis aos crimes falimentares consequentes.

Em termos da responsabilidade, os empresários podem ser alvos da imputabilidade, nos mais variados casos previstos pelas leis também as mais diversas, desde as que protegem o meio ambiente até as de proteção ao crédito público, como por exemplo, no caso de falência.

Paralelamente a esse regime jurídico-legal de regulação do comerciante, cujo conceito vem deduzido no art. 4º do Código Comercial, é que se verifica a existência da empresa, reconhecida e conceituada ou ao menos referida em inúmeras leis, pressionando o velho sistema ditado para o antigo comerciante, tendo como pano de fundo o modelo doutrinário, de inspiração moderna, cujo texto expressivo, é o Projeto do Código Civil, que, como já mencionamos, dita toda uma disciplina jurídica para a "empresarialidade", sob um título denominado justamente de Direito da Empresa.

O quadro normativo empresarial hoje, no Brasil, é incomensurável: e nele se constata claramente leis de várias naturezas que ora se ajuntam ao sistema normativo tradicional, principalmente o representado pela parte geral do Código Civil, ora dele se afastam por apresentarem características peculiares ditadas pela atividade empresarial.

Assim é que se podem apontar normas *qualificadoras*, como as que definem as empresas e o próprio comerciante, esta encontrada no art. 4º do Código Comercial, e aquelas nas várias leis que já citamos.

Por outro lado encontram-se as *reguladoras* disciplinando as ações-tipo da atividade e da organização empresarial, estas verdadeiros *microssistemas jurídicos quase autônomos*, tais o número de artigos e a tendência a uma regulamentação completa e pormenorizada.

Em relação ao ordenamento vigente, elas se colocam ora como *excepcionais* quando cuidam de maneira diversa matéria que já é cuidada pelo Direito Civil; ora como *especiais* e são a maioria, pois cuidam de matéria

específica, como por exemplo: o Código da Propriedade Industrial, a Lei de Falências, a Lei das Sociedades, tanto por quotas como por ações.

E ainda as chamadas de *comuns* que tratam de matéria envolvendo atos e negócios não-exclusivos dos comerciantes, como, por exemplo, a Lei do Cheque, instituto hoje utilizado por todos.

Estas leis em geral regulam verdadeiros *mecanismos jurídicos*, assim chamados pois são negócios complexos, como, por exemplo, as operações de fusão, incorporação, cisão, os contratos de representação comercial autônoma, os dos concessionários, os de *leasing*, os de *factoring*, e assim por diante.

Nesse sentido é que se constata que foram deitadas abaixo várias idéias cristalizadas que se apresentaram sempre como verdadeiros *mitos*: assim, por exemplo, a desconsideração da pessoa jurídica; a admissão da sociedade unipessoal (o que levaria Champeau a duvidar de que o contrato societário ainda exista); a separação da propriedade e do controle, na riqueza em geral, e especificamente nas sociedades por ações, com a regulação do controlador e suas responsabilidades; e por derradeiro, através do Código de Defesa do Consumidor, a consagração da responsabilidade pelo fato de produto, a inversão do ônus da prova, e tantas outras.

Toda essa grandeza normativa ao mesmo tempo em que enriquece o Direito Empresarial de nossos dias, também põe em causa a sua real eficácia, como um verdadeiro teste, contínuo e infundável.

Testes também:

1. extensivo ao próprio Direito, entendido como instrumento do controle social;
2. para avaliar a dimensão e a intensidade dos choques de interesses que tornam a sociedade cada vez mais conflituosa;
3. para as teorias sociais, sobretudo para aquelas ideologias que advogam a reforma da empresa, a sua função social e a integração com a sociedade.

O presente e o futuro nos darão os resultados desses desafios, sem esquecer que a Economia se torna cada vez mais política e opressora dos direitos dos cidadãos e da livre marcha das empresas, tendo, como é evidente, transformado o país numa espécie de nação-cobaia.

O que leva a lembrar a visão profética do poeta maior Fernando Pessoa ao esculpir estes versos inesquecíveis:

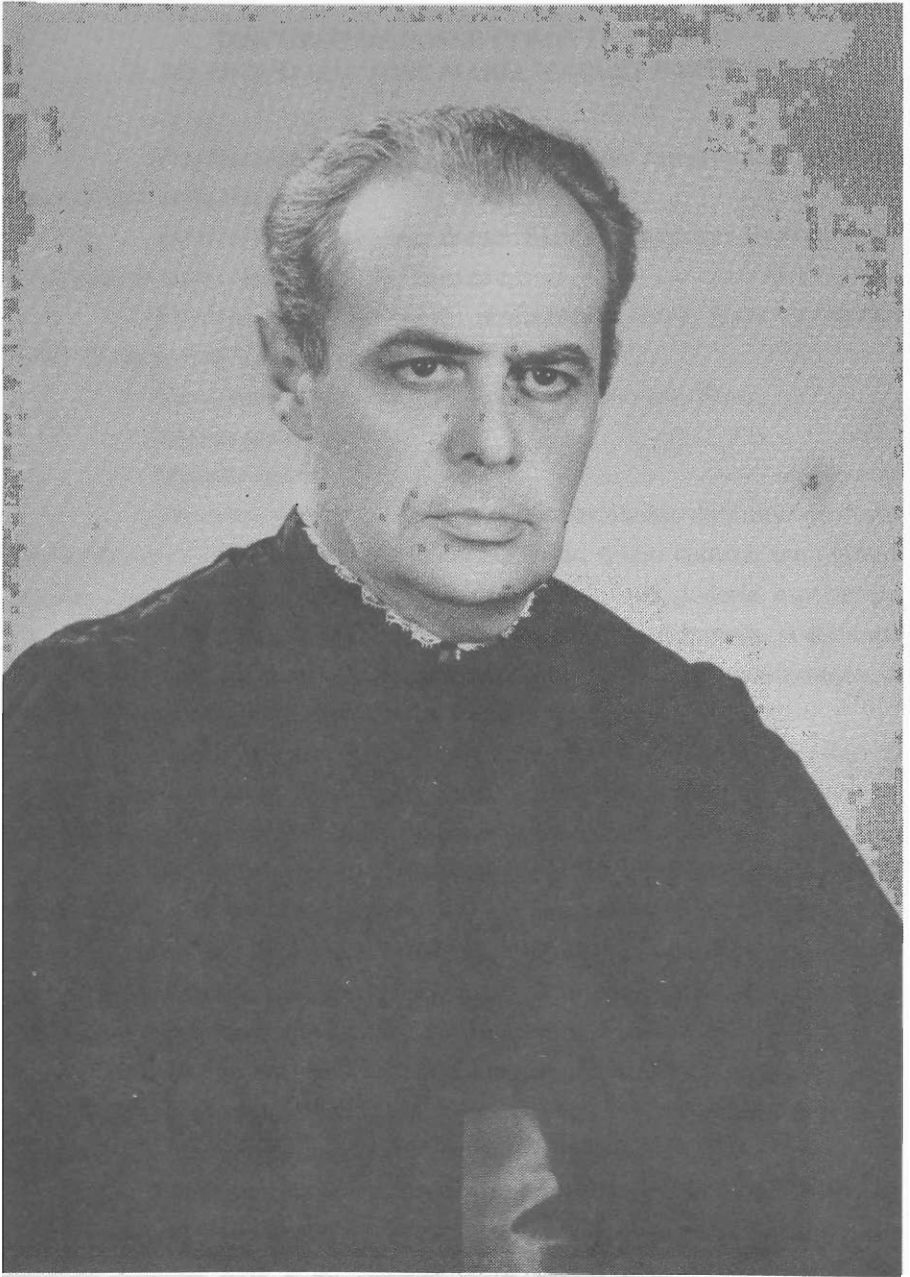
"E mais do que isto

É Jesus Cristo

Que não sabia nada de finanças

Nem consta que tivesse biblioteca

.....":



José Maria Marlet Pareta

DISCURSO DE POSSE COMO TITULAR DO PROFESSOR JOSÉ MARIA MARLET PARETA

Excelentíssimo professor doutor Antonio Junqueira de Azevedo,
digno diretor desta Faculdade,

Excelentíssimo professor doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,
presidente do Conselho Federal de Educação,

Excelentíssimos senhores professores desta Casa e demais
membros da egrégia Congregação,

Caros alunos, futuro deste grande país chamado Brasil,

Minhas senhoras,

Meus senhores,

Muito me sensibilizaram as palavras carinhosas do ilustre professor doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Há nelas, tenho certeza, uma grande dose de generosidade, ditada mais pela amizade do que poderia esperar por meus eventuais méritos. Lacordaire, o brilhante acadêmico francês, já dizia que *"a bondade, mais do que tudo, desarma os homens"* Esta manifestação de bondade desarma também a mim, neste instante de emoção.

Atingir o ápice da carreira universitária é, por si, um fato de significativa importância na vida de quem escolhe o caminho do magistério, dedicada integralmente ao trabalho do ensino e da pesquisa.

Isto só foi possível por ter contado diária e ininterruptamente com a compreensão e apoio de minha família, em especial de minha esposa, companheira e amiga de todas as horas, a quem presto, neste momento, minhas mais sinceras homenagens, por ter sabido suportar com exemplar paciência os sacrifícios pessoais que, muito a contragosto, lhe ocasionei.

Adquire uma importância e uma responsabilidade maiores e ainda mais significativas em se tratando do coroamento dessa carreira, numa instituição tão prestigiosa, quanto esta Faculdade de Direito.

Já não se trata de integrar um quadro seletivo de docentes devotados e reconhecidamente respeitáveis. Trata-se do privilégio de fazer parte de uma minoria, formada hoje e no passado pelos nomes mais ilustres do campo universitário deste país. De um núcleo de valores intelectuais que sempre projetou a melhor imagem da universidade brasileira em todo o mundo.

Ademais, cresce imensamente a responsabilidade de quem ingressa neste núcleo seletivo, pelo mesmo caminho que trilharam homens do porte de Amâncio de Carvalho, de Alcântara Machado, de Antonio Ferreira de Almeida Jr., de João Baptista de Oliveira e Costa Jr., de Odon Ramos Maranhão.

A grandeza destes conceituados mestres transforma em desafio o que seria apenas um privilégio. Um desafio para o qual a maior coragem não assegura o êxito e muito menos a pretensão de igualar-se a estes notáveis antecessores.

Chego a este ponto de minha carreira por força dos estímulos do professor Odon Ramos Maranhão, que me joga nos ombros a responsabilidade, ou antes, o desafio de sucedê-lo. Proeza para a qual somente me aventuro por saber que ele me transfere também, como legado de valor incalculável, uma equipe de abnegados, competentes e leais colaboradores, que constitui a base, quantitativamente reduzida, mas de uma qualidade grandiosa, do Departamento de Medicina Forense.

Só lamento que ele próprio, o professor Odon Ramos Maranhão, por força de uma aposentadoria, a nosso ver, precoce, não esteja mais no comando dessa equipe. A propósito, faço minhas, as palavras do professor Costa Jr., no seu discurso de posse nesta mesma cadeira, quando sucedeu ao professor Almeida Jr.. Disse ele: *"Com toda sinceridade, e apesar de ter sido um interessado direto e candidato confesso à cátedra de Medicina Legal, posso assegurar que senti a aposentadoria do professor Almeida Jr. como poucos a poderiam ter sentido"*. Eu também sinto a aposentadoria do professor Odon Ramos Maranhão como poucos poderiam ter sentido.

Fui atraído para o fantástico e apaixonante mundo da Medicina Legal e iniciei nos seus mistérios pelas mãos seguras e firmes do saudoso professor Armando Canger Rodrigues. Dele não posso esquecer, neste momento, já que foi o responsável pela mudança de rota do meu destino profissional.

Foi ele quem me abriu as portas e mostrou o caminho que, por mim mesmo, não havia descoberto até aquele momento. Graças a ele, me foi possível conciliar o meu desejo íntimo, minha satisfação pessoal, e até a minha vocação, com a atividade que me abriu promissora perspectiva de

desenvolvimento profissional. Posso assim dizer, com convicção, que faço o que gosto e que gosto do que faço.

Que a vida me seja generosa e complacente, para poder continuar nesta linha traçada para o meu destino profissional, dentro desta Faculdade de tão venerandas tradições, algumas das mais caras assentadas sobre o exemplo ímpar de um Julio Frank.

Que o tempo e o futuro colaborem comigo até para, mais uma vez, comprovar o que disse, há tempos, à eminente professora doutora Ada Pellegrini Grinover, a quem tanto deve o Departamento de Medicina Forense. Numa sua colocação, pejada de sabedoria, disse ela que *"uma instituição somente sobrevive, quando os que a integram se identificam com os princípios de sua existência e com as suas finalidades últimas"*

Este tem sido o segredo destas Arcadas; esta tem sido a base de sustentação do seu prestígio e de sua importância. Qual seja, a identificação de todos os componentes dos seus corpos docente e discente com os princípios de sua existência e com as suas finalidades últimas.

De minha parte, posso assegurar que também me identifico com estes princípios e com estas finalidades. Por isso, sinto-me prazerosamente à vontade e perfeitamente solidário quando me integro, em definitivo, a esta egrégia e venerável Congregação.

Minhas senhoras,

Meus senhores,

Estas Arcadas têm uma particularidade muito especial que a diferencia de tudo o mais: elas abrigam uma tradição que se renova a cada instante, que se inova permanentemente, sem perder o seu princípio e sem se desviar do seu futuro.

Num refazendo, como se diz da práxis poética, como se fora a flor utópica a gerar dentro de si uma nova flor, num reproduzir incessante e ininterrupto de novas flores.

Ao abrigo destas Arcadas, há uma emanção permanente de idéias inovadoras que se desabrocham em infinitas outras idéias, permitindo assim manter todo um princípio inovador, modernizante e precursor de renovações.

Por isso, esta Faculdade não precisa jamais apagar o seu passado de tradições para ingressar nas alvoradas inovadoras do futuro. Esta Faculdade

não se moderniza e não precisa modernizar-se, como fazem outras instituições, quando o mofo da acomodação a isto as impele, pois é sempre moderna.

Esta Faculdade mantém-se sempre moderna, porque ela comanda a modernização; ela é a precursora das inovações e das renovações. Como a flor que renasce incessantemente de dentro de si.

Um exemplo cristalino é o próprio Departamento que hoje assumo como titular. Por força deste processo renovador, esta Faculdade teve a sensibilidade, no momento oportuno, de, numa iniciativa pioneira, desvincular a Medicina Forense, própria do mundo jurídico, da Medicina Legal, própria do mundo médico.

Com efeito, cabe à Medicina Legal a execução das perícias médico-legais. Cabe à Medicina Forense, dentro dos parâmetros inerentes ao campo jurídico, capacitar o bacharel a interpretar e utilizar os laudos produzidos pela Medicina Legal, compatibilizando-os com os avanços e com as mudanças conceituais do mundo jurídico e jurisprudencial.

Lamentavelmente, em nosso país, o progresso da Medicina Legal não tem acompanhado os avanços da modernidade, como já o faz a Medicina Forense. Não penetrou ainda a Medicina Legal nos campos novos, abertos pela evolução tecnológica, pelo desenvolvimento social e pelos problemas supervenientes da sociedade contemporânea.

Ainda persiste, a propósito, um atraso considerável no campo da drogadição. Ainda se mutilam os cadáveres, em arcaicas autópsias, quando a tecnologia avançada da tomografia computadorizada já permite resultados periciais tão exatos e confiáveis, sem fazer necessariamente do perito um extirpador. E ainda, sem ferir o sentimento natural das pessoas, às quais repugna ver um ente querido passar pelo esquarteramento de uma perícia à moda antiga.

Seguindo a tradição renovadora desta Faculdade, a Medicina Forense, ministrada sob estas Arcadas, mantém o pioneirismo na aplicação das conquistas não só jurídicas, mas também dos avanços tecnológicos. Assim, o Departamento de Medicina Forense vem transmitindo aos alunos os conhecimentos científicos mais evoluídos no campo da Genética, como, por exemplo, os conhecimentos sobre o DNA.

Esta molécula básica, que compõe o núcleo da célula e que contém toda a carga genética do ser humano, está para a Criminologia, em termos de

identificação, como a impressão digital esteve no fim do século passado. Apenas isto já permite vislumbrar sua extraordinária importância no campo do Direito Penal.

Mas não é neste que se esgota sua potencialidade. Também no campo cível sua relevância é extrema. Na comprovação jurídica da paternidade, as provas que se produziam até recentemente eram obtidas por exclusão. Portanto, de confiabilidade discutível. A utilização do DNA produz provas de afirmação, de absoluta segurança. É o avanço tecnológico contribuindo para o avanço da ciência jurídica.

Para materializar este avanço, valendo-se de convênio existente entre esta Faculdade e a Academia de Polícia de São Paulo, o Departamento de Medicina Forense está montando um laboratório de DNA. Através dele, os futuros bacharéis sairão destas Arcadas com mais uma ferramenta de trabalho de fundamental importância.

No campo doutrinário, o entendimento herdado dos ilustres antecessores faz com que o Departamento de Medicina Forense, ao estudar a Criminologia, não se limite à simples repetição dos conceitos alienígenas de criminologistas de primeira linha e de renome internacional, por mais importantes que sejam. Na maioria das vezes, esses conceitos são fruto das condições sociais e biológicas locais, obviamente diferentes das nossas.

Cabe, pois, à Criminologia brasileira estudar as condições e as causas, quer antropológicas, quer sociais, de nossa criminalidade, utilizando para isso todo o potencial existente e as amplas possibilidades de pesquisa científica, oferecidas pelas condições brasileiras.

Fruto dessa linha de pensamento, em perfeita harmonia de propósitos entre os Departamentos de Direito Penal e de Medicina Forense, foi o nascimento do Instituto Manoel Pedro Pimentel Centro de Estudos Penais e Criminológicos.

Esta formidável capacidade de refazer e inovar de nossa Faculdade é que me anima ainda mais, ao transpor este novo horizonte de minha carreira no magistério universitário, dentro das venerandas Arcadas.

Espero que as minhas limitações não sejam tão perversas e tão resistentes a ponto de dificultar a trajetória deste Departamento e de esmaecer o

brilho de sua tradição, no caminho da modernidade e do progresso, que as perspectivas de um mundo em transformação abrem diante de nós.

Espero, ainda, que a força do meu ânimo e o ímpeto do meu desejo sejam suficientemente poderosos para superar todas as dificuldades e todos os obstáculos, a fim de que a tradição e o brilho desta Faculdade continuem imorredouros, de geração em geração e por todo o sempre.

Assim, o destino me ajude.

Muito obrigado.

RESENHA

RESENHA

Antonia Agulló Agüero et al. *Comentarios a la Ley Tributaria y lineas para su reforma* Madri - 1991 - 2 volumes com 1928 páginas editados pelo Instituto de Estudios Fiscales.

Brandão Machado
Advogado

Trata-se de uma coletânea de noventa e um trabalhos da lavra de antigos alunos do professor Fernando Sainz de Bujanda, hoje quase todos professores universitários de direito financeiro e tributário, escritos em homenagem ao mestre de Madri, comentando cada um deles um artigo da Lei Geral Tributária, que a Espanha tem como seu Código Tributário desde 31 de dezembro de 1963. O art. 1º da Lei Geral dispõe que nela são estabelecidos os princípios básicos e as normas fundamentais que constituem o regime jurídico do sistema tributário espanhol. Cuida a lei das fontes do direito tributário; do direito dos tratados; das isenções fiscais; da aplicação das leis tributárias no tempo; da norma orçamentária; da aplicação da lei no espaço; da interpretação da norma tributária; da analogia; da classificação dos tributos; do fato gerador; dos sujeitos da relação jurídico-tributária; enfim dos numerosos aspectos da tributação, inclusive das sanções. É um corpo de normas gerais de direito tributário, destinadas a disciplinar a legislação dos tributos. Não se vai, aqui, como é óbvio, examinar cada um dos princípios ou normas fundamentais da lei espanhola, mas apenas aflorar alguns temas que comportam uma comparação oportuna com o direito brasileiro.

O grande defeito que se aponta na *Ley General Tributaria*, editada em 1963, é o fato de ser uma lei ordinária que contém regras e princípios fundamentais como objeto próprio de uma Constituição. A observação é de Jaime García Añoveros, que, comentando o art. 1º da Lei, observa que ela não obriga as comunidades locais autônomas (p. 28 e ss.), agora investidas também de poder tributário (Constituição, art. 157, I, c). A lei espanhola seguiu o modelo alemão de codificação tributária, promulgada antes da nova Constituição (1978), ao tempo em que não havia comunidades locais com autonomia tributária e

financeira. Agora se impõe que, na reforma da lei, se lhe dê o caráter de lei orgânica, prevista na Constituição (art. 157, III), perdendo ela a natureza de simples lei ordinária (Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, Madri, 1922, p. 72).

Ninguém deixa de reconhecer a necessidade de codificação das normas comuns a todos os tributos, não só nos Estados federais, senão também nos Estados unitários, como a Espanha e a Itália. Os espanhóis lograram por em vigência seu código, na forma de lei ordinária, inspirada, como se disse, no modelo alemão, depois de uma série de tentativas. A Itália ainda aguarda um movimento organizado de tributaristas ou a iniciativa decidida do Governo. Já vai para mais de cinquenta anos que Ezio Vanoni (*Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1936, v. 1, p. 392) realçou a necessidade de se codificarem as normas gerais de direito tributário. Voltou ao assunto Enzo Pomini (*Ibid.*, 1949, v. 1, p. 93) em 1949, quando festejou a publicação, em 1948, na Argentina, do Código Fiscal da Província de Buenos Aires. Outro tributarista, Enrico de Mita, professor na Universidade Católica de Milão, escreveu em livro recente: "*Os institutos do direito tributário devem ser codificados e definidos com uma lei geral, válida para todos os tributos, fundada sobre princípios compatíveis com a Constituição*" (*Interesse fiscal e tutela del contribuente*, Milão, 1991, p. 28). Toda codificação de normas contribui poderosamente para uniformizar a aplicação delas. Um código tributário, que dispõe sobre institutos e normas gerais, ainda que defeituoso, reduz a carga de trabalho dos tribunais, permitindo que a Administração fazendária funcione com maior segurança e mais economia do que pode, quando enfrenta um grande número de opiniões doutrinárias e divergentes manifestações da jurisprudência (Karl Kock, 50 Jahre Reichsabgabenordnung, in *Deutsche Steuer-Zeitung*, 1970, p. 9-10).

Enquanto no mundo todo se busca a codificação de normas gerais de direito tributário, tanto mais necessárias nos Estados federais, certo setor da doutrina brasileira não dissimula a sua reprovação, com o fundamento de que, por meio das normas gerais, a União pode entibiar a autonomia dos Estados-membros e municípios, usurpando até funções que são da competência exclusiva deles. Há também uma outra ordem de argumento contra a normação federal. Defende-se a tese de que a lei da União, ainda que complementar, não poderia sobrepor-se a leis estaduais sobre matéria tributária, porque estas são da

competência privativa dos Estados-membros. Tais argumentos são inaceitáveis. Não há modelo ideal de Estado federal, como é óbvio, um modelo único e exclusivo pelo qual deva plasmar-se a organização dos Estados históricos, sob pena de se descaracterizar o federalismo. Cada Estado federal tem as suas características, que têm origem em sua formação histórica. Forças políticas centrífugas ainda não amoldaram o federalismo brasileiro, ao passo que o centripetismo nos Estados Unidos agigantou o poder central. De qualquer forma, o que está fora de dúvida é que o direito federal predomina sobre o direito estadual, verdade que se tornou princípio do federalismo, inscrito na Lei Fundamental da Alemanha (art. 31: *Bundesrecht bricht Landesrecht*).

Se o princípio é prevalente até nos Estados federais em que o Estado-membro perdeu a sua soberania em favor da União, como ocorreu com os Estados Unidos e a Alemanha, mais vigoroso se mostra nas federações, como o Brasil, em que a autonomia dos Estados-membros decorre de uma outorga. Essa autonomia tem, por isso, de exercer-se dentro dos exatos limites em que é outorgada. Ora, se a Constituição Federal - fonte daquela autonomia - impõe regras para o exercício do poder tributário, incumbindo o legislador complementar de minudenciar essas regras, não há como insurgir-se contra a instituição, pela União, de normas gerais de direito tributário, de observância obrigatória pelos Estados-membros e municípios. O Código Tributário brasileiro é tão cogente como é a *Ley General Tributaria* na Espanha, e como é a *Abgabenordnung* na Alemanha, Estado federal como o nosso, em que o direito federal se sobrepõe também ao municipal, igualmente outorgado pela Constituição.

Do comentário ao art. 2º da Lei incumbiu-se o tributarista Javier Lasarte, que se ocupou longa e eruditamente do *poder* tributário na Espanha. O dispositivo legal estabelece que é da competência originária e exclusiva do Estado instituir tributos mediante lei votada no Parlamento (*en Cortes*). Como a nova Constituição espanhola (de 1978) permite que as Comunidades Autônomas exerçam também poder tributário, o autor decidiu tratar do tema exclusivamente quanto à partilha da competência para criar e cobrar tributos, deixando de tocar no problema da reserva da lei em matéria de tributação, prevista no dispositivo comentado. A problemática mereceria um tratamento destacado, porque a Constituição espanhola também prevê o decreto-lei (art. 86) que o Governo

poderá expedir, como medida provisória com eficácia de lei, para disciplinar assuntos extraordinários e urgentes. O tema do decreto-lei foi, no entanto, versado juntamente com outros, pelo tributarista Ramón Falcón y Tella, ao comentar os arts. 10, 11 e 12 da Lei (p. 226 e ss.).

A Constituição espanhola de 1978, em seu art. 86, dispõe que, em caso de necessidade extraordinária e urgente, pode o Governo editar normas legais provisórias, com a forma de decreto-lei, desde que não afetem o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, o regime das Comunidades Autônomas, nem ao direito eleitoral.

Não há unanimidade na doutrina espanhola quanto à interpretação do art. 86 da Constituição. Há quem admita o emprego do decreto-lei pelo Governo também para a instituição de tributo (Fernando Pérez Royo, *Hacienda y Constitución*, Madri, 1979, p. 31). Mas, há também quem negue terminantemente a possibilidade do uso da medida provisória quer para criar tributo novo, quer para modificar tributo existente, quer para estabelecer penas ou sanções (Javier Salas, *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madri, 1979). A doutrina dominante, porém, é a que atribui ao decreto-lei o poder de modificar tributos já instituídos, não de criar novas imposições (J. Martín Queralt, *Revista Española de Derecho Financiero*, 1979, p. 561; Ferreiro Lapatza, ob. cit., p. 77; e o autor do artigo comentado). O Tribunal Constitucional já se pronunciou, por mais de uma vez, nesse sentido.

Como a Constituição brasileira, diversamente da Constituição espanhola, não impõe nenhuma restrição ao uso da medida provisória, não há como sustentar a tese de que por ela não se pode instituir tributo novo, ou menos ainda, alterar tributo existente. Exemplo inequívoco dessa possibilidade, no Brasil, se teve com a contribuição social incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas instituída pela Medida Provisória n. 22, de 6 de dezembro de 1988, depois convertida em lei. Na Itália, país onde também se emprega o decreto-lei, com eficácia de lei, em tudo semelhante à nossa medida provisória, esse ato normativo pode instituir tributo. Foi o que ocorreu em 1964 com o aumento da alíquota do imposto geral sobre receita, fato que provocou grande celeuma naquele país, porque, não tendo o Parlamento aprovado o decreto-lei, o aumento do imposto se tornou indevido, quando então os contribuintes poderiam pleitear em juízo a repetição do indébito. Coube, então, ao Parlamento italiano, como

também compete ao nosso Congresso em hipótese idêntica (Constituição Federal, art. 62, parágrafo único), disciplinar as relações jurídicas decorrentes do decreto-lei não aprovado. Foi quando aquele órgão legislativo decidiu aprovar uma lei criando um adicional idêntico ao adicional instituído pelo decreto-lei, dando a essa lei efeito retroativo a partir da mesma data do decreto-lei não aprovado. A retroatividade da lei provocou a repulsa dos contribuintes, mas o Tribunal Constitucional, em mais de uma decisão sobre o mesmo problema, concluiu que a lei tributária, como qualquer outra lei na Itália, exceto a penal, pode ser retroativa, sem ofensa à Constituição (acórdãos em Enrico de Mita, *Fisco e Costituzione*, Milão, 1984, p. 70, e *passim*).

Trabalho que merece igualmente um comentário é o que tratou do dispositivo da Lei Geral (art. 20) sobre a eficácia das normas tributárias no tempo, de autoria de Francisco Escribano López, professor catedrático na Universidade de Cádiz. O artigo da lei prescreve: "*Art. 20 - Las normas tributarias entrarán en vigor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º del Código Civil, y serán aplicadas durante el plazo determinado o indefinido, previsto en la respectiva ley, sin que precisen ser revalidadas por la Ley y presupuestaria o por cualquier otra*".

O professor espanhol se deteve mais na primeira parte do dispositivo, examinando extensamente a problemática suscitada em torno da natureza formal ou material da lei orçamentária em face do direito constitucional espanhol de hoje. Mas o que oferece ensejo para um comentário comparativo é a segunda parte do dispositivo, sobre o qual pouco discorreu o articulista.

Ao tempo em que se promulgou a Lei Geral Tributária da Espanha (1963), vigorava no Brasil a Constituição de 1946, cujo art. 141, § 34, subordinava à prévia autorização orçamentária a cobrança dos tributos já instituídos por lei. O Brasil ainda se achava atrelado ao rigor de um princípio anacrônico (que talvez se justificasse ao tempo das monarquias absolutistas) que era o de exigir a consignação, no orçamento de cada ano, dos tributos que o Estado poderia cobrar no ano seguinte. Tal exigência, que tem sido apreçoada como condição dos contribuintes para não serem surpreendidos com novos tributos ou aumento de tributos já existentes decretados durante o ano, na verdade não foi senão o resultado de um expediente utilizado pelo Parlamento para forçar o soberano a

convocar sessões periódicas dos parlamentares. Depois que os parlamentos se tornarem órgãos independentes e livres do poder do monarca, o expediente se tornou regra inútil, sobrevivendo no texto de algumas Constituições com outra conotação, inteiramente diversa dos reais motivos que inspiraram a sua adoção. Esse é um fato histórico que, não obstante referido por muitos publicistas, não tem sido levado em conta quando se estuda a origem do princípio da legalidade na tributação. É fora de dúvida que, originariamente, a exigência de autorização orçamentária tinha por objetivo forçar o soberano a convocar o Parlamento. Como apurou um historiador citado por Hatschek, esse expediente era "*taken for a general maxim that the revenue for a certain short term was the best security that the nation could have frequent parliaments*" (Julius Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Tubinga, 1905, v. 1, p. 484). No mesmo sentido Georg Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Aalen, 1964 (reimp.), p. 168; Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1954, v. 2, p. 18; Antonio Berliri, *Appunti sul fondamento e il contenuto del art. 23 della Costituzione*, in *Studi in onore di Achille Donato Giannini*, Milão, 1961, p. 146).

É certo que o Brasil em parte se libertou desse anacronismo, ao converter, por obra da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da autorização orçamentária em princípio da anterioridade, que não deixa tampouco de ser retrógrado, pois desatende, pode-se dizer, a dois postulados da tributação no moderno Estado democrático de direito. Primeiro, toda imposição de tributo pressupõe sempre o consentimento dos contribuintes, manifestado no voto dos seus representantes no Congresso, a quem cabe decidir, em nome dos seus representados, sobre a oportunidade do aumento de tributo novo, sempre, obviamente, em função da necessidade de novos serviços públicos reclamados pelos próprios contribuintes. Se estes se autotributam para o custeio de serviços que eles mesmos exigem, é contra-senso estabelecer que o custeio dos novos serviços tem de ser atendido somente no ano seguinte, e não no mesmo ano em que surge a necessidade do seu atendimento, sobretudo quando se tem presente que o sujeito que custeia o serviço público é o seu próprio destinatário. Segundo, o princípio da anterioridade não assegura nenhuma garantia de previsibilidade nos negócios de empresas e indivíduos. Basta um exame superficial do mecanismo de cada imposição para se alcançar essa conclusão. Registre-se desde logo que os impostos de importação, de exportação, sobre produtos

industrializados, sobre operações financeiras e os extraordinários não estão sujeitos ao anacrônico princípio (Constituição Federal, art. 150, § 1º).

É costume o legislador brasileiro federal, estadual e municipal - aprovar lei tributária no final do ano, geralmente no mês de dezembro, às vezes até no limiar do novo ano. Tem acontecido, muitas vezes, que a lei que aumenta ou cria tributo é promulgada nos últimos dias do ano, para ser aplicada no ano seguinte. Respeita-se o princípio formal da anterioridade, mas sem nenhum sentido prático, porque, para se elaborar previamente, num ano, um plano de investimentos para o ano seguinte, não basta que a empresa ou o indivíduo conheça os tributos futuros com apenas alguns dias de antecedência. É uma ilusão admitir que, no caso, o princípio assegura ao contribuinte a possibilidade de prever e, portanto, de planejar os seus negócios em função dos tributos que vai pagar.

Para certos impostos o princípio é simplesmente anódino. São os impostos gerados por fatos que a lei considera ocorridos no dia primeiro de janeiro de cada ano, como é o caso do imposto sobre a propriedade rural, imposto sobre grandes fortunas, imposto sobre a propriedade de veículos automotores e imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. O aumento de tais impostos não poderia mesmo ser decretado no decurso do ano seguinte, para ser desde logo aplicado, pois teria eficácia retroativa, que é expressamente vedada (Constituição Federal, art. 150, III, *a*). O princípio vigora mesmo é para os outros tributos, excetuada a contribuição social, que tem disciplina especial (Constituição Federal, art. 195, § 6º).

Com exceção do imposto de renda da pessoa física e do imposto sobre herança, cujo ônus é suportado pelo herdeiro ou legatário, todos os demais são absolutamente transladáveis. O imposto de renda da pessoa jurídica, o adicional estadual de renda, o sobre circulação de mercadorias, o de transmissão entre vivos, o de venda no varejo de combustíveis e o de serviços poderiam ter alíquotas aumentadas a qualquer momento do ano, sem que a majoração perturbasse qualquer plano orçamentário do contribuinte, uma vez que a possibilidade econômica e jurídica da translação torna de todo inútil o princípio da anterioridade, além do fato de que nem o indivíduo, nem a empresa elaboram orçamento anual para reger a sua atividade econômica, em função de tributos embutidos no preço dos bens ou cujo ônus é facilmente transladável. Por todos

esses motivos é que os Estados modernos abandonaram, já de há muito, o obsoleto princípio da autorização orçamentária, sem adotar o retrógrado princípio da anterioridade. Um exemplo desse fato está na *Ley General Tributaria* que a Espanha promulgou em 1963, para funcionar como um Código Tributário.

Outro trabalho que também merece uma referência é o de Fernando Pérez Royo, que comentou o art. 24 da Ley Geral, o qual proíbe o emprego da analogia, quando com ela se poderia ampliar a compreensão do fato gerador do tributo. Nesse ponto, a lei espanhola coincide com o nosso Código Tributário (art. 108, § 2º). Mas, no mesmo dispositivo em que proíbe o emprego da analogia, a lei ibérica admite que, para evitar fraude à lei fiscal, possa o seu aplicador exigir o tributo, se comprovado o intuito de eludi-lo, mesmo se o fato praticado pelo contribuinte é, apenas quanto ao resultado, *semelhante* ao fato previsto na lei.

Aqui a lei espanhola se inspirou diretamente no Código Tributário alemão, o qual, se não chegou a falar em *analogia* e *fraude à lei*, utilizou expressões que conduzem a esses conceitos (*Reichsabgabenordnung*, de 1919, § 5º). O que o Código alemão previa era a cobrança de imposto sobre fatos não previstos na lei, mas que produzissem resultado econômico semelhante ao resultado produzido por fatos previstos, que o contribuinte deixava de praticar, utilizando formas de direito privado não usuais, consideradas, portanto, abusivas. Ao dispor sobre interpretação, a lei espanhola, reproduzindo o conteúdo da norma tributária germânica, autoriza o aplicador da lei fiscal a estender a sua aplicação a fatos que, na verdade, não geram tributos, porque não previstos, mas que podem ser considerados como geradores, por analogia com outros, se o intérprete concluir que o contribuinte tentou eludir o tributo, fraudando a lei.

Tanto a lei espanhola como a lei alemã (AO de 1977, § 42) recorrem à figura do abuso de forma do direito privado para caracterizar um conceito *sui generis* de fraude à lei, justificando, assim, o emprego da analogia. Foi Hensel o primeiro tributarista da Alemanha que constatou no processo de aplicação da lei a presença do raciocínio analógico (no artigo *Zur Dogmatik des Begriffes Steuerumgehung*, in *Bonner Festgabe fur Zitelmann*, Munique, 1923, p. 217). Só mais recentemente é que os tributaristas daquele país vieram a reconhecer a procedência da constatação de Hensel, que via na elusão do

imposto uma subespécie de fraude à lei, figura nova do direito tributário alemão e espanhol, que, na verdade, não tem o elemento fundamental que identifica a fraude à lei, e que consiste no uso de meios lícitos para se alcançar um fim ou resultado proibido pela lei (Luigi Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padua, 1943, p. 80; Arndt Teichmann, *Die Gesetzesumgehung*, Gotinga, 1962, p. 64; Henri Desbois, *La notion de fraude à la loi*, Paris, 1927, p

de contratar envolve igualmente a escolha das formas que o direito privado põe à disposição do contribuinte para a instrumentalização dos seus negócios. Se a lei considera abusivo o emprego de certas formas, a ponto de permitir o uso da analogia, então não se pode falar em fraude à lei, mas em violação, porque o emprego de formas abusivas transgride de frente a norma que proíbe a sua utilização. De qualquer forma, o artigo comentado não tem produzido resultados satisfatórios para a Fazenda espanhola, pois, como informa Pérez Royo, nos poucos litígios em que ela tem invocado o dispositivo da lei os contribuintes têm levado vantagem nos Tribunais (p. 391).

A coletânea de estudos reunidas para homenagear o professor Bujanda constitui um repertório de doutrina da mais alta autoridade científica da Espanha em matéria de direito tributário e financeiro. São quase cem trabalhos que mostram o alto grau de desenvolvimento alcançado pelos espanhóis na ciência do direito dos tributos e das finanças.

*TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS NOS ANOS
DE 1990 a 1992*

TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS NOS ANOS DE 1990 A 1992

1990

DIREITO CIVIL

Candidato : Paulo Guilherme de Almeida
Título : "A reforma agrária no Brasil"
Orientador : Rubens Limongi França
Defesa em : 08.05.1990

Candidato : Olavo Acyr de Lima Rocha
Título : "A desapropriação agrária"
Orientador : Rubens Limongi França
Defesa em : 05.06.1990

Candidato : Iolanda Moreira Leite
Título : "Hipoteca"
Orientador : Yussef Said Cahali
Defesa em : 30.08.1990

DIREITO COMERCIAL

Candidato : Carlos Henrique Abrão
Título : "Pedido de restituição na concordata e na falência"
Orientador : Fábio Konder Comparato
Defesa em : 29.05.1990

DIREITO DO ESTADO

Candidato : Ercílio Antonio Deny
Título : "O contratualismo rousseaniano e algumas de suas implicações jurídicas"
Orientador : Dalmo de Abreu Dallari
Defesa em : 19.04.1990

DIREITO PENAL

Candidato : Mozar Costa de Oliveira
 Título : "Paixão, razão e natureza (investigação sobre o discurso normativo)
 Orientador : Miguel Reale Júnior
 Defesa em : 24.10.1990

DIREITO PROCESSUAL

Candidato : Roque Komatsu
 Título : "Da invalidade no processo civil"
 Orientador : Antonio Carlos de Araújo Cintra
 Defesa em : 30.05.1990

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Candidato : Renato Guimarães Junior
 Título : "Direitos e deveres ecológicos: efetividade constitucional e subsídios do direito norte-americano"
 Orientador : Fábio Nusdeo
 Defesa em : 29.06.1990

DIREITO INTERNACIONAL

Candidato : Owondo Joseph
 Título : "Os direitos humanos na África Francófona: o caso particular do Gabão"
 Orientador : Vicente Marotta Rangel
 Defesa em : 10.05.1990

FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Candidato : Paulo Eduardo Bicudo Vieira
 Título : "A justiça aristotética"
 Orientador : Aloysio Ferraz Pereira
 Defesa em : 22.06.1990

Candidato : Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux
Título : "O significado perdido na função de julgar"
Orientador : Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Defesa em : 21.11.1990

1991

DIREITO CIVIL

Candidato : Paulo Luiz Neto Lobo
Título : "Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas"
Orientador : Álvaro Villaça Azevedo
Defesa em : 06.05.1991

DIREITO COMERCIAL

Candidato : Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Título : "A responsabilidade civil especial dos administradores de instituições financeiras, e a responsabilidade ou outras pessoas a elas relacionadas nos regimes extraordinários brasileiros"
Orientador : Fábio Konder Comparato
Defesa em : 03.06.1991

Candidato : Alberto do Amaral Junior
Título : "A proteção do consumidor no contrato de venda (reflexões sobre a transformação do direito privado moderno)"
Orientador : Fábio Konder Comparato
Defesa em : 29.10.1991

DIREITO DO TRABALHO

Candidato : Nelson Mannrich
Título : "Da imprescindibilidade da inspeção do trabalho"
Orientador : Amauri Mascaro Nascimento
Defesa em : 19.06.1991

Candidato : Rosita de Nazaré Sidrim Nassar
Título : "Flexibilização do direito do trabalho"
Orientador : Octávio Bueno Magano
Defesa em : 26.06.1991

Candidato : Adilson Bassalho Pereira
Título : "A subordinação como objeto do contrato de emprego"
Orientador : Amauri Mascaro Nascimento
Defesa em : 03.07.1991

DIREITO DO ESTADO

Candidata : Fernanda Dias Menezes de Almeida
Título : "A repartição de competências na Constituição brasileira de 1988"
Orientador : Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Defesa em : 22.04.1991

DIREITO PENAL

Candidato : Marcia Dometila Lima de Carvalho
Título : "Da fundamentação constitucional do direito penal e da relevância"
Orientador : Miguel Reale Júnior
Defesa em : 25.06.1991

Candidato : José Luiz de Oliveira
Título : "A função judicial na integração dos tipos penais"
Orientador : Miguel Reale Júnior
Defesa em : 19.11.1991

Candidato : Carlos Alberto Marchi de Queiroz
Título : "O crime impossível: fundamento jurídico da impunidade total da intenção dos agentes não perigosos"
Orientador : Paulo José da Costa Júnior
Defesa em : 20.11.1991

DIREITO PROCESSUAL

Candidato : Vicente Miranda
 Título : "Poderes do juiz no processo civil brasileiro"
 Orientador : Vicente Greco Filho
 Defesa em : 24.10.1991

Candidato : Carlos Alberto Carmona
 Título : "A arbitragem no código de processo civil brasileiro"
 Orientador : Celso Neves
 Defesa em : 04.12.1991

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Candidato : Adriana Camargo Rodrigues Casella
 Título : "O estado e a informatização da sociedade"
 Orientador : Fábio Nusdeo
 Defesa em : 27.05.1991

Candidato : Paulo Celso Bergstron Bonilha
 Título : "Da prova no processo administrativo tributário"
 Orientador : Ruy Barbosa Nogueira
 Defesa em : 30.09.1991

Candidato : Antonio de Moura Borges
 Título : "Contribuições ao estudo das convenções sobre dupla tributação internacional"
 Orientador : Walter Barbosa Corrêa
 Defesa em : 03.12.1991

DIREITO INTERNACIONAL

Candidato : Hee Moon Jo
 Título : "O investimento estrangeiro e o novo papel do direito internacional: com referência especial à experiência da Coréia"
 Orientador : Guido Fernando Silva Soares
 Defesa em : 1º.10.1991

FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Candidato : José Reinaldo de Lima Lopes
 Título : "Direito e mudança social"
 Orientador : José Eduardo Campos de Oliveira Faria
 Defesa em : 30.10.1991

1992

DIREITO CIVIL

Candidato : Fernando Noronha
 Título : "Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas"
 Orientador : Rubens Limongi França
 Defesa em : 02.06.1992

DIREITO DO TRABALHO

Candidato : Antônio Rodrigues de Freitas Júnior
 Título : "Conteúdo dos pactos sociais"
 Orientador : Amauri Mascaro Nascimento
 Defesa em : 02.07.1992

DIREITO DO ESTADO

Candidato : Elival da Silva Ramos
 Título : "A inconstitucionalidade das leis"
 Orientador : Manoel Gonçalves Ferreira Filho
 Defesa em : 27.04.1992

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Candidato : Valdir de Oliveira Rocha
 Título : "Determinação do montante do tributo (quantificação, fixação e avaliação) no direito brasileiro"

Orientador : Walter Barbosa Corrêa
Defesa em : 02.06.1992

DIREITO INTERNACIONAL

Candidata : Thelma Thais Cavarzere
Título : "Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas"
Orientador : Vicente Marotta Rangel
Defesa em : 10.04.1992

FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Candidato : Celso Fernandes Campilongo
Título : "Direito e democracia: a regra da maioria com o critério de legitimação política"
Orientador : José Eduardo Campos de Oliveira Faria
Defesa em : 04.05.1992

Candidato : Ari Marcelo Solon
Título : "Teoria da soberania como problema da norma jurídica e a decisão"
Orientador : Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Defesa em : 22.05.1992

*RESUMOS DE TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS NOS
ANOS DE 1990 a 1992*

RESUMOS DE TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS NOS ANOS DE 1990 A 1992

1990

DIREITO COMERCIAL

Candidato : Carlos Henrique Abrão
Título : "Pedido de restituição na concordata e na falência
Orientador : Fábio Konder Comparato

Resumo:

O estudo procura mostrar os desacertos do legislador que levaram ao preenchimento das lacunas mediante criação de três súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, disciplinando as hipóteses de cabimento da restituição na concordata e na falência, inclusive com a peculiaridade de se admitir a *restitutio in pecunia*. É feita uma incursão pelo direito comparado para se aquilatar como o texto normativo pátrio está desatualizado; de modo semelhante são trazidas abalizadas opiniões doutrinárias e atualizada jurisprudência demonstrando as incertezas que reinam neste campo, tudo a exigir urgente e necessária reforma para o aperfeiçoamento do instituto.

1991

DIREITO CIVIL

Candidato : Paulo Luiz Neto Lobo
Título : "Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas"
Orientador : Álvaro Villaça Azevedo

Resumo:

O regime jurídico das condições gerais dos contratos tem como alvo principal a proteção do contratante consumidor. Desenvolvido nas últimas décadas, sobretudo no direito europeu, em decorrência do crescimento da sociedade de massas, obteve especial relevo com o advento da legislação específica. No Brasil, a matéria tem sede constitucional e infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor). A análise do direito comparado, da jurisprudência brasileira dos

últimos dez anos e a investigação da prática negocial demonstram a necessidade em sistematizar a matéria, fora dos quadros da teoria do negócio jurídico ou do contrato de adesão, a que se limitou a doutrina brasileira anterior. O estudo das cláusulas abusivas, além da tipicidade legal, envolve vasta apreciação da boa-fé objetiva. As condições gerais supõem interpretação, integração e natureza jurídica que se distanciam do direito contratual comum, postulando regras próprias, com prevalência à noção de atividade jurídica, como conjunto de atos teleologicamente orientados. Os figurantes (predisponente e aderente) são encarados como tipos médios, superando-se igualdade formal pelo efetivo equilíbrio dos poderes contratuais.

DIREITO COMERCIAL

Candidato : Alberto do Amaral Junior
 Título : "A proteção do consumidor no contrato de venda (reflexões sobre a transformação do direito privado moderno)"
 Orientador : Fábio Konder Comparato

Resumo:

O presente trabalho teve os seguintes objetivos:

- a. evidenciar, no plano metodológico, a necessidade de uma análise interdisciplinar do tema escolhido, que considere as relações de mútua dependência entre o direito e a realidade social;
- b. indicar que a proteção do consumidor no contrato de venda está associada ao aparecimento do sistema de produção em série dos bens e ao intenso processo de concentração econômica que, no âmbito jurídico, correspondeu à standardização dos contratos e à interpenetração entre o direito público e o direito privado;
- c. acentuar que, a partir da proliferação dos contratos de massa e da ampliação da potencialidade danosa dos produtos, os instrumentos tradicionais do direito privado se tornaram insuficientes para a adequada tutela do consumidor.

Diante desse quadro, tornou-se necessário conceber instrumentos jurídicos novos em relação às cláusulas contratuais abusivas, às formas agressivas de venda e à disciplina da garantia dos bens de consumo.

A análise dos problemas enfrentados pelo consumidor em matéria de venda foi feita levando-se em conta as soluções apresentadas pelo direito comparado, sobretudo a partir das décadas de setenta e oitenta, período em que foram promulgados textos legislativos específicos em Israel, nos países da CEE e nos EUA.

Finalmente, procurou-se analisar os instrumentos elaborados pelo direito brasileiro para proteger o consumidor no contrato de venda. Este fato mereceu atenção particular porque com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor foram colocados à disposição dos consumidores novos e importantes instrumentos jurídicos em matéria de crédito ao consumo, práticas comerciais abusivas e responsabilidade do fornecedor, até então desconhecidos no direito brasileiro.

DIREITO DO ESTADO

Candidata : Fernanda Dias Menezes de Almeida
 Título : "A repartição de competências na Constituição brasileira de 1988"
 Orientador : Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Resumo:

O objetivo da tese é o estudo da repartição de competências como esquematizada na Constituição de 1988. No trabalho é feita análise do modelo adotado que corresponde a sistema complexo em que convivem as competências privativas e concorrentes. Havendo lugar também participação dos Estados nas esferas de competências privativas da União mediante delegação. A principal inovação está na exploração maior das competências concorrentes como alternativa para uma descentralização que favoreça um federalismo de equilíbrio. Na primeira parte são descritas as origens e características do Estado Federal e na segunda parte é sublinhada a importância da repartição de competências como condicionante da feição do Estado Federal e são lembradas as diferentes técnicas na experiência federativa. Na terceira parte examina-se o objeto central, destacando-se primeiro o aspecto histórico dos trabalhos constituintes descrevendo-se o modelo adotado e suas fontes de inspiração, para depois analisar a forma e o conteúdo das competências materiais e legislativas privativas e concorrentes com o cuidado de verificar se o sistema de repartição de competências atingiu o objetivo 'de atenuar a centralização política que vinha marcando o federalismo brasileiro. São colocados vários problemas mal resolvidos pelo constituinte, concluindo-se afinal que houve algum progresso com a nova partilha, embora fosse possível avançar mais.

DIREITO PROCESSUAL

Candidato : Vicente Miranda
 Título : "Poderes do juiz no processo civil brasileiro"

Orientador : Vicente Greco Filho

Resumo:

Na relação processual civil todos os sujeitos do processo, com exceção do juiz, têm direitos, faculdades, pretensões. Mas não possuem poderes. Somente o juiz tem poderes, porque somente ele age no processo como personificação de um Poder Estatal constituído. Seus poderes ostentam natureza processual e constitucional. Constitucional, porquanto os poderes de direção, ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios são explicitação processual do poder constitucional jurisdicional. Nossa divisão dos poderes processuais civis do juiz toma como critério classificador o fim último processual visado pelo juiz. O critério classificatório é puramente processual. O que qualifica juridicamente o poder é a finalidade processual visada pelo exercício desse mesmo poder. Se o fim último for o despacho (ou a simples movimentação do processo) o poder é ordinatório. Se o fim último for a direção do processo, o poder é de direção. Se o fim último for a instrução, o poder é instrutório. Se o fim último for a decisão, o poder é decisório. Se o fim último for cumprimento forçado de qualquer decisão, o poder é executório.

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Candidato : Paulo Celso Bergstron Bonilha

Título : "Da prova no processo administrativo tributário"

Orientador : Ruy Barbosa Nogueira

Resumo:

A tese visa a sistematização da teoria da prova no processo administrativo tributário, com vistas às elaborações e doutrina do processo, a fim de demonstrar o atraso em que se encontra esse instituto do direito formal tributário, notadamente ante o contraste com o avanço do direito substantivo. Breve histórico da tutela jurídica do contribuinte no Brasil mostra as origens do processo administrativo e os momentos em que foi ele a única via de defesa. Na era republicana, em que se consolida a jurisdição una e inafastável do Judiciário, o processo administrativo tributário tomou a forma atual, identificada por conselhos compostos de julgadores recrutados entre elementos do fisco e dos contribuintes. Não se concretizaram tentativas de institucionalização do contencioso administrativo. Segue-se análise da natureza do ato de lançamento e da fase administrativa de caráter processual de seu reexame e controle de legalidade, com o objetivo de delimitar os momentos de produção e apreciação da prova. Sistematiza-se, finalmente, o estudo dos aspectos essenciais da prova: conceito, ônus e meios de prova. Entre estes, merecem maior atenção a prova documental, a pericial, a indiciária e a prova emprestada.

DIREITO INTERNACIONAL

Candidato : Hee Moon Jo
 Título : "O investimento estrangeiro e o novo papel do direito internacional: com referência especial à experiência da Coréia"
 Orientador : Guido Fernando Silva Soares

Resumo:

As normas internacionais tradicionais formadas com base no princípio da igualdade soberana e da reciprocidade, não respondem adequada e ativamente à mudança estrutural da comunidade internacional. Os países em desenvolvimento têm buscado criar, na comunidade internacional, a formação da Nova Ordem Econômica Internacional e juridicamente, a formação do direito internacional do desenvolvimento. O sucesso econômico da Coréia poderia ser considerado um caso excepcional, mas tem imenso valor como um caso que justifica como o uso de circunstâncias internacionais e de normas tradicionais podem desempenhar um papel importante no desenvolvimento econômico de um país. A tese tentou esclarecer o novo papel do direito internacional no investimento estrangeiro e analisar a política e legislação coreanas sobre o investimento estrangeiro, como um caso extraordinário que superou as circunstâncias internacionais desfavoráveis aos países em desenvolvimento. Para abordar esse assunto, foram analisadas: as mutações históricas do investimento estrangeiro e suas modalidades modernas, a formação do direito internacional do desenvolvimento como a base legal da nova ordem econômica internacional, as novas normas relacionadas ao investimento estrangeiro, a proteção e regulamentação do investimento estrangeiro no âmbito internacional, as legislações e políticas coreanas sobre o investimento estrangeiro. A tese constatou as normas "existentes e em evolução", relacionadas ao investimento estrangeiro e o papel positivo do direito internacional e a posição ideal da Coréia como intermediária para o canal de diálogo entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Candidato : José Reinaldo de Lima Lopes
 Título : "Direito e mudança social"
 Orientador : José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Resumo:

A tese parte do princípio de que entre direito e condutas humanas existe relação igual à existente entre a língua e discursos. Em seguida refere-se a instrumentos jurídicos de adaptação a situações sociais novas, seja produzindo normas gerais, seja interpretando as existentes. Tal análise deve contar que o direito pode ser analisado em três dimensões: normas, aparelhos e cultura. Com as mudanças sociais, a adaptação torna-se mais difícil e a promoção de mudanças menos controlável. A legitimidade do sistema jurídico torna-se problema permanente. Karl Renner e Eugen Ehrlich reelaboram a teoria jurídica a partir da sociologia. Enfrentam dois limites: o determinismo e o instrumentalismo jurídico. A solução atual do impasse busca a síntese entre estruturas e ação. É possível recuperar também uma tradição revolucionária e transformadora da história do pensamento jurídico.

1992

DIREITO CIVIL

Candidato : Fernando Noronha
 Título : "Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas"
 Orientador : Rubens Limongi França

Resumo:

A concepção tradicional do contrato, desenvolvida no século XIX, girando em torno apenas do princípio da autonomia da vontade, ou autonomia privada (com os seus corolários: liberdade contratual, vinculatividade, consensualismo), não explica satisfatoriamente diversos institutos importantes, chegando mesmo a prejudicar o desenvolvimento de alguns, como o da tutela jurídica contra cláusulas abusivas.

Se o direito é subsistema do sistema societário global, os valores fundamentais deste vão refletir-se naquele, gerando ali os princípios fundamentais de direito. As normas são ordenadas em função destes princípios, que, por isso, deverão estar presentes em toda análise jurídica.

Aos valores básicos sociais da liberdade, da justiça e da ordem, correspondem, no direito dos contratos, os princípios da autonomia privada, da justiça contratual e da boa-fé (objetiva) sendo os três os "princípios de ordem pública contratual" Eles estão numa relação de permanente tensão, autodelimitando-se reciprocamente.

Mesmo a concepção tradicional dos contratos, enfatizando a autonomia privada, acabava reconhecendo a importância dos princípios, como estava implícito na conhecida proclamação "quem diz contratual, diz justo"

Boa-fé e justiça contratual são princípios com relevantíssimo papel, em matéria de contratos.

As cláusulas abusivas são efeito necessário do progresso econômico e da luta das empresas por melhores condições de produtividade e de competição, implicando em sistemático sacrifício dos interesses dos consumidores.

Tais cláusulas ou defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (cláusulas-surpresa), ou destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas *stricto sensu*). Elas proliferam nos contratos de consumo, que são, na sua generalidade, padronizados e de adesão, sendo absolutamente necessárias as medidas de tutela do consumidor cujo objetivo é fazer respeitar os princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Dos quatro sistemas de controle de cláusulas abusivas cogitáveis (legislativo, administrativo, judicial, voluntário), o Brasil adotou um sistema de controle essencialmente judicial, mas com expressa enumeração na lei de cláusulas consideradas abusivas e abrindo ainda uma porta ao controle voluntário, através das "convenções coletivas de consumo"

DIREITO DO TRABALHO

Candidato : Antônio Rodrigues de Freitas Júnior

Título : "Conteúdo dos pactos sociais"

Orientador : Amauri Mascaro Nascimento

Resumo:

Trata-se de pesquisa que tem por propósito identificar as condições de possibilidade e de validade dos pactos sociais com vistas à experiência jurídica brasileira. Traz a proposta de uma tipologia para a compreensão dos pactos sociais bem como a descrição das tentativas recentes envidadas no Brasil. Além disso, desenvolve um estudo comparativo que tem por alvo a experiência de concertação social italiana e espanhola. O principal argumento sustentado no trabalho é o de que, para o Brasil, a precondição para qualquer concertação exitosa é o reconhecimento da autonomia e liberdade sindicais pleno, bem como a renúncia, por parte dos governantes, de políticas sigilosas e salvacionistas.

DIREITO DO ESTADO

Candidato : Elival da Silva Ramos
 Título : "A inconstitucionalidade das leis"
 Orientador : Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Resumo:

O autor efetua investigação acerca dos fundamentos teóricos do vício e da sanção de inconstitucionalidade legislativa, culminando por situá-los no plano da invalidade dos atos legislativos, em ordem jurídica dominada por Constituição dotada de rigidez e supremacia.

Ao longo do trabalho são enfrentados temas de grande relevo, tais como as relações inconstitucionalidade/revogação e inconstitucionalidade/interpretação, a natureza jurídica da lei inconstitucional, a tipologia do vício de inconstitucionalidade legislativa, etc., finalizando com uma avaliação dos reflexos institucionais da inconstitucionalidade das leis, especialmente tendo em vista o objetivo de preservação do sistema democrático.

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Candidato : Valdir de Oliveira Rocha
 Título : "Determinação do montante do tributo (quantificação, fixação e avaliação) no direito brasileiro"
 Orientador : Walter Barbosa Corrêa

Resumo:

Na tese se procede ao estudo da determinação do montante do tributo no direito brasileiro na sua atualidade, considerando-se as alterações na Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988.

Inicialmente são feitas considerações metodológicas relativamente à linguagem do direito, dos conceitos jurídicos e das definições jurídicas, tirando-se conclusões e sendo feitas classificações.

Como o sistema tributário brasileiro é bastante detalhado na Constituição, as normas constitucionais são objeto de classificação, objetivando uma sua melhor identificação, que são assim divididas em normas de competência, normas de disposição e princípios. Os princípios constitucionais tributários, especialmente aqueles relacionados com a determinação do montante do tributo, são estudados de um modo especial. As normas gerais relativamente à legislação tributária são estudadas com o propósito de estabelecer o seu conceito, definições e importância, particularmente para poder se verificar de que modo, e com quais limites, podem operar na determinação do montante do tributo.

A determinação do montante do tributo no direito brasileiro como conclui a tese - pode resultar em três modalidades: a. por quantificação, conforme a lei; b. fixado, dentro da lei; e c. por avaliação, em decorrência da lei.

DIREITO INTERNACIONAL

Candidata : Thelma Thais Cavarzere
Título : "Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas
Orientador : Vicente Marotta Rangel

Resumo:

Um dos direitos proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem é o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. Mas esse direito não tem sido exercido em sua plenitude e são muitas as dificuldades encontradas pelos indivíduos que se locomovem pelo mundo, seja a que título for: turismo, busca de asilo, de trabalho ou simples desejo de mudar de país.

O estudo do tema passa pela abordagem do passaporte, documento sem o qual é impossível transitar; analisa a situação dos refugiados e dos trabalhadores migrantes; dá a posição de alguns Estados quanto ao reconhecimento interno do direito de ir e vir, inclusive a do Brasil.

ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).