

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVI

1971





REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

## VICE-DIRETOR

DR. SILVIO RODRIGUES

## CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR  
DR. SILVIO RODRIGUES  
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA  
DR. ANTONIO CHAVES  
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

## PROFESSORES HONORÁRIOS

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

## PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)  
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)  
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1957)  
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)  
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)  
DR. ANTONIO DE SAMPAIO DORIA (1883-1964)  
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)  
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)  
DR. ALEXANDRE CORREIA  
DR. LINO DE MORAES LEME (1888-1969)  
DR. ALVINO FERREIRA LIMA  
DR. VICENTE RAO  
DR. JORGE AMERICANO (1891-1969)  
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR  
DR. HONORIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)  
DR. NICOLAU NAZO  
DR. ERNESTO LEME  
DR. MARIO MASAGÃO  
DR. CANDIDO MOTTA FILHO

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de Legislação Social  
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal  
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado  
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito  
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciência das Finanças  
DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado  
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política  
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial  
DR. ALFREDO BUZAIID de Direito Judiciário Civil  
DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil  
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal  
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano  
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro

DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial  
DR. ANTONIO CHAVES de Direito Civil  
DR. VICENTE MAROTTA BANGEL de Direito Internacional Público  
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Civil

#### PROFESSORES TITULARES

DR. MANOEL GANÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional  
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial  
DR. JOSÉ CRETELLA JUNIOR de Direito Administrativo  
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal

#### LIVRES-DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal  
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal  
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal  
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil  
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política  
DR. LUIS ARAÚJO CORREIA DE BRITO de Direito Internacional Privado  
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil  
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política  
DR. CAIO PRADO JUNIOR de Economia Política  
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito  
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política  
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil  
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil  
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil  
DR. OTTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil  
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JUNIOR de Direito Administrativo  
DR. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social  
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social  
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil  
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado  
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil  
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal  
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil  
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito.  
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro  
DR. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro  
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil  
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial  
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil  
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro  
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política.  
DR. JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado  
DR. ROGÉRIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil  
DR. THEÓPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à  
Ciência do Direito  
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial  
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA de Direito Constitucional  
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA de Direito Processual Civil  
DR. LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES de Direito Comercial  
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR de Direito Processual Civil  
DRA. HENNY GOULAWT de Direito Penal

Secretária

Bel. DRINADIR COELHO.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVI

1971



**Comissão de Redação.**

Professor Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior

Professor Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira

Professor Dr. Miguel Reale

**Secretária de Redação.**

B<sup>el</sup>. Maria Angélica Rebello

## *IN MEMORIAM*

### Professor Emérito Antonio Ferreira de Almeida Junior.

*João Baptista de O. e Costa Junior*

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

Vejo-me, neste instante, em situação que me faz recordar as palavras do maior orador da língua portuguesa, quando, ao proferir o sermão nas exéquias do sereníssimo Infante de Portugal, Dom Duarte, afirmou que era preferível “trocar as palavras em lágrimas, e que em lugar de eu dizer e vós ouvirdes, choráramos todos”. As lágrimas, continua o insuperável tribuno, são o mais vivo do sentimento, porque são o destilado da dor; são o mais encarecido dos louvores, porque são o preço da estimação; são o mais efetivo da consolação, porque são o alívio da natureza.”

Douta Congregação e ilustres convidados.

Foi, quando, recém egresso da Faculdade de Medicina de São Paulo, durante o concurso para médico-legista do Estado, que vi, pela primeira vez, o Professor Almeida Júnior. Conhecia-o, entretanto, de nome, e, principalmente, pelo que fizera em prol da educação, como um dos expoentes do ensino oficial do país. Não sei porque, de todos os examinadores, era êle o que infundia maior temor; com seu trato, porém, a um tempo afável e austero, procurando em todos os momentos, aferir meticulosamente os méritos

---

\* Discurso proferido no salão nobre, a 10 de maio dêste ano, em sessão de homenagem póstuma ao professor emérito Antonio Ferreira de Almeida Junior, no trigésimo dia de seu falecimento.

de cada candidato, desvaneceram-se-me as preocupações iniciais pela certeza de que sua presença afiançava o resultado do concurso, o qual, acreditava eu, seria apreciado e julgado com a mais rigorosa e absoluta justiça.

Depois, regressando a São Paulo, após 7 anos de atividades no interior do Estado, onde fôra desempenhar o cargo conquistado, tive a oportunidade e a grande ventura de reencontrá-lo com bastante freqüência. Nas reuniões da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia, onde sua palavra era acatada com o maior respeito, deslumbrando a todos, tanto pela fluência e beleza de expressão quanto pela exuberância da sua cultura profunda e variada.

Mais tarde, no tempo em que pretendi docência-livre na cadeira do emérito Prof. Flaminio Fávero, na minha Faculdade de Medicina, foi Almeida Júnior novamente meu examinador, e, aí, pude avaliar, ainda uma vez, as suas qualidades de exímio argüidor, que, por uma forma rigorosa, porém justa e humana, firmava e valorizava a tal ponto o concurso, que isso fôra motivo de justificado orgulho do candidato.

Examinou-me, todavia, o ilustre mestre, uma vez mais, quando, por ocasião do concurso para livre docente nesta gloriosa Faculdade, a sua palavra de 1.º argüidor, foi a tônica estabelecida para tôda prova, que êle sempre exigia em alto nível e sem concessões que pudessem aviltá-la, denegrindo o próprio sistema universitário. Podeis, portanto, ajuizar da ufanía transbordante daqueles que tiveram a honra da participação dêsse notável mestre, nos prélios científicos das suas carreiras universitárias.

Imaginai, pois, o meu envaidecimento, ao sucedê-lo na cátedra de Medicina Legal desta Faculdade. Sentei-me, depois, a seu lado, em outros concursos, não já na situação aflitiva de candidato, mas na condição de poder manifestar todo meu entusiasmo por integrar a mesma comissão julgadora na qual Almeida Júnior emprestava relêvo invulgar. E só isso já era, para mim, um título precioso e de elevado merecimento.

Sua vida resumiu-se, posso afirmar, sem receio de qualquer contestação, em doutrinar, preparando a mocidade da sua terra para a edificação de uma pátria grandiosa, onde houvesse amor, paz, cultura e justiça.

Quando se procura narrar, com fidelidade, a vida de alguém que a viveu intensamente, é sempre difícil o orador traduzir a riqueza de manifestações expressivas do homenageado, correndo o risco de omitir alguns aspectos importantes de sua biografia ou de tornar-se monótono, prolongando em demasia o tempo convencional da oração. É precisamente essa apreensão que vos quero alegar, já que me cabe o dever de exaltar um dos maiores vultos surgidos no magistério brasileiro de todos os tempos.

Sabemos nós que Antonio Ferreira de Almeida Júnior nasceu em Joanópolis, conhecida na época como São João do Currallinho, no Estado de São Paulo, aos 8 de junho de 1892; sendo filho legítimo do primeiro matrimônio de Antonio Ferreira de Almeida e de Otilia Caparica Ferreira de Almeida. Demonstrou, desde a mais tenra idade, a sua grande inteligência, o que o levou a vencer, com extrema facilidade, todos os obstáculos escolares. Iniciou o curso primário em sua cidade natal, vindo a concluí-lo, em 1905, nesta Capital, no 2.º Grupo Escolar do Brás, hoje, Eduardo Prado.

Após um curso preparatório noturno, prestou exame de suficiência, em 1906, na Escola Normal Secundária da Praça da República, onde, em 1909, obteve o diploma de normalista. No dia 4 de abril de 1910, exatamente há 61 anos, de sua morte, iniciou a carreira no magistério oficial, galgando todos os graus e revelando-se sempre o didata capaz de atrair sem qualquer fadiga a atenção de todos os alunos. A primeira escola que o teve por mestre foi a Escola Isolada da Ponta da Praia, no município de Santos. Um mês depois foi nomeado para a Escola Modelo Isolada, anexa à Escola Normal da Praça da República e em julho foi designado para reger a 1.ª Série do Curso Complementar anexo a essa mesma Escola Normal. Foi professor de

francês e pedagogia na Escola Normal Primária de Pirassununga; da primeira disciplina de 29 de março de 1911 a 30 de agosto de 1915, e da segunda durante apenas 8 meses, sendo, nessa ocasião, seus alunos, entre muitos outros, Lourenço Filho e Ernesto Leme.

Procurando sempre melhorar os seus conhecimentos, viajou à Europa, pela primeira vez, em 1913, quando, revelando inusitado entusiasmo pela Cidade Luz, pensou em visitá-la cada dois anos; entretanto, por motivos independentes de sua vontade, só pôde revê-la 38 anos depois.

Após pedir exoneração da Escola Normal de Pirassununga, regeu a Escola Noturna para meninos operários, instalada no então Instituto Disciplinar desta Capital.

Em 1916, tendo completado os exames do curso secundário, no Ginásio do Estado, hoje Colégio Estadual de São Paulo, e sido aprovado nos exames vestibulares, matriculou-se na Faculdade de Medicina e Cirurgia de São Paulo, onde se diplomou em 1921. Obteve o título de doutor em Medicina, aprovado com grande distinção, na defesa da tese *O Saneamento pela Educação*. Nesse mesmo ano, como bolsista da Fundação Rockefeller, tornou-se assistente extra-numerário do Instituto de Higiene, mais tarde transformado em Faculdade de Higiene da Universidade de São Paulo. Desempenhou, em 1919, funções de auxiliar do Diretor Geral do Ensino, e, no ano seguinte, chefiou o 1.º Recenseamento Escolar do Estado de São Paulo. Em fins de 1920, começou a reger a cadeira de Biologia e Higiene da Escola Normal do Brás, atual Instituto de Educação Padre Anchieta. Foi, nessa ocasião, que conheceu sua aluna Maria Evangelina de Almeida Cardoso, filha de Francisco Almeida Cardoso e de Rita Evangelina de Almeida Cardoso, com quem se casou no dia 24 de fevereiro de 1922, e de cujo matrimônio nasceu, em 29 de junho de 1923, seu único filho, Dr. Roberto Luís Ferreira de Almeida, ilustre Promotor Público nesta Capital.

Foi um dos fundadores do Liceu Nacional Rio Branco, hoje Colégio Rio Branco, tendo lecionado Física, Química

e História Natural, e exercido, também, as funções de Diretor de 1928 a 1933, ocasião em que foram seus alunos os irmãos Rafael e Washington de Barros Monteiro.

Ainda em 1928, foi aprovado no Concurso para a docência livre de Medicina Pública, depois chamada Medicina Legal, da Faculdade de Direito de São Paulo, defendendo a tese *O exame médico pré-nupcial*.

Em 1933 foi transferido da Escola Normal do Brás para o Curso de Aperfeiçoamento do Instituto Caetano de Campos; chefiou o Serviço de Saúde Escolar do Estado; e participou da elaboração do Código de Educação, promovida pelo Prof. Fernando Azevedo.

Nesse mesmo ano, teve seu nome aceito pelo Conselho Nacional de Educação para o cargo de professor da Cadeira de Medicina Legal da Escola Paulista de Medicina.

Participou, em 1934, da Comissão que organizou o plano da Universidade de São Paulo, e fundada esta, tomou parte na elaboração dos estatutos, sendo então eleito membro do primeiro Conselho Universitário.

Integrou, de 1934 a 1941, a Congregação da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP.

Em 1935, juntamente com outros educadores, propôs o questionário que serviu de ponto de partida para a elaboração do Plano Nacional de Educação, previsto na Constituição Federal de 1934. Ainda nesse ano, foi nomeado Diretor Geral do Ensino do Estado de São Paulo, cargo que exerceu até 1938, tendo, então, a oportunidade de projetar um amplo programa de construções escolares, em grande parte executado.

Em 1939, foi nomeado membro do Conselho Médico Legal do Estado.

Prestou, em 1941, concurso para a cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, classificando-se em primeiro lugar, tendo defendido a tese *Provas Genéticas da Filiação*.

Foi membro do Conselho Penitenciário do Estado de 1944 até 1969.

Secretário da Educação e Saúde em 1945, cargo que exerceu até fevereiro de 1946. Membro e Relator Geral da Comissão que elaborou o primeiro anteprojeto da Lei de Diretrizes de Base da Educação Nacional.

De 1949 até 1957, integrou o Conselho Nacional de Educação.

Em 1955, foi nomeado membro do Conselho Estadual do Ensino Superior.

Presidiu, em 1956, a comissão que organizou o 1.º Congresso Estadual de Educação Primária.

Eleito, em 1959, membro do Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

Nomeado, em 1960, membro do Grupo de Trabalho pelo Governador de São Paulo, para estudar o problema da expansão do ensino superior no Estado.

Membro do Conselho Federal de Educação de 1962 a 1967.

Em 1962, aposentou-se na Cadeira de Medicina-Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Escola Paulista de Medicina.

Em julho do mesmo ano, foi-lhe conferido, pelo Governo de São Paulo, o título de Servidor Emérito do Estado. Ainda em 1962, a Escola Paulista de Medicina outorgou-lhe o título de Prof. Emérito; e, título igual, obteve da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1964.

Possuía mais os seguintes títulos: Grande Oficial da Ordem do Mérito Educativo; doutor honoris causa pela Universidade Mackenzie; sócio titular, benemérito e honorário, da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo; sócio fundador da Sociedade Paulista de História; sócio fundador da Sociedade Paulista de Medicina Social e do Trabalho; membro Emérito da Academia de Medicina de São Paulo; membro correspondente da Associação Médica Argentina — Secção Medicina Legal e Toxicologia; sócio honorário da Academia Brasileira de Ciências Médicas Sociais; sócio honorário da Associação dos

Administradores Escolares; sócio fundador da Associação dos Cavaleiros de São Paulo; sócio honorário do Centro Acadêmico Pereira Barreto. Recebeu o Prêmio de Educação-Visconde de Pôrto Seguro em 1957 e o Prêmio Moinho Santista — no setor Ciência da Educação em 1970. Possuía, também, as medalhas Nina Rodrigues, Oscar Freire, além de várias placas de prata, oferecidas por agremiações universitárias e turmas de ex-alunos.

O Prof. Almeida Júnior realizou viagens de estudos à Europa e aos Estados Unidos, bem como, em missão cultural, ao Chile, visitando na mesma ocasião a Argentina e o Uruguai. Participou também de vários Congressos de Educação.

Sua produção científica em livros, teses, conferências, artigos e pareceres é volumosa, não só no campo da Medicina Legal, senão, também, nos campos da Medicina Social, Educação, Higiene, Anatomia, Fisiologia, Biologia e da Puericultura. Lembro o texto *Lições de Medicina Legal*, obra surgida em 1948, que logrou imediatamente grande difusão e na qual tive a honra de colaborar, a partir da 7.<sup>a</sup> edição, sendo coautor nas edições subseqüentes. Refiro, ademais, às três teses já aludidas, com o mestre comprovando suas qualidades de investigador incansável e didata primoroso; a *Paternidade (Estudo biopsicológico, social e jurídico)*; *O aborto e o infanticídio no Código Penal de 1940*; a *Hereditariedade e o Crime*; e a “*Verificação da Periculosidade*”.

Fóra do campo da Medicina Legal assinalo a *Biologia Educacional* em 20.<sup>a</sup> edição; *Elementos de Anatomia e Fisiologia Humanas*, na 34.<sup>a</sup> edição; *A Escola Pitoresca*; *Problemas do Ensino Superior*; e *Sob as Arcadas*, esta última, uma coletânea de ensaios, artigos e conferências.

Destaco, portanto, em Almeida Júnior: o educador, o escritor, e o cidadão, que nele sobressaem.

Entendia a educação no seu duplo movimento: o centrífugo, que produz o amadurecimento biopsicológico, e o

centrípeto, que incorpora ou alcança o ideal, isto é, a perfeição humana; como escritor, embelezava e divulgava sua obra educativa; e como cidadão, representava o homem, na sua mais pura concepção: o homem bom, íntegro, trabalhador, discreto, integrado no espírito de solidariedade social; o que, todavia, não o impedia de manifestar-se, muitas vêzes, com fina ironia, não insolente nem agressiva, mas apenas de advertência a qualquer ato que lhe desagradasse.

Posso acrescentar que Almeida Júnior foi, também, político; entretanto, tal atividade, inclusive a de presidente do Diretório Regional de uma das agremiações políticas do país, não lhe trouxe outras implicações. Foi apenas uma manifestação episódica e serviu para demonstrar que, nêle, as qualidades do político não eram diversas das qualidades do cidadão: calmo, sereno, compreensivo, incapaz de impor sua vontade com violência ou intolerância e sempre pronto para resolver as situações mais difíceis, de todos os que dêle se acercavam.

Ainda há poucos dias, ao presenciar o desencanto de uma diretora de colégio oficial de São Paulo, na luta imensa para impedir que a dignidade e a eficiência do ensino, já restabelecidas, fôssem novamente perdidas ante a corrupção, a desonestidade, a depredação, a fraude e a subversão, e, ainda o mais grave, com a conivência dos que tinham o dever de preservá-las, lembrei-lhe as seguintes palavras de Almeida Júnior:

“O ensino público está de tal forma vinculado ao meio social que não pode ser muito pior nem muito melhor do que aquilo que êsse meio normalmente comporta; e seria illusória a esperança de vê-lo transpor de súbito a margem da variação imposta pelo ambiente. . . cada um deve fazer como se a perfeição definitiva só estivesse à espera de seu esforço individual”.

O Prof. Almeida Júnior só compreendia a vida universitária na sua pureza e autenticidade, jamais admitindo as facilidades para se tornar amável ou auferir alguma van-

tagem. E essa conduta moral, era motivo de respeito e admiração por parte dos discípulos. Conforta-nos as palavras do estudante, na apresentação do 16.º número da Coleção XI de Agosto, quando se refere ao ilustre professor: “Não se compatibiliza o Prof. Almeida Júnior com as estudantadas perniciosas à formação moral e intelectual dos acadêmicos; todavia, sua atitude não é a de um ranzinza, inconformado com a jovialidade dos moços. Adota o preclaro mestre, uma posição de equilíbrio e bom senso, não pretendendo extinguir as tradições acadêmicas, pelo contrário, auxiliando na sua conservação, mas procurando isentá-las de facetas menos louváveis”.

A sua conferência sôbre a *Patologia da Vida Acadêmica* é um repositório de ética, e uma coletânea de conselhos admiráveis, que nunca poderão ser esquecidos. Procurava êle incentivar as boas normas de vida, não só acadêmica senão também social, no sentido amplo do termo; preferindo antes comunicar o sentimento de otimismo a respeito das possibilidades dos moços, na cooperação construtiva da sociedade, a lastimá-las apenas ante as manifestações negativas e perturbadoras das relações humanas úteis e harmoniosas. Não deixou, contudo, de atingir, também, com o seu bisturi impiedoso, o que lhe parecera, na ocasião, foco central de delinqüência do organismo social, afirmando com energia: “O que nos infelicita e amargura não é tanto a inflação ou a penúria de gêneros alimentícios, como é a pobreza do país em homens honrados, dispostos a enfrentar com seriedade os nossos problemas econômicos e sociais, e a cumprir, rigorosamente, onde quer que trabalhem, a tarefa que lhes seja distribuída. É, em suma, senhores, a carestia de homens de bem, dotados de espírito público”. E, numa síntese admirável, proclama aos jovens: “não me animo. a examinar convosco as vantagens e desvantagens da articulação de um código escrito, de que constem os deveres morais dos estudantes. Um código de tal natureza está para os moços das escolas como a constituição nacional está para o povo: só terá valor e eficácia se nascer da própria consciên-

cia daqueles a quem se destina”. Que exibição notável de suas excelsas qualidades de educador emérito, por vocação e convicção!

Explica na motivação mais profunda da vida psíquica, que a recepção aos calouros feita nas academias, isto é, o trote, é tanto de caráter agressivo como erótico. E prossegue “. . . pode ser que, como festa interna, alegre, acolhedora e civilizada, meramente evocativa de uma velha tradição, só permanecerá em nossos costumes até o fim do século”.

É um verdadeiro libelo acusatório a sua crítica acêrca das “cartas de empenho” ou o patronato como se dizia no passado. Considera famigerada a reforma que institui a frequência livre, “panacéia que se supunha destinada a curar todos os males” e que, no entanto, “tudo piorou”. Ressalta a importância da convivência entre os alunos e a respectiva escola no desenvolvimento cultural, na educação cívico-social e no desenvolvimento afetivo das várias gerações. E sôbre as greves, considerava uma pandemia, cujo resultado era “a quebra das exigências escolares”.

No quadro nosográfico do ensino, disse êle, “destacase uma doença crônica: a cola, cuja “entrada triunfal, em 1871, nas escolas superiores”, vem produzindo males “sôbre a formação cultural e moral da juventude brasileira”.

Depois de apontar as conseqüências intelectuais e morais da cola, insiste: “a cola é o estelionato escolar, é a infância do delito de falsificação”.

E quando em 1954, um reitor de Universidade Federal pretendeu acabar com a cola, suprimindo a prova escrita, Almeida Júnior falou categoricamente: “eu, por mim, não assinarei essa rendição incondicional perante a fraude”. Isso porque êle sabia salvaguardar o verdadeiro valor dos alunos pela fiscalização atenta das provas. Essas palavras exprimiam uma ilimitada confiança em si mesmo. Infelizmente, acrescento, em parêntesis, a prova escrita, a mais autêntica das aferições culturais, foi eliminada até dos pró-

prios concursos para o mais alto nível da carreira universitária.

Não devo deixar à margem sua censura à mercância do paraninfado: indecorosa transação na ante-sala da atividade profissional! “Estranha e perigosa forma de corrupção” representada na promessa do emprêgo, no custeio da festa de formatura e tantas outras. Mas a sua preocupação não parava aí. Indagava, também, das atividades e da eficácia das agremiações estudantis, de seus aparelhos assistenciais, das bases econômicas do seu funcionamento, pedindo informações para poder avaliá-las com justiça e, sempre, com uma dose de otimismo e confiança, “esperançado na idéia de que os moços de boa formação moral, adextrados pela experiência universitária, transfundissem “sangue novo” a essas organizações não só para “derrubar muralhas” mas também para “construir a cidade do amanhã”, de acôrdo com os ideais que a viessem tornar digna da própria vida humana.

Artista nato, Almeida Júnior cultuava a arte de dizer. As suas aulas resultavam da configuração harmônica dos elementos indispensáveis à composição artística: o objetivo e o ideal na coexistência equilibrada da manifestação do belo; e tudo de maneira fluente, límpida, com a simplicidade característica da verdadeira grandeza, que não se complica, nem descamba no exótico ou no rebuscado.

No estudo, na meditação e na convivência com os jovens, foi onde êle adquiriu as qualidades inigualáveis para transmitir os seus pensamentos sempre claros e convincentes. Transformava os mais áridos temas em lições interessantes e ricas de ensinamentos vários, tanto no campo cultural quanto no cívico-patriótico, não perdendo um momento, sequer, para influir na formação da personalidade jovem, porque, mestre, sempre conceituou o magistério no seu duplo aspecto: formativo e o informativo.

Qual não foi o seu contentamento ao ser inscrito, pelo Govêrno brasileiro, na Ordem do Mérito Educativo. O di-

ploma foi, de logo, emoldurado e pôsto em local de relêvo em sua residência, por representar-lhe, penso eu, um dos maiores prêmios que poderia almejar. E quando já bastante enfraquecido pela enfermidade, que o tirou do nosso convívio, com receio de que alguém pudesse, sorrateiramente, subtrair-lhe o precioso documento, levava-o, tôdas as noites, para o quarto de dormir, julgando que assim estivesse em local mais seguro e mais diretamente sob a sua guarda. Que síntese admirável de uma vida dedicada inteiramente aos problemas educacionais pelo amor ao Brasil e à mocidade de sua terra!

Senti profundamente a sua morte como poucos, talvez, sentiram.

Quero, pois, ao finalizar esta oração de saudade, que, ao lado da tristeza, pela imensa perda, guardemos bem vivo entre nós, o exemplo edificante dêsse varão, há pouco desaparecido, e que deu uma nova dimensão ao cumprimento do dever e à realização dos interêsses nacionais.

Agradeço a Deus, disse o Padre José Vasconcelos, em carta dirigida ao ilustre mestre que se retirava do Conselho Federal de Educação, “por ter pôsto no meu caminho um dos homens mais altos e mais íntegros do Brasil de hoje, homem cuja lembrança será para mim de perene exemplo e estímulo. Sôbre tudo porque êste homem foi sempre e simplesmente educador”.

Foi, digo eu agora, um bandeirante da formação educacional do nosso povo. Difundiu a cultura com o melhor de sua inteligência, plasmando caracteres em gerações irriquietas e ávidas de novas formas de integração social. Não pactuou jamais com os excessos; pelo contrário, buscou, nas investigações pacientes, as causas principais dos fenômenos psico-sociais. E tinha sempre uma palavra de esperança, na certeza de que a melhor solução dos casos mais difíceis, seria encontrada no processo educacional, único meio de se obter o resultado melhor e mais estável. Não cruzou jamais os braços, indiferente, assistindo o desfilar de rea-

ções cada vez mais complicadas e incompreensíveis, mas procurava sempre resolvê-las com justiça e serenidade.

Foi, em tudo e por tudo, coerente com a sua própria vocação: educador por tendência, consciente ao chamamento incoercível de um ideal límpido e cristalino, pois não permitia que o desânimo ou o interesse pudessem deformá-lo ou ofuscar-lhe o brilho. Educador foi desde a alvorada de sua mocidade até o apagar-se da chama vital ao ser recebido pelo sagrado solo paulista! E no coroamento do destino inexorável, saiu para a última morada, carregado pelos familiares e colegas, de um recinto de aula, no qual lhe deram por leito a mesma cátedra, onde também havia pontificado na exibição exuberante de suas imorredouras preleções, numa prova real de verdadeira identificação e de comovedora glória.

A morte de Almeida Júnior deixa-nos desarvorados, e até inconformados, ante essa fatalidade que nos feriu profundamente. Só transpondo os limites do ponderável, encontrar-se-ia sua exata explicação: a mesma com que o narrador de *A Epopéia das Bandeiras*, ante a perplexidade e a tristeza de um menino pela morte iminente do velho e agonizante ex-professor, conta que o pai lhe explica o transcendental e “Eterno Enigma” com êste imortal soneto:

“Si “Vida” é ter a gente a Alma retida  
No cárcere do corpo, de tal sorte,  
Que Ela ao seu jugo, torne-se vencida.  
Então. a “Vida” não é “Vida” é “Morte”!

Si “Morte” é o eximir-se a Alma do forte  
grilhão da carne, alando-se, em seguida,  
Para o alto céu, n’um rápido transporte...  
Então.. a “Morte” não é “Morte” é “Vida”!

Si “Vida” é d’Alma a escravidão que A humilha,  
Treva que envolve a estrada que Ela trilha. .  
Si “Morte” é a mutação da Sua sorte,

É a volta Sua, livre, à Luz perdida. .  
Por que êsse apêgo que se tem à “Vida”?  
Por que êsse medo que se tem da “Morte”?

E . foi assim a última viagem do Professor  
Emérito Antonio Ferreira de Almeida Júnior.

# À memória de José Loureiro Junior.

*Vicente Marotta Rangel*

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

Loureiro Júnior tinha uma participação intensa e efusiva em tudo quanto fazia, e se dava por inteiro aos ideais em que acreditava; essa plenitude de vida explica a marca vibrante de uma personalidade transbordante de energia e entusiasmo que se projeta até os dias que correm, a ponto de não termos ainda a consciência devida de seu desaparecimento.

Mas, à medida que os dias hão-de vir — e os dias estão chegando — começamos, então, a notar a grande lacuna que se abre em nosso derredor. A lacuna que estamos a sentir ainda agora nesta sala.

A imagem das pessoas tem contornos traçados por circunstâncias singulares de tempo e de espaço. De Loureiro Júnior a imagem mais antiga que trago comigo — é a de um homem inquieto e sequioso do saber. Já faz quatro lustros, tive ocasião e surpresa de vê-lo andando pelas ruas do Quartier Latin. Íamos na mesma direção e por coincidência, entramos na mesma livraria. Eu depois dêle. Tive o desejo de me apresentar, porque êle não me conhecia. Não ousei fazê-lo. De pronto ficou êle absorto no manuseio dos livros, à cata do raro, do antigo ou do nôvo, na busca sôfrega das fontes.

Essa vivência da cultura, essa perquirição obstinada de soluções, ainda há pouco a tive confirmada, ao examinar —

---

\* A locução proferida no Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, em homenagem póstuma ao professor José Loureiro Junior.

por dever de ofício — os volumes de sua biblioteca, encaminhados pela família à Faculdade de Direito. Em cada página, dir-se-ia, estava presente o leitor incansável, o ávido pesquisador das riquezas do espírito.

Jurista e político, foi um homem impregnado dos problemas dos valôres do nosso tempo.

Professor desde que estudante, se preocupou em transmitir experiências e conhecimentos, enriquecidos por uma inteligência privilegiada e por um entranhado amor à sua terra e à sua gente. Empenhou-se em compreender os anseios da mocidade a que servia e dêles solidariamente participava, sem deixar de ser fiel, porém, em todos os momentos, aos ideais de sua própria juventude.

Foi exatamente essa preocupação com os problemas do nosso tempo, o devotamento às coisas da inteligência, êsse bem querer pela juventude e pela nação, essa consagração ao ensino e à pesquisa, que acabaram por abreviar a sua passagem na terra. Mas tiveram o efeito, por isso mesmo, de tornar essa passagem fecunda e luminosa.

Foi administrador, deputado estadual e federal, secretário de Estado, pertenceu a numerosas sociedades científicas, escreveu diversas obras. Mas foi sobretudo professor universitário. São dados ostensivos em seu *curriculum vitae*. Preferiria, porém, não me cingir tanto a êles mas dêles retirar o material mínimo suficiente para compor, com traços impressionistas, a imagem do colega estremecido, dêsse grande jurista, dêsse grande escritor, dêsse grande patriota, dêsse grande orador, como dêle dissera, o ilustre conselheiro e professor Washington de Barros Monteiro pessoalmente, em reunião de poucos meses atrás. Loureiro Júnior foi homem da palavra e de palavra. Um homem de pensamento. Dedicado ao seu país, ao primado da civilização, aos valôres da humanidade.

Com Loureiro Junior ausente, cada qual de nós não deixou de morrer um pouco. E essa impressão de ausência, ao invés de cessar com o decurso do tempo, começa

a crescer, dentro e ao redor de nós, como sombra que os últimos raios à distância projetam.

### Dados biográficos do professor José Loureiro Junior.

Nasceu em Jaú, S. P., a 16 de junho de 1912, filho de José Loureiro e da. Julieta Roxo Loureiro. Casou-se com da. Maria Amélia Salgado Loureiro.

O Prof. José Loureiro Júnior fêz o curso primário no Externato Berlitz, em Jaú e o 1.º ano do ginásio no Instituto Champagnat de França. Concluiu o ginásio em Ribeirão Prêto, no Ginásio do Estado, onde cursou Pedagogia. Ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo (S. Francisco) em 1930 e bacharelou-se em 1935. Nesse tempo lecionou Literatura e História da Civilização no Ginásio de S. Bento, da Capital.

Professor contratado de Processo Judiciário Civil, na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, o prof. Loureiro Júnior assumiu a livre-docência de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1949. A partir de 1955 assumiu a cátedra, em substituição, da qual já era professor assistente. Sua indicação teve a votação unânime da Congregação da Faculdade. Últimamente, dirigia a Faculdade de Direito de Itú.

O prof. Loureiro Júnior deixou várias obras publicadas: *S. Paulo Vencido?* (crônica da revolução de 1932); *Evolução do Conceito de Moeda* (Tese de Concurso — Rio de Janeiro, 1937); *Os limites do Município de Ibirá* (trabalho jurídico, 1940); *Um Delito Emocional* (A justa dor como dirimente); *Um Suposto homicídio* (trabalho jurídico, 1943); *A imagem do Cristo na Assembléia Legislativa de São Paulo* (Editorial Guanemby — SP — 1948); *Contrôle da Constitucionalidade das Leis* (Tese de Concurso — 1949 — SP — 2.ª edição — Max Limonad — SP — 1954); *A Calúnia como Arma Eleitoral* (Trabalho jurídico — SP — 1957); *O Golpe de Novembro e Outros Discursos* (Livreria Clássica Editora S/A

— RJ -- 1957); *Parlamentarismo e Presidencialismo* (Editora Revista dos Tribunais — SP — 1962); *Problemas do Direito Penal Positivo* (Edições Saraiva — SP 1965) e *A representação Comercial Soviética em Face da Legislação Brasileira* (Edições Saraiva — SP 1965).

O Professor José Loureiro Júnior era membro das seguintes sociedades científicas: Instituto de Criminologia da Argentina; Associação Brasileira de Prisões, Sociedade Brasileira de Criminologia e Ciência Penitenciária; Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo; Instituto dos Advogados de S. Paulo e Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Participou de congressos internacionais, como representante ou integrante da representação brasileira. Entre êles, destacam-se: Congresso Penal e Penitenciário Hispano-Luso-Americano e Filipino, em Madri, 1951. Nessa época foi eleito presidente da Comissão Organizadora do II Congresso, que se realizou em S. Paulo, 1952; Congresso Penal Penitenciário, da ONU, no Rio de Janeiro, 1953; Comissão Organizadora do II Congresso Nacional dos Municípios, realizado em S. Vicente, SP, 1953; membro da Comissão de Reforma Constitucional, 1963; I Congresso Latino-Americano de Banqueiros, Mar Del Plata, Argentina, 1965.

Eleito deputado estadual e membro da Comissão Constitucional em 1947. Em 1950 foi eleito para a Câmara Federal, onde permaneceu até 1959. Na segunda legislatura exerceu a vice-liderança da Maioria e a liderança geral das Comissões da Câmara. De 1951 a 1953 foi Secretário de Estado dos Negócios da Justiça e Interior e de 1959 a 1963 exerceu o mandato de diretor da Caixa Econômica Federal de S. Paulo. Em 1964 e 1965 foi diretor do Banco do Estado de São Paulo. S/A

## Perecimento do Estado\*.

*Ataliba Nogueira*

Catedrático de Teoria Geral do Estado na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Tem-se a impressão hoje de que o estado é robusto, em plena vitalidade, talvez até eterno.

Nunca como nos nossos dias reuniu em sua inteireza os caracteres que o distinguem de qualquer outra sociedade política do passado ou do presente. Preenche satisfatoriamente a definição: *sociedade soberana surgida com a ordenação jurídica cuja finalidade é regular globalmente a vida social de determinado povo, fixo em dado território e sob um poder.*

Ja na época que se dizia liberal, o grande SPENCER clamava contra a ingerência excessiva do estado na vida individual e dos grupos.<sup>12</sup> É que não atinou que isto mesmo constitui a tarefa do estado.

Que diria hoje!

Por definição, o estado é totalitário, absorvente das atividades sociais que entende passar para a sua direção, assenhoreando-se do que deseja, sejam bens ou pessoas. Não admite concorrência alguma. É soberano na extensão da palavra e regula esta ou aquela ou aqueloutra relação social ou deixa de regulá-las ao seu talante.

---

\* Lição no encerramento solene dos cursos jurídicos de 1970, no salão nobre da Faculdade de Direito, a 9 de novembro de 1970.

ATALIBA NOGUEIRA, *Lições de teoria geral do estado.* São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1969 p. 67.

2. HERBERT SPENCER, *The man versus the state.* London, 1884, p. 105; Do mesmo autor, *Principes de Sociologie,* Paris, 1876, t. II, n. 223.

Se várias vèzes em sua história pareceu não despótico, deve-se a circunstâncias fortuitas, como o estarem exercendo o poder pessoas tolerantes, de índole bondosa, de formação verdadeiramente cristã. Na constância da sua história, não lhe valeu para amainar o totalitarismo nem o cristianismo nem a fórmula tão maneirada da igreja unida ao estado. Quantas lágrimas ela acarretou à igreja e quanto falseamento da religião.

Pois bem, não obstante o que acabamos de salientar, há prenúncios de que o estado tende a desaparecer.

São fatos que verificamos no ocidente e no oriente, na vida interna dos estados e na internacional.

Nem são poucos nem pouco perceptíveis, pelo contrário se foram acumulando nos últimos anos e tornando-se nitidamente instituições de luta contra o estado.

A fórmula do totalitarismo era. *Entre l'individu et l'état pas d'intermédiaire*. Não se admite intermediário entre o indivíduo e o estado.<sup>3</sup>

Tropeça hoje o estado com numerosos grupos surgidos no seu seio. Sendo obrigado a tolerá-los, buscou fórmulas de contemporização e recorreu ao subterfúgio de reconhecê-los oficialmente — como se fôra favor seu — e de regular-lhes o funcionamento. Mesmo assim, nem sempre logrou êxito e a luta com certos grupos tem sido permanente.

Analisemos alguns dêles. Primeiramente os partidos políticos.

Formam-se os partidos políticos para atingir o poder e subjugar o estado aos seus interêsses, quanta vez egoísti-

---

3. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, Bruxelles, Ed. Librairie encyclopedique, 1957, pp. 37 e 59.

cos. No poder ou fora dêle são fôrças atuantes. O ativismo é o seu característico. Outrora jamais o estado tolerou tal concorrência, o que se deu apenas há pouco mais de um século. Mesmo assim, é patente a luta entre êle e os partidos políticos, pois o estado arranja meios e modos de reobter o seu contacto direto com os indivíduos.

Tôdas as funções sociais busca unificá-las em suas mãos.

Os sindicatos surgiram no seio do estado para unificar os trabalhadores. Se tomarmos o exemplo da França, vemos que o código penal napoleônico, sob penas graves, proibia a coligação dos trabalhadores e a legislação civil era orientada pelo axioma *Pas d'intérêt pas d'action*, pelo que os sindicatos não podiam comparecer em juízo para defesa de interesses de classe. Só cada trabalhador individualmente. Neste século, em 1913, é que os tribunais admitiram em juízo os sindicatos, mas a lei só em 1920 acolheu o que já havia firmado a jurisprudência sete anos antes.<sup>4</sup>

E tudo isto foi obtido mediante violência, em face da violência do estado.

Tal fôrça cobrou hoje o sindicato que é preciso a mais forte repressão para que êle se não contraponha ao estado, que não quer nem pode abdicar da sua nota característica de regular globalmente as relações sociais.<sup>5</sup>

---

4. PAUL CUCHE, *La législation du travail et les transformations du droit*, in *La cité moderne et les transformations du droit*. Paris, Bloud & Gay, 1925, pp. 169, 177, 186, 187 e 190.

5. GANSHOF VAN DER MEERSCH, op. cit., pp. 70 e ss. 81 e ss., 114 e 140. Refiro-me de preferência a êste professor de Bruxelas porque, protestando não ser totalitário, lamenta, entretanto, que o estado esteja submergindo sob a ação desenvolva dos vários grupos sociais. Interessante aludir a um "governo invisível", p. 142, como certo professor de Harward, que se refere a "fôrças ocultas atuantes" (RAYMOND VERNON. *A empresa multinacional*, in *Diálogo*, revista publicada pela Embaixada Americana no Rio de Janeiro, vol. III, n. I, p. 29).

A c.g.t. e outras sociedades análogas são as unificadoras de numeroso grupo de sindicatos dentro no território do estado, o qual se arroga, todavia, ser o unificador único de tôda autoridade e função. E como tal o único a editar o direito e o único garantidor da liberdade e da justiça, ao seu modo é bem de ver!

De outro lado, as federações da indústria e do comércio constituíram-se igualmente fôrças dentro no estado e muitas vêzes contra o estado.

A universidade esforça-se pela sua autonomia e a sua linha de coerência leva-a a se opor ao estado e o estado lhe tem feito concessões, na esperança de subjugá-la de nôvo. É sabido que tendo sido supressa pela revolução francesa, como tôdas as corporações, Napoleão se recusou a restaurar a verdadeira Universidade. Fundou antes faculdades profissionais, entre as quais as de direito para o ensino apenas da legislação do estado.

Voltando-nos para as associações culturais, literárias, artísticas, científicas, vemos que se insurgem contra a ingerência nelas dos poderes públicos, pois dêles esperam o dinheiro e nada mais.

A Igreja católica manteve ou procurou manter a sua independência em face do poder temporal, mas, desde que surgiu o estado, a sua atitude foi de luta aberta ou de submissão à nova forma política de absolutismo. Agora porém, parece recobrar a sua liberdade, não admitindo a ingerência do estado nas relações sociais que são da sua competência. E o direito canônico, como o de várias outras sociedades, timbra em não ser direito do estado.<sup>6</sup>

---

6. No Brasil, ao tempo do Império, o estado sòmente admitia o direito canônico quando não contrariasse o seu próprio direito. Mera tolerância. Assim, dentre muitos outros episódios, na célebre questão religiosa, que levou dois bispos a serem condenados a dois anos de prisão com trabalhos forçados, as sentenças deixam bem claro que o único direito é o do estado. Revista *O Direito*, ano II, vol. III, n. 2, Rio de Janeiro, 1874, p. 445.

A federação, que existe desde o nascimento dos Estados Unidos da América do Norte, é forma de estado que reduziu a soberania do estado. Pois tanto o estado federal quanto os estados federados são soberanos nas matérias da sua competência, o que significa que nenhum dêles é soberano no sentido do antigo instituto jurídico característico do estado. É, pois, mais um fato que prenuncia o perecimento do estado. Daí a crescente ação do estado contra a federação.<sup>7</sup>

Finalmente, a nossa análise dos fatos atuais na vida do estado encontra estupefata a realidade de que “o estado cessou de ser o ponto máximo de referência e de unidade entre os homens e a instituição” que até há pouco lhes merecia lealdade. Na última grande guerra — recorda BALLADORE PALLIERI — os cidadãos combateram, de uma e outra parte dos estados beligerantes, de acôrdo com as suas convicções políticas e independente da posição oficial do estado.<sup>8</sup> E mereceram elogios também os “maquis” e os “partigiani”.

Na constituinte de 1946, no plenário, indagaram em aparte ao discurso que proferia o senador LUIZ CARLOS PRES-  
TES: . Se houver guerra entre o Brasil e a Rússia de que lado ficaria? Pois não vacilou um instante em responder: jamais do lado de um estado capitalista.

Nos derradeiros meses de govêrno do presidente João GOULART, em 1964, certo jornal de São Paulo afirmou em editorial que, se o presidente da república lançasse o Brasil em guerra contra os Estados Unidos, nós deveríamos estar com os Estados Unidos. É que “postos diante da própria responsabilidade, escolheriam não por pertencerem ao esta-

---

7 O fenômeno não é apenas brasileiro ou dos Estados Unidos da América do Norte. É universal. Chegaram a afirmar, por isso, que a federação é mera transição para o estado unitário, sem perceberem que, nos últimos tempos, o estado. (que é o mesmo que estado totalitário) não tolera concorrentes.

8. G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello stato*. Padova, CEDAM, 1958, p. XI.

do, mas de acôrdo com as suas convicções de outro gênero.”<sup>9</sup>

Esboroa-se o estado “sob os nossos olhos”.

O princípio, tão tenazmente perseguido pela ordenação jurídica do estado, de unificar nas suas mãos tôdas as funções sociais é solapado em sua base e no seu próprio conceito inspirador.

As ideologias são mais potentes que os estados. Não conhecem as fronteiras que os separam. Informam as inteligências e movem as vontades para a atividade política, sem se impressionarem com a ideologia oficial do estado. É isto que leva à guerrilha, cujo objetivo se não circunscreve ao território do estado, pois não se contém nas suas lindas.

Estamos compendiando fatos que anunciam o perecimento do estado. Apresentamos vários dêles no mundo ocidental. No mundo não-capitalista, das simples perspectivas do futuro e conseqüentes promessas, também já se vai passando para os fatos.

Na Rússia soviética, a longa experiência política em que vive, equacionou o problema de se entregarem algumas das funções que hoje cabem aos organismos do estado à competência de organizações sociais. Caminha-se, pois, para a extinção gradual do estado.

Enveredaram primeiramente para a transferência de algumas funções ligadas às atividades culturais do povo a organizações sociais. Assim, a “União das sociedades esportivas” substituiu a comissão do estado encarregada da educação física e dos esportes.<sup>10</sup>

Como dizem os documentos soviéticos, em medida crescente as organizações sociais ir-se-ão encarregando das

---

9. Idem, *ibidem*.

10. *La URSS de hoy y de mañana*. Ediciones en lenguas extranjeras. Moscú, 1960, pp. 46 e 47.

questões relacionadas com a sanidade, a ordem pública e a observância das regras de convivência socialista.<sup>11</sup>

O futuro governo há de buscar novas formas de participação do povo na direção do estado. Estão na senda da futura “incorporação dos trabalhadores ao trabalho cotidiano de direção do estado”.

O desenvolvimento sucessivo do espírito de iniciativa e da atividade política do povo conduzirá, na Rússia, as organizações sociais a assumirem algumas das funções executadas hoje pelos órgãos do estado.

Tal processo de ampliação do papel e das funções das organizações sociais já está operando em nossos dias. Prepara-se por êste modo a criação de condições propiciadoras da futura extinção do estado. A finalidade é um regime social em que a sociedade possa dirigir-se sem o aparelhamento político do estado.

Afirmam que o estado pròpriamente não será *abolido*; ir-se-á extinguindo paulatinamente, até que o poder político deixe de ser necessário.

Os organismos locais e as próprias emprêsas vão lo-grando, cada vez mais, autonomia em face do estado. Passam para organizações sociais certos aspectos da educação, saúde, esportes. É método mais eficaz, pois despertam o interêsse pessoal de cada cidadão e os das próprias localidades<sup>12</sup>.

Aquelas funções perdem o seu caráter político e transformam-se em funções de órgãos do autogoverno social.

---

11. P. ROMASHKIN, *Fundamentos del derecho sovietico*. Sob a responsabilidade do *Instituto do estado e do direito*, da Academia de Ciências da URSS. Ediciones en lenguas extranjerias, Moscú, 1962, pp, 16 a 18.

12. *Revista de estudios políticos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962 enero-febrero, 72.

As primeiras medidas a respeito destas reformas foram anunciadas por KRUSCHEV, no 22.º congresso do partido comunista, na sessão de 18 de outubro de 1961.<sup>13</sup>

### Externamente.

Na ordem internacional, como vimos até agora na ordem interna de cada estado, não é êle mais a sociedade dotada do poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências.<sup>14</sup>

Tomemos como exemplo os dois maiores estados do mundo. As duas maiores potências mundiais, nem elas, podem subsistir mais sòzinhas. Não são auto-suficientes.

O presidente ROOSEVELT afirmou que as fronteiras dos Estados Unidos da América do Norte estão em Dakar e, por isto, necessitavam àquele tempo de bases militares no Brasil e nos Açores.

A Rússia soviética arrosta com o maior desprestígio internacional ao manter os seus satélites pela fôrça do seu exército.

Cada estado está bem distante de se bastar; necessita de outros. Ora, é isto a negação viva da velha asserção jurídica de que “o estado é sociedade perfeita”.

Até alguns decênios atrás o soberano não podia admitir agrupamentos superiores, “com interêsses próprios, exi-

---

13. *Documentos del XXII Congreso del partido comunista de la Unión Soviética*, 17-31 de octubre de 1961, in *El camino del comunismo*. Ediciones en lenguas extranjeras. Moscú, 1961. Contém as primeiras medidas para a passagem do socialismo ao comunismo, cf. especialmente pp. 599 e 600.

14. HERCULANO DE FREITAS, *Direito constitucional*. Curso dado na Faculdade de Direito de São Paulo. Edição do centenário do nascimento do autor. São Paulo, 1965, p. 28.

gências próprias e diante dos quais deva ceder.” Não obstante a resistência baseada nos velhos princípios, o estado vai perdendo a pouco e pouco a soberania, perdendo o seu primeiro caráter histórico e jurídico e as suas demais características; vai deixando de ser estado.

As Nações Unidas surgem em detrimento do estado, esta é que é a verdade, pois a ordenação jurídica internacional se afastou da sua forma típica tradicional. Contam ainda com defeitos em sua estrutura, mas as linhas mestras são lançadas.

Salienta BALLADORE PALLIERI, em seu *Diritto internazionale pubblico*, que até há poucos decênios, nos casos em que os estados “agiam no sentido de tutelar interesses gerais ou em nome de princípios mais gerais, sempre o fizeram com as mesmas formas e os mesmos limites e os mesmos meios empregados para os seus interesses privados”.<sup>15</sup> Era o regime dos simples tratados.

A partir das Nações Unidas, porém, os estados, com o próprio sacrifício, enveredaram para a “*organização internacional*”, para uma associação que não visa cuidar dos seus interesses particulares nem dos interesses comuns de apenas um ou mais estados. Visam as Nações Unidas aos interesses da comunidade maior de estados, interesses da *organização*, desvinculados dos interesses dos estados.

A ordenação jurídica internacional tem em vista a formação de vontade unitária. “Tal vontade não apresenta mais qualquer laço, nem ao menos indireto e de fato, com a vontade dos estados componentes. Pelo contrário, em muitas hipóteses, têm até *o dever de prescindir* da vontade dos estados”.<sup>16</sup>

Analisemos as *Nações Unidas*. Já esta organização foi objeto de estudo, nesta Faculdade, pelo professor MAROTTA

---

15. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*. Milano, Giuffrè, 8.<sup>a</sup> ed., 1962, p. 505.

16. G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 514.

RANGEL, catedrático de direito internacional público, em tese de concurso para livre-docência.<sup>17</sup>

Façamos hoje considerações de outra ordem, buscando mostrar como as Nações Unidas e outras organizações internacionais, delas oriundas, concorrem para o futuro desaparecimento do estado.

A atividade de tais organizações separa-as dos estados componentes, não tem em vista os interesses particulares de um ou de outro estado, são-lhe atribuídas tarefas e, para a sua realização, podêres que estado algum estaria disposto a reconhecer em outro estado.<sup>18</sup>

Nenhum estado acataria de outro prescrições referentes à sua política como as faz o conselho de segurança quando intervém em questão perigosa para a paz. A simples recomendação das Nações Unidas a um estado é interferência nos seus negócios internos. E os inquéritos? E o envio de comissões?

Há novidade na organização e nas suas funções, sem precedente nas praxes internacionais. E novas obrigações para os estados: fornecimento de informações, de meios financeiros, de pessoas e até de contingentes militares; obrigação de submeter-se a inquéritos e suas interferências; reconhecer valerem em seu território certos atos; de executar ordens.<sup>19</sup>

Em outras organizações como a *Comunidade européia do carvão e do aço*, a *Comunidade econômica européia* e a *Comunidade européia de energia atômica*, acentuam-se ainda mais as limitações à competência dos estados que as cria-

---

17. VICENTE MAROTTA RANGEL, *Do conflito entre a carta das Nações Unidas e os demais acôrdos internacionais*. São Paulo, Saraiva S/A, 1954.

18. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, Giuffrè, 8.<sup>a</sup> ed., 1968, p. 531; CLAUDE-ALBERT COLLIARD, *Institutions internationales*. Paris, Dalloz, 5.<sup>a</sup> ed., 1970, p. 338.

19. G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 532; CLAUDE-ALBERT COLLIARD, op. cit., p. 338.

ram e patenteiam os sintomas do futuro desaparecimento do estado, pois já funcionam em tempo suficiente para provar que substituem com vantagem aquelas pessoas de direito internacional, caducas para aquêles assuntos vitais.

Os seus órgãos dirigem-se diretamente aos cidadãos dos estados membros, às emprêsas, aos individuos que se encontrem em seu território, dando-lhes ordens, impondo-lhes tributos, sôbre êles exercendo fiscalização, o que acarreta também interferência direta na sua legislação.<sup>20</sup>

Na hipótese de contestação sôbre se tal ou qual ato é válido, o estado não lhe pode, por sua única autoridade, recusar aplicação. Importa suscitar a questão na ordem internacional e aguardar a decisão.

É irreconhecível o antigo direito internacional, tais as profundas modificações nêle introduzidas com a criação destas organizações.

Nos tratados do tipo antigo, os estados, depois de discutirem tôdas as cláusulas do texto, as suas fórmulas, os vocábulos, as vírgulas, sabem exatamente em que posição se encontram, quais os compromissos subscritos ou recusados, o que devem e o que não devem fazer e quais as liberdades que conservam.<sup>21</sup>

Hoje, entretanto, uma vez assinado o tratado dessas organizações, os estados *não sabem mais quais as consequências que dêle se derivam* para cada qual dos estados que o subscreveram.

Os compromissos são assumidos de tal modo que não são êles que vão dar ordens, mas uma vontade diferente, uma autoridade com competência para lhes dar ordens.<sup>22</sup> Resa o art. 9.º da *Comunidade européia do carvão e do aço*: “No cumprimento dos seus deveres, os membros da Alta

---

20. G. BALLADORE PALLIERI, op. cit. pp. 540 e 541.

21. G. BALLADORE PALLIERI, *Problèmes juridiques de la CECA*. Milano, Giuffrè, 1957, p. 6.

autoridade..<sup>23</sup> não solicitam nem aceitam instruções de nenhum govêrno nem de nenhum organismo.. Cada estado-membro compromete-se a respeitar êste caráter supranacional e a não procurar influir nos membros da Alta autoridade na execução de sua obrigação.”

Portanto, os estados são submetidos à autoridade pessoal de um órgão, que se apresenta separado completamente dêles, portador de interêsse distinto do interêsse dos estados e que, na defesa de tais interêsses, pode dar ordens aos estados e cujo conteúdo lhes é imprevisível.

Avalie-se a grande novidade. Até há pouco, o direito internacional estava na fase rudimentar, pois elaborava instituições de direito privado, instituições que diziam respeito a cada qual dêles. Passou a buscar agora o interêsse geral, para o que recorre decididamente a fórmulas de direito público. Não se lhe aplicam conceitos privatistas de delegação de poderes ou outros análogos. Os seus poderes são públicos e a sua função é de natureza pública em relação aos estados.<sup>24</sup>

Por exemplo, a inovação carregou para o direito internacional o *desvio de poder*, instituto do direito administrativo (art. 33) tão bem estudado pelo professor CRETELLA JÚNIOR, em sua tese de livre-docência.<sup>25</sup>

Vão caindo muitas das concepções tradicionalmente aceitas.

---

22. G. BALLADORE PALLIERI, *Problèmes juridiques de la CECA*. cit.p. 7.

23. Hoje, em lugar de “Alta autoridade” diz-se: “a Comissão”

24. G. BALLADORE PALLIERI, *Problèmes juridiques*, cit., pp. 8 e 9 BALLADORE PALLIERI analisa a nova construção jurídica com aguda penetração. Não está sòzinho, mas a maioria dos internacionalistas, errôneamente, ou recorrem a impossível analogia com o direito privado ou à também impossível analogia com certos institutos de direito público interno, como faz C A. COLLIARD, *Institutions internationales*, cit., p. 343. Assimila as organizações internacionais à federação!

25. J. CRETELLA JÚNIOR, *Desvio de poder*, Editôra Revista dos Tribunais, 1964.

Assim, as novas organizações internacionais a que nos referíamos, sem serem estados nem por analogia, possuem os três chamados poderes: legislativo, executivo e judiciário. Mais uma vez verificamos o golpe profundo sofrido pelo estado, que se mostrara incapaz de por sua ordenação jurídica reger aquêles assuntos ora confiados às organizações internacionais.

Diante de tudo quanto observamos até aqui, revelando que o estado vai perdendo as notas que o caracterizam<sup>26</sup> e, pois, vai desaparecendo a pouco e pouco, enxergamos dois aspectos das novas questões que se apresentam: **Primeiramente**, não estamos diante de crise do estado, **sòmente verdadeira** se os fenômenos fôssem temporários, mas nos defrontamos com a morte do estado; em segundo lugar, **não divisamos o superestado a substituir a sociedade que sucumbe. O superestado seria nova edição de instituições já ultrapassadas com o estado.**<sup>27</sup>

---

26. ATALIBA NOGUEIRA, *Lições de teoria geral do estado*. São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1969, pp. 46 a 67.

27. A primeira vez que me feriram a atenção alguns dos fatos que patenteiam a impossibilidade do estado cumprir a sua missão e que demonstram perder até notas que o caracterizam, entendi que se caminhava para o *superestado* (*Lectio de sapientia*, na Universidade Católica de Campinas, 8 de março de 1943; *O pan-americanismo e o superestado americano*, in *Revista do Instituto histórico e geográfico brasileiro*. Rio de Janeiro, 1949, vol. 195, pp. 35 a 41. Entendi que se dirigia para o governo mundial.

Posteriormente, verifiquei que jamais poderia existir o superestado, que não passaria, aliás, de estado em grande tomo, se acaso pudesse surgir. Nem, conseqüentemente, governo mundial.

Assim, até 1961, o meu programa de ensino, no curso de bacharelado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, manteve um dos pontos derradeiros *O estado e o superestado*. A partir do ano seguinte, quando refundi o programa, na terceira e última parte, rejeitei o superestado e passei a cogitar de *A superação do estado* (1962, pontos 29, 30 e 31). Já em 1963, coloquei como terceira parte o *Perecimento do estado* (pontos 41, 42 e 43).

Todos os programas foram impressos no início do ano respectivo.

Segue-se indagação ingênua: Caminhamos para a anarquia, como parece indicarem os movimentos subversivos em tôda parte do mundo, a generalizada insegurança dos direitos, a perversão das instituições políticas, econômicas e sociais?

Não é exato.

A tudo que apontamos acrescenta-se o anacronismo do estado onisciente, do estado enciclopédico, na época do tecnicismo e da especialização, como ensina o douto BALLADORE PALLIERI.<sup>28</sup> Sob o pêso de competência que abrange tudo, sucumbe o estado pela sua incapacidade de a tudo prover. Cumpre mal a sua tarefa, quando cumpre.

Nada de anarquia. O homem não prescinde da sociedade, a sociedade exige o direito, o direito exige a autoridade. Eis a *sociedade política*. Ela, sim, tem que existir sempre: a sociedade política. A forma de organizá-la, porém, varia de época para época e de lugar para lugar.<sup>29</sup>

Nem sempre existiu o estado. É êle criação do Renascimento. É por isto que o desconheceu o mundo antigo e o medieval. Ainda nos últimos tempos da idade média, quem poderia prever que ao desaparecerem as formas

---

28. G. BALLADORE PALLIERI, *Problèmes juridiques de la CECA*, cit., p. 15.

29. Com a devida venia dos mestres cuja opinião é contrária, não é possível confundir *sociedade e estado*, como aliás eu próprio confundi nos primeiros anos de ensino (cf. o meu trabalho *O estado é meio e não fim*. São Paulo, Saraiva, 3.<sup>a</sup> ed., 1955), passim.

Entre as numerosas formas de sociedade estão as *sociedades políticas*. Estas por sua vez também assumem formas as mais diversas. A sociedade política é que não pode deixar de existir. Uma das suas formas é o estado. Surgiu no Renascimento e não antes. Poderá desaparecer para dar lugar a outras formas de sociedade política.

É anacronismo denominar *estado* às formas de sociedade política do mundo antigo. Daí a dificuldade e a divergência dos que se propõem traduzir, por exemplo, o vocábulo *polis*. Para alguns é o *estado*, para

políticas então existentes havia de surgir em seu lugar o estado?

Também não existe o estado nos dias de hoje por tôda parte. Há várias formas de sociedade política nesta nossa época: para nos referirmos sòmente às mais conhecidas — emirados, sultanados e tribos. Existem tribos nas cinco partes do mundo. Na Europa, ao norte da Suécia, Noruega e Rússia, aliás tribos nômadeas. Ora, ninguém dirá que são estados. Mas são sociedades políticas.

Podemos ponderar também que se espalham por tôda parte de cada vez mais as *empresas multinacionais*. É sobe-

---

outros a *cidade*. FUSTEL DE COULANGES, o insigne historiador, assim denominou a sua conhecida obra: *La cité antique*. Paris, 1864. Historiadores e juristas modernos, afeitos ao nôvo vocabulário do direito público, verificam que *polis* não é nem cidade, nem estado, nem *estado-cidade*, nem *cidade-estado*.

O que se conclui do conhecimento daquela sociedade política de determinada época da Grécia antiga, é que o vocábulo é intraduzível. Desde que não existe mais o que os gregos denominavam *polis*, também não temos palavra que lhe corresponda. O principal, porém, é que os característicos da *polis* não são os mesmos do *estado*, como se verifica do cotejo das aludidas instituições políticas. Não sendo possível traduzir a palavra, havemos de empregar sempre *polis*.

Diga-se outro tanto do *tiranado*. *Reino*, *império*, *principado*, etc., são formas de *governo*, não são formas de *estado*, vocábulos que nada têm de unívocos.

Também em Roma a forma política nas várias épocas não se assimila ao estado. Foi o império, ou melhor, o imperialismo da cidade de Roma sôbre boa parte do mundo então conhecido.

Poder-se-ia referir a palavra *status*, que se encontra no início do *Digesto*.

Mas, convém atentar bem no texto do direito romano (D, I, 1, 2): *publicum ins est quod ad statum rei romanae spectat* (*Corpus iuris civilis*. *Digesto*, ed. THEODOR MOMMSEN, *Berolini*, apud WEIDMANNOS, 1905). Traduzo por esta forma: Público é o direito que diz respeito ao *interêsse* da república.

jamente comprovado que tais empresas entram em conflito com a soberania do estado.

---

O referido texto de ULPIANO é assim traduzido por REYNALDO PORCHAT: “Direito público é aquêle que se refere ao estado dos negócios romanos, isto é, do govêrno da república” (*Curso elementar de direito romano*. São Paulo, Duprat, 1907, vol. I, pág. 208).

BENTO DE FARIA, ao traduzir a obra de MACKELDEY, assim põe em linguagem: “Público é o que diz respeito ao estado da coisa romana (república)” F. MACKELDEY, *Elementos de direito romano*, tradução de A. BENTO DE FARIA, Rio de Janeiro, J. Rib. dos Santos, 1907, parte geral, n. 24.

A palavra *estado*, portanto, no direito romano, não se traduz por “sociedade política” e nada tem de comum com o vocábulo de hoje. Este, “quase” bem empregado por MAQUIAVEL, sômente se apresenta com tôdas as suas notas características nos tratados de Westfália (1648).

Assim mesmo, a generalização do uso rigoroso do conceito não foi rápida, sendo empregada a palavra, durante logo tempo, em sentido bem *diferente do que hoje significa*. No direito português, por exemplo, encontramos *estado* da Índia, *estado* de Gôa, *estado* do Brasil, *estado* do Maranhão etc.. Em outros direitos públicos da época: *Estados gerais* dos Países Baixos.

A pulverização da sociedade política na idade média criou numerosas formas, nenhuma das quais apresenta as notas características do estado.

Não enveredemos, repito, para as formas de govêrno: reino, império, principado, etc. Não são formas de estado. O vocabulário jurídico atual não tolera mais tais confusões. Ou então nunca construiremos a ciência do direito público. Sômente agora é que buscamos concertar o vocabulário, não por acôrdo dos especialistas, o que não ofereceria rigor, mas apenas comodidade; é por exigência da *definição* de cada instituto e o emprêgo rigoroso de cada vocábulo.

Já não é possível continuar-se também com a confusão entre estado e nação; nação, povo, população; estado e país; federação e descentralização; cidadania e nacionalidade etc.

Cf. as minhas *Lições de teoria geral do estado*. São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1969. Às pp. 41 e ss., exponho a origem do estado.

Vários dos seus aspectos foram estudados recentemente por RAYMOND VERNON, professor em Harvard.<sup>30</sup> Considera os investidores estrangeiros nos estados em desenvolvimento e nas superpotências econômicas. O curioso é referir-se, em seu estudo, a “fôrças ocultas atuantes”.

Vamos ater-nos às conclusões a que chega. Filia-se ao grupo dos que preconizam “uma entidade empresarial de âmbito mundial, que seria orientada e fiscalizada por algum órgão supraestadual.” E acrescenta: “As emprêsas de âmbito mundial realmente parece merecerem um regime em que se sujeitam a autoridades de âmbito tão amplo quanto o seu.”<sup>31</sup>

Outro fato que chama a atenção para a tese que sustentamos é o referente aos direitos fundamentais da pessoa humana.

É domínio hoje defeso ao estado, ainda que êle teime em pretender impor-se como definidor e garantidor único de tais direitos.

A verdadeira vida do homem, a sua vida moral e a sua liberdade são direitos seus, unicamente porque nasceu homem. Desenvolvem-se fora de todo coletivismo e fora de tôda ordenação jurídica do estado. A circunstância de não serem sancionadas pelas normas do estado significa que não acompanham a sorte e a mutabilidade com que se apresentam as normas estaduais.

É por isto que hoje se regressa ao compêndio de tais direitos à parte da enumeração acolhida pelas constituições políticas. São declarações e não leis do estado, princípios e não normas do estado. Diante dêles o estado tem que estacar.<sup>32</sup>

---

30. RAYMOND VERNON, *A emprêsa multinacional*, in *Diálogo*, revista da Embaixada Americana do Rio de Janeiro, vol. III, n. 1, pp. 29 a 37.

31. RAYMOND VERNON, *op. cit.*, p. 37.

32. G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello stato*. Padova, CEDAM, 2.<sup>a</sup> ed., p. 235.

O certo é que se caminha, neste assunto como em outros, para o âmbito internacional. Os direitos do homem já saem da esfera dos estados.

A mais notável de tôdas é a “*Declaração universal dos direitos do homem*”, adotada e promulgada pelas Nações Unidas, ainda em Paris, em 1948.<sup>33</sup>

No tocante aos estados componentes daquela organização, comprometeram-se todos a assegurar em cooperação com ela o respeito universal e efetivo daqueles direitos e liberdades fundamentais.

Por último, resta-nos indagar se a nossa tese é marxista. Vamos analisá-la sob êste prisma, ainda que tôda a nossa demonstração só se baseasse na *história do estado* e não na *história das idéias políticas*, pejada, como tenho dito sempre, de aberrações da inteligência humana. É de pouca serventia a *história das doutrinas políticas*.

Na verdade, CARLOS MARX, ao fundamentar o materialismo histórico na realidade econômica como realidade fundamental, associa ao perecimento da sociedade capitalista a extinção do estado.

Mas o faz em caráter hipotético. Sem dúvida a hipótese é admitida nos métodos científicos. Importa, porém, verificar em que se baseia o cientista.

Afirma que tudo depende da realidade econômica. O mais são realidades derivadas, o estado, o direito, a religião, a arte, a filosofia etc. Assim, ao término da sociedade capitalista, tais concepções se desenvolverão ou não, adequando-se à nova estrutura econômica. As que se não adequarem desaparecem. Entre elas menciona o estado.<sup>34</sup>

---

33. Cf. a minha tradução da “*Declaração universal dos direitos do homem*”, in *Lições de teoria geral do estado*. São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, pp. 136 e ss. Algumas traduções em linguagem são claudicantes, por exemplo, quando confundem “ordem” e “ordenação jurídica”. Ora, a *ordenação jurídica* tem por objetivo a ordem. Não é possível confundi-las. E, como esta, outras imperfeições.

34. Cf. exposição sucinta nas minhas *Lições de teoria geral do estado*, cit. pp. 218 e ss.

Não aceitamos tal hipótese porque, bem ao contrário, a realidade fundamental é a realidade espiritual; porque, ainda, é falso que a realidade social caminha fatalmente para o comunismo<sup>35</sup>, porque, a final, o perecimento do estado, que também entrevemos, é devido à sua natureza contingente, não necessária e à sua origem empírica, histórica, não lógica. Surgiu o estado com certa ordenação jurídica; ora, o direito positivo nem é imutável nem eterno.

*Asseveramos que o estado vai perecer porque os fatos da vida política interna no oriente e no ocidente e também da vida internacional nos mostram os sintomas do seu transpasse e não porque tal ou qual doutrina o preconize.*

Para onde caminhamos? Qual será a futura forma da sociedade política?

Como já dissemos, igual previsão não foi possível no final da idade média e a nova forma surgiu no Renascimento. Só se previa a extinção do regime político feudal. O mais era imprevisível.

Assim também hoje. A mudança das estruturas há de ser profunda. As fronteiras dos estados já não são mais adequadas para conter as instituições que regulem globalmente a vida social. E tais instituições hão de ser múltiplas, ao contrário do estado, que pretende monopolizá-las.

A religião, a educação, a ciência, a economia, o trabalho, a agricultura, a indústria e o comércio, a higiene e saúde, os transportes, a segurança pública, a defesa militar, principalmente a bomba atômica e os mísseis, tudo parece que há de ser regido por setores diferentes e autônomos entre si.

Longinqüamente as Nações Unidas, a Unesco, a Otr, o GATT, a CECA, o Mercado Comum, a Euraton, o Comecon

---

35. Idem, pp. 221 e 222.

dão idéia de algo do que talvez venha a ser a ordenação jurídica da sociedade política do futuro.

Aos políticos, aos estadistas, aos juristas e a outros técnicos incumbe a tarefa de inventar formas e institutos jurídicos para regerem os interesses diversos e superiores aos dos estados.

Sejam convictos de que a tendência é para a organização pública internacional.<sup>36</sup> e <sup>37</sup>.

---

36. G. BALLADORE PALLIERI, *Verso l'organizzazione pubblica internazionale*, conferência na Universidade de Nápoles, in *ius*, publicada a cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Milano, Vita e Pensiero, 1961 (giugno), ano XII, fasc. II, p. 165 e ss. WOLFGANG FRIEDMANN, *De l'efficacité des institutions internationales*. Paris, Armand Colin, 1970.

37 Não se trata de sutilezas, mas de fenômeno jurídico fundamental: a época das obrigações convencionais entre os estados vai sendo superada pela quadra da criação de instituições públicas, muito embora também estas hajam surgido de obrigações convencionais.

# O fator econômico como propulsor da Ciência Jurídica.\*

*José Pinto Antunes*

Professor catedrático de Direito Econômico  
da Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo.

A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo está em festas para receber condignamente os eminentes advogados brasileiros.

Sabemos a que vêm VV. Ex.<sup>as</sup>, mas o agradecimento, que nos trazem, pela concessão dos nossos salões para as sessões solenes de abertura e encerramento do certame, coincide com o destino e a obrigação desta Casa de estar presente e participar dos movimentos nacionais quando, principalmente como nesta ocorrência, discute-se uma nova ordem jurídica para um país que se desenvolve economicamente, em passadas de gigante.

A propósito, Ex.<sup>as</sup>, o Diretor, suprimindo a sua humildade, recebe VV.Ex.<sup>as</sup> nesta Sala, sob o patrocínio do Visconde São Leopoldo, onde a presença, hierática, dos grandes mestres desta Casa, recordam a participação continuada dos nossos juristas nesta obra, mais que centenária, de traçar e retraçar as normas jurídicas que os fatos novos, em sucessão contínua, vão pedindo à ciência dos jurisconsultos.

Somos nós, pois, que agradecemos o chamamento para participar, com o nosso acervo, nesta obra estrutural ao serviço da pátria comum, nesta semana que se ultima.

---

\* Discurso proferido na abertura da IV Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no salão nobre desta Faculdade, de 26 a 30 de outubro de 1970.

Em verdade, em todos os tempos, o fator econômico constituiu a força geradora de novas normas jurídicas e, continuamente, o instrumento propulsor de uma ordem jurídica que se unifica e universaliza. A ciência jurídica se amplia e completa, assim, ao seu impacto.

No início desta história, já a extorsão fiscal dos colonos, ocasionando o êxodo para a cabeça do Império Romano, determinara relações sociais novas entre patrícios e plebeus, não previstas pelo seu velho direito e, então, pela ação do *pretor peregrino*, inspirado pela ciência dos jurisconsultos, novo direito foi se elaborando e uma nova ordem jurídica se estruturou para se ajustar aos novos e inusitados fatos. O *jus gentium* carregou-se, então, desta universalidade que já anunciava a ciência jurídica, e com a qual os romanos passaram a disciplinar as relações privadas dos povos de costumes os mais diversos, como acontece, ainda hoje, com o código civil japonês.

Prossegue o fator econômico na sua força geratriz quando, *na idade média*, expande-se o comércio nas cidades italianas e o *ato de intermediação* não encontra, naquêlê direito, a disciplina que necessita para sua vivência. São os próprios interessados que formulam as suas próprias normas de conduta, uma auto-disciplina de classe, fenômeno que vai-se repetindo na história do direito, onde uma norma social, elaborada pelos próprios interessados, vai se antecipando do posterior reconhecimento e formulação, pelo poder político da comunidade, de uma nova ordem jurídica *ajustada* aos novos fatos sociais gerados pelo desenvolvimento econômico.

“Ex facto oritur jus”, já ensinavam os romanos e “até numa quadrilha de gatunos são necessárias normas que dividam o espólio das vítimas”, diz HUGO GROTIUS, citando ARISTÓTELES.

Todo fato econômico é um ato jurígeno e o direito consequente, que se impõe, nasce, quase sempre, da própria convenção da sociedade carente da disciplina, antes que o

Poder político ou o Estado o reconheça e o integre na sua ordem jurídica cogente. Trata-se da continuada elaboração da norma social em complemento necessário ao tardio direito legislado.

O Direito Comercial, o *jus mercatorum* da idade média, foi o fruto espontâneo desta sociedade de intermediadores, de corretores (corretores), que iam e vinham, na faina de lucrar, equilibrando produção e consumo, elaborando e estendendo os mercados. Pelas estradas, cobriam-se de poeira e dos melhores eram escolhidos os juizes, juizes pés de poeira, *pies powders*, para decidirem os desajustes sociais oriundos do intercâmbio comercial, até então desconhecido na sociedade e conseqüentemente do direito vigente. Elaborava-se, assim, ao impacto do novo fator econômico, o *ato de comércio*, um novo direito carregado de generalidade e conseqüente universalidade e que, devido a estas características, iria influir, até nossos dias, no aperfeiçoamento das normas de direito privado, elevando-as à categoria do científico, porque comuns a todos os povos, transmutadas, como foram, pela assinalada universalidade no espaço e no tempo. O Direito privado universalmente se unifica pela força, ao mesmo tempo revolucionária e ordenadora, do fator econômico.

No século XIX, continuando o nosso escorço histórico, no século XIX continua a transformação jurídica, neste paralelismo, que vimos examinando, da expansão das relações sociais, concomitantemente com a necessidade da sua disciplina jurídica.

O capitalismo industrial, complementando o comercial da idade média, traz uma revolução nas relações entre os fatores da produção. Ao artesão, titular dos instrumentos de produção, sucede o operário, escoteiro do capital que fica em mãos diversas. A empresa, unidade última da produção, elabora a nova combinação dos fatores produtivos e o titular do trabalho, subordina-se ao do capital, pelo vínculo jurídico, o contrato individual do trabalho subordinado,

forma inusitada de relação social que definirá o desenvolvimento econômico de então até os nossos dias.

O capitalismo privado traz o conflito de interesses entre quem tem o capital, mas sem os meios de fazê-lo eficiente, pois a concorrência pede a redução continuada do custo da produção, dependente, por sua vez, das máquinas (capital), que mãos diversas detêm (capitalistas).

O conflito destes novos interesses desconhece o direito legislado. A luta de classe evidencia a deficiência apontada. A greve, os braços cruzados dos operários, exprime a reação dos economicamente subordinados. O Estado liberal, ausente por definição, ocasiona a solução pelos próprios interessados. E mais uma vez, na história do direito, encontra-se na auto-disciplina grupal a elaboração da norma jurídica social para solução do conflito para cuja solução não estava ainda o Estado aparelhado.

O *contrato coletivo*, a modo de um tratado de paz, pondo termo à greve, elaborava, ao mesmo tempo, o novo direito social, para disciplina das novas questões, oriundas das novas relações criadas pela produção econômica por via da empresa.

Mas este mesmo *Direito social do trabalho* que, avançando pelo século XIX afora, nos princípios do século XX, marca e define as ordens jurídicas com o seu característico e que, mais ainda, com as "Cartas de Trabalho", postergando os direitos políticos, fundamentaram popularmente, as ditaduras fascistas, está com os seus dias contados pela falta do objeto que lhe é dia a dia retirado na *revolução tecnológica das fábricas sem operários*.

O *Direito do Trabalho*, como disciplina jurídica da subordinação empregatícia, perde o seu objeto, porque os escravos eletrônicos eliminam, cada vez mais, o pessoal subordinado à empresa.

É fato que a ordem jurídica sofre os abalos profundos no capítulo, ainda incipiente, do setor público. Novamente se pergunta a quem devem pertencer os instrumentos de pro-

dução quando, agora, mais do que antes, sua titulariedade ameaça os meios de sobrevivência dos sem capital, dos titulares exclusivos da força de trabalho. O problema da socialização dos instrumentos de produção se repõe na história com gravidade inusitada, pois a máquina já está produzindo a própria máquina, neste desdobramento do fenômeno econômico que poderíamos chamar, à semelhança do biológico, da partenogênese mecânica.

A *nossa profissão*, senhores advogados, toma um sentido diverso, mais carregada de responsabilidade e mais exigente de ciência. Ao invés do patrocinador de causas, do advogado no forum, em debate judicial, a nova ordem econômica, estruturada em grandes empresas, trustes e cartéis, pede o conselho acertado para sua formação e desenvolvimento, a fim de que a sua ascensão econômica não seja desviada do econômico para o judicial, que é onus, não compensa, nada tem a ver com o lucro que a orienta e empolga e, muito ao contrário, impede a propaganda, a conquista dos mercados que se estendem e unificam.

Não há tempo para o judiciário no mundo dos negócios. O Direito Processual perde o seu porquê, pois é também cânone da economia moderna o preceito da prudência ensinada pela sabedoria popular: “mais vale um mau acôrdo que uma boa demanda.. ” O bom conselho anula a hipotética disputa. No forum, já rareiam os grandes feitos..

A *nossa profissão* se requinta, sem dúvida, a modo da Roma antiga, onde o povo amanhecia às portas dos juriconsultos, em demanda dos conselhos para prevenção dos conflitos e a paz, que fluía dos seus aforismas, dava-lhes a honraria de eminentes homens públicos.

O Direito preventivo prefere ao repressivo.

Mas o excesso da prevenção toma conta, também, dos responsáveis pela ordem pública. A doutrina da *segurança nacional*, para prevenir e combater o terror, contrasta, hoje, com a medida preventiva em prol dos direitos individuais que, desde 1215, constituía a maior conquista da dignidade

humana traduzida em norma jurídica. O coletivo e o individual chocam-se, assim, na técnica da proteção e cabe à ciência do direito, como um novo problema, a solução conciliatória dos dois interesses, igualmente, necessitantes de adequada proteção.

É no campo do *Direito Constitucional* onde se embatem as nossas concepções de reformulação da ordem jurídica em busca da melhor justiça. O *Direito das gentes* empalma hoje a responsabilidade de garantir os Direitos individuais universalmente porque, na esfera nacional, a sua garantia demonstrou ser precária. A doutrina da auto-determinação dos povos, sustentada enfaticamente pelas ditaduras, revelou a insuficiência da proteção da dignidade humana pela ordem jurídica nacional. Os operários, pela parte XIII do Tratado de Versalhes, em 1919, já tiveram a intuição, em relação aos seus direitos, de que somente a garantia internacional daria eficiência às suas conquistas. Hoje são os direitos do homem e do cidadão que pedem ao Direito Internacional Público a última palavra no amparo às continuadas ameaças ou ofensas às suas garantias. Ao Direito das gentes cabe, assim, a guarda do capítulo primeiro da ordem jurídica, pois os demais constituem, simplesmente, a mecânica da sua realização.

### Senhores advogados.

Desculpem-me a impertinência. O professor traz o hábito do cachimbo e faz preleção sem querer e mesmo sem propósito, mas, no caso, teve a finalidade de prolongar a presença ilustre de VV. Ex.<sup>as</sup> nesta Casa que foi e deseja que seja sempre o cadinho onde se funde o ouro da ciência jurídica, traçando e retraçando o sistema legal que assegura a todos os brasileiros o progresso, mas com a dignidade individual assegurada pelo Estado de Direito.

Muito obrigado pela honrosa presença de VV. Ex.<sup>as</sup>

## Seabra Fagundes, doutor honoris causa.

*Ataliba Nogueira*

Catedrático de Teoria do Estado na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

A modéstia do nosso homenageado, segundo entrevejo, vai levá-lo, em seu discurso, a deixar-me a mim em situação difícil. É a sua primeira e maior virtude. Por isto mesmo fui bem atento à voz da prudência para limitar-me aqui aos fatos da sua vida sobejamente comprovados.

Tanto mais que a minha palavra, por nímia gentileza dos douts colegas, é a de toda a congregação.

O ilustre jurista, portanto, nem sequer poderá alegar que não recebe o preito como pessoal para endereçá-lo a alguma das corporações a que é honrosamente ligado.

A congregação quer homenagear precisamente um dos maiores juristas brasileiros, Seabra Fagundes.

Não nos pode atingir, assim procedendo, nenhuma crítica por preconizarmos o culto da personalidade. Sem eiva de individualismo, não dissolvemos a pessoa no grupo. Em meio dêle ressaltamo-la. Esbatemos, nos quadros da vida, o homem.

Nêste caso, é à sua personalidade grandiosa, a sobreparar no campo das letras jurídicas nacionais, que nêste momento a Faculdade de Direito cola o grau de doutor.

A doutrina que perfilhamos, límpida e harto comprovada, ha muito nos trouxe a convicção de que *fato não*

---

\*. Discurso proferido em nome da Congregação, na sessão solene de outorga do título de doutor "Honoris Causa" ao professor Seabra Fagundes.

*gera fato.* A causa eficiente do fato social é a vontade do homem. Ha antecedentes e consequentes, mas a causa única é a vontade do homem.

Também é verdade que esta vontade em nada se assemelha ao *fiat* genesiaco, pois é condicionada. Sòmente a vontade divina não é sujeita aos condicionamentos. A humana tem que contar com as condições de tempo, de lugar e outras. Mas, sem a resolução do homem nada se consegue. É êle o autor do fato social. Analisem-se os fatos históricos. Eles têm antecedentes e consequentes; a sua causa única, porém, é a vontade humana.

A sua personalidade, senhor desembargador Seabra Fagundes, impressionou esta casa do direito. Não apenas despertada pela sua presença em banca examinadora de concurso, mas os seus ensinamentos já de longa data, a sua posição de relêvo nos círculos do direito, as suas interferências na vida jurídica do Brasil. Cinge-se sempre a sua constante atividade ao campo do direito. Nem sequer se pode invocar a exceção confirmadora da regra, mesmo aí a sua investidura nos postos e as suas atitudes não cavaram brecha para por ela inserir-se a exceção. Sempre o homem do direito.

Nêste momento da vida nacional, juntamente com outros notáveis juristas, avulta a figura austera de Seabra Fagundes.

Como jurista, em seu papel de jurista, sem o mínimo matiz político, a sua palavra tem sido a de vigilante defensor dos direitos. Tem reivindicado a posição dos homens da lei no respectivo sector, sem a desnecessária e por vêzes errônea interferência dos que, movidos do mais patriótico propósito, contudo não têm a indispensável formação, o verdadeiro alcance da grandeza do direito; dos que, defendendo embora outros direitos, não compreendem que importa fazê-lo sem ofensa a direitos fundamentais.

São outras tantas teses, que constituem o acêrvo doutrinário de uma das mais nobres e mais antigas profissões, que sòmente desaparecerá no dia em que desaparecer da terra a vida social. Pode perecer o próprio estado, mas a sobrevivência do homem reclama como necessária a vida social e esta o direito e êste os seus cultores, defensores e garantidores.

A terra adusta do soberbo Rio Grande do Norte, que já deu ao Brasil heróis na guerra e martires da ciência nos tempos de paz, presenteou à Pátria o nosso ilustre homenageado, valente potiguar da grande nação tupi. Dai o seu vezo de não querer ser cativo.

Torna saliente o seu nome na terra natal, por sinal que na sua cidade de Natal. O mais foi projeção dali para o Brasil todo.

Adquirindo nomeada entre os colegas de advocacia, é escolhido para juiz do Tribunal Regional de Justiça Eleitoral criado em 1932.

Em 1934 é nomeado pelo presidente da República procurador do mesmo tribunal, cargo criado pela nova Constituição federal (1934).

Como advogado, ainda, indicado pelo quinto, passa a integrar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 1935, nêle permanecendo durante quinze anos.

Em tão alta posição exerceu também a presidência do Tribunal Regional Eleitoral e, a seguir, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Quando no Tribunal Eleitoral vem colhê-lo o decreto referendado pelo nosso saudoso amigo e colega Sampaio Doria, ministro da Justiça, nomeando-o interventor federal em seu estado no ano de 1945.

Apenas instalada a Assembléia Nacional Constituinte, Seabra Fagundes é nomeado consultor geral da república,

cargo que exerceu somente enquanto durou a constituinte de 1946.

Reveste-se de nôvo com a toga em seu pretório, onde permanece ainda por alguns anos. Mas outros meios jurídicos nacionais reclamam a sua presença. E a capital do Brasil era o Rio de Janeiro. Instala-se ali. De acôrdo com o seu feitio e o seu desejo, é apenas advogado. Não demorou muito e passa a integrar o conselho seccional da Ordem no então distrito federal (1953). No ano seguinte, é o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. Do término do seu mandato até hoje é membro nato do conselho federal.

Simultâneamente ocorre um fato histórico que abalou o povo brasileiro e em virtude do qual assumiu o govêrno federal o vice-presidente da república, JOÃO CAFÉ FILHO.

É com emoção que recordo a imponente figura moral do meu caro colega na constituinte de 1946.

Convivemos durante cinco anos. Conhecemo-nos bem. Fomos bons amigos, embora pertencentes a partidos diversos. Um no partido social democrático e CAFÉ FILHO no partido progressista. Político dos mais combativos, defensor imperterrito do direito e da justiça, lutou sempre como bravo. Nunca abjurou das suas convicções democráticas. Curtiu a dor, as prisões, as arbitrariedades, tudo porém em holocausto ao futuro do Brasil, que êle queria grande, forte, próspero, mas sobretudo mansão da Justiça. Pobre, rábula dos pobres, nada fêz calar a sua voz de defensor da causa dos injustiçados. Afinal, o exílio duro e feroz suportou-o sem perder a esperança, sem desistir da luta. E o exílio foi a véspera do seu triunfo.

Eleito representante do povo do seu estado na constituinte de 1946, colaborou ativa e eficientemente na reconstrução jurídica do Brasil como nosso companheiro na grande comissão constitucional. O povo brasileiro sufragou nas urnas o nome do candidato do partido progressista para vice-presidente da república. As circunstâncias históricas levaram-no à presidência da república.

Entre as expectativas surgidas com a ascensão de CAFÉ FILHO, maximè em momento tão delicado, havia a da escolha do ministro da justiça.

Recaiu, não no seu conterrâneo, não no presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, não no antigo desembargador, mas em Seabra Fagundes, o jurista culto, reto, seguro, calmo, que das entranhas da sua modéstia e da firmeza do seu caráter retira sempre as fôrças para os rudes combates do direito.

Nos poucos mêses em que exerceu tão altas funções, correspondeu ao juízo que dêle faziam os advogados, seus colegas e seus admiradores. Desde a escolha do chefe de policia, a quem impoz preceito de garantir a ordem sem violências.

Volta ao exercício da profissão. É sócio honorário da Associação dos magistrados brasileiros; membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros; membro da Associazione di studiosi di diritto processuale civile; sócio honorário do Instituto dos Advogados do Amazonas; membro do Instituto brasileiro de direito processual; membro do conselho diretor do Instituto de direito público e ciência política da Guanabara; membro do Conselho técnico de economia e finanças do ministério da fazenda. É também sócio “honoris causa” do Instituto dos advogados do Amazonas.

Em 1952 recebe o prêmio TEIXEIRA DE FREITAS do Instituto dos Advogados Brasileiros, que, finalmente, no corrente ano, o elege seu presidente. A centenária e prestigiosa associação de classe deu-lhe, portanto, a merecida posição de tanto realce.

Tem tomado parte ativa em todos os congressos jurídicos brasileiros e nas Conferências Nacionais da Ordem.

Sobre todos estes fatos poisou as suas vistas a velha Faculdade de Direito de São Paulo e compreendeu que no seu culto à personalidade não havia de esquecer quem, além

disto, vem ensinando a mais de uma geração o direito e o amor ao direito, a justiça e as suas relações com o direito.

Etimologicamente, quem ensina, *qui docet*, é o *doctor*. Se neste instante vai conceder-lhe o título honorífico de doutor, o que faz é reconhecê-lo no jurista que com aquelas qualidades excepcionais se firmou no conceito geral. Já possui — esta é a verdade — o *ius ubique docendi*.

Mesmo sem a laurea universitária, Seabra Fagundes já conquistara a *licentia legendi, disputandi, docendi... hic et ubique terrarum*.

Entre nós, como disse, já tomou assento em banca de concurso para cátedra.

Os seus livros são repositórios de saber. Cada qual deles surge no momento em que a sua perspicácia verifica que é preciso iluminar o caminho para os seus colegas. Ele o mais douto, digo-o eu, pois a sua modéstia jamais o levaria a pensar assim.

Quando desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 1941, aos 30 anos de idade, publica a sua obra *o contróle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, já em quarta edição. Teve a ternura de dedicá-la à memória de seu pai João Peregrino da Rocha Fagundes.

Assunto vivo, palpitante. É na verdade o seu programa de jurista, esteja nesta ou naquela situação, seja magistrado, advogado, ministro de estado ou mero analista de situações de fato.

Preocupa-o sempre a revisão dos atos administrativos.

O estado ou quem age em seu nome também pode errar; já não me refiro aos que erram deliberadamente. Subtrair-se à revisão dos seus atos, nos termos da lei e pelo poder judiciário é que se não coaduna com o *estado de direito*. Torna-se o estado por tal proceder autocrático, totalitário; é o panestadismo.

A literatura nacional não conhecia estudo nenhum especializado e os tratadistas de direito administrativo, tão justamente elogiados pelo cultivo de outros institutos da-

quêle ramo do direito, não se demoraram nunca no assunto referido.

Foi grandiosa a sua lição tão original, primeiramente pela sistematização da matéria e colocação dos princípios; depois, pela mole de leis e outros atos legislativos e executivos examinados e classificados. Uma vez assim estabelecida a ordenação jurídica brasileira, passou, a seguir, para o exame e crítica da também dispersa jurisprudência. Obra bem nacional.

Coisa notável. O seu texto não inclui nenhuma citação e, menos ainda, transcrição de autores nacionais ou estrangeiros. É somente a lição do mestre, de comêço ao fim das quase quinhentas páginas.

Descontem-se, porém, as notas de roda-pé. É o aparato crítico. Soberbo, abundante, erudito, em que invoca para lhes aceitar ou rejeitar a opinião, as maiores autoridades que se preocuparam com o assunto, aqui e allures.

Esmiuça as discussões nos tribunais e analisa a matéria vencedora nos acórdãos.

A linguagem clara, o estilo fluente e nobre, sem o emprêgo de vocábulos abstrusos.

Do bôjo desta obra havia de sair outra, pois o remedio processual destinado a possibilitar o ajuizamento de relação jurídica pela administração, ou contra ela, compreende o processo judicial da desapropriação.

A sua obra *Da desapropriação no direito brasileiro*, já em segunda edição, veio à luz em 1942, logo em seguida à edição da nova lei, que até hoje ainda rege a matéria, embora com várias modificações. Consagra-a o autor ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no cinquentenário da sua instalação. Foi com sobêjo motivo que o Tribunal lhe concedeu o título de *desembargador honoris causa*, quando dêle se despediu.

Com outro método, comenta a lei, artigo por artigo. O valor do seu trabalho reside na firmeza com que elucida o nôvo texto, que mudou profundamente o regime legal das

desapropriações por interesse público, quer no tocante ao direito administrativo, quer quanto ao processo. No corpo da obra insere a opinião dos doutos e o que pôde aproveitar da jurisprudência firmada ao tempo da lei revogada.

Obra tão volumosa quanto as anteriores, pois também atinge as quinhentas páginas, é a dos "*Recursos ordinários em matéria civil*", de 1946. No prefácio, presta homenagem aos maiores que o precederam no estudo destes recursos: PAULA BAPTISTA, mestre do Recife e os professores desta casa, JOÃO MONTEIRO e JOÃO MENDES JÚNIOR.

Não obstante isto, é bem nôvo o trato do seu assunto, pois o recente código de processo civil contava escasso número de comentadores e incipiente apreciação pelos tribunais.

Reparte-se a matéria em textos e notas. Naquêlê está a exposição doutrinária, límpida, didática. Não chegam a meia duzia as citações de nomes. Voltou, pois, ao método primitivo, tornando rico e copioso o excelente aparato crítico. Figuram aqui também as opiniões discrepantes e até os exemplos. Parece que o atormenta a vontade de clareza, que se não perca no hátrato de citações numerosas e longas.

Os *Pareceres do consultor geral da república* constituem o repositório, num volume, da sua opinião a respeito das matérias que lhe foram submetidas pelo presidente da república e por vários ministros. Pareceres firmes e eruditos, totalmente despidos de considerações estranhas ao direito positivo. É o jurista e mais nada.

Fino amante da razão e da verdade, jurisconsulto de suma diligência, não guarda para si os grandes tesouros de erudição, pois os deposita também nos seus artigos e discursos, em proveito dos leitores.

Já nos diz muito a simples tábua das revistas especializadas em que colaborou ou colabora: *O Direito*, *Revista dos Tribunais*, *Revista Forense*, a nossa *Revista de Direito Público* (de São Paulo), *Arquivo Judiciário*, *Revista de Direito Administrativo*, *Revista Brasileira de Estudos Políti-*

cos (de Belo Horizonte), *Revista Jurídica* (de Pôrto Alegre), *Revista de Direito Contemporâneo*, *Revista da Universidade Católica de Campinas*.

Os verbêtes “administração”, na *Enciclopédia do direito brasileiro* e “bitributação”, da sua lavra.

Não cabe aqui nem mesmo mencionar cada qual destas verdadeiras monografias, que versam matérias de muita atualidade e de diversos ramos do direito público e privado. Vão por dezenas e tôdas enriquecem a biblioteca da nossa Faculdade.

Lamento não nos termos conhecido no Rio de Janeiro, por ocasião do Congresso Jurídico Nacional, de 1943. Proferi então o discurso de agradecimento dos congressistas à saudação de PEDRO CALMON.

Naquêlê memorável conclave, o desembargador Seabra Fagundes apresenta tese sôbre a *Proteção do indivíduo contra ato administrativo ilegal ou injusto*. Para a Primeira Conferência Nacional da Ordem dos Advogados leva um trabalho: *A advocacia e a organização judiciária. Relações entre advogados e juizes. O mecanismo judiciário e o progresso técnico*. Sempre se preocupou com temas relacionados com o exercício da advocacia.

Na Terceira conferência, *As imperfeições da elaboração legislativa e o exercício da advocacia*. É o balanço completo da legislação, o seu elenco estatístico, a sua qualidade e quantidade, até a classificação por períodos, para fazer ressaltar os de maior “fúria de dinamismo.” E o Banco de Habitação e o Banco Central compartilham das funções legislativas. Publicou-o na íntegra a nossa *Revista de Direito Público*.

Cheio de apreensões, como sereno analista, comenta, na *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (de Belo Horizonte) e na *Revista de Direito Público*, em trabalho sôbre a federação no Brasil, *A expansão dos poderes federais*.

Chegamos agora aos dois notabilísimos discursos pronunciados no ano corrente, em dois momentos salientes da crônica associativa dos advogados.

O primeiro deles ao tomar posse da presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros. O segundo, quando da inauguração da nova sede do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Há muito de comum na redação diferente de um e outro discurso, varia a forma, com o acréscimo de circunstâncias peculiares a cada qual deles, mas o corpo de idéias é um só e uma só a doutrina.

Nota-se muito de apostolar nas últimas orações do mestre. Convicto da teoria que abraçou e cuja crítica êle próprio repete por vezes, cotejando-a com os fatos novos, parece querer que o secudem os juristas e advogados para o seu triunfo.

SEABRA FAGUNDES deseja evitar que medrem de nôvo os erros do passado, já combatidos em tempo pelos homens do direito e por políticos esclarecidos. Ressurgem hoje sob nomes diferentes e outras roupagens, apresentando-se como alta novidade.

Afirma que as transformações sociais, em especial as econômicas, exigem por certo modificações mesmo nos mais importantes institutos jurídicos anteriores, mas nem devem suprimi-los nem lhes retirar as notas características.

Seja-me permitido, dentro da mesma linha de preocupação, expender o meu pensamento, servido pelo único método que emprego nestes estudos, o indutivo.

De nada nos serve a *história das idéias políticas*, pejada de muitas aberrações do espírito humano. A nós nos interessam os fatos. Destes é que retiramos a doutrina. Assim, a teoria do estado, construída com base na *história do estado*, mostra-nos que tôdas as suas instituições, inclusive a origem do próprio estado, são fruto de mero empirismo. Foram surgindo consoante as necessidades do momento, graças a inteligências criadoras e a vontades decididas.

Cristalizaram-se depois em formas tão precisas que tais instituições podem ser definidas, o que significa que cada

qual delas se apresenta com notas que a caracterizam e não a qualquer outra e sem as quais já não é a mesma instituição.

Assim a *democracia* reveste-se hoje de tais características que buscá-la no passado é impossível. Se se não encontra no passado instituição com as mesmas notas distintivas, é anacronismo falarmos em democracia grega. Do mesmo modo nos tempos atuais só se pode denominar democrática a forma de govêrno que apresente os seus elementos individualizantes.

Definimos *democracia* o regime em que o povo, pelo seu entender livre, toma resoluções concretas em matéria política. Nada aí de vago como govêrno do povo pelo povo e para o povo.

Faltando alguma das notas contidas na definição, exige a lógica que se afirme não se tratar de democracia. Assim, não há democracia nova ou antiga, mas simplesmente democracia.

De outro lado se vê que, conservadas estas poucas notas características, o govêrno democrático pode organizar-se como se quizer, variando de estado para estado e de tempo para tempo.

Como a vontade do povo supõe uma operação aritmética, ou seja a afirmação da maioria, é bem de ver que a maioria pode tripudiar sôbre os direitos das minorias. Aliás, as tiranias democráticas são as mais ferozes que a história conhece.

É por isto que empíricamente foram surgindo instituições de defesa contra estas injustiças da democracia, as quais integram o regime constitucional moderno. Não é possível melhor forma de govêrno que a democrática. Ela porém há de completar-se com outras instituições.

As principais são a divisão do poder e o reconhecimento e as garantias dos direitos fundamentais.

O instituto da divisão do poder baseia-se na distinção entre atos gerais e atos especiais.

O poder público (que aliás é um só) pratica atos *gerais*, os que ditam abstratamente determinadas regras para os que se encontrarem nas condições previstas: por exemplo, a punição de todo aquêlê que praticar determinado fato definido como crime; o pagamento de determinado impôsto ou taxa; a prestação de serviço militar pelo jovem que atingir dezoito anos.

De outro lado, o poder público pratica atos especiais, atos que respeitam individualmente à pessoa ou a casos determinados ou determináveis; por exemplo, a prisão daquêlê que infringiu a lei penal; a execução daquêlê que não pagou o impôsto; a ordem de compêlir para o quartel determinado jovem.

Tudo aconselha e a prudência política prescreve que os órgãos do poder que praticam os atos gerais não sejam os mesmos que perfazem os atos especiais.

Os órgãos do poder público, assim, ao editarem atos gerais, não podem beneficiar os amigos dos seus componentes nem prejudicar os seus adversários ou inimigos. Pois se o ato é geral, todos eles são os seus destinatários.

De outro lado, aos órgãos do poder incumbido da prática de atos especiais, só lhes resta aplicar as normas gerais e abstratas aos casos concretos, sem poderem beneficiar a quem queiram ou prejudicar os desafetos.

Por último, consoante os exemplos referidos, se o prêso alega não haver violado a norma penal; se o executado alega que não deve pagar o impôsto ou taxa; se o jovem prova que ainda não atingiu os dezoito anos, eis ai levantada a contestação.

Quem há de decidir a controvérsia?

Os primeiros órgãos, os legislativos? Mas a sua missão restringe-se à edição de atos gerais e abstratos. Os órgãos executivos? Mas é contra eles que surge a contestação. Se estes houvessem de decidir, de antemão se saberia que quem justamente o que se lhes nega.

Importa haver outros órgãos incumbidos de decidir a controvérsia.

Ambas as partes invocam o seu direito. Caberá, porém, a outros órgãos do poder público dizer do direito, *juris dicere*.

Poderá alguma vez ser fraca e incerta a distinção entre atos gerais e atos especiais; haverá outras vèzes a necessidade de não ser tão rígido o princípio e órgãos de um poder praticarem atos que por natureza seriam do outro. São admissíveis as exceções, portanto, ditadas ademais pela necessidade de articulação entre os chamados três poderes.

Dizer agora que o princípio da divisão do poder é inaplicável na nossa era, em virtude de um rol de argumentos moderníssimos, nupérrimos, é reduzir a *tábula rasa* tôda a experiência política de um século e — o que é pior — regressar, retroceder, recuar, retrogradar aos tempos ominosos, execráveis, negregandos do absolutismo, do poder pessoal ou de oligarquia. Pessoalmente não desejo que os meus atos tenham que ser disciplinados pela lei editada pelo executivo, nem desejo ser julgado pelos mesmos que violam a minha liberdade e os meus direitos.

Os sistema oriundo do princípio da divisão do poder assegura o máximo de garantias para os indivíduos em face do poder. Os tempos modernos, tacteando, encontraram a fórmula da defesa enérgica do indivíduo em face dos arbitrios estaduais.

Voltem atrás sòmente os que abdicam da sua liberdade. Voltem para instituições de outros tempos abomináveis os que não compreendem que se deve resguardar o princípio, muito embora a era nova e a complexidade da vida de hoje alterem, modifiquem, transformem a composição e o funcionamento dos órgãos. Atualizá-los nos acidentes; preservar, porém, o princípio. Isto é tarefa da inteligência.

Um dos característicos do político e maximè do estadista é o poder de invenção. Encontre as linhas de reforma das instituições sem suprimir ou negar ou desvirtuar as realmente necessárias.

Por que dia a dia entre nós e alhures se aprimora, se requinta, se esmera o poder executivo? Os tempos atuais, o progresso técnico, o desenvolvimento exigem que também o poder legislativo e o poder judiciário sofram reformas radicais, se aperfeiçoem, mas sem os desvirtuar, sem apenas mascará-los de poder, sem suprimir-lhes as garantias de bom funcionamento.

A minha digressão, por certo fastidiosa, foi para mostrar que a teoria do estado, sem mescla de filosofia nem de sociologia, pode oferecer os dados *jurídicos* ao político para a atualização do estado, para a segurança, a paz e a justiça no estado. Ela oferece os dados ao direito constitucional.

Posso concluir, sr. desembargador Seabra Fagundes, que descendo dos princípios, a sua atuação tem sido benéfica. Todos sentimos o vivo e proveitoso calor das suas lições, pois a sua personalidade apostolar ostenta juntas e congregadas grande autoridade, largo saber, experiência sobeja, discreta disposição e decidido amor ao Brasil.

E, ainda mais, o seu amor às virtudes sobreexcede ao das letras jurídicas.

Tem sido assim, escusando-se ao lugar de ministro do Supremo Tribunal Federal, abdicando da honraria e dignidade de membro da comissão que elaborou o projeto da constituição de 1969.

Não se prende às posições, vincula-se apenas aos seus princípios rígidos.

De outro lado, os estudos não no colocam em postura contemplativa. Levam-no à ação.

Por tudo isto, os homens do direito, quer os professôres, quer os magistrados, os advogados e outros, ouvem as suas pregações. *Sabem que a educação jurídica decide em boa parte o futuro de um sistema político.*

Exaltando justamente a sua personalidade, não nos move o simplismo dos seguidores dos sistemas totalitários, que repousam a sua fé e a sua esperança num conteúdo sim-

bólico, com suas manifestações de poder externo e sua aparente solidariedade.

A democracia exige antes a compreensão crítica dos acontecimentos políticos de significação. Rege-se a democracia por certas regras, no que respeita à formação da vontade política, na elaboração das leis, desde a escolha dos representantes até a tramitação dos projetos. Este ritual pode ser abreviado, simplificado, nunca abolido.

O regime nazista foi vitorioso pelo apoio recebido das forças conservadoras, que por sua própria natureza lhe eram adversas. Foram movidas por certos ressentimentos contra a ordenação jurídica democrática.

Ora, a ordenação jurídica da democracia constituia a salvação daquelas forças e do estado alemão. Bastava que se emendasse e corrigisse a nociva constituição de Weimar.

Acresce ainda que as forças conservadoras olhavam o futuro por cima da Justiça, quando na verdade as suas ambições haviam de tropeçar na Justiça, haviam de não prosseguir quando ao seu caminho obstasse a Justiça. *Justitia est fundamentum regnorum.*

Sente-se orgulhosa a Faculdade de Direito ao dizer-lhe, senhor doutor Seabra Fagundes, que são mais estreitos agora os nossos vínculos de amizade.

Cultuamos o homem, sim, mas pelas suas virtudes, pelo seu saber e pela sua ação.

Recordando os grandes juristas que enchem o nosso passado e continuam o nosso presente, fomos enriquecidos com o bravo filho do Rio Grande do Norte.

Deus resguarde a sua inteligência, pois ela está a serviço da pátria.

### Agradecimento do Doutor M. Seabra Fagundes.

Quando, três décadas atrás, na singela moldura da minha cara cidade de Natal, dava-me às pesquisas e aos estudos que resultariam na elaboração de *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, e a que seguir-se-iam alguns outros livros e sucessivos trabalhos jurídicos, não poderia imaginar, sequer, nas incertezas que a iniciação pressupõe sempre, a grandiosidade espiritual desta hora.

Não vejo que me pudesse honrar de título mais alto, nem mais enobrecedor, nem mais expressivo do que êste que me conferistes. Porque à eminência desta casa sagrada do espírito jurídico do Brasil, que dos anos incertos do Primeiro Império se projetaria pela paz fecunda do Segundo, e atravessaria tôda a trilha de vicissitudes do período republicano, sempre fiel à sua missão evangelizadora do direito, soma-se a parcimônia com que outorgais a honraria, as duas componentes valorizando-a como um galardão excelso. E digo excelso para dizer o que se me afigura próprio, ainda que me constanja dizê-lo no momento em que sou o seu destinatário, e me arreceie, com leal sinceridade, de estar muito aquém da significação intrínseca da vossa mercê.

Mas êste momento se tece de razões outras que também o elevam, quando me saúda o Professor José Carlos de Ataliba Nogueira. O mestre brilhante de Direito Público, o penalista precursor dos estudos sôbre as medidas de segurança, o parlamentar identificado pela personalidade afirmativa, cuja atuação envolve o trato de temas sérios e de sentido nacional, o titular de postos executivos que neles deixa sempre o traço vigoroso e construtivo da sua passagem. Não tenho em mente, no entanto, apenas o jurista, o parlamentar, o administrador, senão ainda êsse homem no qual o raro talento se mescla à bondade acolhedora e exuberante,

de sorte a permitir-lhe os juízos generosos que vimos de ouvir. Fico feliz por terdes aditado ao nobre sentido da distinção, o calor dessa voz de amizade, tão cara ao meu espírito. Com fazê-lo requintastes na mercê, pois são particularmente benvindos os que não vêm apenas pela mente, senão ainda pelo coração.

Nenhuma instituição cultural no Brasil conta com u'a maior influência na formação nacional do que esta. Não influência internacional, querida e medida, mas influência pelos homens que projetou, ao correr dos seus 143 anos de existência, formados sob a inspiração do respeito à ordem jurídica, com a preservação das estruturas constitucionais e sob o influxo da histórica vocação liberal do povo brasileiro. A Academia nos primeiros tempos, a Faculdade a partir de 1854, não encarnou uma tendência predeterminada no campo filosófico-jurídico. Mas pôde alimentar, pelo exemplo de seriedade dos mestres eminentes que lhe têm honrado a docência e pelo entusiasmo que lhe têm devotado as sucessivas gerações acadêmicas, um clima de amor à instituição, com repercussões positivas quando da presença dos seus bacharéis nos vários setôres em que chamados a atuar.

Aqui não se fixaram doutrinas peculiares, mas se fixou um comportamento. Comportamento que nasceu com a afirmatividade das primeiras turmas, empolgadas no entusiasmo da Nação jovem, ciosa de preparar, ela própria, os seus bacharéis, e, com eles, os seus advogados, os seus juizes, os seus parlamentares, os seus homens de estado. Comportamento que é o reflexo de tôda uma atmosfera espiritual, em que, acima do que pudessem significar uns mestres ou outros, como iminências de exceção, haveria de influir a seriedade do exemplo comum, intelectual e ético, plasmando homens de verdade para um país de grandezas, para um país que, nas dimensões invulgares para o bem ou para o mal, dos seus problemas, tanto exige dos responsáveis pela sua condução.

Por isto mesmo, a presença desta Casa Augusta é uma constante, não apenas na elaboração da cultura jurídica brasileira, mas também nos momentos magnos da história política nacional, nas letras e no jornalismo do país, na educação e no empresariado, sem limitações regionais, cobrindo o Sul e o Norte, o Centro, pois aqui tem nascido parte significativa da elite intelectual do Brasil.

A Faculdade está presente na obra dos mestres formados ao seu calor, ou que nela professaram — Ramalho, Ribas, Crispiniano, Uruguai, Pimenta Bueno, Lafayette, Otávio Mendes, Carlos de Carvalho, Silva Costa, João Mendes Júnior, J. X. Carvalho de Mendonça, Estêvam Pinto, Cândido Motta, Pedro Lessa, Firmino Whitaker, João Monteiro, Almeida Nogueira, Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Estevam de Almeida, Galdino Siqueira, Aureliano de Gusmão, Braz Arruda, João Luís Alves, Reinaldo Porchat, Sá Viana, Astolfo Rezende, Azevedo Marques, Alcântara Machado, Mendes Pimentel, Francisco Morato, Câmara Leal, Spencer Vampré, Sampaio Dória, Waldemar Ferreira, e tantos outros — que têm contribuído, na perenidade do que escreveram para as letras jurídicas do País. Como o está no orgulho juvenil com que Castro Alves, o gênio que tanto marcou a vida paulista nos seus breves anos acadêmicos, dá-se de título, no frontespício do seu primeiro livro de poesias: “estudante do quarto ano da Faculdade de Direito de S. Paulo”.

Na vida pública a sua presença se afirma com os grandes parlamentares, os oradores políticos, os homens de governo eminentes, todos influenciando no quadro da vida nacional — os Duarte Azevedo, os Ferreira Viana, os Saraiva, os Silveira Martins, os José Bonifácio, os Martins Francisco, os Ouro Preto, os Couto de Magalhães, os Francisco Otaviano, os Tavares Bastos, os Assis Brasil, os Júlio de Castilhos, os Pinheiro Machado, os Borges de Medeiros, os Carlos Peixoto, os Severino Vieira, os Nabuco, os Rio Branco, os Ruy, os Silva Jardim, os Carlos de Campos, os Altino

Arantes, os João Sampaio, os Campos Sales, os Rodrigues Alves, os Afonso Pena, os Wenceslau Braz, os Artur Bernardes, os Washington Luís, os Nereu Ramos. Na vida literária, no jornalismo e na magistratura ela está presente com Castro Alves, Alvares de Azevedo, Fagundes Varela, Paulo Eiró, Raimundo Correia, Luís Guimarães Jr., Vicente de Carvalho, Augusto de Lima, Raul Pompeia, Eduardo Prado, José de Alencar, Bernardo Guimarães, Monteiro Lobato, Guilherme de Almeida, com Júlio de Mesquita e Júlio Mesquita Filho, Rangel Pestana, Felício dos Santos, Plínio Barreto, Casper Libero, com Lúcio Mendonça, Artur Ribeiro, Hermenegildo de Barros, Canuto Saraiva, Edmundo Lins, Rodrigo Otávio, Pedro Lessa, Costa Manso, Laudo de Camargo, Paulo Colombo, Teodomiro Dias, Manuel Carlos. No setor empresarial é presente com o Barão de Ataliba Nogueira, Gastão Vidigal, Brasilio Machado Neto, Horacio Lafer. Testemunham-lhe a presença nas atividades educacionais, João Kopke, Nogueira da Gama, Lourenço Filho, Oscar Tompson. Está presente na advocacia com nomes culminantes. De Perdigão Malheiros e Prudente de Moraes Filho, a Plínio Barreto, a Marrey Júnior, a Benedito Galvão, a José Barbosa de Almeida. Está presente pelos advogados que, nas longíquas comarcas do interior, vivem, com dignidade e denodo, o dia a dia da luta pelo Direito. E, em todos êsses setores, com tantos mais, que se projetaram e projetam na vida paulista, na vida de diferentes Estados e na vida nacional, comunicando-lhes grandeza.

O comportamento da instituição, ainda quando esporadicamente periclitasse, encontraria quem, guardando fidelidade à sua grandeza, fizesse-o prevalecer. Assim sucederia na reação de José Maria de Avellar Brotero, diretor em 1842, quando os temores da Congregação fizeram-na sustar o concurso de João da Silva Carrão, liberal proeminente, e, por isto, presumidamente comprometido no movimento revolucionário daquele ano, para indagar do Govêrno se “na

votação se deviam levar em conta as opiniões políticas do candidato.” Brotero, lente da primeira aula da Academia, e por sinal a única do ano da implantação, diria, corajosamente, ao encaminhar o pedido, lhe parecer imprópria a sustação das provas: “Respeitosamente falando julgo que a lei e a decência da Academia exigem que o concurso se conclua.” E aditava se lhe afigurar inconstitucional a consideração das idéias políticas do candidato, “porque nenhum cidadão brasileiro pode ser excluído dos empregos públicos por supeitos e suspeitos de partidos”. O louco, “um louco capaz de atacar moinhos”, como dêle dissera o primeiro diretor, Arouche, o Tenente General José Arouche de Toledo Rendon, em ofício ao Ministro dos Negócios do Império, honraria os brios da Faculdade com a sua altivez de exilado político, emigrado dos Açores sob a perseguição do absolutismo miguelista.

Na sucessão dos anos reafirmar-se-ia o espírito da instituição. No seu âmbito interno e na projeção dos que estudaram no Largo de S. Francisco. Com a séria, corajosa e empolgante participação estudantil na Jornada Abolicionista. Com o entusiasmo republicano dos bacharéis que, pioneiros da idéia, teriam a responsabilidade do poder na República durante quatro décadas. Quando a Teixeira de Freitas repugnava incluir na Consolidação das Leis Civis normas sôbre a instituição servil, para não degradar uma obra perene com a mancha da instituição condenada. Na atitude ecumênica dos estudantes, dando sepultura a Júlio Frank em território da Faculdade, contra os preconceitos, nada cristãos, da intolerância religiosa. Na atuação, sob o Império, dos homens de estado daqui oriundos, marcada sempre pelo amor à legalidade. Na palavra de Ruy, dominadora, nacional, sem transigências, dando motivação e vida a uma consciência jurídica brasileira.

E o espírito da Academia se mostra em tôda a magnificiência, neste recinto, quando perpetuais os nomes dos

poetas, que sob as arcadas viveram a vida acadêmica e deram ao Brasil alguma coisa do que de mais belo as letras pátrias guardam. Porque estais dando testemunho de como é próprio recolher e preservar e engrandecer e projetar, pelos tempos afóra, as gemas preciosas do intelecto e do sentimento. E se *não fazem mal as musas aos doutores*, é bem que êstes as exaltem naqueles que, *doutores*, souberam nelas exprimir a beleza dos mais nobres sentimentos. Até porque a poesia pode ser, também, uma expressão do direito. Não foi outra coisa aquela que poetou o maior dos poetas dentre quantos perlustraram o curso jurídico no Largo de S. Francisco. *O Navio Negreiro* e *Lúcia* trazem impressos, nas estrofes de libelo e reivindicação, de exaltação e estigma, a fôrça afirmativa do Direito contra a opressão do homem pelo homem, dos interêsses contra o trabalho, do poderoso contra os humildes, dos sem alma contra o próximo, dos que tudo podem contra os que nada podem. No verso

“A praça é do povo”,

está a síntese da participação do povo no debate político.

Quando outro grande, que a *paulistanidade* congênita colocaria ao ardoroso serviço da terra natal, exalta, na lápide do vosso páteo, que também foi seu, o heroísmo sacrificado da juventude constitucionalista, está igualmente perpetuando, no ritmo das estrofes, uma página da luta perene e universal pelo Direito.

Por tudo isso, a tradição aqui não é apenas uma evocação sentimental. É também, e quase direi principalmente, um compromisso, a reiterar-se pelos tempos afóra, com um comportamento.

Aliás, a participação maciça dos titulares pela Academia de São Paulo na vida pública nacional, leva a considerar,

nao esquecidos os diplomados de Olinda e Recife e os primeiros doutores de Coimbra, a significação do bacharel na formação histórica do Brasil. Ele está presente, nas lutas parlamentares e no poder, por todos os dias tumultuosos da Independência à Abdicação, e em tôda a fase crucial de consolidação da unidade brasileira. É êle que, no Parlamento e nos Gabinetes do Segundo Reinado, debate e enfrenta os problemas básicos do país, no campo internacional como na vida interna. Com êle caminha a República, quase sòzinha, até 1930. Com êle, apesar do tumulto que tem marcado a vivência brasileira dos últimos 40 anos, ainda tem estado parte substancial do poder, via de regra assinalada a sua presença pela moderação no exercício da autoridade e pelo respeito à ordem constitucional como garantia para todos. O bacharel, enfim, aparece engajado em tudo quanto representa a construção da grande Pátria. Retirassem-no da sua História, e esta se reduziria a um esqueleto, carecente da sucumbência das grandes elaborações legislativas, sem as quais a Nação Brasileira seria um aglomerado em estado bruto e em desordem. Retirassem-no da História, e os mais dos seus êxitos diplomáticos, tantos e tão relevantes sob o Segundo Império e mesmo sob a República, inexistiriam à falta dos seus artífices. Retirassem-no da obra de supervisão governamental, e ficaria um vazio até mesmo no progresso econômico. Isso esquecem os que se dão ao vezo de malsiná-lo por inútil e formal, deslembrados da fecundidade da sua ação de govêrno e de que no formalismo das leis estão os alicerces da segurança e da paz coletivas.

Mas, para situar-se como presença de tanta eminência na formação jurídica, política e mesmo humanística do Brasil, não faltaram à Academia os obstáculos peculiares a tôdas as predestinações. Argumentos diversos opuseram os futurólogos da primeira década do Império à localização, na cidade de S. Paulo, de uma Faculdade de Direito pioneira.

Desde a posição geográfica da urbe, *pouco acessível aos estudantes do norte do Império*, que os caminhos da *horrída serra do Cubatão* agravavam, até a *escassez dos recursos da cidade, tão pequena que faltariam casas para se alugarem aos estudantes*, e, motivo mui frisado, *o desgracioso dialeto dos paulistas, próprio a viciar a pronúncia dos moços que aqui viessem para os estudos*, e, equívoco dos equívocos, *o fato de o porto de Santos não poder oferecer as mesmas facilidades do porto do Rio de Janeiro, para pessoas e importação de livros, pois jamais seria tão frequentado quanto éste*.

S. Paulo superaria, pela fôrça criadora do trabalho, pela inteligência e pela entusiasmo do seu povo, tôdas as previsões desanimadoras, retratando, na metrópole dominadora de hoje, o desmentido a cada uma dessas objeções. Nem mesmo a do dialeto, como, com fôrça de expressão, se qualificava o falar paulistano, logrou confirmação nos fatos. Da Faculdade saíram clássicos da língua. Ruy entre os primeiros. E a obra jurídica dos mestres da própria escola, com João Monteiro e tantos outros, bem assim os oradores de projeção nacional, que daqui provieram, de Nabuco a Silveira Martins, de José Bonifácio e Martim Francisco, a Pedro Moacyr e ao P<sup>e</sup>. Júlio Maria, deixam ver quão inconseqüentes, sôbre a linguagem literária, seriam as deformações locais do falar.

Assim magestática a presença da Faculdade na vida brasileira, bem podeis alcançar o quanto me comove esta hora insigne. Ela tem para mim um sentido transcendental, que a palavra não traduz suficientemente, mas que procurarei exprimir num compromisso de fidelidade ao Direito por fidelidade ao Brasil, de fidelidade ao Direito por fidelidade à Humanidade, de fidelidade ao Direito por fidelidade ao ensinamento daquele que pregou a bem aventurança aos que têm fome e sede de justiça. Compromisso que representa

continuidade de tudo quanto hei escrito nos meus 34 anos de atividade judiciária e advocatícia.

Tenho-me por feliz quando, após tanto caminhar, ao calor dêste momento, e sem embargo de tanto haver visto de desprezo e desrespeito aos direitos, posso constatar a minha crença no Direito, com a mesma fé inquebrantável dos primeiros tempos, até porque não recolhi na História outra lição que a da precariedade de todos os comportamentos que o violam, sujeitos sempre à mais gravosa das sanções, que é o estigma da execração moral da sociedade compelida à intranqüilidade, à insegurança, ao mêdo, pelos protagonistas do espesinhamento do individuo, da apropriação do poder, da invasão de fronteiras, da negação da igualdade, do truncamento da palavra livre, dos julgamentos sem garantias, da submissão de homens ou povos dissidentes, pelo poderio de organizações internas ou de nações se arrogando posição tutelar, em nome de princípios doutrinários, ou mesmo, insólitamente, da paz. Porque é tão conforme o Direito às aspirações do homem, que embora a História da Humanidade alterne o seu domínio com o domínio da Fôrça, enquanto prevalece a Fôrça os povos aspiram pela volta do Direito, e enquanto prevalece êste os povos temem que o ofusque a Fôrça. Porque se a lei não é tudo, é, todavia, o único limite viável à ambição do mandar e desmandar, às expansões da crueldade, às ambições do mais ter, à negação dos deveres mais nobres nas relações Estado-individuo, nas de família, nas de trabalho, nas de propriedade. E creio no Direito porque e enquanto fator para realização do sentimento do justo no convívio humano. Não sei bem que artes, mas acredito que por tendência congênita, que se engasta nesse mistério da natureza que é o temperamento, sempre me situei, na sucessão das idades, contra a injustiça de tôdas as origens e sob tôdas as formas. A êsse pendor natural juntar-se-ia o exemplo daquele que, presença ímpar na minha vida, e para quem volto, nesta hora, o carinho da minha saudade, plasmar-me-ia o caráter, antes sendo do

que dizendo, e o daqueles que, ainda no círculo familiar, extravazariam em arroubos de irreverência ante os ídolos de pés de barro, donatários da província oligárquica, ou amargariam a ruína econômica sob a pressão política aos não aderentes, todos não tolerando a injustiça, ainda quando a vendo cair sôbre os desafetos. Do menino de cartilha à mão, ao preparatoriano, ao jovem acadêmico, ao advogado da iniciação profissional, ao magistrado, ao homem público, ao novamente advogado no outono da vida, sempre foi nos ardores do sentimento de justiça, e por êle propugnando, que senti realizar-me. Sem dar quartel à injustiça, fôsse qual fôsse a sua origem, a sua natureza, a sua dimensão, o seu pretexto. Assim ontem, assim hoje, assim sempre, espero no Deus da minha fé constante. Está nesta confissão, e está neste compromisso com o Direito como instrumento da justiça entre os homens, tudo quanto posso de mais próprio dizer-vos, agora, porque expressivos êles da coincidência do meu comportamento com a lição preclara dos 143 anos desta gloriosa Faculdade de Direito de S. Paulo, ensinando e difundindo o Direito para enobrecimento da consciência jurídica nacional.\*

---

\*. Os elementos históricos de que valeu o orador foram colhidos em *A Academia de S. Paulo, Tradições e Reminiscências*, de ALMEIDA NOGUEIRA, 1ª e 2ª edições, *Memórias para a História da Academia de S. Paulo*, de SPENCER VAMPRÉ, 1924, e *A Congregação da Faculdade de Direito de S. Paulo na Centúria de 1827 a 1927*, de WALDEMAR FERREIRA (*Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo, ano-1928*, vol. XXIV).

# A Nação.

*Ataliba Nogueira*

Catedrático de Teoria do Estado na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

## **A nação, grupo humano “sui generis”. Definição. Racismo.**

Antes de mais nada cumpre assinalar certos conceitos, na síntese de uma conclusão, fruto de estudo paciente e longo.

População é o conjunto dos habitantes do estado. Todos os que habitam o território do estado, sejam cidadãos, estrangeiros ou apólicas, constituem a sua população.

Cidadão é quem a lei o define como tal. O *status civitatis* é regulado em lei. Em alguns estados pela lei ordinária; na maioria, pela constituição, que define a situação jurídica do cidadão, cujo estatuto é assim distinto do estatuto dos que não são cidadãos. Também pode ser restrita a cidadania, no tocante a certos direitos não reconhecidos aos naturalizados.

Estrangeiro é o cidadão de outro estado. Apólida, apátrida, sem-pátria ou “Heimatlos” é aquêle que perdeu a cidadania e não adquiriu outra.

Povo é o conjunto dos cidadãos.

Se observarmos bem quantos compõem a sociedade política, havemos de nela distinguir ainda outro grupo humano, êste agora homogêneo, ao contrário do que se dá com o dos cidadãos, o dos estrangeiros e o dos apólicas. Os componentes dêstes três últimos grupos são nêles reunidos

apenas por vínculo jurídico. É o direito que os reduz a tal situação.

Já quanto ao primeiro, porém, são outros os vínculos que entrelaçam os homens de modo que este grupo apresenta notas características bem distintas dos demais grupos. Refiro-me à nação.

Nação é o conjunto dos que se originam da mesma cêpa, falam a mesma língua, têm os mesmos usos e costumes, os mesmos sentimentos, as mesmas tradições, as mesmas aspirações, de tal sorte que tudo isto faz *nascer* a unidade étnica e histórica.

Tais características vinculam por tal forma os da mesma nação, que facilmente ela se distingue de outras nações.

Saliente-se, porém, que as notas distintivas que enumeramos não dizem respeito ao individuo. Caracterizam a nação. Por isto, este ou aquêle individuo pode não apresentar um ou outro dos referidos caracteres e entretanto ser nacional.

Assim, onde a afluência de correntes imigratórias estrangeiras ocasiona a mistura de sangues diferentes, é falha logo a primeira nota, a da mesma origem. Este ou aquêle ou mesmo muitos não provêm da mesma cêpa. Todavia, apresentam quase todos os demais caracteres. Pertencem à nação, são nacionais, muito embora sejam os néo-integrados.

Ainda a individuo da cêpa primitiva pode falhar o característico da língua ou o dos mesmos usos e costumes; ou desprezar as tradições nacionais ou aspirar a um futuro bem outro que o da sua nacionalidade. Mas são situações dêste ou daquele individuo. Apresenta-se a nação una, com tôdas as notas que a distinguem de outras nações. Tais notas, já o dissemos, não são de individuos, mas de nação; elas é que fazem *nascer* a unidade bem distinta e que por isto mesmo se denomina nação. (O padre Antônio Vieira sempre grafou *nace*, *nacer*).

Assim, população é expressão meramente demográfica; povo, expressão jurídica; nação, expressão étnica e histórica.

Convém ressaltar contrariamente à maioria dos mestres, que a religião ou unidade da fé não constitui nota distintiva de nação porque a fé é dom gratuito de Deus. Sendo assim, em rápido lapso de tempo a nação pode abandonar uma religião por outra, como dá testemunho a história, ao passo que somente no decurso de muitíssimos anos é que se modificam algumas das características nacionais.

Igualmente não entra na nossa definição o território. Em breve diremos porquê.

Vamos explicar agora em que sentido se disse que a nação é expressão étnica e histórica.

Todos os homens provêm de um ponto único da Terra. Do centro da Ásia, ou da África? Não se sabe; a conclusão quase unânime dos cientistas é que o “homo sapiens” constitui um único gênero: o gênero humano. Daquele ponto original partiram os homens em numerosas direções, povoando todos os continentes. É por isto que a história universal é a história da migração dos grupos humanos.

Por isto também as diferenças entre os componentes de tais grupos são, na realidade, diferenças mínimas em relação à forma básica e esquemática do gênero humano.

No passado ainda recente, pretenderam sustentar diferenças profundas entre grupos humanos, classificando-os em certo número de raças. Está provado, hoje, que são muito maiores as diferenças dos traços físicos de componentes de uma mesma raça do que entre as raças tomadas em sua integridade. As diversas raças procedem de uma só raiz.

O melhor é dar de mão a tal palavra e a ciência realmente a banii do vocabulário científico. Nenhum outro conceito é tão obscuro e tão vago como o de raça.

Principalmente quando enveredaram para a afirmação de raça pura e seu conseqüente de raça superior. Todos os homens têm origem comum. Mais ainda: se é certo que a

migração levou grupos humanos para outras paragens, outros climas, outros meios, também é certo que tais grupos se não conservaram na pureza da primitiva unidade, pois a história da humanidade mostra que na afluência e refluência dos grupos, deu-se por mais de uma vez a fusão do sangue dos seus componentes. Em palavras mais claras, demonstra a excessiva mistura de sangue, a fusão entre “raças” as mais diversas, não uma mas até várias vèzes no decorrer dos séculos. Basta recordar a história européia; não é preciso estudar a história menos conhecida de outros grupos humanos. Ela testemunha a mescla de sangue de tôdas as proveniências, em repetição constante.

Contrariamente à tese central do racismo, o que se conclui é que todos são mestiços, os homens de qualquer parte do mundo.

Não se nega, porém, a existência de nações, o que é coisa muito diversa. Então, sim, se nos apresentam grupos unitários, caracterizados pelas notas distintivas da nossa definição. Devem elas, entretanto, ser compreendidas à luz dos ensinamentos da ciência. Portanto, quando a definição se refere à unidade étnica, quer significar a predominância da mesma origem da maioria dos homens que integram a nação, haja ou não traços somáticos bem particulares e homogêneos. E o normal é não haver tal homogeneidade.

Neste êrro incorrem tôdas as teorias racistas, ostensivas ou veladas, do passado e do presente, cujas principais formas são o pan-eslavismo, o nazismo (superioridade da raça ariana), o “apartheid” na África do Sul, os segregacionistas dos Estados Unidos.

Em nossa definição, unidade étnica significa só e tão-sòmente a comunidade de origem.

A nação constitui unidade histórica — consta da definição — a afirmar outra vez que não é fato biológico, mas continuação da origem comum. Alimenta-se e vive à custa

de tradições comuns, da recordação das boas e más horas, da obra das gerações passadas.

É o que se verifica na nação brasileira, em cuja cêpa se encontram portugueses, índios e negros.

É esta a cêpa donde se originou a *nação brasileira*. Entre os nacionais há os que não têm a referida mistura dos três sangues. A característica, porém, como já explicamos, não é de indivíduos. É da nação brasileira. Os casos individuais, ainda que numerosos, não modificam a composição da cêpa donde se originou a nação brasileira. Os novos integrados se inserem na nação preexistente. Nada mais.

Considere-se, de outro lado, que, por esta e outras notas de nossa definição de nação, é que se vê que não somos da nação portuguesa, nem de alguma das indígenas, nem de alguma das negras. É certo que a nação portuguesa concorreu com o maior contingente para a formação da nação brasileira, mas constitui outra nação.

### **Nação não é sociedade. Diferença entre nação e estado. Origem de um e de outro.**

De quanto expusemos, conclui-se que nação não é sociedade. Os elementos que a constituem não se fundam no direito. Integram-na homens de origem comum pelo sangue e pela história, em unidade de língua, de usos e costumes, de sentimentos, tradições e aspirações de futuro. Não supõe organização, nem autoridade. É grupo humano “*sui generis*”.

Ora, sociedade supõe organização e é o direito que organiza tôda e qualquer sociedade. A sociedade supõe normas de comportamento editadas pela autoridade social. A nação liga entre si os elementos do grupo, biológica, histórica, sentimental, intelectual e artisticamente, infundindo-lhes segunda natureza. Não é o direito, pois, que unifica a nação e que lhe acompanha o desenvolvimento.

Se não é sociedade, conseqüentemente se não confunde com estado, que é uma das formas de sociedade política.

Efetivamente nação e estado diferem quanto ao elemento humano, quanto ao princípio unitivo e quanto ao fim próprio.

Examinemos cada qual dêstes três itens:

I. Tanto o estado quanto a nação reduzem à unidade uma soma de indivíduos. Fazem-no, porém, de modo diferente: enquanto o elemento humano nacional é marcado por características físicas e espirituais bem distintas, por atitudes morais notórias, por cultura própria, modelado assim um tipo comum fundamentalmente homogêneo, tal comunidade de tipo, tal homogeneidade fundamental não são requeridas necessariamente para o elemento humano componente do estado.

O estado reduz à unidade grupos humanos mesmo heterogêneos na sua formação, submetendo-os ao império da sua lei e do seu poder soberano para obtenção da prosperidade pública.

Não é acidental a razão de tal diversidade nem superável com o desenvolvimento das instituições, mas essencial, como resultante da composição de ambos os grupos humanos.

II. Tanto a nação quanto o estado supõem a unidade de fato, unidade objetiva dos seus componentes. A unidade de fato faz surgir e determina a unidade subjetiva mediante o estímulo de solidariedade, impulsionado precisamente pela unidade pre existente, que o homem não cria por si, mas encontra em germe na sua natureza social.

Entretanto qual é a unidade objetiva para que se produza num e noutro a união espiritual das vontades, a qual forma o princípio vital de todo agregado social? A unidade na nação produz-se de modo diferente do que no estado.

a) No tocante à nação, a unidade objetiva ou de fato consiste na soma de tôdas as semelhanças parciais, comu-

nidade de origem, de cultura e de destino histórico, que distinguem nitidamente o conjunto dos componentes humanos de uma nação do de outra nação.

No tocante ao estado já o modo é diverso. Os elementos humanos são unidos, mas a homogeneidade é diferente: são as necessidades mais comuns e aperfeiçoamentos mais universais, iguais em todos os membros do gênero humano, sem qualquer distinção de origem ou de cultura.

Surge dêste fundo comum o sentimento generalizado de solidariedade, liame entre os que assim são unidos por êste ou aquêle modo, conforme se trate de nação ou de estado.

A nação surge com requisitos mais complexos e mais particulares: o estado com os mais simples e mais universais. Reside nesta diversidade objetiva a explicação de coexistirem e conviverem agregados nacionais diferentes no mesmo estado ou uma mesma nação dividida por vários estados, como veremos mais adiante.

b) O elemento subjetivo espiritual, surge quando os componentes do grupo se assenhoreiam das semelhanças concretas, quer por meio de fatos naturais, quer por meio de outros fatos. Mas, ainda aqui, são diversos o objeto e a amplitude segundo se trate de nação ou de estado.

Na nação o objeto da consciência é mais restrito, mais específico, mais determinado, pois se circunscreve aos portadores daquelas notas que os reúnem no mesmo tipo nacional. Não vai além. Só nêles a nação imprime o sêlo indelével da sua cultura. Contrariamente, no estado é mais genérico, mais universal, mais indeterminado, abarca todos os homens cujas vidas estão em contacto.

Um é a unidade jurídica ou de comando; outro, comunhão e unidade de cultura, que surgiu historicamente sem o estado e pode existir sem êle e também contra êle.

A nação influi inadvertidamente nas pessoas, modela-as; já o estado as reduz à unidade pela subordinação, pela obediência, por vínculos jurídicos.

III. Nação e estado levam os indivíduos à realização de um fim coletivo, que especifica um e outro grupo e cuja atração torna coesos os respectivos componentes.

Porque são diversos os fins, diversos são também êstes grupos sociais.

A finalidade nacional é a conservação, transmissão e desenvolvimento dos próprios elementos de cultura, em benefício da pessoa humana. É outra a finalidade do estado. Consiste na prosperidade pública, na “*sufficientia vitae*” necessária a cada qual dos seus membros para conseguir o que lhe é indispensável física, intelectual e moralmente e cuja obtenção não pode atingir por si, nem em outros grupos, em virtude de deficiências naturais.

O fim do estado é, portanto, mais universal e mais compreensivo.

Estado e nação são fenômenos históricos. Surgem e desaparecem. O que a natureza humana exige é a sociedade política para preencher as insuficiências de outros grupos, como a família e a tribo. Ora, o estado é apenas uma forma de sociedade política e a sociedade política assumiu no passado e apresenta nos dias de hoje outras formas e não somente a de estado.

O interessante quanto à origem da nação e do estado é que ambos não são exigências naturais, não são requeridos pela natureza do homem e surgem no tempo de modo diferente. Origina-se o estado de ato voluntário dos homens, que decidem criá-lo e o fazem simultaneamente com a ordenação jurídica. Já a nação surge também no tempo, mas de modo imperceptível, completamente independente da vontade humana. É obra do vagar e obra do tempo. Surge inadvertidamente, cresce e se mantém inadvertidamente, da mesma forma que influi inadvertidamente sobre a pessoa humana e modela-a com ação contínua, que começa com o nascimento.

Assim como surgiram a sua língua, o seu espírito, os seus usos e costumes, as suas tradições, as sua aspirações,

em processo lento de formação, assim também vivendo o homem naquele ambiente em que nasceu e se desenvolveu, é imperceptivelmente educado, plasmado e marcado com o sêlo da sua cultura.

**Estado nacional e estado plurinacional. Nação dividida por vários estados.**

Estado nacional é o que abrange uma única nação. Em seu território não há outra nação. Não se pode dizer, porém, que se confundem aí estado e nação, pois já vimos que são conceitos totalmente diferentes.

No final do século dezoito surgiu a doutrina que preconizava o respeito às aspirações nacionais, logo enunciada no “princípio das nacionalidades”: tóda nação tem direito de se tornar estado. Isto no plano internacional.

Seu conseqüência no interior dos estados foi a doutrina da soberania nacional, que atribuía à nação a origem do poder.

Aquêlê princípio serviu de substrato ao espírito separatista, durante mais de um século, mas só lograram êxito, em tão largo período, umas poucas nações européias, que formaram estados independentes.

Nem o princípio nem o seu conseqüência foram sequer aplicados realmente pela Revolução francesa, que os difundira e os adotara como base da ideologia revolucionária. E isto porque, desde o antigo regime, a nação francesa reprimia com tóda violência as aspirações das outras nações que formam a França: a nação bretã, a nação basca (departamento dos Baixos Pirineus), a nação provençal, a nação catelã, a dos corsos, a dos alsacianos. É curioso que em 1848, ao apresentar-se candidato à presidência da república, o futuro Napoleão III decorasse um discurso de cinco minutos em bretão, língua celta, o que lhe valeu votação unânime na Bretanha, sempre hostil aos candidatos franceses.

Aliás, a maioria dos Estados no mundo inteiro é de estados plurinacionais. Poucos são como Portugal peninsular, em que há uma só nação, embora formada, como por toda parte, por grande fusão de “raças” e de nações.

Assim, no estado plurinacional convivem duas ou mais nações.

O Brasil e a maior parte dos estados da América são considerados estados nacionais, mas a rigor em todos eles existem também a nação judaica e as nações aborígenes. Quanto a estas, não se deu a incorporação total dos silvícolas à nação preponderante (no México, dois milhões de mexicanos só falam as línguas nativas). Convém notar que, além da exceção apontada, não existem outras nações nos estados das três Américas, com exceção do Canadá, dividido entre nação francesa e inglesa. Apenas há estrangeiros em todos os demais estados americanos, provenientes de outras nações e cujos filhos já passam a constituir os novos integrantes da nação que se formou em cada estado do novo mundo.

Nos Estados Unidos da América do Norte a pouco e pouco foram desaparecendo as nações francesa, castelhana, irlandesa e alemã, absorvidas pela nova cultura ali surgida. Assim, foi bilingüe a primeira constituição política do Estado da Luisiânia, promulgada em 1812 e que, não obstante as vicissitudes por que passou, chegou até 1916.

Nos estados da Califórnia e do Novo México até 1941, não só a legislação era bilingüe, mas o castelhano era permitido nos tribunais de justiça. E no estado do Texas, tanto o castelhano quanto o alemão e o norueguês foram línguas oficiais.

Certo autor germânico, em obra publicada em 1847, afirmou que na Pensilvânia só não foi adotado o alemão como língua oficial única porque, havendo empatado a a votação, o presidente da assembléia constituinte, Uhlemberg, também alemão, deu o voto de Minerva favorável ao idioma inglês.

Assim, por parte dos descendentes dos germânicos, ficou execrada a memória do filho do fundador do luteranismo na América. Parece que o que se deu na realidade foi a rejeição do bilingüismo, constante da petição dos teuto-americanos datada de 9 de janeiro de 1794.

Volvendo a nossa atenção de nôvo para a Europa, consideremos a situação de alguns estados plurinacionais, que são a quase totalidade dos estados europeus.

Alguns como a Suíça têm perfeita estrutura plurinacional. Em outros, a convivência de nações diferentes sob o mesmo poder político é bastante incômoda, se não mantida pela violência.

A Confederação Suíça, seu nome oficial, desde o século catorze foi acolhendo outros cantões que se reuniram aos três primeiros, pactuando assim livremente partilharem a vida política comum indivíduos de quatro nações diferentes: germânica, francesa (romande) italiana e romanche (ladi-na). São por isto quatro as línguas nacionais. Cada nação se apresenta não só com a língua, como também com tôdas as características nacionais, reunidas em nossa definição.

Compõem o povo belga duas nações completamente diferentes em tôdas as suas notas peculiares (deixando-se de lado os de nação germânica, pequeno grupo nacional): os flamengos e os valões (ualons). Êstes são de nação francesa.

Uns e outros decidiram em 1831 constituir um estado a fim de se verem livres das perseguições, da falta de liberdade, principalmente para as suas escolas confissionais, proibidas pelos Países-Baixos de que faziam parte, governados por um príncipe da casa de Nassau. Na percentagem de 99,6% eram católicos os que assim decidiram.

Compõe-se o povo espanhol de quatro nações bem nítidas em todos os caracteres: castelhanos, catalães, bascos e galegos. O estado espanhol data das vésperas do descobrimento da América e foi fundado pelos reis católicos, ao passo que a nação basca (vasca) ali está há milênios. Os

vascos falam o éuscaro, idioma não indo-europeu; a nação catalã há novecentos anos, desde a assembléia de Toluges em 1065, precursora das côrtes catalãs, que por sua vez foram a mais antiga instituição parlamentar da Europa (1214), anterior ao parlamento inglês (1215); a nação galega já no comêço do século doze conta com testemunhos da sua existência.

Note-se que a nação catalã habita a Catalunha, Valência, ilhas Baleares, principado de Andorra e o departamento francês dos Pirineus Orientais (Rossilhão e vale de Cerda-nha).

Iugoslávia, Tcheco-Eslováquia e a mor parte dos estados europeus são plurinacionais, como dissemos.

A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas abrange em seu território mais de cem nações bem caracterizadas. É estado multinacional.

Desde o tempo do czarismo a política busca russificar as demais nações, no intento de realizar a Grande Rússia.

Kruschev revelou, em seu relatório secreto, no XX Congresso do Partido Comunista (1956), que Lenine criticara a política das nacionalidades iniciadas por Stalin. Constam do referido relatório secreto os fatos que levaram aquela política a julgamento definitivo como errônea e desumana, já depois do longo período em que Stalin fôra o chefe supremo da política de integração das nações na nação russa.

São palavras de Kruschev no aludido relatório, lido perante os seus camaradas: “A União Soviética é a justo título considerada como modêlo de estado multinacional, porque na prática assegura a igualdade dos direitos e a amizade de tôdas as nações que vivem na nossa vasta pátria.

“Por isto monstruosos são os atos de que Stalin foi o inspirador e que constituem violações brutais dos princípios fundamentais leninistas da política das nacionalidades do estado soviético. Queremos falar das deportações em massa de nações inteiras, compreendendo nelas todos os comunis-

tas e “consomols” sem exceção; estas medidas de deportação não se justificavam por qualquer consideração militar.

“Assim, desde os fins de 1943 foi posta em execução a deportação de todos os caratcheves das terras em que viviam. Na mesma época, fim de dezembro de 1943, coube a mesma sorte a toda a população da república autônoma dos calmucs. Em março de 1944 todos os tchetchénes e todos os inguches foram deportados e a república autônoma tchetchéne-inguche liquidada. Em abril de 1944 todos os balcars foram deportados para as regiões mais afastadas do território da república autônoma cabardobalcar e esta própria república passou a chamar-se república autônoma cabarda. Os ucranianos escaparam a esta sorte só pelo fato de serem muito numerosos e não haver região para onde os deportar. Senão, teriam sido deportados também”.

Não aludiu Kruchev às deportações em massa para a Sibéria das nações alemãs do Volga, constituídas em república autônoma antes de 1939 e dos tártaros da Criméia, constitutiva da república autônoma da Criméia, que foi suprimida.

No mesmo relatório encontra-se ainda a perseguição de Stalin à sua própria nação: “Baseando-se em documentos falsificados concluíram que existia na Geórgia pretensa organização nacionalista cujo fim era a liquidação do poder soviético nessa república com o auxílio das potências imperialistas.

“Certo número de militantes responsáveis do partido e dos soviets foram presos. Como ficou provado ulteriormente, não se tratava na realidade senão de calúnias contra a organização georgiana e do partido.

“Sabe-se que houve, em determinada época, na Geórgia como em várias outras repúblicas, manifestações de nacionalismo burguês.

“Era possível que no momento em que tomaram as resoluções a que se alude acima, as tendências nacionalistas tivessem progredido a ponto de existir o perigo de vermos

a Geórgia separar-se da União Soviética e juntar-se à Turquia?

“Como poderia haver movimento separatista ou de junção à Turquia, se a Geórgia estava em situação de superioridade pelo seu grande desenvolvimento industrial e intelectual e debelamento do analfabetismo, em contraste com a Turquia?

“Como provaram os acontecimentos ulteriores não existia organização nacionalista na Geórgia. Milhares de pessoas inocentes foram vítimas de tamanha obstinação. Tudo isto se produziu sob a direção “genial” de Stalin, o “grande filho da nação georgiana” como na Georgia gostavam de chamar-lhe”.

Lei posterior ao xx Congresso aprovou os decretos do “Presidium” do Soviete Supremo que “estabeleceram a autonomia nacional dos calcars, tchetchénes, inguches, calmucs e caratcheves”.

Nada se fez a prol das outras nações também perseguidas na era anterior, como a coreana e a chinesa, ambas do extremo oriente soviético, deportadas em 1937; a tártara da Criméia e a alemã do Volga, vítimas da repressão de 1944.

Não se foi além. Pelo contrário, dos documentos do xxii Congresso consta a informação de que se vai processando a unificação nacional, quer dizer russa, cujo idioma impôsto é a “segunda língua materna dos povos da União”.

Vimos que há estados que congregam mais de uma nação. Importa salientar agora que há nações divididas por estados.

Assim, a nação germânica habita a Alemanha, Áustria, Suíça, Tcheco-Eslováquia (sudetos), Rússia, Bélgica; a francesa, a França, Bélgica, Suíça, Canadá; tanto a inglesa quanto a árabe, habitam numerosos estados.

Estão espalhados pela Arábia, norte da África e Síria os beduínos, nação árabe formada por semitas quase puros, nômades, que habitam em tendas.

Dispersos principalmente pelo centro e sul da Europa, mas existindo um pouco pela Ásia e América, constituem os ciganos curiosa nação, que tem gosto pela vida errante. Orçam em dois milhões e provieram há um milénio do noroeste da Índia. Não obstante falarem também o idioma do estado em que habitam, a sua língua é indo-ariana. Ainda agora (1965), três mil ciganos em peregrinação a Roma acamparam nos arredores da cidade eterna, em suas tendas e foram recebidos pelo Papa Paulo VI, no Vaticano.

A maioria da nação judaica é dispersa pelos estados de todo o mundo. Em 1947 foi criado o Estado de Israel, estado plurinacional, em que a nação judaica entra com dois milhões de nacionais israelitas, que são cidadãos israelenses juntamente com árabes.

Em conclusão, o território mesmo quando *habitat* da nação, não faz parte dela. Recorde-se o que fez Stalin — a transportação de nações inteiras.

### **Importância da nação e a sua finalidade. O vocabulário usual e a sua crítica.**

Ressalta do nosso estudo a falsidade do “princípio das nacionalidades”, aliás pouco praticado na Europa e agora invocado algumas vezes na África, que dêle não precisava para se livrar do colonialismo. Podem coexistir muito bem duas ou mais nações num mesmo estado. São típicos os casos da Suíça e da Bélgica, em que houve a confluência de vontade dos componentes de mais de uma nação para erigirem o estado.

Qualquer que haja sido sua origem, o estado plurinacional sob nenhum pretexto pode oprimir a nação. Em regra é este o problema político das minorias nacionais. No geral o estado tem imposto a cultura da nação maior e, por isto, mais forte: proíbe o uso da linguagem das outras nações; imprensa, jornais, revistas, livros, rádio, televisão,

teatro, escolas, comícios e outras reuniões públicas, a música e outras manifestações de cultura própria. Combate os seus usos e costumes. As leis só as editam na linguagem da maioria e, suma crueldade, também nesta língua o processo perante os tribunais. Às nações em minoria só lhes resta a literatura clandestina, o aprendizado do idioma nacional com o leite materno, aprender a ler e escrever na casa paterna. Clandestinas a poesia e canções nacionais.

O princípio também já serviu de pretexto para o estado reagrupar em tórno de um mesmo centro nacional as frações existentes em estados vizinhos para fazer coincidirem as fronteiras do estado e da nação.

Pelo contrário, é dever do estado, seja nacional ou pluri-nacional, dispensar tôda ação necessária à manutenção, revigoroamento ou aperfeiçoamento dos valôres nacionais, quer se trate de uma quer de várias nações.

A cultura nacional é a base da vida do estado.

Sem dúvida, o fato de se encontrar no seio de determinado estado e de lhe constituir base para a vida, importa deveres de sujeição, de lealdade e de obediência para a consecução da prosperidade pública, que é o fim do estado. A êle há de sujeitar-se a nação até o momento em que o estado, com a sua ação ostensiva ou disfarçada, prejudique a nação, a sua cultura, os seus fins educativos. Hão de ser respeitados pelo estado os direitos dos nacionais aos elementos culturais da nação.

Quer dizer que se não justifica também o nacionalismo exagerado, excessivo, o danoso egoísmo nacional, que erige a nação em fim do homem. Afirma a perenidade da nação e para ela o homem não passa de momento transeunte, de valor relativo. A pessoa humana é assim despojada de tôda dignidade originária e tem negados os seus direitos naturais. Desbordando para o campo internacional, tal egoísmo nacional não vacila em espezinhar o bem alheio para buscar sômente o seu, medido apenas pelo critério do seu interêsse.

Demais, a nação não supõe o estado, ao passo que o estado esteia-se na nação.

A finalidade da nação é conservar, preservar, transmitir, proteger e desenvolver o patrimônio cultural comum, em benefício da mais completa e perfeita formação da pessoa humana. Esta finalidade é que vincula os membros da nação, que os faz consciente ou inconscientemente defendê-la como necessária à vida de cada qual deles. Não se trata de sentimentalismo piegas nem de problemática consciência coletiva, nem de fenômeno puramente subjetivo, mas do resultado dos fatores objetivos apontados na definição e que modelam os nacionais. Se a nação se apresenta como um todo, os portadores e autores da cultura nacional são as pessoas que a compõem, os nacionais.

Êstes é que devem trabalhar por ela e fazer que o estado não só lhes não embarace a ação, como ainda, promotor da prosperidade pública, ofereça as condições para que os nacionais possam conseguir por si os proveitos que lhes propicia a vida nacional. Se o estado é plurinacional, incumbe-lhe ter procedimento igual com tôdas as nações que estão em seu território.

Consoante o que vamos demonstrando, não tem sentido o problema de saber qual mais importante, se a nação ou o estado. São diferentes as finalidades de um e outro, a patentear a recíproca dependência, enquanto existir o estado.

A nação carece das normas jurídicas e da autoridade do estado, por vêzes também do território, que lhe propiciem condições para a vida nacional. Com tudo aquilo conta o estado, mas por sua vez não bastam os vínculos jurídicos que unem os membros do povo no estado, mas não lhes dão homogeneidade. É a nação que lhe oferece aquêle aglomerado homogêneo sôbre que repousa estavelmente.

No geral a nação existe há centenas de anos, há milênios e quantos estados já regeram os destinos políticos dos

nacionais nesse largo período de tempo! A nação, sempre a mesma, ao passo que as vicissitudes políticas fizeram desfilar à sua frente alguns ou muitos estados a que estiveram jungidas.

Surgem e desaparecem os estados, mas continua a nação. Os polacos sofreram um dia o despotismo alvar de três grandes potências que extinguiram a Polônia e dividiram entre si o seu território. Subsistiu, porém, a nação polaca. Bem mais tarde surgiu de nôvo o estado.

A nação irlandêsa resistiu a novecentos anos de cativeiro.

Quase diria que o mapa político de cada continente é verdadeiro caleidoscópio, cuja cambiante de côres muda com relativa presteza, ao passo que permanecem subjacentes as nações, cujas mudanças se efetuam com tal lentidão que são de todo inadvertidas. Num instante se faz cair por terra um estado; só muita e perdurável violência destrói uma nação.

### **Crítica do vocabulário usual.**

Convém ajustar o vocabulário jurídico. A ciência é uma língua bem feita. O jurista não pode empregar palavras equívocas; hão de ser unívocas as vozes da sua ciência. Torna-se impossível mesmo a dissussão de qualquer problema, se um dos contendores emprega algum vocábulo em certo sentido e o antagonista o toma em sentido diverso.

Já definimos população, povo, nação, estado; é fácil diferenciar o nacional do cidadão, do estrangeiro e do apólida.

O vocábulo “pátria” há de ser empregado sòmente no seu antigo e literal sentido de “terra patrum”, a terra dos nossos maiores, como a povoaram e defenderam os antepassados, os avoengos, como aí viveram herôicamente. Recordada as gestas dos nossos avós.

“País” origina-se de “ager pagensis” (de “pagus”, aldeia); é o território de um povoado. Constumam empregar esta voz como sinônima de estado. O termo, entretanto, não deve ser do vocabulário jurídico.

Costume arraigado, proveniente das teorias do século dezoito, não permite evitar-se o emprêgo das expressões errôneas: direito “internacional”, Sociedade das “Nações”, “Nações” Unidas.

Acode-nos afinal corrigir a frase seguinte: estado é a sociedade *politicamente* organizada. Já mostramos que só o direito organiza uma sociedade. Também não se pode corrigir para “*juridicamente*” organizada, pois tôda as sociedades o são e não apenas o estado. Continuará o desacerto se dissêmos que o “stado é a *nação* juridicamente organizada” e isto pelos ensinamentos expendidos sôbre o que é nação e o que é estado.

*Nota* — Exceto a constituição política do Império (1824), tôdas as constituições federais brasileiras confundem erradamente *cidadania* e *nacionalidade*. Não seguiram o vocabulário perfeito, neste ponto, da nossa primeira constituição.

A de 1891, porém, afasta-se pouquíssimo, mantendo o título: Dos *cidadãos* brasileiros (IV) e quase sempre menciona “cidadãos”; mas duas vêzes a seguir emprega a expressão errada.

As de 1934, 1937 e 1946 estabelecem plena confusão. Nas duas últimas, desde o título do capítulo respectivo que reza: “Da *nacionalidade* e da cidadania”, tão claudicante e inútil que a constituição de 1969, embora persistindo no erro, todavia se limita à só denominação: Da nacionalidade.

E’ evidente que em todos êstes textos o legislador só se refere à cidadania. Nunca à nacionalidade.

Intérpretes há que igualmente confundem cidadania com a plenitude dos direitos políticos ao afirmarem que cidadão é só o eleitor. Ora, tomemos da constituição vigente o capítulo dos direitos políticos. Dispõe: “São eleitores os *brasileiros* maiores de 18 anos, alistados na forma da lei” (art. 147). Brasileiros aí significa *cidadãos*

(art. 145). O brasileiro que infringir o preceito do art. 146 perde a *cidadania* e não a nacionalidade, como está escrito. Jamais se perde a nacionalidade. Mesmo o apátrida conserva a sua nacionalidade.

Os menores de 18 anos, os não alistados eleitores, os que se não podem alistar (art. 147, § 3.º), os soldados e marinheiros, todos estes, que constituem a maioria do povo brasileiro, não são cidadãos? Até pouco tempo atrás não seriam também cidadãos as mulheres, os frades e as freiras?

# Notas sôbre a história dos impostos em Direito Romano\*.

*Alexandre Augusto de Castro Corrêa*

Catedrático de Direito Romano na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

Um das características essenciais dos Estados desenvolvidos é o incremento dos *serviços públicos* e da consequente necessidade de fundos para atendê-los, de modo ao cidadão ser chamado a contribuir para a formação do erário. Em Roma, o peso da carga tributária dependeu do desenvolvimento da civilização, e com a formação do *Império*, foi aumentando sempre até, na última fase do domínio romano, ser esmagador, constituindo mesmo junto com as guerras constantes contra os bárbaros uma das causas da ruína do Império. Estreitamente unida a ela andaram a constituição de monopólios, os latifúndios<sup>1</sup> e a economia dirigida do período romano bizantino.

---

\*. Tendo-nos, infelizmente, até agora, faltado o tempo necessário para a realização de trabalho original sôbre assunto tão afastado de nosso ensino *d'instituições do direito privado romano* oferecemos aos leitores simples materiais de leitura, na esperança de sermos úteis aos especialistas, porventura interessados em investigações históricas.

Na exposição das noções seguimos sobretudo a LETOURNEAU, autor do antigo mas excelente e assaz conhecido *L'Évolution Politique dans les diverses races humaines* e ao professor GIUSEPPE LUZZATTO, egrégio romanista cotemporâneo da Universidade de Bolonha. Publicou este mestre excelente estudo sôbre os *Impostos* em Direito Romano, aparecido no tomo oitavo do *Novissimo Digesto Italiano*. Salvo, pois, um ou outro comentário, no corpo do trabalho, são de nossa lavra apenas a roupagem portugêsa de idéias alheias e a... bibliografia selecionada abaixo.

1. É conhecida a frase de PLINIO: "Latifundia perdiderunt Italiam"

Nos primórdios, entretanto, na civilização romana a tributação é escassa e eventual. As funções administrativas, atribuídas ao Estado, eram a princípio reduzidas, predominando as “gentes” a bem dizer autárquicas. É a razão talvez pela qual CÍCERO<sup>2</sup> define o imposto ou “vectigal” como: “Quasi victoriae proemium ac poena belli”: o imposto é para os romanos antes de mais nada *sinal durável de conquista*, atestando a supremacia e a soberania do Estado romano sobre povos estrangeiros. Porisso, até à época de DIOCLECIANO, o solo itálico era quase isento de impostos, cobrados pelo contrário aos possuidores de terras provinciais, cujo domínio, em consequência da conquista, passara ao Estado romano, o qual por sua vez concedia aos vencidos o uso e gozo das terras, mediante pagamento de tributo ou “vectigal” (“jus in agro vectigali”), originando, aliás, uma espécie de propriedade, distinta do originário “dominium ex jure quiritum”, a propriedade provincial. Reformando o Estado, estendeu DIOCLECIANO a tributação aos prédios itálicos, extinguindo o privilégio do qual gozavam. Poderíamos daí concluir tivesse o Estado romano assumido o domínio (“dominium”) das terras, até então pertencentes aos “quirites”, rebaixados à categoria de possuidores, sujeitos, inclusive, ao confisco, em caso de comisso? É possível, embora não possamos aqui entrar nos pormenores do assunto.

Nos mais antigos tempos de Roma os esporádicos serviços prestados pelo Estado aos cidadãos chamavam-se “liturgias” ou “munera”. O primeiro nome é grego: “leiturgia”, significa, em grego, serviço público. A palavra se decompõe em “leitos, leita, leiton”, “público”, e “érgon, érgou”, “obra”. Já “munus”, “muneris” é palavra de ori-

---

2. “Verrinas”, II, III, 6. Vêr também GAIO 4, 16: “As partes usavam a varinha (“festuca”) em lugar da lança (“hasta”) para simbolizar o justo domínio; pois acreditavam-se proprietárias sobretudo do arrebatado aos inimigos; daí o colocar-se uma lança diante dos tribunais dos “centúmviros”

gem latina, donde vem, aliás, “municipium” e “municeps”, “municipis”, “municeps” Significa encargo público, abrangendo os *impostos* diretos, as funções de tutor, curador, o serviço militar, etc. Ora, no período régio os “munera” eram na verdade serviços prestados *diretamente* pelo particular ao Estado romano e proporcionais à sua fortuna, de acôrdo, já na República, com a repartição dos cidadãos em centúrias e tribus e com o recenseamento cuja finalidade originária, segundo o romanista LUZZATTO<sup>3</sup> era militar (organização do exército) e religiosa (cerimônia da “*lustratio*”). A divisão, pois, efetuada por SERVIUS TULLIO, dos cidadãos em cinco classes, de acôrdo com sua riqueza, não teria sido inspirada por nenhum intuito fiscal. O “*munus*” é, portanto, capitação *pessoal*. Quais as suas características exatas, na realidade? MOMMSEN tenta defini-las encarando-o como *empréstimo compulsório*, semelhante à “*eisfora*” grega. O reembolso se faria aos cidadãos depois de alguma vitória. Tal hipótese, observa LUZZATTO, embora engenhosa, não encontra apoio na tradição histórica de Roma.

### Impostos diretos.

Graças a adaptações a divisão em classes de SERVIUS TULLIO veio, já na República, a originar o “*tributum ex censu*”, segundo o qual cada um era taxado de acôrdo com sua *riqueza*, ficando isentos só os “*proletarii*” cujo único bem era a “*proles*” Esse imposto, recaindo também sobre a terra, era dum milésimo do valor do capital e dêle se isentavam só os sacerdotes e os militares em serviço ativo. Sua cobrança era realizada pelos *tribunos* do *tesouro*, de acôrdo com declaração feita pelo cidadão, sob forma de “*professio censualis*” (D, 50, 15, 4) e constando das “*tabulae censoriae*” do censor, cujo poder discricionário

---

3. LUZZATTO, “*Preliminares históricas dos Impostos em Direito Romano*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. “*Imposta*”, vol. VIII, pp. 304-305.

era tão grande, nesta matéria, a ponto de se converter em verdadeiro monopólio da administração financeira. Depois da terceira guerra macedônica (172-168 a.C.) o imposto, por mais dum século (até 43 a.C), deixou de ser cobrado aos cidadãos romanos onerando, pelo contrário, só os provinciais. A êstes se applicou a distinção entre “*tributum soli*” gravando a terra (“*jus in agro vectigal*”) e, “*tributum capitis*” ou capitação, revelando a sujeição política. Fundamento da cobrança do primeiro era a idéia segundo a qual, em consequência da conquista, o *domínio* passava ao Estado romano ficando os provinciais só com a posse das terras.

A partir de AUGUSTO (27 a.C. — 14 d.C.) o imposto foi assumindo cada vez mais caráter *monárquico* acabando por desaparecerem (III.º século) as províncias chamadas *senatoriais*, absorvidas nas *imperiais* administradas por prefeito do imperador<sup>4</sup>. AUGUSTO mandou fazer *cadastro* visando conhecer a exata extensão das propriedades tributáveis, trabalho êste exigindo trinta anos para sua conclusão. Nos fins do Império chamavam-se “*censuales*” os fiscaes das listas censitárias e respectivas declarações; os “*censitarii*” avaliavam as quantias tributáveis (C,11,58) e fiscalizavam os registros municipais.

### Impostos indirectos.

A partir dos fins da República o tesouro adquire rendas crescentes mediante numerosos impostos *indirectos*, indicados, de modo geral, pelo termo “*vectigal*” e impròpriamente por “*tributum*” durante o principado. Chama-se, em sentido próprio, *vectigal* a *contraprestação* paga pelos concessionários do “*ager publicus*” (*jus in agro vectigali*) ou de arrendamentos públicos. Integrava o “*ager publicus*” a terça parte das terras conquistadas e *arrendadas* (“*vecti-*

---

4. Sôbre ambas as espécies de províncias, vêr Gaio II, 15 e 21.

gal”) pelo censor aos particulares por um lustro. O mesmo termo “vectigal” designa, ainda, as somas pagas pelos provinciais em consequência da reforma, por CAIO GRACO, das “decimae”<sup>5</sup> da Ásia e da Sicília. “Ager scripturarius” era o terreno público arrendado para *pastagem* mediante pagamento aos publicanos de “scriptura” ou aluguél. Dentre os “vectigalia” sobressaía o “portorium”, imposto sôbre as mercadorias importadas ou exportadas pelo Império.

Até TIBÉRIO e MARCO AURÉLIO prevalece o antigo sistema de *arrendamento* da cobrança desses impostos primeiro as grandes “societates publicanorum”, formando pessoa jurídica de direito privado, como, nos tempos modernos, durante o Antigo Regime, acontecia freqüentemente na Europa. Depois, a exação é assumida diretamente pelo Estado, na pessoa do *procurador* imperial. As taxas aduaneiras de importação iam “ad valorem” de 2,5% a 16,5% sobretudo em se tratando de objetos de luxo; as de exportação eram de apenas 2,5%. Como Atenas, observa LETOURNEAU, a quem, com LUZZATTO, vimos seguindo, Roma não praticou o câmbio livre. A “centesima rerum venalium” (1%), instituída durante as guerras civis e cobrada por “coactores” especiais, adjuntos aos publicanos, atingia tôdas as vendas. Foi por TIBÉRIO reduzida à metade e abolida por CALÍGULA. A “vicesima hereditatum et manumissionum” (5%) era cobrada sôbre as heranças de pessoas ricas as quais tivessem direito só por testamento e não por lei (“heredes extranei”). Estabelecido o imposto desde 5 d.C., os imperadores procuram estendê-lo a tôdas as transmissões, sendo esta mesma a razão pela qual, a fim de generalizá-lo, CARACALA, em 212, concedeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império. A mesma taxa, por fôrça das leis “Julia et Papia-Poppaea” era cobrada aos herdeiros celibatários. “Ostiarum”, taxa sôbre as portas duma casa, era

---

5. “Décima” é termo usado para significar tributo *cívico* recaindo sôbre a décima parte de qualquer renda tributável; por extensão indica o montante de qualquer contribuição direta.

às vêzes cobrada nas províncias; o “aurum coronarium”, de oferta voluntária passa, no Baixo Império, a tributo regular.

### “Societates Publicanorum”.

Durante tóda a República e o Principado, os romanos, diz LUZZATTO, cobraram os impostos mediante o sistema de concessão às “societates publicanorum” as quais, desde a época dos Gracos, pagavam, antecipadamente, ao Estado a soma estipulada por êste como devendo corresponder ao exercício vencido; depois ficavam livres de cobrar quanto quisessem aos provinciais. Para tanto, os publicanos aliam-se aos procônsules, praticando abusos, tornando-os odiosos às populações e fazendo do nome “publicano” símbolo de avidez e falta d’ escrúpulos. Os contratos de arrendamento dos impostos, feitos com o Estado, apresentam a peculiaridade seguinte: êles se realizavam entre o Estado, dum lado e a pessoa física do “manceps” do outro, representante da “societas publicanorum” a qual não intervinha diretamente. A responsabilidade, além disso, sôbre a pessôa e os bens, em consequência das dívidas resultantes do contrato, era assumida por outra pessoa física, o “praes”, Discute-se, porisso, a respeito da verdadeira natureza jurídica das “societates publicanorum” bem como sôbre a natureza das relações entre seus membros e o “manceps”<sup>6</sup>

As despesas públicas, durante o Império, tenderam a aumentar sempre por causa da necessidade de manter exército permanente, do número cada vez maior de funcionários e dos gastos com uma côrte suntuosa. A arrecadação d’impostos foi-se, porisso, tornando sempre mais urgente e contribuindo para a eliminação da autonomia administrativa das províncias, consumada pelos Antoninos.

O despotismo do príncipe acabou tornando-se absoluto: “Quod principi placuit, legis habet vigorem”. DIOCLECIANO

---

6. LUZZATTO, no artigo citado in *Novissimo Digesto Italiano*.

afinal, extinguiu os últimos vestígios das instituições republicanas, criando-se, daí por diante, circunscrições artificiais, só para a cobrança de impostos, desfrutados por um exército de funcionários constituindo a nobreza administrativa dos “ilustres”, “spectabiles”, “clarissimi”, “perfectissimi”, “egregii”; “nobilissimi” eram os principes da causa imperial.<sup>7</sup>

O fiscalismo excessivo do Baixo Império foi, como se sabe, uma das causas da decadência e da queda do Império Romano, tão magistralmente descritas por GIBBON.

### Bibliografia

- DUVERGER, MAURICE, *Finances Publiques*, 1 vol. PUF, 1968; *Théorie générale de l'impôt*, pág. 367 e ss.; resumo do mesmo autor in “Que sais-je?” n.º 415.
- Outros números de “Que sais-je?” sobre impostos: 339 (*Le sel*), 651 *Histoire de l'impôt*, 846 *Les douanes*,” 1109, *Finances et financiers de l'ancien Régime*”, 1217 “*La monnaie et ses mécanismes*”, 1222 “*La politique des revenus*”, 726 “*Le bilan dans les entreprises*.”
- MOMMSEN, Vol. 1.º *De l'organisation financière chez les Romains* Paris, 1888.
- SERRIGNY, *Droit public et administratif romain*. Tome II, Livre II, Titre I, Chap. VII. *Des choses fiscales*, pp. 1-222. Livre III, *Conditions économiques et sociales des personnes. Des diverses professions classées. Du colonat*. pp. 349 e ss.
- JURA, XIX, 1968 — Parte seconda, XV, *Diritto Pubblico*, p. 301 e ss.
- LANDOGNA, *Storia d'Italia*, 1 vol. 1957, pp. 11-14.
- ELLUL, JACQUES., *Histoire des Institutions*, t. 1.º, PUF, 1955. “*Impôts*”, “*Institutions financières d'Athènes*” p. 130; pp. 135, 142/3; 192 e ss., 296, 332, 340, 431, 472/3, 508, 562, 613, 694, 728.
- IMBERT, *Histoire des Institutions et des faits sociaux* I. “*Des origines au Xe. siècle*” 1 vol. PUF, 1957; II. Xe., XIXe. siècles, 1956.

---

<sup>7</sup> LETOURNEAU, Ch. — *L'évolution Politique dans les diverses races humaines*, 1 vol. Paris, 1890. Vêr, especialmente, as páginas 481-484.

ROSTOVZEFF, M. *The social and economic history of the Roman Empire*, 2 vols. Oxford, 1957.

Vêr, *Tax collectors, Taxation, Taxes, Taxes on cauctions, Taxes for the exercise of a trade.*

SANDYS, *A companion to latin studies*, Cambridge, 1938, v. *Finance* (pp. 342/352).

CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire*, p. 335 e ss.

*Novissimo Digesto Italiano* "Accensi", I,<sup>1</sup> pp. 121-122. *Imposta (Diritto greco, Diritto Romano, Diritto Intermedio)*. VIII, pp. 300-310.

GAUDEMET, JEAN *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967. — Vêr a bibliografia sôbre Société-Économie-Civilisation (p. VIII).

*Impôts. Égypte lagide*, pp. 242/3; "*Égypte pharaonique*" 69, 74, 76; "Grèce." 173; 213. "Monarchie d'Alexandre" 221; Monarchie hébraïque" 105, 109; "*Monarchie hellénistique*" 228; "Rome" 494, n. 3; 503, 511 et n. 7; 517; 530/531; 680 n. 6; 681; 700, 704, 705, 708, 713 n. 8.

*Histoire Générale des Civilisations*, tome II.

*Rome et son Empire* — par Aymard e Auboyer, Paris, PUF, 1 vol. 1959. *La Civilisation carthaginoise — La vie économique et la richesse*, p-41-44.; *Les gaulois* pp. 60 e ss.

*Rome républicaine, Évolution économique et sociale* pp. 136 e ss.

*Les sociétés de publicains*, p. 149.

*La crise: "latifundia" et "ager publicus"* (p. 161 e ss.).

*Les finances: inégalité fiscale entre l'Italie et les provinces* p. 295.

*Vie économique et sociale*, p. 304 e ss.

*La première inflation de l'histoire*, p. 467.

*Les Finances* — pp. 507-512, *L'administration locale et régionale* p. 512 e ss.

*Les nouveautés économiques et sociales* (p. 530/536).

*La société laïque* (p. 537 e ss.)

*Puissance économique de l'Eglise*, p. 552.

*La mort et le legs de Rome antique*, p. 594 e ss.

*Les causes de l'effondrement* 596; *Le legs de Rome* 599-600.

GRIMAL, PIERRE, *La Civilisation romaine*, Arthaud, 1960.

Ver no *Dictionnaire* do mesmo livro, o verbete "Impôts".

GAGÉ, JEAN, *Les classes sociales dans l'empire romain*, Paris, Payot, 1 vol. 1964.

LETOURNEAU, *L'évolution politique dans les diverses races humaines*, 1 vol. Paris, 1890. Cap. XVIII. *L'évolution de l'impôt* (pp. 462/489).

MEIRA, SÍLVIO, *Direito Tributario Romano*, in "Romanitas", Revista de Cultura Romana; vol. 10, tomo II, pp. 279-330, Rio 1970.

# O projeto brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.\*

*Antônio Chaves*

Catedrático de Direito Civil e Professor Contratado de Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Jurídica e de Legislação da "Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs"

## Parte I.

### Prolegômenos.

#### Breve história do Projeto.

“Habent sua fata propositiones legum. ”

Os próprios projetos de lei não se subtraem à contingência de súditos da surda e cega deusa Fortuna.

E antes que alterações profundas tenham lugar em um projeto de Código de Direito de Autor que, em princípio do ano passado, foi apresentado ao Governo Brasileiro, e que talvez, não logre prosseguir seu caminho, parece-me oportuno o momento, e não poderia ser mais adequado o lugar que generosamente me oferece esta Revista, para fazer um relatório sumário da atividade que, com relação à matéria, se desenvolveu no Brasil nestes últimos tempos.

---

\* O presente artigo foi escrito em italiano, a convite da Revista *Il Diritto di Autore*, órgão oficial da "Società Italiana degli Autori ed Editori", com sede em Roma, que anuiu na sua concomitante divulgação no Brasil. A versão esteve a cargo do acadêmico de direito Eduardo Lobo Botelho Gualazzi.

O Diário Oficial da União de 16 de junho de 1967 publicava, em uma “separata” de 39 páginas, um anteprojeto de Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, fruto da cultura especializada e da sensibilidade do Desembargador do Tribunal de Justiça de Brasília MILTON SEBASTIÃO BARROSA.

Precedido de minuciosa “Exposição de Motivos”, p. 1-15, o anteprojeto constituiu-se de 351 artigos divididos em dezesseis títulos, a maior parte dos quais subdivididos em diversos capítulos:

- I — Direito de autor. Conteúdo. Atributos.
- II — Da obra intelectual-autoral.
- III — Da duração do direito de autor. Título da obra.
- IV — Dos atributos do direito de autor.
- V — Da transmissão do direito de autor.
- VI — Limites do direito de autor. Fontes de origem.
- VII — Domínio público remunerado.
- VIII — Regimes especiais.
- IX — Do direito do artista, intérprete ou executante.
- X — Do direito do produtor fonográfico.
- XI — Do direito dos organismos de radiodifusão (sonoros e visuais).
- XII — Do registro.
- XIII — Das associações literárias, artísticas e científicas. Das sociedades de direitos de autor ou conexos.
- XIV — Do Conselho Nacional de Direitos de Autor e Conexos (CONDAC).
- XV — Das violações. Das sanções. Medidas cautelares. Da competência e procedimento.

Título final — Disposições finais e transitórias.

Em data de 23 de maio de 1967 foi nomeada pelo Ministro da Justiça uma comissão revisora composta pelo Pre-

sidente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor CÂNDIDO MOTTA FILHO, pelo Relator, Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, e pelo autor destas linhas.

Após numerosíssimas e exaustivas sessões que se prolongaram até o mês de agosto do ano passado, a comissão se cindiu em duas partes.

Por um lado, o Relator Geral e eu mesmo, que oferecemos um Projeto de 198 artigos, divididos em três partes:

- I — Direito de autor (Generalidades, Atributos, Limites);
- II — Transmissão (*Causa-mortis* e *inter-vivos*);
- III — Defesa (Órgãos, Medidas Cautelares, Sanções).

Por seu turno, o Ministro CÂNDIDO MOTTA FILHO apresentou um substituto de 89 artigos, dividido em 12 capítulos:

- I — Dos direitos de autor;
- II — Da edição;
- III — Da representação dramática;
- IV — Da obra de arte plástica;
- V — Da obra fotográfica;
- VI — Da obra jornalística ou periodística;
- VII — Da obra do artista, intérprete ou executante;
- VIII — Dos direitos conexos;
- IX — Da sociedade;
- X — Das sanções;
- XI — Conselho Nacional dos Direitos de Autor e Conexos;
- XII — Disposições finais e transitórias.

Foi com grande surpresa e profunda mágoa que os outros membros da comissão tiveram a notícia de haver perdido o apoio do Ministro CÂNDIDO MOTTA FILHO, cujo prestígio haveria certamente facilitado a aprovação do projeto.

Mas não pudemos aceitar a posição doutrinária de Sua Excelência.

Qualquer sã remodelação legislativa da nossa matéria não poderá prescindir do ponto de partida de um seguro apôio ao autor da obra intelectual.

Proteger em primeiro lugar aquêlê que *produz*, depois aquêlê que *reproduz*, mais do que uma norma de elementar bom senso, é o caminho que parece indicar-nos a própria mãe natureza.

Se é verdade que no mundo inteiro se delinea cada vez mais nitidamente o fenômeno da existência de “grupos de pressão” que desenvolvem uma incansável atividade em prejuizo do autor e dos próprios empresários, em virtude do conseqüente rebaixamento do nível da produção literária e artística, é por outro lado dever indeclinável dos juristas, convocados a prestar sua obra, quando queiram realmente dar uma contribuição duradoura, resistir obstinadamente a qualquer pressão, a fim de estabelecer aquêlê equilíbrio que apenas a lei, através de disposições e providências oportunas, está em condições de fixar.

Ora, o exame mesmo rápido do substitutivo convence que, embora em grande parte transcreva simplesmente o Projeto, talvez desapercibidamente, presta-se, em numerosos dispositivos, ao jôgo dêstes interêsses.

Assim, para citar apenas alguns exemplos:

— não proíbe “representações teatrais”, independentes do consentimento do autor, difficilmente conciliáveis com o “recesso familiar” a que alude o art. 20;

— admite a transcrição, com dispensa de autorização, de trechos de obras alheias, sem garantir, todavia, a retribuição, como faz o Projeto, no art. 44, § 3º;

— estende excessivamente (art. 22, XII), a liberdade de utilização de obras literárias e musicais para fins de demonstração comercial, inconveniente em que não incorre o art. 57 do Projeto;

— demonstra maior benevolência quanto aos interesses do editor do que quanto aos do autor (art. 29 a 30), ao passo que o Projeto harmoniza perfeitamente, no art. 76, a posição recíproca de ambos;

— concede desmedida proteção ao produtor fonográfico nos arts. 58 e 60, em contraste com a orientação do Projeto, que procura tutelar os direitos dos autores e dos artistas;

— remete a repressão das violações ao Código Penal, que outra coisa não faz senão repetir o que dispunha o Código Penal de 1940, em forma ainda mais atenuada.

O substitutivo, em suma, em nada aperfeiçoa as leis em vigor.

Deveria prevalecer o ponto de vista da maioria dos membros da Comissão.

Mas justamente porque não nutro ilusões acerca dos efeitos da perda do apóio de uma personalidade tão prestigiosa, venho a público, pela vez primeira, não para recriminar tantos meses de esforço provavelmente perdidos, mas com a esperança de que o Projeto possa oferecer alguma inspiração aos outros especialistas, particularmente das demais Nações da América Latina, atormentados pelo desejo de aperfeiçoamento da própria legislação.

O essencial é ter um ponto de partida, um figurino mais de acôrdo com o nosso tempo, seja mesmo. em papel de jornal, de modo que, com tesouras e goma arábica, se possa eliminar o excesso e acrescentar o que falte, a fim de que o resultado possa ser modelado ao corpo a que se destine.

**Por quê um Código e não simplesmente uma lei sôbre o direito de autor?**

Parecerá talvez demasiado ambicioso o nome de Código, tanto mais que a grande lei italiana n° 633, de 22 de abril de 1941, com os seus 206 artigos, a alemã, de 9 de setembro de

1965, com os seus 143, a lei francesa nº 57-298, de 11 de março de 1957, com os seus 82, a mexicana de 4 de novembro de 1963, com os seus 160, se contentam com a modesta e tradicional designação de lei.

A explicação do Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, na sua *Exposição de Motivos*, é exaustiva ao demonstrar que o seu trabalho não se limitou a uma simples consolidação dos textos existentes, mas teve por finalidade uma sistematização de tôda a matéria, incorporando as mais recentes conquistas dos povos cultos, harmonizando-as com a legislação e com as necessidades brasileiras, de tal modo que, com realismo, o nôvo diploma legislativo pudesse atender às exigências do mundo contemporâneo.

“Pela sua complexidade, pela sua expansão, em virtude do progresso inusitado dos meios de comunicações, disciplinar a obra intelectual, o direito do autor e os direitos correlatos, surgidos em razão dêste progresso, importou em uma reforma ampla e substancial das leis vigentes e da forma da sua aplicação. . .

É que, dada a evolução das relações jurídicas a serem disciplinadas, oriundas da atividade intelectual, surgiu, não diremos um direito nôvo, mas um direito cuja expansão e peculiaridade obriga o Estado a dar-lhe um tratamento específico. . .

Lembra que a Constituição de 1946 já dispunha no art. 174, como faz a atual no art. 180, que a proteção à cultura constitui um dever do Estado, e acrescenta:

“Por isso, a lei reguladora dos direitos de autor e dos que lhe são correlatos, há de constituir um sistema, não só de disposições de proteção às atividades intelectuais, mas, também, cuidar dos meios capazes de assegurar esta proteção. Ao mesmo tempo em que estende a sua ação protetora a estas ati-

vidades, atendendo às suas ressonâncias, a lei deverá estabelecer regras unificadoras, imperativas, de fácil fiscalização, resguardando, também, os interesses dos usuários das obras intelectuais, dos que as divulgam, dos que nela buscam a lição ou o entretenimento.”

Transcreve ANDRÉ HUGUET, *L'Ordre Public et Les Contrats d'exploitation du Droit d'Auteur*, Paris, 1962, p. 2: “Il est à presumer que toutes les règles destinées à la défense des auteurs sont d'ordre public”, e o comentário que exara RENÉ SAVATIER, prefaciando a mesma obra:

“L'une des principales innovations de la loi de 11 mars 1957 — peut être la plus importante — a donc été d'enfermer les contrats relatifs à ce droit d'exploitation de l'auteur en des règles d'ordre public. . .

Et, il souligne comment le désir du législateur, édictant ces règles d'ordre public, a été d'assurer, par elles, une meilleure protection de l'auteur, à l'interieure d'affaires où il n'existe pas d'équilibre quant à la experience des affaires et au pouvoir économique, entre les Muses et Mercure.”

Demonstra ainda que as disposições das mais recentes leis germânicas e peruanas, e do decreto-lei português nº 46.980, de 27 de abril de 1966, claramente deixam transparecer o alto senso de ordem pública de suas disposições.

Nem se pode deixar de acrescentar que o Governo Brasileiro, que sempre se interessou por sua importante tarefa de codificação, está atualmente empenhado num amplo trabalho de renovação de seus mais importantes Códigos: Código Civil, Código Penal, Código Penal Militar, Código do Trabalho e respectivos Códigos Processuais, Código das Execuções Criminais, Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Código da Navegação, Código da Propriedade In-

dustrial, alguns em vias de publicação, outros já publicados para efeitos de discussão e outros, finalmente, promulgados.

Não poderia, certamente, o direito de autor, tão importante numa nação ansiosa por progresso e afirmações, e com possibilidades ilimitadas em todos os campos, não acompanhar essa tendência, em que deveria, isto sim, ocupar uma posição prioritária.

FILIPPO VASSALI, no Relatório Geral apresentado em Roma em julho de 1950, e transcrito nas *Actes du Congrès International de Droit Privé*, 2º vol. 1951, e na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 148, p. 50-57, aludia ao estranho fenômeno que desponta nas mais diversas épocas da História: as recriminações ao Estado de Direito têm, ordinariamente, sua origem na desordem em que se encontram as fontes do direito, a incerteza das leis, sua multiplicidade, sua falta de clareza, suas contradições, a insuficiência de pontos de referência, sua confusão, muito mais que no próprio valor das leis, na sua capacidade de harmonizarem-se com as necessidades, os gostos, o bem-estar e o progresso dos indivíduos, que são obrigados a respeitá-las.

Bem se compreende, nestas condições, que o Projeto, não descuidando da tradição histórica, procure estabelecer uma sã e corajosa política baseada em três fundamentos:

1. conservação de tudo aquilo que a legislação em vigor possa oferecer de útil;

2. incorporação de novos elementos abundantemente oferecidos pela jurisprudência nacional e internacional, pelas leis estrangeiras e pelos tratados internacionais;

3. reestruturação total por meio de uma nova construção orgânica, que lhe confira verdadeiramente a dignidade de “Código”.

“Continuidade e inovação”, poderia ser a divisa a insculpir-se em seu escudo: uma preparação que, sem antecipações, esteja destinada a aplinar o caminho para novos desenvolvimentos. Aproveitar o material herdado das cons-

truções antigas, reuni-lo num nôvo complexo de normas realmente moderno, e considerar as instituições atuais com “olhar evolucionista”.

A não se obter, pelo menos em parte, a satisfação dessa finalidade, tanto valerá resignar-mo-nos a deixar tudo como está, à espera de tempos melhores.

### **Idéias fundamentais.**

#### *a) Autorização prévia.*

Não basta, contudo, que um Código, para que seja Código, tenha êste nome: precisa merecê-lo, para o que várias condições devem ser satisfeitas.

Em primeiro lugar, deve basear-se sôbre a legislação em vigor no país ao qual se destine.

Certamente, tanto no esbôço preliminar, como no projeto, não era possível fazer abstração das mais importantes conquistas da legislação das nações mais progressistas em nossa especialidade.

Mas resultaria vão e falso o esforço que não procurasse atingir no complexo legislativo pátrio os elementos fundamentais, enriquecendo-os com a contribuição de alguma idéia no entretempo amadurecida.

No momento da publicação do anteprojeto podiam ser enumerados, até 26-4-1967, nada menos que 268 atos legislativos, direta ou indiretamente relativos ao direito de autor.

Entre êstes e outros posteriores, são dez os mais importantes:

1 Art. 649-673 do Código Civil (Lei nº 3.071, de 1-1916);

2. Decreto 4.790, de 2-1-1924: define os direitos de autor;

3. Decreto 5.492, de 16-7-1928, Lei Getúlio Vargas e respectivo

4. Regulamento, decreto 18.527, de 10-12-1928;

5. Arts. 184 e 185 do Código Penal, Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940;

6. Decreto-lei 20.493, de 24-1-1946, que aprova o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Nacional;

7. Lei 2.415, de 9-2-1955, que dispõe sobre concessão de permissão autoral para a realização de representações e execuções públicas e para as transmissões por rádio ou televisão;

8. Decreto 1.023, de 17-5-1962, que estende aos Estados e Territórios a legislação em vigor no Distrito Federal;

9. Lei 4.944, de 6-4-1966, que concede proteção aos artistas, produtores de fonogramas e organismos de radio-difusão e o seu

10. Regulamento, decreto nº 61.123, de 1-8-1967.

Sem grave prejuízo não poderá ser abandonado o sistema atual que reconhece ao autor o direito exclusivo de conceder licenças e autorizações prévias para qualquer execução ou representação de toda composição musical, tragédia, drama, comédia, ou outra produção de espetáculos públicos por meio de pagamento de entrada, estabelecido no Brasil desde 2-1-1924, e sucessivamente desenvolvido e adaptado aos novos sistemas mecânicos e da transmissão.

Com certeza a idéia poderá ser aperfeiçoada.

Recorde-se, porém, que JEAN VILBOIS, *Du Droit Public Payant en Matière de Droit d'Auteur*, Sirey, Paris, 1929, observava, à p. 492, que uma proteção preventiva bem organizada deve dispensar recorrer-se à repressão, salvo em casos muito raros.

E faz um rol dos pouquíssimos países em que o sistema é praticado: Itália, Noruega, Dinamarca e Brasil, embora sendo reclamado por outras nações e entidades de autores.

Conclui que, “sem isso, a proteção do direito de autor permanecerá sempre ilusória”.

b) *Proteção da obra.*

Proteção do autor ou da obra?

Eis uma indagação que foi levantada no seio da Comissão de Revisão.

Os dois autores do Projeto chegaram à conclusão de que tão somente a tradição faz conservar o vézo de dizer-se que as leis de direito de autor protegem o autor: protegem, na verdade, a obra.

O que diz o art. 1º da lei italiana, fonte e inspiração de tantas outras?

“Sono protette... le opere dell'ingegno di carattere creativo...”

Faz um elenco das obras “compreendidas na proteção” (art. 2) e em sucessivas seções se refere à proteção da utilização econômica para determinadas categorias de obras e assim por diante.

É certo que a lei francesa concede a proteção, de resto como tôdas as outras, a “l'auteur d'une oeuvre de l'esprit”, mas “du seul fait de sa création”, e não pode deixar de fazer, no art. 3º, a enumeração das obras intelectuais que considera.

Se a proteção fôsse verdadeiramente do autor, e não da obra, preocupar-se-ia a lei com a pessoa dêle, com a assistência que certamente merece (mas por outro título), em virtude de acidente, de doença, de desemprego, com a assistência familiar, higiênica, demográfica, proteção e educação dos filhos, com a perda de retribuições, com sua velhice, com a aposentadoria, etc., etc., matéria tôda estranha ao nosso domínio.

Se a proteção fôsse verdadeiramente do autor, cairia na contradição de protegê-lo ainda quando não fôsse capaz, ou mais capaz, de produzir obra alguma, e deveria assistir também aos autores de obras absolutamente insulsas, medíocres, sem qualquer originalidade ou personalidade, o que seria um verdadeiro absurdo e um obstáculo intransponível.

Se conseguíssemos reconhecer, uma vez por tôdas, que a lei, na realidade, protege a obra, e, apenas por via reflexa, o autor, obteríamos resultados que superariam em muito o que se poderia pensar seja apenas uma questão de terminologia.

Liberar-se-ia o codificador do complexo de todos aqueles compromissos, preocupações e cuidados que tanto desnaturam as disposições relativas ao direito de autor, que, em última análise, não são mais que uma enumeração minuciosa, fastidiosa e ineficaz das reivindicações e dos privilégios de autor. Enquanto constituir a sua própria pessoa a finalidade da norma, as disposições perderão a sua força vital, a sua eficácia, a sua própria razão de ser.

Não compreenderá o cidadão comum porque deva ser punido por ter difundido em público u'a música gravada num disco e julgará inconcebível qualquer punição quando a violação do direito represente apenas um dano potencial de algum centavo para o autor.

Difunda-se, todavia, a convicção de que a violação é da obra, propale-se a certeza de que êste ato, por si próprio, representa não apenas uma lendária violação ao direito patrimonial do autor, mas um delito contra a própria obra, onde quer que seja transmitida ao público sem autorização, e a distorção será eliminada, provocando, em resultado, o benefício para o autor de uma proteção efetiva, real, atuante, e não meramente teórica.

Na proteção *do autor* se deveria atender a um critério essencialmente subjetivo, reportando-nos, diuturnamente, à sua personalidade, à sua sensibilidade, às suas simpatias ou antipatias.

Na proteção *da obra* abraçaremos um critério mais plausível, mais objetivo, mais verdadeiro, atribuindo-se a pessoas experimentadas a tarefa de verificar, sem excesso de amor próprio, se ocorreu realmente uma violação passível de sanção.

E basta considerar a tendência legislativa sempre mais vívida no sentido de conceder permissões para adaptações à radiodifusão, à cinematografia, à televisão, para compreender-se que, quer se queira ou não, é nesta direção que se esboça o futuro.

Se, finalmente, o que se protege é o direito *de autor*, não obedece ao rigor da lógica especificar as obras tuteladas.

E, ao final das contas, é a obra, e não o autor, que interessa primordialmente à coletividade. Se o que se procura defender é a produção espiritual, se é a obra que nasce, projeta-se, vive e perpetua-se, adquirindo personalidade própria, quase que dissociando-se do autor, tanto é verdade que, malgrado o reconhecimento da paternidade, admite-se até mesmo a possibilidade de expropriação, e transcorridos alguns decênios da morte do autor seus sucessores não podem reivindicar qualquer direito patrimonial, é verdadeiramente a obra, não o autor, que se quer proteger.

Eis porque o projeto, em plena coerência, antepondo a obra ao autor, esclarece sua posição no final do artigo primeiro, que deverá inspirar seu inteiro desenvolvimento:

“A criação de uma obra intelectual, seja qual fôr seu gênero, forma de expressão e destinação, confere ao autor os direitos morais e pecuniários cuja defesa as normas de ordem pública dêste Código asseguram.”

Em rigor de lógica, por tal motivo, sua denominação deveria ser *Código de Obra Intelectual*.

c) *A obra dos artistas intérpretes e executantes.*

Outro problema grave que o Projeto não hesitou enfrentar é o relacionado à proteção dos artistas intérpretes e executantes.

São bem conhecidas as controvérsias acêrca da questão de constituir ou não, sua criação artística, uma obra tutelável aos fins da lei sôbre direito de autor.

Mas, à medida em que se multiplicam as modalidades de gravação das obras literárias e musicais, não se pode negar que, embora como obra derivada ou de segunda mão, sua interpretação dê lugar a uma versão nova e pessoal, que não pode ser subtraída à proteção que não se recusa a obras que, como as fotográficas, exigem, geralmente, menor contribuição pessoal.

Limpida intuição houveram acêrca da matéria ETTORE VALÉRIO e ZARA ALGARDI, *Il Diritto d'Autore*, Milão, Giuffrè, 1943, p. 233:

“Il compositore di musica non può dare alla sua opera la forma suscettibile di produrre sul pubblico l'emozione estetica ricercata. A questo effetto, il concorso di un altro artefice è assolutamente necessario; il concorso dell'artista esecutore.

Ora, non si può negare che il contributo di quest'ultimo all'opera comune presenti il carattere personale che determina la creazione artistica.”

“Jusqu'à ces années dernières,” — acrescentam R. PLAISANT e M. SAPORTA, *Les Droits Connexes au Droit d'Auteur ou Voisins du Droit d'Auteur*, in *Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique*, fasc. 5, 1953, nº 43 — “nul ne songeait à assimiler auteurs et artistes exécutants. Il semblait que leurs fonctions respectives s'opposaient nettement l'une à l'autre.”

E malgrado venham a afirmar depois, sem muita convicção, que o artista executante não desfruta em França, de acôrdo com a jurisprudência, de um direito de autor, não podem não reconhecer que “l'auteur crée l'oeuvre, l'artiste exécutant l'exprime. Le premier a l'apanage de l'originalité esthétique, le second traduit fidèlement l'oeuvre qu'il exécute.”

Muitos outros testemunhos poderiam ser invocados a êste mister.

Valha, por todos, aquê de VALÉRIO DE SANCTIS, Presidente da Comissão Jurídica e de Legislação da Confederação Internacional da Sociedade de Autores e Compositores, no relatório apresentado em 1954, ao IV Congresso internacional de Direito Comparado, da Academia de Direito Comparado de Haia, “*Rivista del Diritto Commerciale*”, Vallardi, Milão, v. 53, 1955, p. I.

Após um exaustivo exame dos dados relativos à proteção, no plano nacional de diversos países, das produções dos artistas executantes, dos fabricantes de fonogramas e dos organismos de difusão, demonstra “l’insufficienza della protezione e, soprattutto, l’incertèzza dei legislatori nazionali circa l’oggetto e la natura di questi nuovi diritti, circa il contenuto della protezione e i collegamenti coi diritti concorrenti e specie coi diritti degli autori, allorquando l’esecuzione, la registrazione e l’emissione riguardano un’opera dell’ingegno legalmente protetta.”

Verifica que a tendência de separar a regulamentação do direito de autor da dos direitos vizinhos se deve à exigência de alguns interesses industriais e ao mesmo tempo a razões de ordem psicológica e de organização, pelo que diz respeito aos autores e aos artistas executores e proclama que a solução do problema pelas leis austríaca e italiana,

“isto é, aquela de distinguir a proteção do direito de autor e dos direitos vizinhos em razão da diferente natureza do título justificativo, do objeto e das exigências da proteção e do fato que os novos direitos podem dizer respeito a produções e manifestações não protegidas pelo direito de autor (acontecimentos esportivos, fatos do dia, etc.), todavia, as regras de proteção do mesmo texto legislativo, possa ser a mais sábia. Ela tem a vantagem de regular, concomitantemente, direitos que têm o mesmo suporte material, o mesmo *corpus mechanicum*, e que são estreitamente ligados no plano

econômico e contratual. Os principios da proteçãõ poderiam assim amparar-se e equilibrar-se legislativamente.”

E com indiscutível bom senso chega à conclusão de que o regulamento, num mesmo texto, das três categorias de direitos vizinhos, é plenamente justificado,

“mentre la mancanza di qualsiasi collegamento tra la regolamentazione di questi diritti e il diritto di autore dell’opera eseguita, registrata, radiodiffusa, potrebbe causare serie difficoltà nello sfruttamento dell’opera realizzata. Per questi motivi, la regolamentazione di codesti diritti nello stesso testo di legge, per quanto concerne le legislazioni nazionali, e con disposizioni di collegamento, per quanto concerne il campo della protezione internazionale, potrebbe, ritengo, rendere più efficace e meno complicati, nell’interesse dei vari titolari dei diritti stessi e soprattutto dei terzi.”

A idéia da proteçãõ do direito de autor, como do artista intérprete e executante, na mesma lei, começa a inserir-se com a lei mexicana de 4-1-1963 e com a argentina, a colombiana, a paraguaia, a salvadorenha e uruguaia.

Não se compreende, nem se pode admitir, numa lei verdadeiramente moderna, que a proteçãõ ao artista intérprete deva ser remetida a um texto legal diverso do relativo ao autor.

Persistir em semelhante posiçãõ resultaria em prejuízo de ambos os grupos interessados, vale dizer, em dano para os próprios autores.

Ao menos no Brasil — e o fenômeno não pode ser diferente alhures — mostram-se os artistas muito mais dinâmicos e ativos na defesa de seus direitos. Já usufruem de u’a maior comunicabilidade, de maior penetraçãõ junto ao gran-

de público e com mais desembaraço estão em condições de obter facilidades e proteção às suas reivindicações: o que é tanto mais perigoso porquanto, por outro lado, são prêsa mais fácil das lisonjas dos empresários, em geral.

A perpetuar-se esta cisão do âmbito legislativo — e recorde-se que os artistas já obtiveram importantíssimas vitórias também no setor internacional — poderá sobrevir uma inversão de posições, com grande prejuízo para a harmonia dos interesses comuns.

AMADEO GIANNINI explica em *Il Diritto dello Spettacolo*, Jandi Japi, Roma, 1959, p. 427, como é *plenamente conciliável o direito de autor e o do intérprete*.

Por que não procurar harmonizar amplamente os interesses em um só diploma legal e estender, quiçá, a mesma conquista ao setor das convenções internacionais?

Reconhecida a prioridade do autor em sua qualidade de criador, mas admitida, ao mesmo tempo, a proteção subsidiária à obra do artista, ter-se-á conjugação, não dispersão de forças, união, não luta, através de uma regulamentação cuja amplitude tornará muito mais difícil, contra os interesses comuns, a ação eficaz daqueles grupos de pressão a que acenávamos inicialmente.

O Projeto brasileiro segue êste caminho, regularizando a obra do artista intérprete e executante, como qualquer outra obra criativa, evitando, dêste modo, o perigo de desvios e deformações unilaterais.

Colocando em relêvo a simplicidade e a precisão de que deve revestir-se a expressão para ser bem compreendida, mas acrescentando que a simplicidade não convém à complexidade móvel da vida, leciona ALEXANDRE C. ANGELESCO (*La Technique Législative en Matière de Codification Civile — Étude de Droit Comparé*, Bocard, Paris, 1930), p. 10-11, que quanto mais moderno é um código, mais fluidos apresentará seus contôrnos, poucos precisos, permitindo à jurisprudência assegurar sua adaptação à vida.

E acrescenta:

“Ainsi se pose un problème... qui nait de la difficulté de concilier “l’ordre et le mouvement”; nous croyons ici encore que des règles trop précises ne peuvent éxister en notre matière et que tout est une question “d’équilibre, de doigté”.

A côté, et en liaison avec cette importante fonction de la loi, nous en rencontrons une seconde; celle de “refonte, de novation” législatif. La loi doit modifier ses procédés, changer son système lorsqu’il ne peut plus servir la vie. Aussi, l’objet de la technique législative ne portera pas seulement sur la rédaction des lois, mais aussi sur la manière dont se fera leur refonte, leur révision.”

## Parte II.

### A “arquitetura” do Projeto.

#### A Parte Geral.

A analogia entre a arte de redigir e a arquitetura e a engenharia civil é tão banal que REED DICKERSON na abertura de seu clássico “Legislative Drafting”, Little, Brown, Boston, 1954, hesita evocá-la.

Reconhece, por outro lado, ser tal a incompreensão existente sôbre a arte da redação, que seria injusto negar ao leitor o benefício de um paralelismo tão perfeito.

Resignemo-nos à... banalidade e procuremos apresentar uma perspectiva do Projeto.

Seus 198 artigos distribuem-se em três corpos principais: 60 na parte I, que, já vimos, abrange generalidades, atributos e limites do direito de autor; 59 na II, relativa às transmissões “inter vivos” e “causa mortis”; 79 na III, referindo-se aos órgãos de defesa, medidas cautelares e sanções.

Não existe razão para não considerar num projeto de lei a eurritmia que se manifesta em tôdas as “construções” jurídicas dignas dêste nome.

PLATÃO já compreendera o sentido de profunda harmonia imanente a tôdas as coisas, quando afirmara que o belo é o justo, elevando-se para contemplar do alto as diretrizes das disposições legais que buscam harmonizar os contrastes dos interesses entre os homens.

VON IHERING, agarrando e atualizando o conceito, não hesitou em incluir, entre os elementos que presidem à elaboração das leis do direito, a lei do belo jurídico, ou seja, aquela lei que subordina a regra de conduta aos padrões estéticos da ordem, da simetria, do estilo e da proporção.

Comentando antes expressões, acrescenta o professor e magistrado brasileiro MARIO MOACIR PORTO, *Os Fundamentos Estéticos do Direito, Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 229, 1970, p. 571:

“A estética, assim, é que fornece a medida do ordenamento legal, comportando-se como um metrônomo que acerta o passo da existência gregária ao compasso da norma disciplinadora. A imitação da natureza, ou a revelação da natureza através da intuição criadora é, em sentido amplo, a finalidade do Direito e o objeto da arte. No plano do Direito o justo se verifica através da oportuna adequação da regra às realidades humanas, do mesmo modo que no terreno da estética o belo se revela na eleição da forma que forneça a medida do justo na interpretação da natureza.”

No Título I, os arts. 2-7 (Cap. I), subordinados, como o 1º, à epígrafe *A Obra*, fazem uma lista das obras protegidas, contemplam traduções e adaptações, obras coletivas, títulos das obras, enumeram as não protegidas, definem publicação e divulgação.

Os arts. 8-13 (Cap. II), *Autoria*, tratam da presunção de paternidade, pseudônimo ou sinal indicativo, presunção de titulariedade, obra sob “comissão”, obra em colaboração indivisível a obra composta.

No Título II, *Atributos*, o art. 14 os separa em: “de ordem moral, que são perpétuos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis”, e “de ordem pecuniária, que são relativos, divisíveis, temporários e transferíveis”.

Tais premissas, verdadeiros pilares, tornam possível a fácil e harmoniosa construção do projeto, fixando com clareza, pelo que toca aos primeiros, os atributos essenciais do direito moral, direito à paternidade da obra, direito de inédito, direito de publicação, direito à integridade da obra, direito de correção, direito de arrependimento (arts. 15-18).

Desembaraça-se, assim, o caminho para a construção das regras relativas aos aspectos patrimoniais do direito, sempre mais complexos e controvertidos, separando a utilização sob forma corpórea da utilização sob forma incorpórea, especificando os limites de duração e traçando as regras pertinentes ao domínio público.

### **Utilização sob forma corpórea.**

O Capítulo III — *Direito Pecuniário* — do Título II, se divide, por sua vez, em duas Seções: I — *Utilização sob forma corpórea* (arts. 19-24) e II — *Utilização sob forma incorpórea* (arts. 25-32).

São numerosas e diversificadas as formas de utilização da obra intelectual. Embora um Código não seja obra teórica, seus preceitos ganham em positividade, clareza e compreensão, quando obedecem a uma seqüência, mesmo porque a função de um Código não é apenas dispor, advertir, punir, mas, principalmente, instruir, prevenir, aconselhar, educar.

Por tal motivo, na enumeração e regulamentação das diversas formas de utilização, pareceu oportuna a divisão, já estabelecida na lei alemã, entre as formas corpóreas e as incorpóreas de utilização, regulando-se, entre as primeiras, os direitos de reprodução, de exposição e de distribuição, em suas generalidades, deixando as particularidades para cada espécie de obra, à Parte II do Código, arts. 76-116.

Temos a seguir a determinação da natureza e conteúdo do direito pecuniário (art. 19), a definição do direito de reprodução (art. 20), e, sucessivamente, dos direitos de exposição (art. 21), exibição (art. 22), distribuição (art. 23).

Nesta altura (art. 24) regulamentou-se o direito de seqüela (“droit de suite”): prerrogativa reconhecida de maneira irrenunciável e inalienável ao autor de obra de arte plástica, gráfica ou similar, “de haver da pessoa a que alienou a obra original e, posteriormente dos sucessivos adquirentes, uma participação sôbre o maior valor nas vendas feitas por meio de lances públicos ou com intuito especulativo”, princípio já introduzido nas leis italiana, francesa, germânica, peruana e outras.

Não permaneceu insensível o Projeto aos apelos dos artistas plásticos, que, preocupados com a incerteza do mercado nacional, temiam que um ônus nas sucessivas alienações pudesse provocar desinterêsse por parte dos eventuais compradores.

Buscou-se, então, atenuar os efeitos, fixando a participação em dois por cento calculados sôbre o produto da alienação, quando não inferior à soma de cinco salários mínimos vigorantes no Distrito Federal, e excluindo os casos de obras de arquitetura e de artes aplicadas.

Com isto outra coisa não faz o Projeto senão adaptar nossa legislação à Convenção de Berna, que o concede (art. 14 bis) até em maior extensão.

Mas, se o Projeto permaneceu aquém da Convenção, no que diz respeito à aplicação do princípio, caminhou muito além no que tange ao desenvolvimento e reafirmação da idéia em outras situações que apresentam certa semelhança.

Se o princípio é verdadeiro quanto à equiparação às obras de arte plástica, se a Convenção de Berna o reconhece e o aplica aos manuscritos originais dos escritores e compositores, nos quais — sejamos sinceros — mais que uma relação de direito de autor se denota o espírito de colecionador de reliquias famosas, não há razão para não estendê-lo a

outras relações em que não o amor e a admiração dos colecionadores valoriza o “corpus mechanicum”, mas o favor do público acompanha o sucesso de determinadas produções, premiando autores e artistas.

Aqui, sim, retornamos ao campo estrito do direito de autor e, então, não se compreende porque o sucesso dos autores e dos artistas deva favorecer extraordinariamente apenas os empresários e os usuários da obra.

Por esta razão o Projeto, sempre que pode, não hesita em sugerir o mesmo princípio para outras relações. Assim, nas obras cuja utilização não permita a imediata determinação dos contatos com o público (como ocorreria com as cópias de uma edição gráfica), e o exemplo que logo se apresenta é o da obra cinematográfica, procurou-se suplementar a remuneração do autor e dos artistas, que não tenham feito contratos em base percentual, com um adicional, quando seus trabalhos ou execuções tenham um sucesso além do previsto.

Dir-se-á que por essa forma se estabelece uma discriminação injusta, visto que ninguém se preocupa em socorrer o empresário em caso de fracasso.

Encontrâmo-nos certamente face a interesses que têm pontos de colisão. Mas procura-se justamente um ponto de equilíbrio, sem prejuízo de quem quer que seja, e que, de qualquer maneira, poderá ser retificado, por meio da experiência adquirida.

### **Utilização sob forma incorpórea.**

É objeto da Seção II, com oito artigos relativos ao direito de recitação pública (art. 25), direito de execução e representação (art. 26), intuito de lucro (art. 27), direito de autor na radiodifusão (art. 28), direito de comunicação das execuções ou representações (art. 29), fixação das execuções ou representações (art. 30), independência e alcance

dos direitos exclusivos (art. 31) e direito de locação de obra ou de reprodução (art. 32).

Ainda aqui o Projeto propõe algumas inovações fundamentais.

A primeira, por ordem de importância, é, indubitavelmente, a que tem por objeto fazer de tal modo que, em qualquer oportunidade, tôdas as execuções ou representações públicas, ainda que sem finalidade lucrativa, direta ou indireta, dependam do pagamento prévio da retribuição (art. 27, “caput”).

A êste princípio deverão submeter-se os particulares. os “clubs”, as emprêsas de radiodifusão e de televisão, a Igreja, o Estado, etc., pondo-se fim à situação de “terra de ninguém”, que é a dos “pequenos direitos”.

Quando um Fulano toma a iniciativa de um festival, de uma festa popular, de uma reunião dançante ou qualquer outro espetáculo público, com o mais louvável, altruista e benemérito dos intuitos beneficentes, não lhe passará nem mesmo pela antecâmara do cérebro exigir dos fornecedores de bebidas e alimentação, do padeiro, dos pintores, eletricitas, encanadores, mecânicos, motoristas, operários, etc., aos quais se dirigirá, qualquer prestação gratuita de mercadorias ou serviços.

E quando pretenda uma contribuição, um óbulo, um donativo, lançará, com voz trêmula de emoção, um apêlo, e, com louvável compreensão cristã, resignar-se-á a uma recusa.

Com o autor e com o artista intérprete e executante acontece justamente o contrário.

É tão fácil colocar um disco num gramofone e transmitir seus acordes (ou desacordes) por meio de impiedosos altofalantes, aos sofredores tímpanos de quantos passem pelas proximidades, que não se preocupam absolutamente, os organizadores de tais saturnais de beneficência, em avisar o autor, o artista, ou a sociedade que os representa, de que pretendem desfrutar suas obras. .

Chegam até a reagir com impropérios às veleidades de uma cobrança, sob a peregrina alegação de que prestam um favor aos autores e aos artistas, divulgando suas produções.

Pois bem: a composição, a execução, o canto são o pão do autor e do artista, é trabalho sacrossanto, como é sacrossanto o trabalho do pintor, do electricista, do encanador, do mecânico e do motorista, e se a estes, com muita educação, se pedem seus préstimos, não há razão porque não deva merecer a mesma benevolência uma solicitação de autorização por parte de autor ou do artista para a execução de suas obras.

Se o ministro do culto religioso paga os tapetes, os ornamentos, as velas, as flores com que atavia o seu templo, a energia elétrica que consome, o telefone que utiliza, não se percebe porque o compositor e o artista intérprete merecem menos respeito que o tapeceiro ou o florista.

O § 1.º enumera seis casos que, além do pagamento de ingresso, caracterizam o intuito de lucro, e o § 2.º responsabiliza solidariamente para o pagamento do direito de autor os empresários, os proprietários, representantes legais de estabelecimentos, entidades e organismos onde a obra, por qualquer modo, tenha sido utilizada.

Oferece, de tal modo, um critério altamente moralizador, evitando que tais pessoas, por pouco caso ou indiferença, venham a proporcionar, embora involuntariamente, apóio aos violadores dos direitos alheios.

### **Limites do direito de autor.**

O Título III da Parte I do Projeto divide-se em dois Capítulos: I — *Duração* (arts. 33 — 43) e II — *Restrições e Domínio Público* (arts. 44 — 60).

### Parte III.

#### Transmissão dos direitos.

Admitida a contribuição do artista intérprete ou executante como obra em si mesma, torna-se fácil erguer a cúpula do corpo central do edifício, a Parte II do Projeto, no que se refere ao aspecto mais importante do ponto de vista legislativo, isto é, a cessão dos direitos pecuniários, sobre oito colunas formadas pelas obras principais:

1. gráfica, fonográfica ou fonovisual (arts. 76 a 84);
2. dramática (85);
3. de arte plástica (86 — 88);
4. fotográfica (89 — 93);
5. jornalística ou periodística (94 — 95);
6. do artista intérprete ou executante (96 — 101);
7. cinematográfica (102 — 112);
8. radiofônica ou audiovisual (113 — 116).

É formada, esta cúpula, de uma referência indispensável à transmissão *causa mortis*, e das disposições mais completas relativas à transmissão *inter vivos*.

Temos, portanto, um agrupamento de disposições genéricas — que abrangem tôdas as obras indistintamente, desembaraçando as seções específicas — que não devam referir-se às particularidades das categorias de cada uma delas, obtendo dessa maneira maior harmonia no conjunto.

Trata-se do Capítulo I, *Cessão de Direitos*, dividido em duas Seções: a primeira contendo *Peculiaridades*, que começa com o

“Art. 63 — *Requisitos* — As cessões relativas à utilização do direito de autor, do artista intérprete ou executante, que serão sempre por escrito, não se presumem gratuitas, e devem ser interpre-

tadas estritamente com a ressalva da participação proporcional fixada nesta lei ou a ser fixada pelo CONDAC, compatível com a natureza da obra.”

O art. 64 declara nula a cessão global das obras futuras, salvo em caso de compromisso até o máximo de cinco, em gênero determinado, num prazo de cinco anos, a contar da data do registro de contrato.

De importância fundamental é o

Art. 65 -- *Objeto da cessão de direito de utilizar* — Pode ser objeto de cessão a utilização de uma, alguma ou tôdas as faculdades inerentes ao direito pecuniário do autor desde que ao mesmo seja ressalvada uma participação proporcional, compatível com a natureza da obra.

§ 1.º — O direito de utilização simples confere ao cessionário a faculdade de usar a obra, concorrentemente com o autor ou com outros cessionários, na conformidade dos poderes que lhe foram atribuídos.

§ 2.º — O direito de utilização exclusiva confere a faculdade de utilizar a obra, com exclusão de qualquer outra pessoa, inclusive o autor, e de outorgar direitos de utilização simples.”

O art. 67 fixa os requisitos do instrumento de cessão, estabelecendo que, sem prejuízo das cláusulas obrigatórias previstas pelo Código, relativas às diferentes espécies de contratos, além dos requisitos usuais, deverão ser mencionados:

- I — a natureza e a finalidade dos direitos cedidos;
- II — a utilização que o cessionário dará à obra, o prazo para a sua publicação e reprodução por qualquer processo;
- III — se a obra cedida se destinar à reprodução:

1. o número exato dos exemplares gráficos, fonográfico ou de qualquer outra natureza a serem produzidos;

2. se o contrato tiver por objeto mais de uma tiragem, o número dos exemplares da subsequente, presumindo-se ser apenas uma na falta de estipulação;

3. o número de exemplares destinados ao autor e a distribuição gratuita em cada tiragem;

4. o prazo para colocação dos exemplares no comércio e os prazos relativos às tiragens sucessivas, se objeto do contrato;

5. o preço por que ao público serão vendidos os exemplares da obra;

6. a duração do contrato esgotada ou não a tiragem;

IV — a remuneração do autor, a forma e a época do pagamento;

V — a cláusula de exclusividade do direito de utilização presumindo-se sua inexistência, quando não mencionada ou quando não fixada a sua extensão;

VI — dependendo da natureza da utilização, o intérprete ou intérpretes da obra.”

Seguem disposições relativas aos elementos complementares do contrato, à extensão da cessão, à proibição da transferência, por parte do cessionário, sem consentimento por escrito do autor, dos direitos adquiridos, bem como das matrizes, modelos, “clichés”, negativos, etc.

A segunda das mencionadas Seções refere-se aos direitos e deveres, seja do autor, seja do empresário.

São direitos e deveres genéricos que, todavia, para evitar equívocos, merecem ser enumerados e catalogados.

Tomemos, por exemplo, o

“Art. 72 — *Deveres do empresário* — Constituem deveres do empresário, como tais considerados os que se dedicam à fixação, reprodução, ou qualquer utilização da obra intelectual, com intuito de lucro direto ou indireto, sem prejuízo dos demais previstos nesta lei:

I — reproduzir, distribuir e colocar à venda, ou executar a obra pela forma convencionada mencionando, conforme o caso, o nome do autor, seu pseudônimo, sinal indicativo, do tradutor, do adaptador, compilador, autor da versão, do artista intérprete ou executante, ou tratar-se de obra anônima;

II — garantir à obra uma exploração permanente e contínua, e a difusão comercial na medida das necessidades do escoamento do estoque;

III — pagar ao autor previamente, ou de três em três meses, a retribuição estipulada, aplicando-se em caso de atraso, a correção monetária;

IV — devolver ao autor, salvo impossibilidade de ordem técnica, o original da obra pelo qual ficará responsável;

V — dar preferência ao autor da obra intelectual para a aquisição de exemplares ainda existentes, das matrizes, moldes e similares;

VI — prestar contas anualmente com indicação dos exemplares fabricados, do número em estoque, dos inutilizados ou destruídos, por caso fortuito ou de força maior e do montante dos direitos pagos ao autor, facultado a este, no caso de dúvida, o exame da escrituração.”

Seguem disposições relativas aos direitos do empresário, à sua morte, à liquidação do ativo.

Abusaria da boa vontade da Direção da Revista da Sociedade Italiana dos Autores e Editores e da paciência de seus leitores se nesta projecção panorâmica me detivesse cada uma das obras regulamentadas pelo Projeto.

Não posso, todavia, deixar de aludir ao fato, que certamente levantará protestos, de abarcar em uma única seção, a regulamentação das edições de obras gráficas, fonográficas ou fonovisuais.

Mas, sem prejuízo da observância às particularidades de cada uma destas modalidades, não há razão por que não se possa redigir um

“Art. 79 — *Deveres do editor* — Além dos demais previstos, no que couber, são deveres do editor:

I — editar ou reeditar a obra dentro do prazo estabelecido;

II — devolver dentro do prazo de cento e vinte dias com resposta favorável ou não os originais que lhe foram confiados para estudo;

III — numerar sucessivamente os exemplares de cada tiragem, inclusive os destinados ao autor ou à divulgação da obra;

IV — não produzir exemplares em número superior ou inferior à tiragem contratada;

V — executar sem interrupção as tiragens sucessivas a que se tenha obrigado de forma a que não venha faltar ao comércio.

§ 1.º — O autor tem sempre a faculdade de rubricar os exemplares de sua obra posta no comércio, só dispensando a respectiva numeração quando houver estipulação expressa.

§ 2.º — Sejam quais forem as condições contratuais, o editor é sempre obrigado a facultar ao autor o exame da respectiva escrituração e informá-lo sôbre o estado da edição.”

Por outro lado desce o art. 80 em particularidades no resguardo dos *direitos* do editor fonográfico ou fonovisual, reconhecendo-lhes, além daqueles já previstos:

I — exigir uma compensação pela utilização com intuito de lucro, do fonograma, fonovideo e semelhantes, ou suas reproduções;

II — opor-se a que qualquer utilização do fonograma e semelhantes seja efetuada em condições que acarretem prejuízos aos seus interesses industriais.

E porque não poderia ser relativa às três modalidades supra indicadas uma disposição como a do

“Art. 81 — *Dados obrigatórios* — Não poderão ser lançados ao comércio os exemplares de que não constem, em forma e lugar visíveis:

I — o título da obra, autoria e, se fôr o caso, nome do artista intérprete ou executante;

II — a menção “direitos reservados” ou sua abreviatura: “D.R.”, seguidas pelo símbolo: “C” ou “P”, no fonograma quando êste fôr protegido, devendo as obras caídas no domínio público mencionar a circunstância;

III — nome e endereço do titular do direito;

IV — data da edição ou da fixação;

V — número ordinal a que corresponde a tiragem;

VI — número do exemplar na sua série;

VII — em se tratando de versão ou tradução, o nome do tradutor e o título da obra no idioma original;

VIII — nome ou razão social e endereço do editor e do impressor;

IX — número de exemplares impressos;

X — local e data em que terminou a impressão;

XI — menção da autorização do CONDAC para as fixações, e reproduções no território nacional de fonogramas, matrizes, moldes e semelhantes provenientes do exterior”?

Seguem disposições relativas à remuneração e ao registro dos percentuais quando seja esta a forma escolhida para o pagamento.

Esta preocupação, de não emaranhar as regras relativas e cada uma das obras com disposições que não sejam específicas, leva, naturalmente, à separação de normas que sejam relativas à fase terminativa, nem sempre cuidadosamente regulamentada, apesar de sua indiscutível importância.

A tanto provê o Capítulo VIII, que estabelece uma diferença entre *resolução* (art. 117) e a *rescisão* do contrato (arts. 118 — 119), com enumeração de sete hipóteses no primeiro e seis no segundo caso.

#### Parte IV.

##### Tutela dos direitos.

##### Órgãos, medidas cautelares, sanções.

A Parte III do Projeto, de encerramento, correspondendo à epígrafe supra, é a mais polêmica, ou pelo menos a que levantou e continuará levantando maiores oposições e resistências.

O Projeto alicerça suas arquitraves em uma galharda proteção da obra intelectual, até contra o próprio autor, procurando envolvê-la numa rêde de malhas estreitas, esforçando-se por desvincular-se do conceito, que já deveria estar ultrapassado, da finalidade de lucro na sua utilização.

Bem se compreende, por isto, que encontre resistências encarniçadas.

Um grave inconveniente é o da proliferação das sociedades de direitos de autor. Temos nada menos que seis: a SBAT, a UBC, a SBACEM, a SADEMBRA, a SICAM e a SOCIMBRO.

Em 29.9.1966, antecipando-se em parte ao que seria a orientação do Projeto, os representantes da SBAT, da UBC, da SBACEM e da SADEMBRA constituíram um escritório central, o “Serviço de Defesa do Direito Autoral — Escritório de Cobrança”, cujo objetivo, nos têrmos do art. 9.º do respec-

tivo estatuto, é levar a efeito todos os serviços de cobrança e administração, por meio de quatro membros, um de cada uma das sociedades pactuantes.

De qualquer modo os inconvenientes são graves. A percepção custa caro — nota MARCEL PLAISANT — e exige ao menos para certas obras, forte rede local de representantes, e para tudo, uma organização administrativa que estabeleça os contratos com os usuários, receba e distribua. A existência de duas ou mais sociedades aumenta, evidentemente, as despesas e complica as atribuições dos usuários.

Acrescenta HERMANO DUVAL, *Direitos Autorais nas Invenções Modernas*, Andes, Rio, 1956, p. 379, a disparidade dos critérios na distribuição dos direitos arrecadados entre os membros de uma sociedade, a diversidade de critérios na estipulação e cobrança dos preços unilateralmente fixados em cada tabela, o favoritismo a que conduz os usuários responsáveis pelos direitos de autor (chefes de orquestra, discotecários de emissoras, etc.) na escolha dos repertórios, em detrimento dos compositores das sociedades preteridas; a confusão estabelecida entre os usuários dos repertórios oferecidos pelas diversas sociedades.

Inegável é o interesse do Estado no controle do modo em que são distribuídos os direitos de autor, uma vez que não se trata de sociedades que tenham finalidade lucrativa.

Complementa MARIO FABIANI, "*Le società di autori. Funzioni e Natura Giuridica*", in "*Rivista delle Società*", Milano, Giuffrè, ano IX 1-2, Jan., Abril 1964, p. 36, que embora administrando direitos de natureza patrimonial, as sociedades de autores destinam-se, em última análise, a facilitar o desenvolvimento e a difusão da arte e da cultura, o que corresponde a um interesse também do Estado, acrescentando:

“Em virtude de tais considerações, foi determinada, em vários países, uma intervenção do Estado no que diz respeito às sociedades de autores, que se apresenta ou sob a forma de autoriza-

ção para o exercício, ou sob forma de contrôles das suas atividades. A essa atividade reconheceu-se, às vezes, nas leis e na jurisprudência de cada um dos países, caráter de utilidade ou de interesse público.”

É necessário, porém, que se faça justiça às sociedades brasileiras de direito de autor: proteger este direito num país imenso, cuja população, relativamente escassa, se agrupa em parte em grandes cidades densamente povoadas, enquanto o restante se espraia por espaços sem fim, com insuficientes vias de comunicação e acesso muitas vezes sacrificadíssimo, reclama organização e despesas que ascendem a percentuais verdadeiramente absurdos.

Uma razão a mais, de qualquer modo, para reduzir o seu número, ou para reconduzi-las ao princípio racional da especialização: uma sociedade para cada categoria ou para categorias próximas de obras intelectuais, embora não fechando a porta à organização de um escritório central ou de uma rede de postos de percepção comum.

Como resolver o problema no âmbito do projetado Código?

Pareceu ao autor do anteprojeto que o melhor caminho seria o de centralizar as atribuições das sociedades de autor em um órgão estatal: o ECA — “Escritório Central de Arrecadação”.

Após longas discussões reconheceu Sua Excelência que o ECA tornaria demasiado burocrática e ainda mais onerosa a percepção.

Esta providencial transigência obrigou, todavia, a uma completa modificação de orientação.

Foi então submetida a um total reordenamento a organização das sociedades de tutela e de percepção de proventos de direitos de autor, com regulamentação minuciosa e com um regime de controle que não admite desvios

na distribuição efetiva e equânime dos direitos aos verdadeiros titulares, moralizando definitivamente um setor tão controvertido.

O Projeto dedica a mais acurada atenção à atividade que tais sociedades desenvolvem, que transcende muito os estreitos limites do interesse particular, sem qualquer fiscalização, aliás, por parte dos organismos públicos.

Tornaram-se no mundo atual — observa VALERIO DE SANCTIS, *Contratto di Edizione*, Giuffrè Milão, 1965, p. 304 — organismos quase indispensáveis à percepção, ao controle e à repartição dos proventos, especialmente com referência às obras de espetáculo público ou musicais:

“Privado do concurso eficiente do instrumento das sociedades de autores, o autor isolado, como os seus herdeiros e os seus subrogados por atos entre vivos, e especialmente os editores de música, não poderiam, ou então só conseguiriam com grande dificuldade, exercer os direitos que lhes são reservados pela lei e vigiar sobre a pública utilização da obra. Por outro lado, sem as sociedades de autores, os usuários públicos, especialmente os de vastos repertórios musicais, não estariam em condições de localizar facilmente os titulares dos direitos, nem solicitar e obter, conseqüentemente, as autorizações legalmente necessárias.”

Explica-o bem ROBERT PLAISANT, *Les Sociétés d'Auteurs*, no mencionado *Juris Classeur*, fasc. 12, 1965, p. 3:

“Cumpre aditar que os autores ficam em situação de inferioridade cada vez mais assinalada com relação aos usuários. Estes podem ser poderosas companhias privadas, por exemplo em matéria de discos ou de cinema, ou outras menos poderosas mais talvez, conforme o caso, menos

instruídas a respeito das obrigações relativas ao direito de autor. Pode tratar-se mesmo de organismos públicos ou semi-públicos; é o que ocorre freqüentemente em matéria de radiodifusão e os contratos tendo por objeto o direito de autor não são necessariamente mais fáceis de se concretizarem, estando submetidas as entidades a regras financeiras e a cuidados de interêsse geral que limitam sua liberdade.”

Completa o quadro MARIO FABIANI, recordando que a ação de ditas entidades não se restringe apenas ao campo patrimonial. Será certamente esta sua atividade e o interêsse mais geral: a proteção “da propriedade intelectual considerada, no seu conjunto, como patrimônio comum do país.”

Mas justamente por isto, “a sociedade persegue . . finalidades de encorajamento da produção artistica e de difusão da arte e da cultura, finalidades que assumem um perfil nitidamente publicístico e que o Estado assumiu, atribuindo-as, para a sua realização, a uma entidade para tal fim constituída. Nem pode ter relêvo o argumento de que a sociedade tenha surgido originariamente com estas mesmas finalidades de proteção do direito de autor, como entidade privada; é sabido que o Estado, com próprias manifestações de vontade, pode considerar de sua competência atividades que, embora surgidas graças à iniciativa privada, relacionam-se a uma finalidade de interêsse público.”

Se tivermos presente, finalmente, que tais sociedades se aliam no plano internacional não apenas por meio de acórdos de mútua representação, mas reunidas na Confédération Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs (CISAC), bem se compreenderá que esta fiscalização é de importância fundamental mesmo pelo que se relaciona ao bom nome da Nação no âmbito internacional.

Resultarão então claras as intenções do Projeto quando, admitindo a permanência das sociedades, dedica-lhes os arts. 120 a 136, indicando suas finalidades (art. 121), fixando os requisitos para seu funcionamento e regulando a participação dos membros (arts. 123), não permitindo a nenhum titular de direito de autor ou de direitos conexos ser membro de mais de uma sociedade, salvo como decorrência da diferença do gênero de suas obras ou atividades, consentindo a vinculação a uma nova sociedade, e o elenco de suas obras nas relações respectivas, apenas após o cancelamento nas relações anteriores da sociedade de que se desvincule, etc...

O art. 125 estrutura a organização das sociedades, merecendo relêvo o

“§ 6.º — Os votos serão exercidos pessoalmente, não permitidas procurações, podendo ser atribuído a cada sócio até o máximo de quatro votos, na conformidade da contribuição do seu repertório à arrecadação durante o exercício imediatamente anterior, devendo para êsse fim a Assembléia Geral fixar o número de votos para cada exercício, a vigorar no ano seguinte, podendo o número ser reduzido, em face da diminuição do provento da arrecadação do repertório do associado.”

### **A percepção dos direitos.**

Numerosas alterações foram propostas com referência a esta matéria de importância fundamental, objetivando racionalizar e simplificar o pagamento dos proventos devidos ao autor e ao artista.

Procurou-se atribuir, quando necessário, a uma determinada pessoa a centralização dos pagamentos de direito de autor, escolhendo-se sempre aquela cuja natureza de

funções indica como a mais adequada para esta tarefa: o empresário.

E ainda uma vêz, a título de exemplo, invocaremos a obra cinematográfica, que, justamente porque é uma das mais complexas, presta-se melhor à discussão. São frequentes as recriminações dos concessionários de salas de cinema pelo que se refere ao obstáculo que sofrem seus espetáculos, em virtude da reclamação do autor de uma música, apenas de importância secundária, que é transmitida com a projeção do filme.

Do ponto de vista teórico, não há como impedir ao autor de fazer valer seus direitos, ainda que pelo meio mais enérgico, a suspensão do espetáculo.

A medida não satisfaz o autor, que não pode acompanhar a cópia cinematográfica em tôdas as suas peregrinações, constitui um pesadêlo para o concessionário, e pode trazer aborrecimento ao público, muitas vêzes desiludido em sua expectativa de assistir ao filme de sua predileção.

Mas não se pode esquecer que o autor e o artista não são os únicos interessados naquela comunicação ao público, de modo que o exercício de seu direito pode acarretar prejuízo aos interesses de numerosas outras pessoas.

Ora, os inconvenientes derivados da utilização, ainda que não autorizada, de obras coletivas complexas, em que intervenham numerosas pessoas, como fonogramas de orquestrações, obras cinematográficas, obras transmitidas por meio de radiodifusão ou da televisão, podem ser minorados. O objetivo se alcançará desde o momento em que ao produtor ou promotor ou responsável pela sua organização, distribuição, acesso ao público, sejam concedidas, além das atribuições que a natureza mesma de suas funções indicam, uma outra, que delas é decorrente: centralizar a responsabilidade para o pagamento, não apenas da retribuição imediata de todos os colaboradores, mas também dos ultteriores pagamentos a que tinham direito.

Teremos, então, uma pessoa a que se possam dirigir os interessados: alguém que não pode, ou não deve ignorar o lugar para onde serão enviadas as cópias, alguém que estará, ou deverá estar em condições de dizer onde e por quem são utilizadas, alguém que, com maior visão, por meio de contratos ou de cláusulas oportunas, saberá determinar com precisão direitos, deveres e responsabilidades.

Procurando prevenir que autores e intérpretes, sempre incapazes de defender seus direitos patrimoniais, continuem os eternos vendilhões de seus direitos a trocá-los por um prato de lentilhas, o projeto fulmina de nulidade a cessão aos produtores que ultrapasse 20% do total que perceberem, no caso de utilização de gravação em fonogramas, videogramas, obras cinematográficas e nas de transmissão ou retransmissão de obra em que sejam interessados, ao mesmo tempo, o autor, o artista intérprete ou executante, o produtor fonográfico ou cinematográfico e a entidade de radiodifusão sonora ou visual. O remanescente deverá ser reconhecido aos autores, intérpretes e executantes, na proporção de sessenta por cento aos primeiros, e quarenta por cento aos segundos (art. 31, §§ 3.º e 4.º).

O Projeto transigiu ao admitir o *domínio público remunerado*, objeto de críticas e de objeções bem fundadas.

Mas uma observação prática o conduz a não manter uma atitude irredutível a êste respeito.

Qualquer pessoa que se dirija a uma livraria para adquirir obras literárias dificilmente se aperceberá de qualquer diferença de preço entre as publicações de obras caídas no domínio público e as que ainda rendem proventos ao autor, assim como será vã a esperança de pagar menos pelo ingresso em um cinema ou um teatro que exibam películas ou dramas teatrais baseados em romances escritos no século passado.

A conclusão é que o domínio público favorece apenas o empresário.

Por que não admitir, então, como propõe o Projeto, art. 60, § 1.º, em medida muito modesta, o pagamento de uma terça parte da importância que, normalmente, deveria ser paga ao titular de direito de obra similar não caída em domínio público?

O montante irá para o FUNDAC, isto é, o Fundo de Direito de Autor e Direitos Conexos, que procurará entre suas muitas atribuições, proteger e ajudar mulher e filhos dos autores falecidos, em suas necessidades mais imediatas.

Atente-se a que a medida, com moderação, favorece os autores vivos, não permitindo que a concorrência dos autores falecidos se exerça sem qualquer limitação. .

### Sanções e defesa.

Eis-nos chegado à parte, a meu ver, mais importante do Projeto.

Em matéria de repressão às infrações de direito de autor não é possível não reconhecer a completa ausência de progresso nos últimos decênios, em todo o mundo, seja por parte das leis, seja por parte da doutrina e, conseqüentemente, por parte da jurisprudência.

A razão é das mais curiosas: os especialistas de direito de autor, salvo raríssimas exceções, não lhe aprofundaram o estudo, dado que, em geral, não apreciam investigações de natureza criminalística.

Os penalistas, por outro lado, não têm simpatia por um tema que crêem de natureza essencialmente privatística.

Sua sensibilidade não tocou o ponto fundamental que é a circunstância de que as vítimas sofrem o maior dano não na perda de algum valor móvel de sua propriedade, como sucede em geral, mas na diminuição da possibilidade de lucros legítimos a que suas obras deveriam dar lugar.

TULLIO ASCARELLI, *Teoria della Concorrenza e dei Immateriali*, Giuffrè, Milão, 1956, p. 219, soube captar a quase evanescente linha demarcatória entre o interêsse material

do autor sôbre o seu produto intelectual, e outras vantagens, também materiais, mas ilícitas quando não autorizadas, que de sua obra podem retirar outras pessoas:

“Il ricorso alla proprietà nella configurazione del diritto assoluto di utilizzazione sui beni immateriali indica perciò solo le caratteristiche formali del diritto: non deve far dimenticare la differenza e anzi la contrapposizione tra cose materiali (e energie) da un lato e creazioni intellettuali dall’altro; non deve far dimenticare come nella disciplina dei beni immateriali, l’interesse tutelato sia quello della probabilità di guadagno conseguibile mediante l’estrinsecazione della creazione intellettuale in un’attività con terzi e non già quello alla appropriabilità delle dirette utilità di una cosa.

Se strutturalmente, quando sia riconosciuto un diritto assoluto di utilizzazione, possiamo far ricorso al concetto di proprietà, funzionalmente ci troviamo sempre di fronte alla tutela di una probabilità di guadagno e poco importa, è ovvio, che la persecuzione di un guadagno costituisca o meno, nel caso, l’intento che ha animato il soggetto nella creazione.”

Já observara, à p. 207-208, que o que é proibido é justamente a utilização da criação atual e por isto a obrigação de abstenção dos outros frente ao titular do direito absoluto de utilização.

E, chegando ao ponto:

“L’illecita utilizzazione viene, nella maggior parte dei casi, anche penalmente repressa e si noti come la speciale sanzione penale trovi la sua giustificazione nell’impossibilità di far invece capo a quella tutela penale che socorre per le cose materiali e energie, tutela che si coordina

innanzi tutto con quel possesso e quella esclusività di possesso che invece non si può riscontrare per le creazioni intellettuali.”

As grandes oportunidades que a técnica moderna oferece aos defraudadores do direito de autor, e o conseqüente aumento extraordinário das transgressões nesta matéria, demonstram que é necessário reforçar as providências de ordem civil, em geral lentas, dispendiosas, inseguras, com providências bem mais enérgicas e eficazes de ordem penal.

Há algum tempo contou-me um ilustre magistrado de uma importante cidade turística, um caso que poderia ser considerado típico de certa mentalidade infelizmente bastante difundida.

O concessionário de uma “boite”, recebendo a notificação de uma sociedade de direitos de autor, dispensou músicos e cantores, substituindo sua atividade artística por meio de discos fonográficos, crendo que de tal maneira evitaria o pagamento.

Informado de que a execução musical em público, por meio de discos, não o exoneraria do desembolso, deu-se pressa em gravar música irradiada por rádio em fita magnética.

Recebida a terceira notificação. . preferiu fechar o estabelecimento a pagar uma importância que consistiria numa percentagem ridícula em relação às despesas gerais...

Todo o aparelho da Polícia e da Justiça tem sido sempre operante e pouco eficiente no que se relaciona à punição de semelhantes “gangsters” do direito de autor.

Substituindo o revólver e a metralhadora ligeira por um sorriso sardônico, sem o risco de enfrentar policiais armados, ou as barras de uma prisão, desafiam, demasiadas vezes impunemente, comissários, fiscais, delegados de polícia e tribunais, na certeza de que, entre a punição de uma imaginária pena de prisão até seis meses, e uma multa irrisória, nenhum magistrado hesitaria em propender por esta última alternativa.

Não se pode admitir que se perpetue semelhante sistema. A fiscalização do pagamento dos direitos de autor, através de aprovação dos programas pela autoridade da Polícia, conquista importante do velho decreto n.º 22.337, de 10-1-1933, não pode absolutamente ser descurada, enquanto não se descobrir um sistema mais eficiente e mais completo.

Ao contrário: deveria ser reforçada com punições àqueles que, por comodidade, falta de escrúpulo ou omissão culposa ou dolosa, descuidem-se de cumprir o seu dever.

Resultará, porém, vã ilusão buscar enfeixar num círculo bem delimitado as figuras dos delitos de falsificação, de defraudação, de usurpação, de furto próprio e de furto impróprio, de edição, execução ou representação não autorizada, reprodução com modificação de título, supressão ou substituição do nome do autor, etc., etc.

Os contornos são indefinidos, as figuras freqüentemente se entrecruzam a tal ponto que, apesar de todos os esforços não parece que os próprios especialistas franceses sintam-se satisfeitos com as modificações introduzidas pela lei de 11-3-1957.

É pelo menos o que dá a entender a redação categorizada da *Révue Internationale du Droit d'Auteur*, abril de 1958, n.º 19, totalmente consagrada à matéria, in *La Procédure et les Sanctions*, p. 455-457:

“Les textes nouveaux n'apportent aucune précision quant aux éléments du délit de contrefaçon: le système suivi par la jurisprudence dans la période antérieure ne semble pas devoir être bouleversé.”

Reconhecendo a importância das duas inovações introduzidas pela mencionada lei, o delito de hábito de contrafação e a reincidência no delito de hábito de contrafação, o Projeto brasileiro não se preocupa em especificar as denominações de cada uma das múltiplas e cambiantes modali-

dades de delitos possíveis, mas sim em fazer um rol das diferentes infrações, submetendo-as a penalidades mais graves (um a três anos de reclusão e pagamento de trinta a cem dias-multa), quando resultem de propósito deliberado de causar prejuízo ao autor ou ao artista, e menos graves quando a eventualidade seja caracterizada mais por culpa do que por verdadeiro dolo (detenção de 15 dias a dois anos ou pagamento de vinte a sessenta dias-multa).

Bem se compreende que, com semelhantes dispositivos, com o contróle rigoroso que se propôs do recolhimento e da distribuição dos proventos relativos ao direito de autor, o Projeto não pode contar nem com a simpatia dos empresários nem com a de parte das direções das próprias sociedades de direitos de autor, que, todavia, sentem-se cada vez mais emaranhadas numa situação insustentável como decorrência da falta de uma política uniforme relativa ao direito de autor.

O Govêrno brasileiro, cuja autoridade e popularidade foi confirmada por uma impressionante manifestação de apôio nas eleições de 15 de novembro de 1970, encontra-se em posição mais do que favorável para empreender uma reformulação que o colocaria à testa de um movimento destinado a refletir-se fatalmente nas outras Nações da América do Sul.

Chegará o navio Projeto do Código de Direito de Autor a bom pôrto? Quando? “Questo non si sa”, para dizê-lo com a canção popular.

Aos autores do Projeto — que não fazem parte de nenhum grupo interessado — tendo procurado manter-se equidistantes de todo aspecto polêmico, cabe o consôlo de haver feito tudo para cumprirem seu dever.

Nutrem a esperança de que seu trabalho não tenha sido vão.

Mas. . “habent sua fata propositiones legum”

# Reincidência específica e crime culposo.

*Manoel Pedro Pimentel*

Catedrático de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e juiz do Tribunal de Alçada Criminal.

**SUMÁRIO** 1. A disciplina da reincidência específica no Código Penal brasileiro vigente. 2. A culpa no Direito Penal. 3. Conceituação do crime culposo. 4. Reincidência e crime culposo. 5. Incompatibilidade entre reincidência específica e crime culposo. 6. Conclusões.

## **1. A disciplina da reincidência específica no Código Penal brasileiro vigente.**

Volta a ser colocado, modernamente, o problema da reincidência específica e suas conseqüências penais. Ainda vige em nosso sistema de direito positivo o entendimento de que o agente revela maior periculosidade quando reitera na prática de crime da mesma natureza, merecendo portanto a imposição de pena exasperada. O legislador de 1940, intransigentemente, definiu no artigo 46, § 1º, nº II, e § 2º, do Código Penal, o que se deve entender por reincidência específica e quais os efeitos penais dêsse reconhecimento.

Informado pelos princípios científicos da nova Política Criminal, o legislador penal de 1969 afastou-se dessa

---

\* Tese apresentada ao IV.º Congresso Nacional de direito penal e ciências afins, realizado em Recife, de 2 a 8 de agosto de 1970.

orientação vigente, conforme se vê na *Exposição de Motivos* que acompanhou o Projeto à sanção presidencial: “Entre as agravantes continua a figurar, em posição de destaque, a reincidência. Foi, no entanto, eliminado o que se refere à reincidência específica, pois significa limitação intolerável ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena.”

A nova orientação é um testemunho de que a atual conceituação dos efeitos da reincidência específica merece o repúdio da consciência jurídica e, enquanto estiver em vigor o atual Código Penal, deve o juiz acautelar-se contra os excessos a que o seu reconhecimento conduz.

Diz-se a reincidência específica quando os crimes são da mesma natureza. E, explica o legislador, “consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.”

Este dispositivo foi adaptado do artigo 101 do Código Penal italiano, que sôa: “Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinano, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni.”

Apesar de aparentemente claros os dispositivos, a doutrina divergiu, cá e lá, na sua interpretação, ora estendendo e ora restringindo o alcance da expressão “mesmo dispositivo legal”.

COSTA E SILVA ensina que “são da mesma natureza os crimes que apresentam caracteres fundamentais comuns, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos que os determinaram (critério do bem jurídico violado ou critério

subjetivo do motivo delituoso). A homogeneidade (relativa) pode ser deduzida objetiva ou subjetivamente.”<sup>1</sup>

Acompanhando este pensamento, FREDERICO MARQUES afirma que “quando os crimes violam diversos *praecepta juris*, tais infrações podem constituir ainda delitos da mesma natureza: para tanto leva-se em consideração ou um elemento de caráter objetivo, ou então de caráter subjetivo.”<sup>2</sup>

Por isso admite a homogeneidade objetiva dos crimes de estelionato, furto, peculato e apropriação indébita, “para o que concorrem, não só os caracteres dos fatos, como também a natureza do bem jurídico lesado”, acrescentando que “quando essas notas objetivas são comuns, ainda que sob o aspecto psicológico os crimes se diversifiquem profundamente entre si, devem ser consideradas as infrações da mesma natureza.”

Daí considerar o autor citado, como da mesma natureza, os crimes de rapto para fim de casamento e o rapto para fim libidinoso, dizendo que “em tal hipótese não se tem de indagar dos motivos, porquanto os fatos apresentam, do ponto de vista objetivo, a mesma natureza, em virtude de seus caracteres comuns no plano material” E, acrescenta, “por outra parte, existirá homogeneidade entre crimes em virtude tão-só da natureza dos motivos. O fim de lucro tornará o furto da mesma natureza que o contrabando.”<sup>3</sup>

Verifica-se que a interpretação proposta pelos mestres paulistas permite uma amplitude nem sempre consagrada pela jurisprudência. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais de um julgado, repeliu o reconhecimento da rein-

---

1. A.J. DA COSTA E SILVA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Con-tasa, 2ª ed., São Paulo, 1967, pág. 208.

2. J. FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 95.

3. Idem, *ibidem*.

cidência específica entre a apropriação indébita e o estelionato<sup>4</sup>, entre o furto e o estelionato<sup>5</sup>, entre o furto e a apropriação indébita<sup>6</sup>.

De qualquer forma, aceito está na doutrina o postulado de que o reconhecimento da reincidência específica deve ser informado por um critério objetivo (bem jurídico violado) ou por um critério subjetivo (motivo delituoso). O que varia, nos casos concretos, é a extensão interpretativa dos critérios.

## 2. A culpa no Direito Penal.

Na abertura de seu conhecido e valioso trabalho *Do Crime Culposo*, MAGALHÃES NORONHA lembra que “não há dúvida que o *fato culposo* aparece nas leis antigas que a humanidade conhece; nem por isso, entretanto, se poderá falar numa doutrina da culpa. Só mais tarde ela surgiria, e seu aperfeiçoamento se processou através dos tempos. E até hoje.”<sup>7</sup>

De fato, ainda hoje perduram as discussões a respeito da essência da culpa, sendo inúmeras as teorias que procuram explicá-la.

Parece-nos, todavia, que se torna dispensável uma análise em profundidade do tema, para os fins a que nos propomos neste trabalho. Resumiremos, portanto, as opiniões predominantes nesta fórmula proposta por ALTAVILLA, vantajosa porque procura dar o sentido técnico que à palavra

---

4. Ac. na Ap. Crim. n.º 40.606, da Capital, Livro 227 do Reg. de Acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, fls. 142, e ac. *in Rev. dos Trib.* 211/143 e 237/139.

5. *Revista dos Tribunais*, 265/120, 268/107 e 290/107.

6. Ac. na Revisão Criminal n.º 25.728, de São José do Rio Preto, e ac. *in Revista dos Tribunais* 223/85.

7. E. MAGALHÃES NORONHA, *Do crime culposo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1957, pág. 9.

*culpa* atribui o nosso Código Penal: a integração do elemento subjetivo *culpa* não requisita a intenção, bastando a simples voluntariedade da conduta contrastando com particulares preceitos codificados ou com normas impostas pela prudência ou perícia comuns.<sup>8</sup>

A conduta culposa, em si mesma, seria lícita. Mas, por imprudência, negligência ou imperícia do agente, resulta um dano, não previsto, mas previsível. A *previsibilidade* do evento é, pois, o fulcro da culpa, e a não previsão do resultado danoso previsível motiva a punição do agente.

Por isso, MAGGIORE — que considera o problema da culpa “verdadeira zona sísmica do direito penal” — depois de analisar as teorias objetivas e subjetivas da culpa, conceitua-a como “uma conduta voluntária (ação ou omissão) que ocasiona um evento antijurídico não querido mas previsível, ou excepcionalmente previsto, e tal que podia, com a devida atenção, evitar-se.”<sup>9</sup>

O atual Código Penal brasileiro fugiu a uma conceituação explícita da culpa. O legislador penal de 1969 intentou defini-la, no artigo 17, n.º II, assentando: “Diz-se o crime culposo quando o agente, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.”

Trata-se de um conceito doutrinário transportado para o direito positivo, não deixando margem a qualquer outra formulação e reúne as concepções objetivistas e subjetivistas. Adota o entendimento predominante de que a culpa está radicada na previsibilidade de um evento, não previsto pelo agente, colocado em situação de ocasioná-lo por imprudência, negligência ou imperícia.

---

8. ENRICO ALTAVILLA, *La Colpa*, Ed. Dell’Ateneo, Roma, 1950, pág. 12.

9. G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, N.Z. Ed., Bologna, 1951, 5.ª ed., vol. I, tomo 1.º, pág. 460.

### 3. Conceituação do crime culposo.

Do que ficou dito relativamente à culpa, deduz-se o conceito do crime culposo, cristalizado em nosso Código Penal vigente através desta definição: “Diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.” (Artigo 15, nº II).

Importante observar que o resultado danoso aparece como *causado* pelo agente e não finalisticamente procurado por êle. No crime culposo a vontade é referida à conduta, nunca ao resultado. Mas é o resultado que dá o colorido delituoso ao fato, quando foi causado por imprudência, negligência ou imperícia, e o agente não o previu, embora previsível.

O *resultado*, portanto, é o adjetivo qualificador da conduta. De uma conduta imprudente, negligente ou imperita do motorista pode resultar lesão corporal ou a morte da vítima. A maior gravidade do resultado, a que se vinculou o agente, acarretará uma punição mais grave.

Falando em *conduta* e *resultado*, como polos do delito culposo, queremos significar que a primeira expressão abrange tanto a *ação* (agir positivo) como a *omissão* (agir negativo) e, em função da segunda esclarecemos que negamos a possibilidade, admitida por alguns autores, da existência de crimes de mera conduta culposa.<sup>9-A</sup>

Outra conclusão importante a que se chega obrigatoriamente, tendo em vista o que ficou assentado, é que a figura delituosa, nos crimes culposos, deve ser explicitamente declarada em um tipo penal e, como diz FONTAN BALESTRA, “no âmbito da culpa tôdas as modalidades que distinguem as figuras delituosas culposas são situadas pela lei em um mesmo nível penal.”<sup>10</sup>

---

9-A. MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crimes de Mera Conduta*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, 2ª ed., pág. 121.

10. C. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Glem, Buenos Aires, 1966, Tomo II, pág. 265.

Esta é razão pela qual o homicídio culposo do pai, causado pelo filho, é punido da mesma maneira que o do estranho, e as lesões corporais leves culposas são punidos com as penas que castigam as lesões corporais graves ou gravíssimas culposas.

#### 4. Reincidência e crime culposo.

PEDRO VERGARA noticia que entre os autores modernos “é opinião vitoriosa que a reincidência é perfeitamente compatível e mesmo necessária, como necessidade de *punir mais*, entre delitos culposos.”<sup>11</sup>

Mas reconhece que “os clássicos se opunham a essa decisão da doutrina. NICOLINI e ROBERTI eram precisos: a agravação da reincidência só se refere aos delitos dolosos, fundando-se na maior perversidade do delinqüente, que se revela na repetição; por isso não pode estender-se aos delitos cometidos por culpa e contra a intenção do delinqüente.”<sup>12</sup>

E, logo em seguida, conclui o mesmo autor citado: “O nosso direito desviou-se, também, dessas diretrizes. Em verdade, um delinqüente culposo pode revelar um estado de periculosidade extrema, pelo descontrôle dos seus impulsos, pela sua habitual negligência, pela sua constante imprudência, pela sua imperícia, muitas vêzes patenteada.”

Esta periculosidade, todavia, não é presumida em razão da simples reincidência em crime culposo, porque o Código Penal, em seu artigo 78, n<sup>o</sup> IV, sòmente presume a periculosidade dos reincidentes em crimes dolosos.<sup>13</sup>

Deve notar-se, também, que tal periculosidade decorreria de um *estado, situação* ou *posição* de imprudência, negligência ou imperícia, em que o agente se mantém após

---

11. PEDRO VERGARA, *Das circunstâncias agravantes*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1948, pág. 95.

12. PEDRO VERGARA, *Idem*, *ibidem*.

13. J. FREDERICO MARQUES, *Op. cit.*, pág. 92.

uma primeira condenação, causando culposamente novos resultados sancionados pela lei penal.

Acertadamente, portanto, a atual doutrina dominante admite a reincidência em crimes culposos, sempre com fundamento na maior gravidade do segundo delito, em função da perseverança do agente na mesma atitude imprudente, negligente ou imperita.<sup>14</sup>

##### 5. Incompatibilidade entre reincidência específica e crime culposos.

No sentido de afirmar a possibilidade de reincidência específica em crimes culposos, manifestou-se ALTAVILLA: “Interessante è l’indagine in rapporto alla recidiva specifica che dovrebbe logicamente alargarsi a tutti i delitti colposi, che hanno fundamentalmente la stessa “*indole*”.”<sup>15</sup>

Depois de muitas reflexões, não concordamos com a assertiva.

Se o que justifica o reconhecimento da reincidência em crimes culposos é a reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente, após uma primeira condenação, causando novo resultado danoso, o que importa é considerar não o resultado causado, mas a conduta causadora.

Dai porque a jurisprudência, não admitindo a reincidência específica entre homicídio doloso e lesões corporais dolosas, admite-a entre homicídio culposos e lesões corporais culposas.

O fulcro dêsse reconhecimento, portanto, não está no resultado, mas no fato de conservar-se o agente em um estado, situação ou posição de imprudência, negligência ou imperícia, capaz de causar novo evento danoso.

---

14. ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1942; vol. II, pág. 297.

15. ENRICO ALTAVILLA, *Op. cit.*, pág. 239.

Ora, assim colocada a questão, forçoso seria concluir que a especificidade da reincidência estaria sediada na espécie de *conduta* culposa. Quem causasse dois acidentes automobilísticos, nas condições previstas pela lei, seria reincidente específico, quer os resultados fôssem lesões corporais ou homicídio, no primeiro e no segundo caso, ou vice-versa.

Mas, pergunta-se, e se o autor de um homicídio culposo, por acidente de automóvel, viesse depois a ser condenado por outro homicídio culposo, causado por manuseio imprudente de arma de fogo? Não se reconheceria a reincidência específica, em face da identidade do resultado? Entretanto, as condutas, isto é, as ações físicas seriam inteiramente diversas.

A confusão nasce da falta de sistematização do assunto. Todos os crimes culposos têm a mesma índole. Portanto, não é o título do crime determinado pelo evento que importa, mas a reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente, após anterior condenação por delito culposo, transitada em julgado.

Esta lição de ALTAVILLA vem sendo seguida pela jurisprudência, embora sem aprofundar o tema até às últimas conseqüências. Decidindo um caso concreto, a Sessão Plenária do Tribunal de Alçada Criminal, por maioria de votos, sendo relator o inteligente e culto Juiz EDMOND ACAR, deixou assentado que: “A reincidência específica, no caso vertente, resulta inequívoca, por serem os crimes em foco da mesma natureza, em razão de apresentarem caracteres fundamentais comuns, nos termos do art. 46, § 2.º do Código Penal.”<sup>16</sup>

E esclarece: “O motivo determinante de ambos os delitos é a culpa em suas modalidades tradicionais: imprudência, negligência e imperícia.”

---

16. *Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo*, 1968, vol. VI, págs. 13/14.

Tratava-se de reincidência específica entre crime de homicídio culposo e lesão corporal culposa, resultados causados por acidentes de trânsito. E o argumento final usado pelo aresto citado foi este: “Fere o bom senso que uma condenação anterior pelo artigo 129, § 6.º do Código Penal determine a reincidência específica, caso advenha uma segunda condenação no mesmo dispositivo, vale dizer, haja reincidência no caso dos ferimentos produzidos pelos acidentes em questão, sejam leves ou graves e tal não ocorra, quando a primeira condenação se refira a lesões corporais leves ou graves e a segunda a desastre, do qual resultou morte, que é, de resto, a espécie em exame.”

Portanto, o acórdão citado acolhe o entendimento de que o motivo determinante de ambos os delitos é que lhes confere a similitude exigida pela lei, para o reconhecimento da reincidência específica. Ou, então, que a *culpa* em suas modalidades tradicionais é o caráter comum de ambas as infrações pouco importando que os bens jurídicos ofendidos sejam diversos.

Por isso é que não repugnaria aceitar a consequência inevitável da recíproca. O réu, condenado antes por um homicídio culposo causado por acidente de trânsito, seria reincidente específico se, em um segundo acidente, viesse a ser condenado por lesões corporais culposas. Neste caso, embora menos grave o segundo resultado, a consequência penal seria a mesma.

Porém, uma vez aceita esta premissa, como se resolveria o problema de um réu que, por *culpa*, fôsse uma vez condenado por homicídio e depois, também por *culpa*, como autor de uma receptação?

Aplicando-se o fundamento doutrinário acima expendido, deveríamos concluir, necessariamente, que o agente seria reincidente específico, porque permanecera no estado de *culpa*, nas suas modalidades tradicionais, pouco importando o título do crime determinado pelo evento.

Do exposto e, segundo penso, com todo o rigor lógico, tiramos as seguintes conclusões:

## 6. Conclusões.

1.<sup>a</sup> A reincidência deve ser reconhecida entre crimes culposos, pela maior gravidade da segunda infração, em função da maior culpabilidade do agente, renitente em se conservar em estado, situação ou posição capaz de gerar um segundo resultado danoso, por imprudência, negligência ou imperícia.

2.<sup>a</sup> Quanto à reincidência *específica*, não pode ser reconhecida em função do *resultado causado* pelo agente, uma vez que êsse resultado é estranho ao ato de vontade. O título do crime determinado pelo evento é aleatório, dependendo do *casus*, pois no delito culposos o agente tem a voluntariedade da conduta e não do evento.

3.<sup>a</sup> Também não pode ser reconhecida a reincidência *específica* entre crimes culposos em função da *conduta* do agente, embora seja a conduta culposa o fulcro da reincidência *genérica* nesse tipo de delitos. E não pode porque a *culpa*, como reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente, após anterior condenação por delito culposos, é a mesma quer se trate de uma receptação culposa ou de um incêndio culposos.

4.<sup>a</sup> É sempre igual a *gravidade penal* da reincidência em crimes culposos, qualquer que seja o resultado concreto da conduta culposa, porque o que interessa considerar é a *reiteração da culpa* e não o evento eventualmente determinado.

5.<sup>a</sup> Afastado do Código Penal o principio da responsabilidade objetiva, esta encontraria plena guarida no reconhecimento da reincidência específica com base no evento determinado pela conduta, alheio à vontade do agente.

6.<sup>a</sup> Não podendo a reincidência específica ser reconhecida em função do evento, também não o pode ser em razão do simples comportamento culposo, por que êste é sempre o mesmo, em todos os crimes culposos, ou seja a *culpa* em suas modalidades tradicionais: imprudência, negligência e imperícia.

7.<sup>a</sup> Inaplicável, portanto, aos crimes culposos o disposto no art. 46, § 1.º, n. II, e § 2º do Código Penal brasileiro.

8.<sup>a</sup> A reincidência em crimes culposos deverá ser considerada como agravante genérica, nos termos do artigo 44, n.º I do Código Penal.<sup>17</sup>

---

17. Ac. *in* "Revista dos Tribunais", 323/368 (como precedente jurisprudencial aproximado da tese defendida neste trabalho).

# Novos rumos para a sociedade anônima. As emprêsas no contexto social.

*Oscar Barreto Filho*

Catedrático de Direito Comercial na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

A sociedade política, já ARISTÓTELES afirmava, é uma sociedade complexa, constituída por sociedades menores. Numerosos e variados grupos sociais se interpõem entre os indivíduos e o Estado: as famílias e os grupos de base territorial, profissional ou ideológica. Os indivíduos se integram na sociedade política através de corpos intermediários, e isto também acontece no campo econômico.

A atividade econômica, que se destina à satisfação das necessidades humanas de bens e serviços, é desenvolvida no quadro de corpos intermediários organizados com essa finalidade.

O organismo especificamente incumbido do exercício da atividade econômica é a *emprêsa*, num sentido amplo, ou melhor, são as *emprêsas*. Isto porque a emprêsa se reveste de formas múltiplas que, originadas na sucessão histórica, hoje coexistem.

Neste sentido largo, *emprêsas* são as unidades de produção, abrangendo não somente as emprêsas comerciais do setor capitalista (sentido estrito), como também as explorações dos setores não capitalistas. Assim, pode-se falar em emprêsas individuais ou coletivas (as sociedades), emprêsas comerciais ou rurais, emprêsas capitalistas ou cooperativas, emprêsas privadas ou públicas.

Seja qual fôr a destinação do proveito resultante da atividade econômica, tôdas as emprêsas apresentam em comum sua finalidade produtiva, mediante o emprêgo de normas organizacionais e operacionais adequadas. É comum dizer-se que o lucro é a finalidade específica da atividade empresarial, o que não se afigura correto. O lucro é antes um *resultado* da atividade empresarial, constitui *índice* da vitalidade e *condição* de eficiência e não atributo definidor da emprêsa.

Tal é a importância que assume a emprêsa no quadro econômico, projetando-se nos cenários social e político, que já se pergunta, com RIPERT, se não chegou a hora de conferir personalidade jurídica à emprêsa, tornando-a sujeito de direitos e de obrigações, distinto da pessoa do empresário. A personalização da emprêsa constitui matéria de amplo debate doutrinário, principalmente em direito do trabalho, porém não está consagrada pela lei. O tema continua em elaboração e a solução ainda será obra do futuro.

Em nossos dias, observa-se o esmagamento da emprêsa individual pela emprêsa coletiva, fenômeno mais acentuado no setor mercantil, mas que também pode ser notado em setôres tradicionalmente individualistas, como o das profissões liberais e o do artesanato. A independência econômica torna-se muitas vêzes um *handicap* na sociedade contemporânea. A dependência salarial, atenuada pelas garantias outorgadas pela legislação social, apresenta às vêzes mais vantagens do que a autonomia laboral. Em conseqüência, há a tendência para a absorção dos trabalhadores autônomos pelas emprêsas societárias.

No setor comercial ou mercantil, que tem por escôpo a produção e circulação de bens e serviços destinados ao mercado, predominam as sociedades comerciais, mais precisamente as sociedades anônimas. A crescente complexidade dos processos tecnológicos e dos mecanismos econômicos peculiares à economia de massa obriga à adoção de formas cada vez mais complexas de organização da

produção, repercutindo necessariamente na estrutura jurídica das empresas.

O desenvolvimento das sociedades comerciais e, mais particularmente, das sociedades anônimas, o espetáculo de sua permanência, em contraste com a transitoriedade dos seres humanos, levam a distinguir, na vida dos negócios, a empresa e o empresário.

A empresa nasce, geralmente, da imaginação e da energia de um homem empreendedor, com quem ela na origem se confunde e do qual conserva muitas vezes o nome e o estilo. Entretanto, os homens passam, os capitais se transferem de um para outro titular, a própria atividade se modifica, mas a empresa, adaptando-se embora às novas condições do meio, continua após de seu destino próprio (PAUL DIDIER, *Droit commercial*, 1970, pág. 215).

Como já assinalamos de outra feita, o próprio esforço desenvolvido pelo empresário, no sentido de atribuir à empresa uma consistência objetiva, leva ao resultado de que a pessoa do titular se vá apagando gradualmente na consciência do grande público, para dar lugar à presença mais firme e mais estável da empresa. Daí a tendência natural, que comumente se nota, de referir à empresa aqueles direitos, aquelas manifestações de atividade que, de fato, são concernentes ao empresário. Empresa e empresário se correlacionam, embora permaneçam irreduzíveis um ao outro, como termos que se exigem reciprocamente numa relação de complementaridade, e só encontram seu significado pleno na unidade da relação que constituem (nossa *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, 1969, n. 86).

A idéia-fôrça de empresa projeta-se na realidade de nossos dias, principalmente sob a forma da sociedade anônima, que extrai seus capitais de tantos bolsos que não se sabe mais exatamente a quem ela pertence e até parece haver caído no domínio público (PAUL DIDIER, obra citada).

De tôdas as formas de emprêsa, a da sociedade anônima é a mais adequada à moderna economia de massa. Basta lembrar que a estrutura da sociedade anônima é basicamente a forma instrumental de organização utilizada pelas emprêsas públicas ou cooperativas, até mesmo nos países de economia planificada de Estado.

### A “corporation” norte-americana.

Rica e variada é a problemática da sociedade anônima, envolvendo aspectos jurídicos e econômicos, institucionais e operacionais, tributários e trabalhistas.

Em excelente coletânea de estudos publicados sob os auspícios da Universidade de Harvard, EDWARD MASON reúne as manifestações dos mais autorizados especialistas norte-americanos na matéria, situando o estado atual das questões sôbre o papel da *corporation* na sociedade moderna (EDWARD S. MASON, *The corporation in modern society*, Cambridge, 1966).

A sociedade anônima está hoje no centro de um vasto debate, que envolve o próprio futuro do nosso sistema econômico.

Como assinala ADOLF BERLE JR., a sociedade anônima norte-americana não é produto de dogmas ou doutrinas, constitui ao contrário o resultado de um crescimento orgânico. Fêz fortuna nos anos 30 o livro publicado em colaboração por BERLE e MEANS — *The modern corporation and private property* — hoje traduzido em tôdas as línguas, no qual vem afirmada a natureza institucional e criadora da sociedade anônima, determinando até a modificação do conceito de propriedade privada.

Hoje em dia, o papel da sociedade anônima não é puramente econômico, mas interfere na própria organização política, em virtude de originar uma fonte real de poder (o chamado *poder econômico*, que se confronta com as

fontes formais de poder previstas na Constituição. No plano social, a redistribuição da renda ensejada pela massiva participação da poupança popular nos capitais das sociedades anônimas, deixam entrever uma “eventual socialização não-estatista de seus lucros” (a expressão é de BERLE).

A abertura das empresas à poupança popular nos Estados Unidos propiciou a chamada democratização do capital e a ascensão dos técnicos ao comando das empresas, caracterizando uma verdadeira revolução tecnocrática (a *managerial revolution*, de BURNHAM).

Em novo livro publicado em 1954, — *The 20 th century capitalist revolution* — ADOLF BERLE JR. mostrava que os modernos executivos das *corporations* não se limitam a dirigi-las com o objetivo de alcançar o máximo rendimento, mas, de fato e de direito, são os administradores de um sistema comunitário.

A preocupação e o interesse revelados na grande república norte-americana pelos problemas das sociedades anônimas comprovam que os diretores das *corporations* devem ter tido, nas últimas décadas, “uma visão no caminho de Damasco”. Diz BERLE, sem rodeios, que os princípios e as práticas das grandes empresas atualmente lhe parecem muito mais responsáveis, compreensivos e honestos do que em 1929. Ainda bem que a evolução se fez no bom sentido.

As mudanças introduzidas na estrutura de poder e de comando da moderna sociedade industrial, na qual os centros de decisão vêm paulatinamente se transferindo dos proprietários de ações para os planejadores e técnicos, integrantes da tecnoestrutura, levaram GAILBRATH a delinear a existência do Novo Estado Industrial, destinado a substituir a economia de mercado, que governa os interesses capitalistas. O quadro dessas transformações são justamente as grandes companhias (JOHN KENNETH GALBRAITH, *O Novo Estado Industrial*, trad. brasil., 1968).

### A sociedade anônima do amanhã.

Também nos países europeus se observa a reformulação das idéias e dos conceitos sôbre as sociedades anônimas, refletindo a tendência de adaptá-las às novas condições sociais. Reflexos dessas idéias encontram-se nos novos textos legais, como a lei alemã sôbre as sociedades por ações (*Aktiengesetz*) de 6 de setembro de 1965 e a lei francesa sôbre as sociedades comerciais de 24 de julho de 1966.

Com apoio na doutrina jurídica alemã (MULLER-ERZBACH, KRAUSE, BALLERSTEDT) podem ser salientadas três ordens de fenômenos econômico-sociais, que se traduzem em impulsos evolutivos no sentido de modificar a estrutura jurídica da sociedade anônima:

a) — A progressiva separação entre a *propriedade* e a *gestão* da empresa, que se nota principalmente no quadro das grandes companhias, onde se observa a constituição de um centro autônomo de interesses na própria empresa, distintos dos interesses particulares dos acionistas.

Recorde-se, a propósito, a frase atribuída a um diretor do *Norddeutscher Lloyd*, que teria declarado, no decorrer de um debate, ser objeto de sua sociedade, não distribuir lucros aos acionistas, mas sim cruzar o Reno com os seus navios.

b) — A gradativa afirmação de um direito de *co-gestão* atribuído aos colaboradores da empresa, de modo a limitar a liberdade dos proprietários dos meios de produção.

Alguns países, como a República Federal Alemã, implantaram por lei a participação dos trabalhadores na direção das empresas. Sem chegar a esse ponto, é inegável nos demais países a tendência a uma maior promoção e valorização do trabalho humano no processo produtivo e a uma maior integração dos trabalhadores nas empresas (v. ALVARO GARRADA VALCARCER, *La Participacion de los Trabaja-*

*dores en la Direccion de las Empresas en Alemania, Oviedo, 1967).*

Merece ser lembrado, a respeito, o documentado livro do saudoso publicista PAULO NOGUEIRA FILHO, sôbre a autogestão da emprêsa, o qual contem valiosos elementos para o estudo do assunto. Refere-se NOGUEIRA FILHO às tendências reformistas na França, que se orientam também no sentido da participação dos tecnocratas e dos trabalhadores na administração das emprêsas (v. FRANÇOIS BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, 1963).

c) — A elaboração do conceito da função social da propriedade dos meios de produção da emprêsa, acarretando não só limitações, mas também deveres positivos para com a coletividade por parte de seus proprietários.

Não hesita BALLERSTEDT em afirmar que o direito de propriedade sôbre os bens de produção é mais restrito do que o exercido sôbre bens de consumo. Essa distinção é apoiada pela moderna doutrina; na França por JOSSE-RAND, na Itália por PUGLIATTI e ROSARIO NICOLÒ, entre nós por ORLANDO GOMES, para só citar alguns nomes. Nessa linha de idéias, a emprêsa (e, por consequência, a sociedade anônima) seria uma forma de exercício da propriedade dos bens de produção.

Estas considerações, embora sugestivas e estimulantes no plano sociológico, apresentam uma perspectiva mais “ideal” do que “real” da sociedade anônima atual.

Valem, contudo, para evidenciar as tendências reformistas que se observam mesmo em países de patronato tradicionalista como o francês.

Não obstante possam inspirar a política legislativa na elaboração do direito futuro, tais concepções ainda não encontram clima para aplicação imediata em nosso país, no quadro do sistema jurídico vigente.

### A reforma da S. A. brasileira.

Numerosos e variados são os problemas que a sociedade anônima, como tipo mais expressivo de organização empresarial, suscita em nosso país. Diversos pontos “quentes” são debatidos com vistas à projetada reforma das anônimas, variando a profundidade das alterações propostas segundo a posição doutrinária de seus proponentes. Há mesmo quem negue a oportunidade de qualquer modificação no regime legal do anonimato.

Dentro de uma posição neo-liberal, que se funda precipuamente na afirmação das virtudes da livre empresa, e que é a posição adotada pelos órgãos mais representativos do empresariado nacional, podemos encontrar a média das opiniões traduzida nas conclusões aprovadas pelo Simpósio há pouco realizado em São Paulo, sob o patrocínio da Federação das Indústrias e com a participação de numerosas entidades. As recomendações formuladas caracterizam-se pela objetividade e ausência de conotações ideológicas extremadas, filtrando sugestões que visam unicamente ao aprimoramento de nossa legislação no contexto do sistema vigente.

A idéia-matriz que norteia tôda a sistemática da reforma projetada é a de que o caminho certo para a integração da empresa na comunidade é o da “socialização consentida”, mediante a abertura do seu capital à participação do público em geral.

O reconhecimento desta verdade não deve, porém, levar ao exagêro de procurar deslocar a tônica da normatividade da sociedade por ações para a regulamentação do mercado de capitais. O mercado de capitais é simples consequência da sociedade anônima, pois existe em função das necessidades de financiamento das atividades produtoras.

Confluem na sociedade anônima interesses e motivações que nem sempre são homogêneos e conciliáveis. Deve-se, na medida do possível, estabelecer um justo equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da coletividade, esta representada sobretudo pelo mercado de capitais. A proteção dispensada aos investidores não deve, contudo, ir ao ponto de entravar o normal funcionamento da sociedade anônima, em virtude da excessiva burocratização.

Não se justifica que a mesma estrutura jurídica e as mesmas normas legais se apliquem, indistintamente, às companhias de grande envergadura, que têm por objetivo a exploração de setores básicos da economia e que recorrem comumente ao mercado de capitais, e às pequenas sociedades fechadas, de âmbito familiar ou restrito a pequeno grupo de pessoas, somente pelo fato, que lhes é comum, de terem o capital social dividido em ações.

Deveria ser prevista em nossa lei, dentro do quadro geral das sociedades por ações, a exemplo de outras legislações, uma estrutura simplificada para a pequena sociedade anônima, em vista do seu diminuto capital e exíguo número de acionistas.

A lei inglesa (*Companies Act* de 1948, seção 28) disciplina as chamadas *private companies*, constituídas por subscrição particular, que são isentas de uma série de formalidades e exigências legais e nas quais é limitado o número de acionistas a cinqüenta, excluídos os empregados. O art. 90 do Código de Comércio holandês regulamenta as sociedades anônimas ditas *fechadas*, em que as decisões dos acionistas são tomadas independentemente da realização de assembléia.

Talvez uma adequada reformulação da legislação sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada pudesse atender a êsse escôpo, ensejando a transforma-

ção nesse tipo societário de numerosas empresas, a grande maioria das que são hoje organizadas sob a forma do anonimato. Enquanto isto não ocorra, deverá a lei prever regime jurídico diferenciado para as sociedades anônimas, de modo a distinguir perfeitamente as sociedades *grandes* ou *abertas*, e as *pequenas* ou *fechadas*.

As grandes companhias, ou sociedades anônimas propriamente ditas, seriam caracterizadas: pela faculdade de recorrer à subscrição pública; por terem seus títulos obrigatoriamente registrados para negociação em Bolsa; pela fixação de capital mínimo; pela existência do Conselho de Administração.

As sociedades pequenas ou fechadas, ao contrário, não poderiam recorrer à subscrição pública dos seus títulos, nem tê-los registrados para negociação em Bolsa; não lhes seria exigida a publicação, em jornais, de seus balanços, nem estipulado o capital mínimo; mas, em contrapartida, não poderiam emitir debêntures ou mesmo ações ao portador.

A distinção, já estabelecida em lei para efeitos tributários, entre as sociedades anônimas de capital aberto e as de capital fechado atende à realidade sócio-econômica. Interessa mais de perto à economia pública o controle preventivo das empresas que lançam títulos à subscrição pública, motivo pelo qual se justificam plenamente os mecanismos legais de tutela aos subscritores. Já o mesmo não ocorre com as empresas que, adotando a veste legal da sociedade anônima, interessam na sua constituição e funcionamento a um número restrito de acionistas. Daí a inteira procedência da acenada distinção.

Nas grandes sociedades, os diretores detêm um poder decisório considerável, que não é suficientemente controlado ou limitado pela assembléia geral dos acionistas.

Nas legislações estrangeiras (norte-americana, alemã, francesa) é prevista uma organização administrativa que permita representação mais eficiente dos vários grupos de interesses em presença. Assim, é facultada a criação de

um Conselho de Administração, formado de acionistas eleitos pela Assembléia Geral, com representação obrigatória das minorias acionárias. Compete ao Conselho de Administração não só nomear e destituir os Diretores Executivos, como também fiscalizar sua gestão, em tudo o que não seja o exame dos livros e papéis contábeis da sociedade, bem assim autorizar a alienação ou oneração dos bens sociais, acima de certa percentagem do capital social.

A criação dêsse nôvo modelo de organização administrativa possibilitaria a implantação da gerência técnica assalariada, ao nível da Diretoria Executiva, enquanto que o contrôle da gestão seria exercido pelos representantes dos acionistas com assento no Conselho de Administração.

A experiência tem revelado a ocorrência de intoleráveis descomedimentos e abusos no tocante à remuneração dos diretores. Deve ser estabelecida pela lei uma limitação da remuneração variável dos administradores da sociedade anônima, fixando-a em determinado percentual dos dividendos distribuídos.

No capítulo da tutela dos direitos dos subscritores, é axiomático que a intervenção das emprêsas do mercado de capitais na oferta pública de subscrição inicial ou de aumento de capital deve levar ao fortalecimento da confiança do público nos papéis-valor, diminuindo ou eliminando a possibilidade de ilaqueação da bôa fé dos subscritores ou compradores.

Nessa conformidade, normas legais tornando obrigatório o registro das sociedades emissoras de ações ou debêntures na Bôlsa de Valores de sua séde, bem assim a intervenção das sociedades autorizadas a operar no sistema de distribuição do mercado de capitais na oferta pública de subscrição inicial de capital ou seu aumento, constituem medidas altamente recomendáveis.

O direito do acionista ao dividendo constitui tema controvertido, que tem ensejado o choque do interêsse da

empresã e da maioria com a proteçã da minoria de acionistas. É inegãvel, no entanto, que a falta de defesa do acionista minoritãrio contra as prãticas abusivas da maioria, no tocante à distribuiçã dos lucros, constitui um embaraço para a simpatia do investidor potencial, ao passo que, assegurando-se o pagamento mais firme do dividendo anual, maior prestígio seria atribuído aos investimentos em ações. Daí o nosso aplauso a que se assegure ao acionista a faculdade de retirar-se da sociedade, mediante o reembõlso do valor contãbil de suas ações, se, durante um perío do de três anos consecutivos, sem motivo justo e comprovado, não forem distribuídos os dividendos mímimos de 6% (seis por cento) ao ano.

Ainda com o objetivo de reprimir os abusos do auto-financiamento, deve-se assegurar às ações preferenciais o direito ao pagamento de um dividendo fixo mímimo de 6% (seis por cento), vedando-se à assembléia geral, antes de sua distribuiçã, o destaque de qualquer parcela do lucro líquido, apurado em balanço, para a constituiçã de fundos de reserva facultativos.

A fim de coibir prãticas fraudatórias atinentes à integralizaçã do valor das ações subscritas por meio de títulos cambiãrios, convém que disponha a lei que só possam elas ser negociadas após realizados trinta por cento do seu valor nominal, permanecendo nominativas até o efetivo resgate dêsse títulos.

No que concerne ao regime jurídico dos títulos sociais, uma questã que tem sido objeto de acirrado debate diz respeito à legitimidade da emissã de ações com ágio. Essa prãtica se justifica, a fim de que os acionistas antigos não sofram com a diluiçã do valor de suas ações, que a emissã ao par necessãriamente acarreta, nem que novos acionistas se beneficiem injustamente com o valor efetivo das ações antigas. Para evitar distorções, deve ser imposta à empresã a obrigaçã de constituir reserva especifica com o resultado, enquanto não fôr incorporada ao capital da

sociedade, vedada a cobrança de ágio que efetivamente não corresponda à diferença entre o valor nominal e o valor real das ações.

Outro fator que se tem revelado prejudicial à distribuição de dividendos aos acionistas é a criação de partes beneficiárias. Convinhável seria que a lei fixasse o máximo dedutível do lucro líquido para formação do fundo de resgate, estabelecesse o valor máximo de resgate e a limitação do prazo para a validade das partes beneficiárias.

Vários outros pontos de interesse, como os pertinentes ao funcionamento da assembléia geral, ao direito de formação do acionista e à auditoria contábil independente, poderiam ser objeto de nossas cogitações.

Para não alongar a exposição, todavia, vamos cuidar somente de mais dois aspectos que se nos afiguram relevantes, na sistemática das sociedades anônimas.

Um dêles diz respeito aos chamados grupos societários, ainda não regulados em nosso direito, formados em decorrência da coligação inter-societária ou do controle exercido por uma sociedade sobre outra.

Embora não sejam condenáveis *a priori*, é certo que os grupos societários podem dar margem a abusos e distorções no que se refere à autenticidade do capital das sociedades integrantes do mesmo grupo. A fim de resguardar o princípio básico da intangibilidade do capital social, a lei deveria proibir que as sociedades invistam o seu próprio capital em ações da sociedade que exerce o seu controle sobre ela, ou de outras sociedades pela mesma controladas (como dispõe o art. 2359 do Código Civil Italiano).

Do mesmo modo, deveria a lei proibir a constituição ou aumento de capital das sociedades mediante subscrição recíproca de ações, mesmo por interposta pessoa. E que a

sociedade anônima de cujo capital participe, com mais de 10% (dez por cento), outra sociedade, possa por sua vez participar do capital desta.

Seria útil, no estágio atual de nossa economia, que se regulassem em lei o consórcio de emprêsas e os chamados contratos inter-empresariais (contratos de dominação e de transferência de lucros), com base na experiência do direito comparado.

Outro problema importante é o atinente ao critério afeitor da nacionalidade da sociedade anônima.

A tradição jurídica nacional, consubstanciada no artigo 60 da vigente lei de sociedades por ações (decreto-lei n.º 2.627, de 1940), adota o critério de organização da sociedade segundo a lei brasileira e manutenção no país de sua sede efetiva. Outra corrente preconiza a modificação no sentido de ser adotado o critério do chamado “contrôle acionário”, que até agora tem sido invocado somente em circunstâncias excepcionais e em setôres de especial interesse para a economia ou soberania nacional. Uma tomada de posição neste último sentido envolveria sérias restrições aos investimentos estrangeiros no país, pelo que deveria ser apreciada à luz de uma análise realista das vantagens ou desvantagens que poderia acarretar à economia brasileira.

Muito haveria ainda que dizer, pois o tema é fascinante e praticamente inexaurível.

Nosso objetivo foi o de salientar o papel singular que está reservado às sociedades anônimas, no processo do desenvolvimento econômico e no contexto social e político. Faz-se mister conhecer os novos rumos que marcam a evolução do instituto em outros países para aplicar as lições hauridas da ciência e da experiência ao caso brasileiro. Afinal, é do estudo e da meditação que deverão surgir as soluções para mais êste complexo problema: a reforma da sociedade anônima no Brasil.

# Prerrogativas e sujeições da administração pública.

*Cretella Júnior*

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

1. Posição singular da Administração. 2. A potestade pública. 3. Definição de "prerrogativas públicas" 4. A auto-executoriedade. 5. A desapropriação. 6. A requisição. 7. A auto-tutela. 8. A imunidade tributária. 9. As sujeições da Administração. 10. Regime jurídico das prerrogativas e sujeições da Administração.

## 1. Posição singular da Administração.

A *pessoa pública* ou *pessoa jurídica pública* opõe-se, na doutrina do direito, à *pessoa privada* ou *pessoa jurídica privada*. Não se confundem.

Diversos traços gerais e especiais assinalam a tipologia das primeiras, salientando-se, entre outros, alguns que são enumerados pelos autores: a *criação*, que depende de ato do Estado, jamais de iniciativa genética de direito privado; a *inexistência de liberdade de adesão*, ou seja, todo particular que preenche determinados requisitos *de fato*, passa a integrar a pessoa jurídica, por meio da adesão, como no caso em que, fixando-se domicílio numa circunscrição territorial, município, comuna, Estado-membro, passa-se automaticamente a pertencer à pessoa jurídica pública. A perterritorialidade às circunscrições territoriais decorre das respectivas fixações domiciliares; a *finalidade*, que nunca é de

ordem privada, mas de ordem pública, ou seja, a satisfação de interesses públicos deverá estar sempre na base de qualquer ato ou providência do Estado, por meio da intervenção da pessoa pública que em seu nome age; a *capacidade* que, por mais variada que seja, ultrapassa de muito a paralela do direito privado, porque a pessoa jurídica pública dispõe de *prerrogativas* ou *privilégios*, decorrentes de seu poder de *imperium*, que lhe assegura posição singular no mundo jurídico (RIVERO Jean, *Droit administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., 1970, págs. 46-47; VEDEL, Georges, *Droit administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., 1968, pág. 559).

A doutrina francesa tem dedicado excelentes páginas ao tema, empregando os vocábulos *puissance* e *pouvoir*, o primeiro devendo ser traduzido pelo nosso *potestade*, que equivale ao italiano *potestà* e ao espanhol *potestad*, o segundo — *pouvoir* —, representado em nosso vocabulário comum e técnico-jurídico pelo termo *poder*.

*Potestade* é vocábulo clássico, em língua portuguesa, que precisa ser ressuscitado, para traduzir com precisão a idéia contida em *puissance*.

Camões, por exemplo, usa a todo instante do termo *potestade*, como ocorre na conhecida passagem do gigante Adamastor: “Oh! potestade, disse, sublimada” (*Lusíadas*, V, 38. Cf. ainda III, 15; IX, 20; X, 98).

Tratando da *puissance publique*, que é a nossa *potestade pública*, escreve RIVERO: “As relações entre particulares são baseadas na igualdade jurídica. Nenhuma vontade privada é, por natureza, superior a outra, a tal ponto que se imponha a esta contra sua vontade, o que ocorre porque o ato que caracteriza as relações privadas é o *contrato*, ou seja, o acôrdo de vontades. A Administração, entretanto, que deve satisfazer ao interesse geral, não poderia atingir tal objetivo se estivesse no mesmo pé de igualdade com os particulares.

As vontades dos particulares, impulsionadas por móveis puramente pessoais, entrariam em choque com a vontade da

Administração, tôda vez que esta lhes impusesse coações e sacrificios exigidos pelo interêsse geral. A Administração recebeu, então, o poder de vencer tais resistências. Suas decisões obrigam, sem que ela tenha de obter a aquiescência dos interessados. Além disso, a Administração tem o direito, não obstante a recalcitrância dos particulares, de perseguir-los pela execução. Sob o nome, muito mal escolhido, mas tradicional, de *puissance publique*, é preciso entender o conjunto de *prerrogativas* de que é detentora a Administração para efetivar o interêsse geral” (*Droit administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., 1970, pág. 11).

Em virtude do *poder de império, imperium* ou condição de *potestade pública*, inerente à pessoa jurídica, esta, na sua qualidade de *poder público* não se nivela à pessoa jurídica privada.

Parte do Estado — ou, o próprio Estado —, a pessoa jurídica pública ocupa na relação jurídico-administrativa um lugar todo especial e privilegiado, detentora que é de *prerrogativas* e de *privilégios de potestade pública*, inexistentes nas conotações que defluem da personalidade jurídica de direito privado.

## 2. A potestade pública.

Em fins do século passado e inícios dêste, o direito administrativo tem sido considerado como disciplina alicerçada na idéia matriz de *potestade pública*, empenhando-se a doutrina em construir a teoria dos *atos de império* e dos *atos de gestão*, que tanta polêmica despertou entre os publicistas.

A atividade de *potestade pública* era paralela à de *ato de império* — de “*imperium*” —, típica das operações do direito administrativo, quando intervinha o Estado, condicionado por um regime especial, derogatório do direito comum, bastante diferente da atividade de direito privado,

caracterizada por *atos de gestão*, regulados por um regime de direito privado.

“A atividade de *potestade pública*”, argumentava-se, “é aquela em que os órgãos do Estado procedem por meio de ordens, interdições, regulamentações unilaterais, manifestando, em suma, uma *vontade imperante*. Os órgãos do Estado executam, assim, *atos de potestade pública*” (LAUBADÈRE André, *Traité de droit administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, pág. 38). “Os atos praticados pela Administração, em virtude de seu poder de mando, *a colocam fora do direito comum, porque não existem atos semelhantes, praticados por particulares*” (BERTHÉLEMY Henri, *Traité de droit administratif*, 9ª ed., 1920, pág. 1008).

Objecções de tóda sorte, feitas por Duguit, no *Tratado* (DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, pág. 263), e pelo Comissário Teissier, na clássica e metafísica distinção entre os atos *jus imperii* e os atos *jus gestionis*, não conseguiram abalar a noção de *puissance publique*, nem invalidar a série de prerrogativas que dela decorrem.

### 3. Definição de “prerrogativas públicas”.

Empregada com acepção quase impossível de apreender-se, a expressão *potestade pública* (“*puissance publique*”) é, na realidade, noção concreta e precisa, porque designa a situação tóda especial que cerca a Administração, dotando-a de atributos necessários e suficientes para conferir-lhe uma série de prerrogativas — e também de restrições ou de sujeições —, exorbitantes do direito comum, inexistentes nas pessoas jurídicas de direito privado.

A Administração pode e o particular não pode tomar uma série de medidas, quando sujeitos de uma relação jurídica; a Administração, entretanto, que desfruta de posição privilegiada na relação jurídica, está sujeita a inúmeras restrições ou imposições, ausentes nas relações jurídicas do direito privado.

O vocábulo *prerrogativa* vem do latim *prae*= antes, anterior, em primeiro lugar e *rogativa*, de *rogare*=rogar, questionar, votar, decidir. *Privilégio* vem do latim *privus*=particular, isolado, especial e *lex*, *legis*=lei, norma jurídica.

*Prerrogativa* ou *privilégio* é o direito, poder de regalia que pessoa ou corporação usufrui mais do que outras, ou que as distinguem de outras que não os possuem (CALDAS Aulete, *Dicionário contemporâneo*, “sub voce” *prerrogativa*).

*Prerrogativa pública* ou *prerrogativa de potestade pública* é a posição especial em que fica a Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum, ou, em outras palavras, é a faculdade especial conferida à Administração, quando se decide a agir contra o particular.

Pela condição favorável que a prerrogativa lhe confere, a Administração fica desnivelada ao particular, assumindo uma posição vertical, bem diversa da posição horizontal em que fica o particular diante do particular.

O quadro completo de prerrogativas e privilégios em que se localiza a Administração quando, na prática, concretiza medidas para realizar o interesse público, delinea a *potestade pública*.

Da *potestade pública* ou *potestas imperii* advém a situação privilegiada da Administração, desnivelando-a diante do particular e tornando-a idônea para impor, em condição bastante vantajosa, sua vontade, em nome do interesse público.

As *prerrogativas públicas* são as circunstâncias favoráveis ou propícias, que os sistemas jurídicos atribuem às pessoas jurídicas a fim de que, do melhor modo e com a maior economia possível, possam concretizar o interesse público, mediante limitações impostas ao interesse do particular.

Nem sempre, entretanto, a Administração usa processos impositivos para a efetivação do interesse público. Quando, num processo expropriatório, fundado na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, a vontade do Estado

coincide com a do particular desapropriado, basta a figura do contrato, consubstanciada nas normas de um acôrdo, para a solução da vontade estatal. Não cabendo a utilização do *acôrdo*, repellido pelo expropriado, recorre a Administração ao instrumento adequado — a decisão unilateral expropriatória, traduzida, na prática, por uma série de medidas, inclusive *manu militari*.

O fundamento do regime jurídico das *prerrogativas públicas* é evidente. Nas relações jurídicas de particular a particular, impera a igualdade jurídica das partes. Situam-se no mesmo plano. Paralelizam-se. Ficam lado a lado. A vontade de uma das partes não supera, em momento algum, a vontade da outra. Por isso, a figura jurídica do contrato é suficiente para reger as vontades contrapostas dos contratantes, consubstanciando normas jurídicas de igual intensidade, sem favorecimentos.

Ao contrário, o objetivo da Administração é o de satisfazer os interesses coletivos e, para a consecução destes, muitas vêzes se exige o sacrifício do particular, mediante uma série de limitações aos seus direitos.

A Administração ficaria inerte, paralisada, se cada vez que pretendesse movimentar-se, efetivando os atos administrativos editados, precisasse consultar os interesses privados atingidos. Por isso, o Estado dotou os órgãos administrativos de um *poder* ou *potestade* para vencer a injustificada resistência do particular recalcitrante. As decisões administrativas, tomadas com vistas ao interesse público, impõem-se sem prévia consulta ao administrado e, muitas vêzes, sem o título hábil expedido pelo Judiciário, como ocorre no âmbito do processo civil comum.

Pode a Administração, diante da resistência privada, fazer prevalecer, inclusive pelo emprêgo da fôrça, sua decisão, recorrendo a meios coativos e sufocando os esforços do particular impeditivos à consecução dos fins de interesse público.

Mediante atos unilaterais auto-executáveis, sem o correspondente título do Judiciário, a Administração interfere no cenário jurídico-administrativo, restringindo a esfera de direitos e interesses do cidadão, sempre que o interesse coletivo esteja afetado.

A *potestade pública*, o *poder de império*, revela-se no mundo jurídico de modo eficaz, visto cercar-se de *prerrogativas públicas*, benefícios evidentes que reforçam sua atuação coativa no choque com o particular.

*Na relação jurídico-administrativa, pois, a Administração é beneficiada com uma série de prerrogativas, que a colocam numa posição nitidamente favorável, quando comparada com a do particular que figura na mesma relação.*

Entre as *prerrogativas públicas*, que dão relêvo todo especial ao regime jurídico da Administração, podemos citar a auto-executoriedade, a desapropriação, a requisição, a ocupação temporária, a auto-tutela, o poder impositivo.

Por outro lado, paradoxalmente, ao mesmo tempo que a Administração se caracteriza por ser detentora de “prerrogativas exorbitantes do direito comum”, derrogações que podemos denominar de positivas ou favoráveis, é caracterizada por ser atingida por uma série de *restrições* ou *sujeições*, desvios que se apresentam como negativos ou desfavoráveis, desconhecidos pelo particular, quando em conflito com outro particular.

Dêsse modo, ao passo que o particular, pessoa física ou jurídica, pode tomar resoluções por motivos de natureza pessoal, afetiva (simpatia, antipatia, generosidade, capricho), desde que não contrariem princípios lícitos ou éticos, escolhendo seu pessoal ou fornecedores, sem nenhum critério, a não ser o da vontade, a Administração é presa ao interesse público, sendo sujeita a procedimentos especiais, quer na escolha dos funcionários (concurso), quer na seleção dos fornecedores de gêneros ou serviços (concorrência pública).

A *potestade pública* é o regime jurídico que se distingue, ao mesmo tempo, por *prerrogativas* e por *sujeições*, por máximos e mínimos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, reconhecidos e impostos a todos os que operam em nome e no exercício da soberania nacional (VEDEL Georges, *Droit administratif*, 4<sup>a</sup> ed., 1968, pág. 19).

Pelas *prerrogativas* ou *maximizações*, que *derrogam* o direito comum, a Administração beneficia-se com prazos maiores, com amplitude de iniciativas, com providências que limitam a liberdade do particular.

Pelas *sujeições* ou *minimizaciones*, o administrador é obrigado a agir como órgão impessoal do poder público, impedindo que pretensões pessoais ou motivos de ordem privada interfiram na concretização dos direitos e deveres decorrentes da relação jurídico-administrativa.

As *prerrogativas públicas* põem em evidência o traço de império da Administração, desvinculada de qualquer idéia de pessoa humana e, pois, agindo de maneira impessoal, tendo em vista o bem público, a ordem pública, o interesse público. As *sujeições* procuram impedir que o administrador, ao agir, leve para a vida pública seus traços de afetividade e caprichos, suas inclinações pessoais.

O fundamento último das *prerrogativas públicas* e das *sujeições administrativas* é um só — o da salvaguarda do interesse público, objetivo precípua do Estado. *Salus reipublicae suprema lex esto.*

Se o administrador não se ativesse às *sujeições administrativas*, deixaria de agir como órgão do Estado, prevaleceriam suas condições humanas. Os atos administrativos colimariam outros fins, que não os públicos. Estaria caracterizada a figura jurídica do desvio de poder.

#### 4. A auto-executoriedade.

As decisões da Administração, decorrentes de sua *potestas imperii*, são auto-executáveis. A posição privilegia-

da da Administração, diante do administrado, confere-lhe a faculdade excepcional de pôr em execução, com os próprios meios de que dispõe, os atos administrativos editados, sem a necessidade prévia de submeter tais pronunciamentos à apreciação da autoridade judiciária. É nisso que consiste a denominada *auto-executoriedade* do ato administrativo, também conhecida pelos nomes de *privilégio de ação de ofício*, privilégio da execução prévia, privilégio do prévio ou privilégio do preliminar (“*privilège du préalable*” ou “*privilège d’exécution d’office*”).

Os atos administrativos são auto-executáveis. Ato executório é o ato administrativo que passa a ter eficácia, imediatamente, que obriga por si, independentemente de sentença judicial. A esta *prerrogativa* ou *privilégio*, que é a executoriedade, deve a Administração a faculdade de colocar-se em situação de vantagem diante do particular na prossecução do interesse público. Pela auto-executoriedade o ato administrativo adquire força especial que o impõe, diante do particular, independentemente de nova definição de direitos (CAETANO Marcelo, *Manual de direito administrativo*, ed. brasileira de 1970, vol. I, pág. 409).

As decisões administrativas, que expressam a vontade do poder público, traduzida em *atos administrativos*, entram em ação, produzem efeitos imediatos, unilateralmente, sem a consulta ao particular ou o título expedido pelo magistrado judiciário.

A faculdade de exigir coativamente a observância dos próprios atos deriva do conceito de potestade pública, sendo-lhe inerente. Sem tal prerrogativa, o interesse público ficaria equiparado e, por vêzes, preterido mesmo diante do interesse privado, ao mesmo tempo que a vontade do Estado seria inoperante e inócua.

O caráter público de *potestas* administrativa matiza o ato executório, dando-lhe a força necessária para atuar, realizando a aspiração de parte considerável da coletividade, da qual o Estado é intérprete e guardião.

“A necessidade de manter a ordem pública exige, às vezes, medidas materiais de execução rápida, que não se compadecem com a morosidade do processo judiciário, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo que impeça o trânsito na via pública” (DUEZ Paul e DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 526).

A doutrina universal, principalmente a francesa e a italiana, tem dedicado excelentes páginas ao estudo do *privilegio do preliminar*, acompanhando o direito brasileiro, na doutrina e na jurisprudência, as grandes linhas traçadas pelos vários sistemas jurídicos.

O *privilege du préalable*, acolhido em nosso direito, fundamentou importante decisão do Tribunal de São Paulo, quando se firmou a tese de que a exigibilidade constitui qualidade inerente aos atos jurídico-administrativos, ou seja, a qualidade de produzir efeitos, de conformidade com o nêle constante, e nos têrmos previstos em lei.

No vasto e importante campo do *poder de polícia*, explicitado nos diversos ramos em que se desdobra a *polícia administrativa*, a *auto-executoriedade* aparece com tôda sua fôrça, legitimando as providências rápidas do Poder Executivo, quando edita atos administrativos e imediatamente os faz atuar, no mundo jurídico.

Corolário do princípio setorial das *prerrogativas públicas* é, pois, o princípio do *privilegio do preliminar* ou da *auto-executoriedade do ato administrativo*, mediante o qual *o ato administrativo, assim que editado pela autoridade competente, entra em execução, sem a necessidade de título hábil, expedido pelo Poder Judiciário.*

## 5. A desapropriação.

O particular não pode desapropriar. Jamais, em qualquer sistema legislativo, entidade privada pode decretar desapropriações. Seria a subversão da ordem jurídica, visto que abriria a possibilidade de um particular atentar con-

tra a propriedade privada. Por outro lado, é possível a *promoção* da desapropriação, que não se confunde com a *decretação*. Com base em texto legal autorizatório, por exemplo, uma concessionária pode providenciar as medidas que promovam a desapropriação.

A *desapropriação* é uma prerrogativa pública. É um privilégio de que gozam as pessoas jurídicas públicas políticas.

A *prerrogativa pública expropriatória*, traduzida no *direito de expropriar*, justifica a intervenção do Estado na ordem econômica, interferindo no direito de propriedade.

Em inúmeros casos, sintetizados em expressões que refletem a *necessidade pública*, a *utilidade pública* ou o *interesse social*, a Administração é desnivelada — para melhor — do particular e beneficiada com uma posição de relevo, na relação jurídico-administrativa.

Pela *prerrogativa expropriatória* a Administração tem a faculdade de apossar-se do *bem privado*, transmudando-o em *bem público*, em uma das três classes, a dos *de uso comum*, a dos *de uso especial* ou a dos *dominicais*.

O *jus expropriandi* é a *prerrogativa pública* que possibilita à Administração imitir-se no bem privado, móvel ou imóvel, sempre que o *interesse público* o justifique.

O *direito de expropriar* decorre do traço de *império* que caracteriza a pessoa jurídica pública, detentora da *potestade pública*, da “*puissance publique*”, ausente da pessoa física ou jurídica, de direito privado.

É verdade, como acentuamos acima, que certos sistemas jurídicos admitem a possibilidade da intervenção das concessionárias de serviços públicos, numa determinada fase do processo expropriatório. Entre nós, entretanto, é bem clara a impossibilidade, *sponte sua*, de desapropriar, por parte das pessoas de direito privado.

Não dispondo da *prerrogativa pública expropriatória*, que é típica das pessoas jurídicas públicas maiores, as *empresas concessionárias*, pessoas jurídicas de direito privado,

têm a faculdade de *promover*, o *privilégio da promoção expropriatória*, não a prerrogativa de *desapropriar*.

Ora, *promover* não é *desapropriar*, *promoção* não é *desapropriação*.

*Promoção é efetivação, é concretização, é operação complementar e auxiliar, bem distinta, inconfundível com o ato solene, volitivo e originário do Estado, consubstanciado na declaração. A declaração expropriatória é ato administrativo, regra geral originário do Poder Executivo, mas não há impedimento algum que tenha iniciativa no Poder Legislativo.*

*Prerrogativa do poder público, a declaração expropriatória é ato administrativo veiculado por lei ou por decreto, fazendo sua entrada no mundo jurídico, ao corporificar a vontade soberana do Estado.*

As pessoas jurídicas públicas maiores, entre suas *prerrogativas públicas*, privilégios que lhes são inerentes e que decorrem de sua condição de entidades dotadas de *potestade pública*, incluem a *prerrogativa expropriatória*, faculdade coativa que lhes permite separar o proprietário de sua propriedade, transferida esta para o patrimônio do poder público expropriante ou colocada a serviço da coletividade.

A *desapropriação*, que é “a operação de direito público por meio da qual o Estado, necessitando de um bem particular para fins de interesse público, obriga o proprietário a transferir-lhe a propriedade dêsse bem, mediante prévia e justa indenização, em dinheiro”, só se justifica, no campo do direito, como instituto, diante do princípio da *prerrogativa pública* expropriatória, proposição setorial do direito administrativo, que fundamenta a medida extrema tomada pela Administração.

Corolário do princípio setorial das *prerrogativas públicas*, pois, a *prerrogativa expropriatória* é o direito que a Administração tem de interferir na propriedade privada, a-

*propriando-se de bens particulares, mediante o preenchimento de certos requisitos, prescritos em lei, desde que o interesse público fundamente a decisão tomada.*

## 6. A requisição.

Ao lado da *prerrogativa pública expropriatória* delinea-se a *prerrogativa pública requisitória*, que configura o instituto da *requisição*.

Pela *requisição*, a Administração, numa operação unilateral de gestão pública, exige de uma pessoa a prestação de serviços, o fornecimento de objetos móveis, o abandono temporário do gozo de imóveis ou de empresas para utilizá-los conforme o interesse geral, num fim determinado (DUEZ Paul e DEBEYRE GUY, *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 859).

*Requisição* é o instituto jurídico especial, mediante o qual a Administração, pelo pagamento do equivalente, em dinheiro, usufrui, de modo definitivo ou transitório, o gozo e uso da propriedade de bens móveis de que necessite ou que, por graves e urgentes necessidades públicas, não possa ou não queira adquirir, nas transações comuns, por meio das formas normais do contrato (ALESSIO Francesco, *D' Istituzioni di diritto amministrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, vol. II, pág. 30).

Apoiando-se no sacrifício do particular, em prol do interesse público, apresenta-se a requisição, na prática, como o processo unilateral da Administração, que objetiva a exigir do administrado a prestação de serviços ou a entrega de bens para a consecução de fins de interesse público, mediante *posterior* e justa indenização, em dinheiro.

Prerrogativa da Administração, a *requisição* é medida extrema do poder público, providência de que o Estado lança mão em casos de calamidade pública, em momentos anômalos da vida nacional.

Editado o ato requisitório, entra êle, imediatamente, em execução, por causa dos altos motivos que lhe deram origem.

Ora, o Estado é detentor dêsse *privilégio* ou *prerrogativa*, em razão de sua potestade pública, que lhe faculta des-nivelar-se do particular, alçar-se, assumir a posição soberana e incontrastável de mando, interferindo na propriedade privada por motivos relevantes.

Corolário do princípio setorial das *prerrogativas públicas*, pois, a *prerrogativa requisitória*, que oferece muitos pontos de analogia com a *prerrogativa expropriatória*, é o *direito que a Administração tem de interferir na propriedade privada, apropriando-se de bens móveis* (ou exigindo a prestação de serviços), *mediante posterior e justa indenização, em dinheiro, sempre que o interesse público o exija*.

## 7. A auto-tutela.

A *prerrogativa pública auto-tutelar*, concretizada na *figura juris* denominada *auto-tutela*, vai refletir-se em todo o setor da *polícia dos bens públicos*.

*Auto-tutelar* é a prerrogativa pública que permite à Administração agir de modo direto, por si mesma, sem necessidade de recorrer à via judicial, a fim de efetuar a defesa do bem público, ameaçado ou violado, em sua integridade (turbação ou esbulho).

Pelo instituto de *auto-tutela* a Administração, dispensando a existência de texto de lei especial autorizativo, ou de título hábil, emitido pelo magistrado, age de modo imediato, valendo-se dos meios habituais, utilizados para a defesa da propriedade privada, agora dirigidos para a proteção da coisa pública.

Tal faculdade, concedida à Administração, constitui uma prerrogativa pública, um privilégio especialíssimo, verdadeira exceção no mundo do direito.

Para a ocorrência da *auto-tutela* é preciso, antes de tudo, que seja incontestável a natureza pública do bem tutelado, repelidos, pois, quaisquer outros direitos de quem provoque o nascimento da atividade administrativa tutelar; em segundo lugar, é preciso que os bens tutelados sejam dominiais e nunca do domínio privado do Estado, caso em que se configuraria o *desvio de poder* (MARIENHÖFF Miguel, S., *Tratado del dominio publico*, 1960, pág. 275 e Bozzi Aldo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2ª ed., 1966, pág. 366).

Pela *auto-tutela* protege-se, não só a *res*, em sua constituição física, impedindo-se-lhe a degradação, o desgaste, a deterioração, como também se preserva o *bem*, contra o exercício de atos negativos de terceiros que pretendam danificá-lo. Por fim, a *auto-tutela* confere à Administração a faculdade de reaver, com os próprios meios, a coisa pública, retirando-a de quem a detenha ilegalmente. O instituto da *auto-tutela* abrange as coisas imóveis e móveis, ambas integrantes do domínio público (CRETELLA JÚNIOR José, *Dos bens públicos no direito brasileiro*, 1969, págs. 65-66).

Objetos preciosos dos museus, bem como livros e manuscritos das bibliotecas públicas devem ser auto-tutelados pela Administração e, quando passam às mãos de terceiros, de modo ilícito, ausente a vontade do Estado, exigem imediata recuperação.

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

Não necessita a Administração de recorrer às *ações possessórias*, porque pode recuperar a posse perdida no próprio ano de sua perda, por si mesma, administrativamente (ÁLVAREZ-GENDIN Sabino, *Tratado general de derecho administrativo*, 1958, vol. I, pág. 46 e Bozzi Aldo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2ª ed., 1966, pág. 366), já que a propriedade dominial é defendida diretamente por meio de medidas de polícia e, indiretamente, por atos declaratórios da dominialidade (ROMANO Santi, *Corso di diritto amministrativo*, 1937, pág. 191).

A Administração conserva sua integridade diante dos particulares com os recursos de que dispõe o poder público. O conjunto desses meios cabe na idéia geral da polícia que, nesta aplicação particular, recebe o nome de *polícia da coisa pública* (MAYER Otto, *Derecho administrativo alemán*, tradução argentina, vol. III, pág. 150). É missão da polícia combater as perturbações que os particulares possam causar. Se a perturbação adquire o aspecto de ataque, estorvo, dano ou obstáculo material, que emana da existência individual, a polícia responde com a coação direta, fazendo desaparecer a perturbação pelo uso da força. É nisso que consiste a defesa administrativa (MAYER Otto, *Derecho administrativo alemán*, vol. III, pág. 144).

Esse emprêgo da força é considerado um caso de coação policial direta, com a particularidade de que prescinde de fundamento legislativo específico que o autorize. Considera-se natural e encontra razão de ser na própria idéia de polícia. Enfim, para dar maior força à proteção referida, a lei acrescenta sanções penais que castigam as infrações às diferentes ordens ou reprimem diretamente os fatos prejudiciais às coisas públicas (MAYER Otto, *Derecho administrativo alemán*, vol. III, págs. 150-151).

Na realidade, a polícia não trata, a rigor, das coisas, no sentido da conservá-las, mas concretiza-se em regras a serem observadas pelas pessoas a fim de prevenir-se a danifica-

ção dos bens públicos (CAETANO Marcelo, *Manual de direito administrativo*, 7ª ed., 1965, pág. 679).

Fica, dêsse modo, bem caracterizado o instituto da *auto-tutela* ou tutela administrativa dos bens públicos, cujo fundamento é o princípio setorial das *prerrogativas públicas*. Sem tal alicerce, a *auto-tutela* não subsistiria, visto erigir-se numa exceção, no cenário da polícia da propriedade, ou seja, numa iniciativa da Administração, desprotegida do respectivo título pelo Judiciário.

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

Corolário do princípio setorial das *prerrogativas públicas*, pois, a *prerrogativa autotutelar* é a *faculdade que tem a Administração de impedir a destruição e o uso da coisa pública, bem como a de reaver com os próprios meios policiais de que dispõe os bens do domínio público que tenham passado, ilegalmente, para as mãos do particular*.

## 8. A imunidade tributária.

A *prerrogativa pública tributária*, derivada da *potestas imperii* do Estado, permite às pessoas jurídicas públicas competentes a exigência de tributos das pessoas privadas, físicas ou jurídicas.

O Estado, *lato sensu*, tem a faculdade impositiva, o poder de lançar impostos sôbre os mais diversos setores do campo do direito privado. Entre nós, as pessoas jurídicas públicas, detentoras da competência impositiva, nas respectivas esferas de sua competência, podem tributar.

Tais pessoas são o Estado, em um de seus momentos, a Administração. Formam um conjunto de entes públicos que se situam em posição antagônica à dos particulares, que constituem o bloco dos entes privados.

As pessoas jurídicas públicas estatais estão fora do campo dos entes tributáveis, protegidas aquelas pela *prerrogativa da imunidade*.

*Imunidade* é a prerrogativa pública que impossibilita, originariamente, a incidência, em virtude de expressa vedação constitucional, configurando a impossibilidade do exercício do poder impositivo por parte da Administração, relativamente a certos e determinados fatos e pessoas.

A *imunidade* não se limita aos entes públicos *maiores*. Ao contrário, ultrapassando-os, atinge os entes públicos *menores*, como as autarquias, protegidas da incidência tributária, em virtude da prerrogativa pública que as alcança.

Compreende a imunidade tributária os impostos diretos e indiretos, caracterizando-se os entes dotados de personalidade jurídica pública pelo traço marcante daquela prerrogativa pública que os coloca, desde o nascimento, num plano elevado, privilegiado, inatingido pela incidência.

Por outro lado, não se confunde *imunidade* com *isenção*, consistindo esta na omissão expressa do exercício da competência impositiva. O ente público, em determinadas circunstâncias, desiste do poder impositivo. As pessoas privadas tributáveis, deixam de sê-lo “adquirindo” a condição, transitória ou permanente, da *isenção*. A *imunidade*, ao contrário, é atributo que adere ao ente, desde o nascimento. Nasce-se imune. A *isenção* adquire-se.

As pessoas jurídicas públicas são imunes a tributos. A prerrogativa da imunidade tributária é traço característico das pessoas jurídicas públicas maiores.

Não teria sentido que a Administração, que é o próprio Estado, necessitando de tributos para a consecução de seus fins, fôsse tributada, impondo-se a si mesma.

Além das pessoas públicas maiores, os entes públicos menores criados pelo Estado, como as autarquias, as fun-

dações públicas e as corporações públicas, também se revestem da prerrogativa da imunidade tributária.

Dêse modo, os serviços públicos descentralizados, as *autarquias*, em suas duas formas clássicas a *fundação de direito público* e a *corporação de direito público*, sempre com personalidade de direito público, explícita ou implícitamente reconhecida por lei, estão equiparadas às pessoas jurídicas públicas maiores para efeitos da referida imunidade.

Corolário do princípio setorial das prerrogativas públicas, pois, a *prerrogativa da imunidade tributária* é faculdade ou *situação especial de que usufruem as pessoas jurídicas públicas, maiores ou menores, políticas ou administrativas, de serem imunes a tributos*.

De outras vantagens ainda se beneficia a Administração, alicerçada no princípio das prerrogativas públicas, tais como, por exemplo, a *prerrogativa dos prazos*, situação que faculta ao Estado dispor de prazo em dêbro, quando participa de processo judicial, bem como de prazos especiais para a prescrição das ações, quando a Administração é parte; a *prerrogativa de figurar como ré*, o que transfere ao administrado, na posição de autor, a obrigação da produção de provas (“*onus probandi incumbit auctori*”); a *prerrogativa da presunção da verdade e da legitimidade dos atos administrativos*.

“O particular, devendo fazer cumprir, coativamente, um ato jurídico, deve demonstrar sua legitimidade. Para isso, precisa de um ato preventivo do juiz, que ateste e declare a legitimidade de sua pretensão. O ato administrativo, ao contrário, se presume legítimo e, pois, tal ação declarativa é dispensada. Tratando-se de presunção relativa, admite-se prova em contrário, mas a formação de tal prova não pode retardar a execução do ato e influi apenas sobre os efeitos de tal execução e sobre a obrigação da Administração de indenizar o dano e de reparar, se possível, a ile-

gitimidade” (ZANOBINI Guido, *Corso di diritto amministrativo* 6.<sup>a</sup> ed., 1950, vol. I pág. 236).

“Diz-se, comumente, que os atos administrativos são assistidos por uma *presunção de legitimidade*, isto é, de validade “ (ALESSIO FRANCESCO D', *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, vol. II, pág. 216).

Os atos administrativos, emanados de qualquer dos órgãos do Estado, são assistidos por uma *presunção de legitimidade*. Por isso, costuma dizer-se que os atos administrativos determinam uma situação aparente de direito em favor de terceiros de boa fé que tenham fundado sobre tal *presunção* os seus direitos “ (RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.<sup>a</sup> ed., 1945, pág. 127).

A prerrogativa especial da Administração, de merecer tôda credibilidade, de editar atos, que se presumem legítimos, até que não intervenham outros atos administrativos que os declarem ilegítimos (LANDI Guido e POTENZA Giuseppe, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., 1963, pág. 52 e BOZZI Aldo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.<sup>a</sup> ed., 1966, pág. 320), a coloca num plano de privilégio, em decorrência de sua característica de potestade pública.

Como conseqüência dessa prerrogativa, todos os atos da Administração, jurídicos ou não, todos os fatos administrativos, operações administrativas, providências, atos administrativos, fazem fé pública, são tidos como legítimos e verdadeiros, até prova em contrário.

A Administração não mente, não informa erroneamente, não induz ao erro. Os atestados e certificados fornecidos pelos agentes do poder público merecem fé, são bons, gozam da *presunção da veracidade e da legitimidade*, até que não se demonstre o inverso.

### 9. As sujeições da Administração.

Ao lado das *prerrogativas públicas*, que derivam da posição vertical que a Administração ocupa, em relação ao administrado, cumpre mencionar as *sujeições*, restrições ou limitações, traços negativos, verdadeiras *capitis deminutiones*, que atenuam o dinamismo da ação administrativa.

*Sujeições administrativas* são derrogações ou cargas peculiares ao regime jurídico público, mediante as quais a Administração é limitada em suas atividades, quando faz parte da relação jurídico-administrativa.

As pessoas privadas agem impelidas por interesses particulares. O *fim* colimado é pessoal, íntimo e, desde que não seja ilícito, nem imoral, extravasa o campo da tutela jurídica.

“No direito privado, em geral, não se levam em conta os motivos pelos quais o *agente* (ou, nos negócios bilaterais, as *partes*) se decide a fazer a declaração e concretizar o negócio, porque, sejam quais forem os motivos individuais, fundados ou não, sejam ou não satisfatórios, existe sempre uma vontade que se encarnou no negócio jurídico, independentemente daqueles motivos. Os motivos não são elementos constitutivos do negócio jurídico. É o que impõe a tutela da boa fé das outras partes do negócio e na segurança das relações jurídicas. Assim, ao passo que o erro na *causa* torna o negócio inválido, porque lhe falta um elemento essencial, o erro dos *motivos* é, por princípio, juridicamente, irrelevante. Se o agente quer que os motivos determinantes do negócio tenham relevância, deve transportá-los para a declaração da vontade e apontá-los como *condições* ou *modos* do próprio negócio “(RANELLETTI Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.<sup>a</sup> ed., 1945, pág. 71).

As pessoas jurídicas de direito público, que agem por intermédio de pessoas físicas, estão presas ao *fim*, que não

pode deixar de ser *fim público*. Ao agir, o administrador tem de pôr de lado os interesses particulares, que ficam dominados pelo interesse público, única bússola que o orientará na edição do ato administrativo ou na concretização das operações materiais da Administração.

As *sujeições*, exorbitantes ou derogatórias do direito comum, presentes na relação jurídico-administrativa, constituem o regime jurídico de direito público, caracterizado, precisamente, por aquêles pontos negativos, que se colocam ao lado dos pontos positivos, constituídos pelas *prerrogativas*.

A vinculação ao fim; a obrigatoriedade de concurso para certos cargos; o regulamento geral e impessoal para o preenchimento de vagas, no funcionalismo; a obrigatoriedade da abertura de concorrência pública para serviços, obras e fornecimentos; o princípio da igualdade dos usuários — são, em seu conjunto, *sujeições* ou *limitações* que tolhem a atividade do administrador, em prol dos administrados.

*Prerrogativas de potestade pública e sujeições de potestade pública* constituem os pontos salientes para o delineamento do *regime jurídico de direito público*, que informa as atividades e providências das pessoas jurídicas públicas.

*Vinculação ao fim* — fim de interesse público — é o primeiro traço que caracteriza o regime jurídico das sujeições da Administração.

O *fim*, elemento integrante do ato administrativo, reside no resultado que o objeto do ato deve atingir. Por isso, o ato não pode ser viciado ou defeituoso, o que traria, como efeito, o *desvio de poder*, que ocorre quando a autoridade usa o poder que o Estado lhe outorga para atingir fins diversos daqueles assinalados pela leis e pelos regulamentos.

Ultrapassada a apreciação de seu campo, ou perseguido outro fim, estranho ao seu desiderato, não há dúvida,

então, de que há defeito na substância do ato (FORSTHOFF Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, Allgemeiner Teil, 1958, pág. 86 e HUBER Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1958, vol. II, pág. 657 — *Die gerichtliche Prüfung der Ermessensfehler*).

Provado o *desvio de poder*, o que é extremamente difícil, em razão, primeiro, da presunção de legitimidade que reveste os atos administrativos, depois, porque a Administração ocupa uma posição privilegiada nas relações com o administrado, o ato é nulo, em virtude do defeito capital que o inquina.

Em todos os países, a *prerrogativa da sujeição* do administrador ao fim público do ato é protegida, culminando, quando desrespeitada, com a nulidade da medida, bem como, em inúmeros casos, com a responsabilização, penal e patrimonial, da autoridade editora do ato.

A seleção do funcionalismo revela outro aspecto da *sujeição* do Estado que não pode escolher o pessoal administrativo por impulsos pessoais, mas através de meios objetivos, científicos, como, por exemplo, o concurso.

Observa-se também outro aspecto da sujeição da Administração, no caso das concorrências públicas para a celebração de acôrdo com particulares. Comprando, vendendo, dispondo de seus bens, ajustando normas para a execução de obras públicas ou de serviços públicos, o Estado recorre ao procedimento da concorrência pública, momento preliminar do contrato administrativo.

A concorrência pública, a que se sujeita a Administração, permite que se atenda ao princípio da moralidade pública, impedindo os favoritismos.

A igualdade dos usuários diante dos serviços públicos, oferecidos pelo Estado, é outra sujeição a que se vincula a Administração.

Nenhum usuário receberá tratamento especial diante dos serviços públicos, fornecidos pelo Estado. Se a tarifa é x, todos receberão o fornecimento, mediante o pagamento

do mesmo *quantum*. Nenhuma isenção, nenhum abatimento, nenhum tratamento diverso, melhor ou pior, enfim, em situações iguais, os usuários podem exigir que a Administração lhes dispense igualdade de tratamento.

#### 10. Regime jurídico das prerrogativas e sujeições da Administração.

A doutrina clássica aceitava como ponto pacífico que a ação administrativa se caracterizava pela desigualdade manifesta entre a Administração e os administrados, pela existência, em favor daquela, de poderes que êstes últimos não tinham.

Tais proposições são hoje tomadas com reservas: é ponto assente que, em nossos dias, os meios exorbitantes ou derogatórios do direito comum consistem, como acentuamos, não somente em *prerrogativas*, mas também em *sujeições* (WEIL Prosper, *Droit administratif*, 1964, pág. 44).

As prerrogativas de potestade pública estão presentes nos vários setores em que se desdobra o direito administrativo.

Pelas prerrogativas revela-se a presença do poder na ação administrativa, bem como por êsses privilégios é que o direito administrativo se articula com os demais ramos do direito público e, em especial, com o direito constitucional, visto que as prerrogativas são a expressão da parte da soberania do Estado atribuída ao poder governamental (WEIL Prosper, *Droit administratif*, 1964, págs. 44-45 e VEDEL, Georges, *Droit administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., 1968, pág. 19).

Traçar o regime jurídico das prerrogativas e sujeições da Administração é apontar um a um os pontos máximos e mínimos, os atributos positivos e negativos, é delinear o lugar geométrico que a Administração ocupa, sempre que toma iniciativas, na sua condição vertical, no mundo administrativo.

O Estado e, em geral, tôda pessoa jurídica pública, da qual *a Administração constitui um particular momento*, tomam iniciativas no mundo, iniciativas que se concretizam assim que se efetiva a relação jurídico-administrativa. Nesses momentos, a Administração ora é *dominus*, ora é *servus*, ora se projeta com uma amplitude máxima de movimentos, ora é restringida ou limitada, ficando o arbítrio ou vontade do administrador, sob o impacto de normas rígidas, que lhe circunscrevem a movimentação.

Ao lado da *potestas publica* ou *dominica potestas* há a *servitus publica*: potestade pública e servidão pública.

As *prerrogativas* e *sujeições*, que regem a atividade da Administração, formam um quadro singular, com índices típicos e inconfundíveis — o regime jurídico público, exorbitante e derogatório do direito comum, que se coloca na base das pessoas jurídicas públicas.

Esse regime jurídico público, que regula os diferentes momentos da ação administrativa é, pois, constituído de altos e baixos, de majorações e minorações, de maximizações e minimizações, de senhorio e servidão, de potestade e sujeições, informando cada ato administrativo ou cada operação da Administração, a tal ponto que o administrador caminha por um *iter* e desenvolve um programa, que não é o seu, mas o do interêsse público, alicerçando-se em cada pronunciamento, no pedestal privilegiado que lhe dá sua condição de potestade pública, mas ao mesmo tempo, ficando circunscrito a uma série de ligamentos ou sujeições que lhe policiam a vontade, lembrando-lhe a cada instante o princípio da indisponibilidade dos interêsses públicos.

# Da Jurisprudência como Direito Positivo\*.

*R. Limongi França*

Docente de Direito Civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de S. Paulo.

## I. DO CONCEITO E EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

1. Do conceito de Jurisprudência. 2. A Jurisprudência na Antiguidade. 3. A Jurisprudência no Direito Anterior.

## II. DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ATUAL

1. Estado Geral da Questão. 2. Da Jurisprudência como Costume Judiciário: a) A Jurisprudência como espécie de costume b) Os argumentos contrários de FRANÇOIS GÉNY. c) *Refutação a GÉNY*.

## III. DAS FUNÇÕES ESPECÍFICAS DA JURISPRUDÊNCIA

1. Interpretar a Lei. 2. Vivificar a Lei. 3. Humanizar a Lei. 4. Suplementar a Lei. 5. Rejuvenecer a Lei.

## I. Do conceito e evolução da jurisprudência.

### 1. *Do Conceito de Jurisprudência.*

Há um conceito vulgar e um conceito tecnológico-jurídico de jurisprudência, ambos afins, mas não de todo coincidentes. Por outro lado, tanto em meio à vida cotidiana, como no campo especializado da ciência jurídica, as respectivas noções têm experimentado algumas ligeiras mudanças.

---

\*. Aula inaugural do Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, pronunciada em 1.º de abril de 1970, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de S. Paulo.

Como se vê no dicionário de MORAES, que citamos pela edição de 1831, jurisprudência se considerava “a arte de interpretar as leis, de responder e aconselhar nas matérias de direito” (ANTONIO DE MORAES SILVA, *Dicionário da língua Portuguesa*, 4.<sup>a</sup> ed., 1831, Tomo II). Já no léxico de AULETE encontramos uma noção mais ampla: jurisprudência é aí a — “ciência do direito e das leis — Conjunto dos princípios de direito seguidos num país, numa dada época, ou em certa e determinada matéria. . — Maneira especial de interpretar e aplicar as leis” (F. J. CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguêsa*, 2.<sup>a</sup> ed. atualizada, 2.<sup>o</sup> volume 1925, Lisboa).

Êstes conceitos são repetidos por LAUDELINO FREIRE e J. L. DE CAMPOS, no seu *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguêsa*, edição de 1943, vol. IV, Rio de Janeiro. CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, entretanto, limita-se a definir jurisprudência como “ciência da legislação e do direito” (*Nôvo Dicionário da Língua Portuguêsa*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1925), no que é de perto seguido por HILDEBRANDO LIMA e demais co-autores do *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguêsa*, 4.<sup>a</sup> ed., 1943, onde se registra êsse vocábulo como a “Ciência do Direito e das Leis”.

No setor estrito da tecnologia jurídica a situação não é diversa. JOSÉ NAUFÉL assim emite o seu conceito: é a interpretação que os tribunais dão às leis, adaptando-as a cada caso concreto submetido a seu julgamento” (*Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, vol. III, Rio, s/d.). PEDRO NUNES, mais completo, distingue três significados da palavra jurisprudência; 1.<sup>o</sup> o de ciência do direito; 2.<sup>o</sup> o de modo pelo qual os tribunais realizam, interpretativamente, a aplicação concreta dos princípios legais vigentes; 3.<sup>o</sup> o de conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sôbre o mesmo caso em dada matéria, o mesmo que *usus fori* (*Dicionário de Tecnologia Jurídica*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., 1956). Por sua vez, CESAR DA SILVEIRA, em seu *Dicionário de Direito Romano* explica que, jurisprudência, nem ramo da

ciência jurídica, é a doutrina dos jurisconsultos romanos, ao passo que no direito nacional, designa “o conjunto de decisões proferidas pelos Tribunais” (1.º vol. S. Paulo, 1957).

De nossa parte, atendendo ao que vai pelos léxicos gerais e especializados, à aceção com a qual a palavra “jurisprudência” é usada pelos jurisconsultos de antanho e da hora presente, assim como ao sentido com que é entendida na vida prática do Direito, achamos de bom alvitre distinguir pelo menos *cinco* conceitos diversos de jurisprudência.

O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, tôda a ciência do Direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados.

Teria como correspondente, no passado, a noção apresentada por ULPIANO, de *divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* (Digesto, I, 1, 10, 2), repetida por JUSTINIANO (*Institutas*, I, 1, 1), noção essa posteriormente impugnada por HEINECIO, que aí viu uma definição ampla demais, capaz de abranger a própria ciência da Filosofia (V *Recitationes in Elementa Juris Civilis*, § 24 e 25, ed. Coimbra, 1817).

O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de *juris prudentia*, consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (*prudentes*), antes questões jurídicas concretamente a êles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados “pareceres”, quer emendas de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas.

O terceiro, o de *doutrina jurídica*, teórica, prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais.

O quarto, o da massa geral das manifestações dos juizes e tribunais sôbre as lides e negócios submetidos à sua

autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei.

O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.

Isto posto, cumpre fique esclarecido desde logo que, ao versarmos o tema desta palestra, teremos em mente apenas os dois últimos conceitos de jurisprudência, devendo ser feita, a respeito de um como de outro, a seu tempo e lugar, a devida especificação, sempre que tal se faça mister.

## 2. *A Jurisprudência na Antigüidade.*

A observação do direito dos povos de cultura rudimentar não tem interesse para o tema dêste trabalho, porque, em meio aos mesmos, há a convergência de uma soma grande e completa de poderes na mão do chefe, ou do grupo reinante, diferentemente do que se verifica entre as civilizações mais adiantadas, onde mais ou menos desenvolvidamente, rege o princípio da separação dos poderes.

Assim é que, por exemplo, já no *Código de Manú*, embora o rei e os aristocratas gozem de uma posição privilegiada, parece distinguir-se bem o mister de criar o direito, daquêlê de realizar a sua *aplicação* aos casos concretos. Com efeito, no art. 41, do livro VIII, está dito que — “Um rei virtuoso, depois de ter estudado as leis particulares das classes e das províncias, os regulamentos das companhias de mercadores e os costumes das famílias, deve dar-lhes fôrça de lei, sempre que estas leis, regulamentos e costumes não contrariem os preceitos dos Livros revelados”.

Mas é entre os romanos que se definem com precisão as duas questões básicas em que se desdobra o problema da jurisprudência como forma de expressão do Direito Positivo, a saber, a da elaboração do direito ante os casos concre-

tos, e a validade das decisões anteriores com referência aos feitos que tratem de matéria semelhante.

Antes, porém, de entrarmos no esclarecimento das respectivas soluções, é mister fique assinalado que o que hoje constitui a jurisprudência, na acepção em que a tomamos neste estudo, correspondia, no Direito Romano, a duas categorias, a saber, o *Direito Pretoriano* e a Jurisprudência, no sentido em que os romanos empregavam o vocábulo.

Na verdade, a despeito de certa imprecisão que notamos em alguns dos nossos mais eminentes juristas, ao versarem esta matéria, entre os Romanos, as referidas formas de expressão do Direito constituíam coisas bem distintas que não se confundiam uma com a outra.

Já vimos a definição de jurisprudência, proposta por ULPIANO e adotada por JUSTINIANO. Embora, na observação de HEINECIO, o *Corpus Juris Civilis* lhe emprestasse uma noção excessivamente larga, o fato é que, ao conceituá-la, os referidos autores tinham em mente, na expressão de CESAR DA SILVEIRA, “a doutrina dos jurisconsultos romanos” (*Dicionário de Direito Romano*, verbete *jurisprudencia*). Essa doutrina, vasada em pareceres então denominados *Responsa Prudentium* não era o mesmo que o *Direito Pretoriano*, embora constituísse, ao lado dêste, uma forma de expressão do Direito Positivo.

Com efeito segundo GAIO (*Institutas*, I, 2, ed. de CORREIA e SCIASCIA in *Manual de Direito Romano*”, vol. 2.º, págs. 18-19) o direito do povo romano constava do seguinte: “*ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, Edictis Eorum Qui Jus Edicendi Habent. Responsis Prudentium*”. Mas, como se vê, são duas coisas diferentes, aliás diferentemente definidas pelo próprio GAIO que já esclarecia: “Editos são os preceitos expedidos por aquêles que têm a prerrogativa de expedir ordens. Ora, êsse direito têm-no os magistrados do povo Romano”. Ao passo que “as respostas dos prudentes são as sentenças e as opiniões daqueles a quem é permitido construir o direi-

to”, isto é, aos jurisconsultos aos quais o imperador concedera a *jus respondendi*. (GAIO, I, 6, 7; Cf CORREIA e SCIASCIA, op. cit., I, pgs. 19 sgs.).

Não obstante, tanto êstes como aquêles, parecem estar na origem da atual jurisprudência dos tribunais. A relação mais estreita, porém, se verifica entre esta e os primeiros, porque, embora os *responsa* tendessem a ser obrigatórios para juiz, os editos estavam mais de perto relacionados com a função concreta de distribuir justiça.

### 3. A Jurisprudência no Direito Anterior.

Conforme o Livro III, título 75, 51, *in fine*, das *Ordenações Filipinas*, “o Rey he. Lei animada sôbre a terra, e pode fazer Lei e revogá-la, quando vir que convém fazer-se assi” (*Código Filipino*, pág. 685, ed., de CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, Rio, 1970). BORGES CARNEIRO, porém, adverte que conforme a Constituição Portuguesa, art. 13 e 74, 3, o poder legislativo passou a competir “às Côrtes com a sanção do Rei” (*Direito Civil de Portugal*, Tomo I, pg. 2, Lisboa 1867).

Na falta de lei, conforme as mesmas *Ordenações*, Livro III, título 64, 51, os juizes deveriam julgar de acôrdo com os estilos e os costumes; não existindo êstes para o caso, e se se tratasse de matéria relativa a pecado, segundo o Direito Canônico, e se não envolvesse tal, segundo as Leis Imperiais. Persistindo a lacuna, dever-se-iam guardar então as golsas de ACURSIO suplementadas pela opinião de BARTOLO, salvo opinião geral em contrário dos Doutores. À falta, ainda assim, de texto aplicável, o próprio Rei deveria decidir, dando aso ao aparecimento das chamadas *Decretas*.

E, por outro lado, é sabido que a Casa da Suplicação por atribuição régia do Rei D. Manuel, foi encarregada de interpretar as leis duvidosas, assim como de ampliá-las ou

restringi-las, o que deu aso ao aparecimento de uma espécie de legislação jurisprudencial. Mas, ai, tratava-se de uma atribuição do próprio Rei, delegada a um órgão especializado, e não de uma manifestação do poder *judiciário*, semelhante a dos nossos tribunais de hoje em dia (v. BORGES CARNEIRO, Op. cit, I, pg. 18).

MELLO FREIRE, aliás, já o advertia de modo inequívoco: “*Lusitani quoque Juris nomine veniunt authenticas interpretationes cum Rex ipse Legem suam interpretatur, vel eius nomine Regia Supplicationis Domus. Cave Tamen, ne cum authentica interpretatione confundas doctrinales, Res Judicatas, et praxim usumque judicandi, quae Nihil Est, quod legibus nostris temere admisceamus*” (*Institutiones Juris Civilis Lusitani*, L. I, Le leg., pg. 8, Coimbra, 1853).

Por outro lado, as próprias *Ordenações* já diziam no Livro III, tit. 69, pr., que os casos “não podem todos ser declarados em esta Lei, mas procederão os julgadores *de semelhante a semelhante*”, disposição esta antecedida de outra, no mesmo dia, do próprio título 65, 52.º, in fine, onde se diz que os desembargos do Rei “são Leis para desembargarem outros semelhantes”, e que importa a delegação, ao Juiz, de um certo arbítrio para resolver os casos omissos. Por outro lado, ensina BORGES CARNEIRO, que “os Arestos ou casos julgados não têm autoridade senão sôbre o caso”, mas “sendo sentenças de Relação *muitas e conformes*, induzem estilo” o que vale dizer, têm força de lei. (Op. cit. pg. 55). Para tanto, porém, deveriam provar-se os seguintes requisitos: 1. repetição e conformidade de atos; 2. conformidade com a boa razão; 3. não ser contrário às Leis do Reino (idem, pg. 47).

Entre os mestres de aquem-mar, TRIGO DE LOUREIRO, repetindo quase *ipsis litteris* a COELHO DA ROCHA, aproximava o valor dos Arestos, do da opinião dos Jurisconsultos, atribuindo-lhes eficácia apenas nos casos omissos e como coadjuvantes na interpretação da *mens legis* (v. LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Português*,

I, pg. 22, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra 1857). Por sua vez o preclaro TEIXEIRA DE FREITAS, na 3.<sup>a</sup> ed. da sua *Consolidação das Leis Civis*, confessava, em meio à respectiva “Advertência”, haver bebido, para os aditamentos, “Gradualmente nas três fontes da jurídica opulência-Legislação, Doutrina, *Jurisprudência*” (*Consolidação*, 3.<sup>a</sup> ed. pg. VI). RIBAS, porém, coloca a questão nos seguintes termos: “A versatili-  
dade de opiniões, em um tribunal, tira por certo tôda fôrça moral às suas sentenças. . mas se aparecem novas e importantes razões até então não apreciadas, se o tribunal convencer-se de que estava em êrro, *deve abandonar a sua antiga jurisprudência, porque o êrro nunca pode servir de base ao direito consuetudinário*”. (ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, pg. 90, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, 1905).

De qualquer forma, no Brasil, segundo o Direito Anterior, a Jurisprudência, em princípio, não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, mesmo porque a Constituição do Império, art. 72, secundada pela Constituição Republicana, de 1891, já determinara que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, durante o Império, como depois de proclamado o regime democrático, não tinha função legislativa. Só preenchidos certos requisitos, entre êles o da constância, o da não incongruência com as leis vigentes, e o da conformidade com a reta razão é que se poderia considerar a Jurisprudência, como categoria integrante do Direito Costumeiro, ( Cf. RIBAS, Op. et loc. cit.; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação das Leis Civis*, art. 5, I, alínea i), constituindo assim forma de expressão do Direito Positivo.

## II. Da jurisprudência no direito atual.

### 1. Estado Geral da Questão.

Cumpramos agora no direito atual, a questão da possibilidade de adquirir a jurisprudência, seja ela *secun-*

*dum legem* ou *praeter legem*, caráter análogo ao da lei, vale dizer, caráter de *commune praeceptum*, de norma geral, de regra obrigatória de Direito.

Ora, o princípio básico definitivamente consagrado, a respeito da matéria, no âmbito da *Civil Law*, é o de que os julgados anteriores não vinculam necessariamente o magistrado, ainda que se trate de decisões suas ou de Tribunal da mais alta instância.

O rápido estudo que fizemos a respeito da Jurisprudência através dos tempos e dos povos, mostra bem que é essa a tradição herdada do Direito Romano e confirmada pelos povos de legislação afim. Confirmam-na não só autores de obras gerais, já citados, ao lado de cujo nomes poderíamos acrescentar o de PLANIOL, FERRARA, BONNECASE e outros, — como ainda escritores de obras especializadas, entre eles CALDARA, FIORE, GÉNY e o nosso CARLOS MAXIMILIANO (M. PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. I, pg. 7, 11.<sup>a</sup>, ed., 1928; FRANCISCO FERRARA, *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, vol. I, pg. 150, Roma, 1921; JULIEN BONNECASE, *Supplément ao Traité de BAUDRY LACANTINERIE*, vol. I, pg. 213 e segs. Paris, 1924; EMILIO CALDARA, *Interpretazione delle Leggi* pg. 144 e segs., Milano, 1908; PASCUALE FIORE, *De la Irretroactividade Interpretacion de las Leyes* pg. 566, trad. espanhola, Madrid, 1927; FRANÇOIS GÉNY, *Methode d' Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, vol. III, pg. 33 e segs., Paris, 1919; CARLOS MAXIMILIANO, (*Op. et loc. cit.*).

Razões profundas corroboram êsse modo de pensar. Entre elas, poderíamos referir, primeiramente, a circunstância de que, na generalidade das suas decisões, o magistrado não aplica o Direito (nem deve aplicar) segundo uma fórmula matemática pura e simples, mas atende a circunstâncias táticas de ordem moral, social, psicológica e até política, que nunca são as mesmas para o caso seguinte. Por outro lado, reconhecer nos julgados, indiscriminadamente, o caráter de “*commune praeceptum*,” importaria em atribuir-lhe validade “*erga omnes*,” o que lançaria por

terra a multissecular, trabalhada e complexa doutrina da coisa julgada, cujos princípios constituem a mais decisiva salvaguarda dos direitos de terceiros não chamados à lide. Além disso, especialmente nos dias que correm é conhecida a sobrecarga de serviço acometida aos nossos juizes e tribunais, e é evidente que uma conclusão jurídica menos meditada está longe de constituir uma expressão inatacável do Direito. No mesmo plano, o próprio recurso de advogados e juizes, no sentido de descansar as suas razões e decisões em máximas judiciárias, sem qualquer ponderação do respectivo valor intrínseco, tem contribuído, como num círculo vicioso, para a queda do nível científico da própria jurisprudência. Na verdade, assim procedendo, causídicos e magistrados correm o risco de encaminhar novas decisões que, à falta do indispensável reexame, carecem igualmente de maior valor jurídico, e cujas ementas, por sua vez, passam a ser referidas como estribo de outros julgados que nem sempre atravessam o crivo do necessário e detido reexame. Assim, sucessivamente, o êrro vai gerando o êrro e, por vêzes, durante décadas, como, por exemplo, no caso da Teoria da “propriedade” do nome, consagrada pela jurisprudência francesa, a justiça e o direito se vêm gravemente sacrificados, pois a repetição mecânica dos arestos vai erigindo-se em autêntica “verdade” de evidência (v. R. LIMONGI FRANÇA, *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, pgs. 163, e S. Paulo, 1958).

Além de carecer de qualquer base constitucional, a erecção indiscriminada dos julgados em norma geral obrigatória seria excessivamente arriscada e perigosa, para a própria ordem reinante no país. É certo que se poderia invocar, em contrário, o exemplo da *Common Law*, onde, em suma, a Jurisprudência é a principal forma de expressão do Direito Positivo. Mas tal argumento, para logo, resultaria inócuo, porque, em primeiro lugar, o direito jurisprudencial anglo-americano em muito se diversifica do nosso, especialmente pela circunstância de constituir um corpo

perfeitamente orgânico, ao contrário da Jurisprudência da *Civil Law*, integrada por julgados esparsos, e ainda quando constantes num determinado sentido, sem qualquer dependência necessária de um conjunto próprio de princípios. Por outro lado, mudar uma jurisprudência no regime da *Common Law*, é algo muito mais grave e difícil que revogar uma lei entre nós, pois os julgados recentes, como nos informa RENÉ DAVID, não podem competir em valôr com os mais antigos, considerados, muito mais que aquêles, como verdadeiros e obrigatórios (*Traité de Droit Civil comparé*, pág. 275).

Não obstante, excepcionalmente, temos para nós, que, preenchidos uns tantos requisitos, a Jurisprudência (não os julgados, mas a repetição constante, racional e pacífica dêstes) pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral. É, a nosso ver, quando pela fôrça da reiteração e, sobretudo, da necessidade de bem regular, de modo estável, uma situação não prevista, ou não resolvida expressamente pela lei, ela assume os caracteres de verdadeiro costume judiciário. Como e porque é possível a incidência de tal situação, — eis o assunto do parágrafo a seguir.

## 2. *Da Jurisprudência como Costume Judiciário.*

A) *A jurisprudência como espécie de costume.* É à Escola Histórica do Direito, cujas expressões máximas são SAVIGNY e o seu discípulo PUCHTA, que se deve, no campo do Direito Científico, o realçamento da importância do Costume como forma de expressão do Direito Positivo. É bem verdade que não se pode aceitar como indiscutível a sua teoria da “vontade popular”, que funda o Direito Consuetudinário tão somente no uso inveterado e na “opinio necessitatis.” (v. SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano*, vol. I, pgs. 97 e segs., trad. de SCIALOJA, Torino, 1886; PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, pg. 9, trad. de TURCHIARULLO, Nápoli, 1854), pois, com efeito, o seu verdadeiro

e último fundamento está, em suma, na própria *natureza das coisas* (v. FRANÇOIS GÉNY, *Op. cit.*, § 116, pg. 347). É certo também que a mesma Escola exagera a sua noção do costume, ao admitir, mesmo à face da conjuntura sócio-jurídica moderna, costumes derogatórios de leis. Já na sistemática do Direito Justiniano isto, a rigor, era impossível, e embora ainda hoje, se possam enumerar alguns costumes, que, na prática, são antiquadores de leis, o fato é que, se invocados em juízo, em países cujo sistema jurídico se assemelha ao do Brasil, êles não podem prevalecer ante as disposições expressas dos diplomas em vigor.

Mas não é possível negar a SAVIGNY e seus seguidores o importantíssimo mérito de, após cerca de dois séculos de “jus naturalismo”, em virtude de cujos postulados o Direito se deduzia “more geometrico” ter reconduzido a Ciência Jurídica ao senso da realidade objetiva dos fatos, realidade essa, da qual, indubitavelmente, são os usos e costumes a mais viva e autêntica expressão.

É também aos mesmos mestres que se deve a inclusão da Jurisprudência como uma verdadeira espécie de costume, ou, com suas próprias palavras, como “órgão do Direito Consuetudinário”, do mesmo modo que o Direito Científico (*Sistema*, I, pg. 109 e segs.; *Corso*, pg. 10, § XV e XVI), orientação essa posteriormente adotada por PLANIOL, LAMBERT e outros (v. *Traité Élémentaire*, I, pg. 7, nota 1), embora desenvolvida por êste, com base em outros fundamentos.

Conforme a Escola Histórica, a Jurisprudência é forma de expressão do Direito porque os especialistas, juizes ou jurisconsultos, integradores, por assim dizer, de uma elite de conhecedores dos problemas jurídicos, ao emitirem suas opiniões, como que representam a consciência popular, em meio a qual se formou a sua mentalidade jurídica. Já segundo PLANIOL, que é o criador da Teoria Jurisprudencialista do Costume, o “usus fori” é “fonte” de Direito, porque é aos Tribunais que incumbe definir os costumes, e

sem o seu assentimento não exercem êstes nenhuma fôrça coercitiva.

Não obstante, no Brasil como no estrangeiro, autores há que não concordam com esta aceitação.

É o que sucede, por exemplo, com OSCAR TENÓRIO (*Lei de Introdução*, pág. 128, ed. 1955) e particularmente com FRANÇOIS GÉNY cujos argumentos são sobremaneira ponderáveis.

B) *Os argumentos contrários de FRANÇOIS GÉNY.* Em sua alentada e erudita monografia, — *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2 vols., de quase 900 páginas — que já de si é uma expressão daquilo que alguns anos depois iria preconizar nos quatro volumes do seu *Science et Technique en Droit Privé Positif*, alvitra cinco séries de ponderações contra a possibilidade de constituir a Jurisprudência, um costume “sui generis”, ou uma, como chama, “fonte formal” do Direito Positivo. São êles:

a) Os partidários da doutrina que o afirma não dizem em que medida e sob quais condições esta “fonte” “sui generis” se deverá impor ao intérprete;

b) As meras afirmações dêstes autores contrariam abertamente os princípios incontestáveis da organização constitucional da França (nesta matéria semelhante à do Brasil);

c) Não basta, para responder a estas objeções, fazer da Jurisprudência uma espécie de fonte costumeira. As decisões judiciais não constituem um verdadeiro costume jurídico, porque não encerram o *uso por parte dos interessados*, que forma o substrato essencial do Direito Consuetudinário;

d) Considerando-se a Jurisprudência como um costume “sui generis”, espécie independente e bem distinta, as exigências acima indicadas continuariam não satisfeitas;

e) Do momento em que se erigisse a Jurisprudência em “fonte formal”, positiva, ela continuaria sujeita a va-

riações e contradições, sem oferecer, por sua constituição mesma, as garantias necessárias a toda criação jurídica. (págs. 44-45, 48, nº II).

As quatro primeiras objeções encontram-se às págs. 44-45, do vol. II da obra citada, e a última à pág. 48, sendo que, ao reduzi-las a têrmo, procuramos usar as próprias palavras do autor. Passemos a ponderá-las.

C) *Refutação a GÉNY*. Quanto à objeção a) diremos de início, repetindo o que já foi asseverado no parágrafo anterior, que a condição primacial para que, em caráter de exceção, a Jurisprudência exsurja como preceito de Direito Normativo, é a de que preencha os requisitos de um verdadeiro costume judiciário. Com esta afirmação não caímos em petição de princípio, porque, isto posto, tudo quanto resta esclarecer é, em suma, o que se faz mister para que uma série de decisões jurisprudenciais se possa denominar costume.

Ora, o primeiro requisito do costume em geral, à face do Direito Constituído, — e esta afirmação é válida para o “*usus fori*” — é a de que não fira, como vimos, texto nenhum de lei expressa em vigor. O segundo, o de que seja conforme a reta razão, não seja um mero postulado, uma assertiva sediça, sem maior ponderação que a fundamenta, mas uma conclusão intrinsecamente válida cujo preceito venha atender aos reclamos de uma lacuna do sistema jurídico. O terceiro, o de que, à fôrça da sua própria necessidade sócio-jurídica, tenha encontrado na mente dos magistrados e dos colégios judicantes, uma aceitação comum, reiterada e pacífica.

Esmiucemos êste último requisito.

A aceitação deve ser comum. Isto é, deve ser geral. Deve abranger o consenso daqueles aos quais é acometida a função de julgar.

A acolhida deve ser reiterada. Quer dizer: cumpre vênha sendo repetida por lapso de tempo considerável, de

tal forma que, seja êsse prazo maior ou menor, não haja possibilidade de desviar-se da orientação assentada, sem que tal evidencie uma extravagância, uma anomalia, uma singularidade.

A adesão deve ser *pacífica*. Em outras palavras, é indispensável que, em meio à judicatura nacional, a matéria, quando aceita de modo geral a repetido, não o seja com ressalvas que possam por em dúvida a sua procedência jurídica.

Pensamos invocar um bom exemplo se mencionarmos as ações do nome na jurisprudência italiana, no regime do Código anterior, omissis sobre a matéria. No caso, vemos ainda a função educativa da Jurisprudência que, apoiada na Doutrina, deu lugar à consagração expressa do Direito ao Nome no Código Vigente (Código de 1942, art. 6 a 9).

Com referência à objeção b), ocorre ponderar desde logo que dúvida alguma existe a respeito do regime constitucional, quer da França, quer do Brasil, quer ainda de outros países de regime político-jurídico semelhante, onde os juízes, salvo excepcionalmente, não têm função de legislar. Já vimos ser êste, com efeito, o principal fundamento da impossibilidade de haver Jurisprudência “contra legem”.

Também não sairemos pela tangente, dizendo ser êste o caso de uma exceção implícita da Constituição, o que caracterizaria de juridicidade.

O fato, porém, é que, a rigor, o costume, ordinariamente, é oriundo do povo, e êste, como tal, também salvo exceção, como no caso dos plebiscitos, não possui o “munus” legislativo. No entanto, não é possível negar a fôrça dos costumes gerados no seio do povo e por êle sancionados.

Assim também a Jurisprudência, quando ela assume os caracteres de um verdadeiro costume judiciário.

No que concerne à objeção c) parece-nos fácil ver como o fato de magistrados e Tribunais decidirem no interêsse

de terceiros não tira a oportunidade, nem, por vêzes, a necessidade da norma estabelecida para preencher as lacunas no sistema jurídico, ou para aclarar os seus pontos obscuros.

O costume judiciário não é a rigor um costume *de agir*, senão um *habitus practicus decidendi*, concernente a uma determinada classe, a dos magistrados, e que em virtude de sua procedência natural, em razão das injunções sócio-jurídicas que pedem uma norma de agir estável, preenchidos os requisitos já enumerados, se impõem à mente dos julgadores.

Com relação à objeção d) ponderemos três coisas: 1º a expressão “*sui generis*” nada diz por si, e, a nosso ver, deveria ser banida da terminologia dos especialistas, pois com isto se preveniria muita obscuridade, de um falso Direito Científico, que prefere o esconderijo das expressões vagas, ao labor de definir com a precisão possível os institutos jurídicos; 2º a jurisprudência realmente quando atinge a categoria de costume, reveste características próprias que a diferenciam do costume popular, fazendo-a constituir uma espécie diversa, mas de um mesmo gênero, a saber o costume jurídico, isto é, o costume que implica relações de direito, e não religiosas, morais (*lato sensu*), ou de mera sociabilidade; 3º as objeções anteriores parecem-nos suficientemente respondidas, e o fato de o costume judiciário apresentar elementos que o diversificam do extra-judiciário ou popular, não torna menos verdadeiras as ponderações acima alinhadas. Êle responde, do mesmo modo que o outro, àquelas mesmas exigências da *natureza das coisas*, vistas neste último pelo próprio FRANÇOIS GÉNY, e não há dúvida de que, em suma, é esta a sua precípua razão de ser.

Finalmente, no que diz respeito à questão e), é de se ponderar desde logo que uma Jurisprudência que apresente variações e contradições não se considera tal, para os efeitos de constituir uma forma de expressão do Direito Positivo. Não é uma Jurisprudência propriamente dita, mas, tão somente, uma série de “julgados”, “decisões”,

“arestos”, “máximas” cujo valor é por vêzes ponderável, mas sempre na dependência de criterioso reexame, e destituído de qualquer fôrça obrigatória. Com efeito, fácil é verificar como um acêrvo tal de manifestações do Judiciário está longe de enquadrar-se nos requisitos examinados, ao tratarmos da objeção a).

Quanto às variações, a que, após um certo período de estabilização e mesmo depois de consolidado o *costume judiciário*, estaria êste sempre sujeito, é de se ponderar que o costume popular nunca o está menos, de modo análogo ao que se passa com a própria legislação, cuja instabilidade, nas últimas décadas, tem assumido o caráter de verdadeira causa de decadência do Direito (Cf. GEORGE RIPERT, *Le Déclin du Droit*, Cap. VI, pg. 155, e segs., Paris, 1949).

Portanto, em conclusão, como vemos, nada há que impeça a formação de um verdadeiro *costume jurisprudencial*, capaz de atingir os caracteres de regra de direito obrigatório.

### III. Das funções específicas da jurisprudência.

A face do que foi exposto, parece-nos que essas funções são fundamentalmente cinco, a saber: a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e e) rejuvenescer a lei.

Procuraremos elucidar cada uma das referidas atribuições.

A) *Interpretar a lei*. Conforme o conceito de CALDARA, “no campo do Direito, a interpretação é a definição do significado da norma jurídica”. (*Interpretazione delle Leggi*, pg. 5). Não desejamos reavivar aqui, por descabida, — a discussão referente à velha máxima, que já nos vem do Direito Romano, no sentido de que “interpretatio cessat in claris.”

O fato é que, por sua definição mesma, a lei é um preceito geral. “Commune praeceptum”, a denomina PAPINIANO,

repetido por HEINECCIO (*Recitationes*, pg. 37, § 73). E é evidente que, quando da sua aplicação ao caso concreto, é absolutamente indispensável um repasse do significado de cada um dos termos que a integram, sob pena de inadequado enquadramento da espécie.

Esse trabalho, de ordinário, salvo nos casos de diploma de promulgação muito recente, é já de antemão realizado pela Doutrina, à qual, num plano teórico-prático, mas sempre impessoal, também incumbe esmiuçar o sentido dos elementos de que as leis se compõem, e sobretudo, a aceção em que o legislador os desejou empregar. Mas, ainda assim, nunca é menor a importância da função interpretativa dos magistrados, porque não só, geralmente, inexistente uniformidade de opiniões por parte dos comentadores, e lhe é forçoso optar por alguma, como ainda, ao juiz, incumbe decidir segundo o livre convencimento, sendo-lhe facultada, desde que novas e mais fortes razões haja para isso, adotar uma orientação, ainda não consignada nos tratados.

B) *Vivificar a Lei*. Publicada no Diário Oficial, e, atingido o termo de início da sua vigência, a lei vem a constituir mais um preceito ou conjunto de preceitos que passam a integrar o chamado sistema jurídico.

A nova regra, para logo, entra a exercer uma certa influência no mundo dos negócios e relações jurídicas, pois o normal é os cidadãos procurarem agir de acôrdo com a lei. Mas, em não havendo divergência, a norma positiva sobrepairá no mesmo plano alto e impessoal com que foi promulgada, e até muitas são as relações que se assentam, atuam e desenvolvem, à margem da lei, ou contra a lei. Ela permanece pois como uma roupagem, um molde, um protótipo, sem atuação efetiva e própria.

Surgida, porém, a controvérsia, é imediatamente invocada pelos interessados que podem resolver as coisas amigavelmente, ou por juízo arbitral; mas, sem dúvida, o mais das vêzes recorrem ao Poder Judiciário, que, interpretan-

do os preceitos jurídicos relacionados com o caso concreto, empresta-lhe o dinamismo que os torna vivos e atuantes.

Essa função é também, freqüentemente, exercida, pelos órgãos administrativos, mas, evidentemente, sempre em caráter provisório, ou precário, já que às partes é facultado recorrer aos detentores por excelência da função judicante.

A jurisprudência dos juízes e tribunais, é, pois, o fator preponderante de vivificação da lei.

C) *Humanizar a Lei*. Norma de ordem geral, a lei propriamente dita não visa a casos particulares; antes, há de constituir sempre uma regra ordenada ao Bem Comum. Por isso mesmo, ela não pode atender a minúcias, nem responder imediatamente às múltiplas gradações possíveis da relação jurídica que vem disciplinar. Um brocardo, apesar de sedição, e algo acaciano, exprime não obstante bem esse seu caráter: *dura lex, sed lex*.

Entretanto, a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser *dura*, mas *justa*; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o *bom* e a *equidade*: o direito, dizia o jurisconsulto CELSO, aplaudido por ULPIANO, “*est ars boni et aequi*”.

Ora, não podendo a lei deixar de ser impessoal, e exigindo a própria índole do Direito que as condições peculiares de cada caso não sejam ignoradas, claro se torna que é ao magistrado que incumbe, na aplicação da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, arredondar as suas arestas, e, sem torcer-lhe a direção, adaptar a rigidez de seu mandamento às anfratuosidades naturais de cada espécie. É este, a nosso ver, a função jurisprudencial correspondente à equidade, a qual, no dizer de ARISTÓTELES, “é melhor que uma certa justiça” (*Ética a Nicômaco*, V, XVI; Cf. Sto. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, IIa., II æ., Quest. CXX, ed. de ALEXANDRE CORRÊIA, S. Paulo, 1937).

A Lei de Introdução ao Código Civil, consagra em seu art. 5º esse aspecto da missão de julgar, estabelecendo que

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais* a que ela se dirige e às exigências do *bem comum*”. Do mesmo modo, o Código de Processo Civil, no art. 114, preceitua que: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fôsse legislador”. Num e noutro dispositivo, embora êste último esteja mais ligado àquilo que RUGGIERO e MAROI denominam *equità formativa* (*Istituzioni di Diritto Privato*, I, pg. 9, 7ª ed., Milano, 1948), vemos uma autorização expressa do próprio direito positivo, no sentido de que o magistrado pode usar, nos seus julgamentos, das moderações propiciadas pelo exercício dessa verdadeira virtude anexa à Justiça, a “*epieikéia*” dos gregos, a “*benigtas*” ou “*humanitas*” do Direito Romano e que, através do Direito Intermédio, onde se chamava “*aequitas*”, passou para nós com o nome de *equidade*.

Entretanto, como bem observa AGOSTINHO ALVIM, “a lei que recomenda a equidade, explícita ou implicitamente, de maneira a descer até à individuação, tal lei permite ao juiz a revelação do Direito. Mas, como o termo “legislador”, aplicado ao juiz, não lhe dá arbítrio absoluto, deve êle ter em vista o sistema legislativo e a moral positiva (moral que impera em dado tempo e lugar), para dêsse modo revelar o que “descobriu”, mas nunca o que haja “criado” arbitrariamente. (*Da Equidade*, in *Revista dos Tribunais*, 132, pg. 7-8).

D) *Suplementar a Lei*. O que acima vai dito, referente aos limites impostos ao magistrado, quando do uso da “*epieikéia*”, ao aplicar o Direito, não se choca com a inegável função, acometida à jurisprudência, de suplementar a legislação à face das suas inevitáveis lacunas.

Com efeito, em suma, o que não é possível é decidir “contra legem”. Mas, como foi visto, se, de um lado, em virtude de obrigação legal, ante a ausência de texto expresso aplicável, o juiz não pode eximir-se de julgar, — do outro, indeferir o pedido com base nessa simples circunstância, equivale a uma verdadeira denegação de justiça. Além

disso, a própria lei determina, em casos que tais, o socorro à analogia, ao costume, e aos princípios gerais de direito.

O Poder Judiciário, realmente, não é órgão legiferante, não lhe sendo dado outorgar preceitos a seu bel prazer. Muito embora, sob certos aspectos, isto também se deva dar com o Poder Legislativo, sob pena de perpetrar aquêles *monstra legum*, de que falava Vico o fato é que, com relação aos magistrados êsse dever advem de texto expresso, qual seja o do próprio art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com cfeito, o poder criador do Juiz, já quando decida “secundum legem”, já quando “praeter legem”, não poderá jamais afastar-se daquela série de balisas impostas pelos três expedientes suplementares, indicados no mencionado preceito — a analogia, o costume e os princípios gerais de direito — cada um dêles a encerrar uma série de requisitos próprios, que cumpre não desatender da elaboração da *lex specialis* aplicável ao caso concreto.

E) *Rejuvenescer a Lei*. A esta altura, consideradas acima as quatro primeiras funções da Jurisprudência, podemos atinar bem com o significado daquele aspecto dramático de que, inegavelmente, ela se reveste.

Uma coisa é a lei no papel, nas páginas indiferentes do Diário Oficial, mera cristalização fria, inflexível e despersonalizada de um ideal jurídico; outra é a lei analisada, ativada, humanizada e adaptada pelo julgador. É quando as imprecisões se evidenciam, as incongruências emergem, as asperezas se realçam, e as falhas se tornam patentes.

Ao cientista, ao juriconsulto, não há dúvida de que existe o *munus* de falar de princípios, de fidelidade e canones, e alta é a sua missão de zelar para que as instituições não se desfigurem, pondo a se perder as conquistas de milênios de estudos acurados. Entretanto, bem mais do que o prudente, a menos que êste seja um sociólogo e pesquisador contumaz, o julgador pode dizer da viabilidade

prática dos preceitos em vigor, bem assim das imperfeições com que, ao promulgar a regra normativa, o legislador, que nem sempre é um jurista, exprimiu o ideal de justiça que tinha, ou devia ter em mente.

Daí a inegável missão da Jurisprudência, de rejuvenescer a lei. Isto é, não só de, sem perder de vista a essência do preceito, ir adaptando-a à realidade social e às transmutações da vida cotidiana; como ainda, com isso, e mais, com críticas, sugestões, observações, que se façam sentir em trabalhos individuais, ou coletivos, fornecer, quer aos jurisperitos, quer ao Poder Legislativo, os elementos de reelaboração constante do sistema jurídico, para que êste permaneça sempre ordenado àquele fim prático, objetivo e necessário para as leis de um país, a saber, a utilidade comum.

# Os fundos de investimento. Condomínios mobiliários.

*Félix Ruiz Alonso*

## Introdução

O Mercado de Capitais, nestes últimos anos, tem chamado a atenção de todos e tem-se convertido num dos principais instrumentos pós-revolucionários, a serviço da política de investimentos.

Numa atmosfera desenvolvimentista uma série de institutos financeiros, já existentes, foram remoçados e outros novos criaram-se. Entre estes, contam-se os Fundos de Investimentos.

É verdade que os Fundos em Condomínio, legalmente, tiveram início em 30.11.1959, com a Portaria nº 309, em que se permitiu às Companhias de Crédito e Financiamento “a constituição de fundos em condomínio”. Não obstante isso, anteriormente, alguns fundos, sob a forma de condomínio, já funcionavam no país. De resto, as Companhias de Investimentos, sob a forma de sociedade, tinham sido criadas em 1945 (Decreto-lei nº 7.853) e 1946 (Decreto-lei nº 9.603). Todavia, prescindindo das primeiras instituições pioneiras neste ramo dos negócios, o fenômeno dos investimentos como tal, começou a eclodir em data recente. No ano de 1969, criaram-se aproximadamente 100 fundos de investimentos sob a forma de condomínios. Recentemente — Abril de 1970 — regulamentou-os de forma completa o Banco Central do Brasil, com a Res. 145, derogando as disposições anteriores.

A razão do fenômeno é principalmente técnico-política. Foram as diretrizes do governo, — ciente do valor do binômio: poupança-investimento — as que reativaram com numerosas normas, o despertar dêste tipo de negócios. Foi a Lei de Mercado de Capitais, que deu o impulso definitivo às operações de investimentos. Veio também, a nova regulamentação da Bôlsa de Válôres. É um caso de fôrça diretriz, criativa do direito; pelo menos, como rumo e pressuposto de negócios, no âmbito econômico-mercantil.

Entre os doutrinadores nacionais, a elaboração jurídico-doutrinária dos novéis Fundos de Investimentos é ainda parca. Obra pioneira foi a de OSCAR BARRETO FILHO, intitulada *Regime Juridico das Sociedades de Investimentos*, de 1956; posteriormente, BERNARD PAJISTE escreveu *Investimentos*, publicado no Rio de Janeiro em 1958, e PETER WALTER ASHTON escreveu *Companhias de Investimentos* em 1963. Mais recentemente em 1966, PONTES DE MIRANDA no tomo LI do *seu Tratado de Direito Privado*, dedicou os capítulos do Título LIII quase integralmente, às Sociedades de Investimentos. Foram êsses os passos dados pela doutrina, em sua evolução.

Os autores pátrios, quando se definiram, tomaram diferentes posições: OSCAR BARRETO FILHO e BERNARD PAJISTE, consideram os Fundos como “sociedade em conta de participação”; PETER WALTER ASHTON, com CYRNE LIMA consideram-nos como “expectativas de condomínio” ou “spes condomini”. Êstes autores têm, entre outros, o grande mérito de terem escrito quando nada havia, praticamente, sôbre a especialidade. PONTES DE MIRANDA, mais recentemente, os considera como “Condomínios”, embora não fundamente a sua opinião, sendo esta não só a sua denominação legal, mas a “opinio communis”, que vai se formando à margem do direito.

Nestes últimos anos, perante o ímpeto jovem dum mercado que adquire as primeiras experiências, não se escreveu quase nada de nôvo. O tema é complexo. Os nossos institu-

tos tradicionais, mais uma vez, se chocam com as figuras alienígenas. Do estrangeiro pudemos apreender apenas o “modus operandi”. Cabe, agora, a nós descobrir a natureza desses organismos financeiros, e defini-los segundo os modelos lógicos de nosso “ius conditum”. Mais uma vez o ingrato labor de “verter vinho novo em odres velhos”!

A nossa tradição jurídica resiste à criação de figuras novas; porisso a procura do “odre velho” em que poder encaixar os Fundos de Investimentos, terá o sabor de quem quereria ter criado um instituto novo, que fôsse o protótipo desses fundos — um “odre novo”.

Adentrando-nos no direito europeu, nota-se que alguns países, deram acolhida jurídica às novas formas, tão ágeis, dos negócios de investimentos, em institutos como o *condomínio* (Italia, Espanha), e a *propriedade fiduciária* (Alemanha, Suíça).

Perante este quadro, tentaremos dar alguma contribuição que será forçosamente modesta, pela própria dificuldade e estado embrionário em que se encontra a matéria. É necessário elaborar o instituto, já que, na atualidade, esses negócios não são mais uma expectativa futura. Os fundos de investimentos são uma realidade, entre nós. Finalmente, temos consciência de não estarmos dando a última palavra na matéria, mas de sermos mais um elo na elaboração doutrinária dos Fundos.

Nêste trabalho, centrar-nos-emos nos “Fundos de Investimentos”, embora, de passagem, se façam algumas alusões às “sociedades de investimentos”, por terem a mesma atividade: a aplicação em valores mobiliários ou investimentos.

**I. Os fundos de investimentos.**

- 1 O fato mercantil
2. Noção histórica
3. Aparecimento no Brasil
4. Sociedades de Investimentos, de capital fixo e de capital autorizado

**II. O condomínio.**

5. Noção de condomínio
  6. O condomínio e a voluntariedade
  - 7 O condomínio necessário ou civil
  8. O condomínio voluntário imobiliário
  9. O condomínio voluntário mobiliário
  10. Multiplicidade de propriedades parciais
  11. Precedentes doutrinários do condomínio
  12. O mandato
- Primeiras Conclusões

**III. Forma jurídica societária.**

13. Os fundos e a sociedade
  14. As sociedades comerciais
  15. “Affectio societatis”
  16. Condomínio e sociedade
  - 17 Propriedade e abstração matemática
  18. As sociedades em conta de participação
  19. Fundações e os fundos
- Conclusões Finais

1 Todo investidor procura, quando efetua certo investimento, segurança, rentabilidade e liquidez. Se efetuar

o seu investimento numa só emprêsa, naturalmente ficará à mercê da segurança, rentabilidade e liquidez que lhe possa oferecer aquela determinada emprêsa, com a ressalva de que, em se tratando de investimento em ações, a liquidez sera muito baixa, já que as ações, como parte representativa do capital fixo, em princípio têm baixa liquidez; sòmente aquelas que habitualmente são cotadas em bôlsa, conseguem bôa liquidez.

A maneira prática, comercialmente falando, de conseguir maior segurança, rentabilidade e liquidez, consiste como tantas outras vêzes — em somar esforços e distribuir os riscos. Somar esforços significa serem várias, ou muitas as pessoas que realizam investimentos. Distribuir os riscos da baixa rentabilidade de determinadas ações exige investir, não apenas numa emprêsa, mas em várias, de maneira que o alto resultado de algumas compense o baixo fruto de outras, atingindo-se, assim, um resultado médio satisfatório e uma segurança, sem dúvida, também maior.

A liquidez, talvez a meta mais difícil de ser atingida, também será alcançada se o grupo de investidores se mantiver aberto, isto é, se permitirem a entrada constante de novos interessados. Desta forma se estabelece um fluxo que permite àquêles que desejarem vender a sua participação, liquidá-la com facilidade, já que haverá outros interessados em adquirí-la.

O arquiteto, dêsse nutrido tecido comercial, será um comerciante, constituído em administrador do fundo.

Cria-se, por esta forma, uma massa de recursos, que mantém um acêrvo variado de títulos mobiliários. Êsse acêrvo coletivo, de alguma maneira, é realidade peculiar já que atinge, em virtude da massa reunida, uns objetivos, que os investidores isoladamente não atingiriam. Ao novo comportamento mercantil, corresponde uma “coisa” nova, um fundo.

Êste é o aspecto que convém, a efeitos dêste trabalho, salientar. A massa reunida pelos participantes, investidores

ou condôminos, é uma coisa “a se”, com natureza própria que alcança aquêles fins de todo investimento — segurança rentabilidade e liquidez — duma maneira ideal, mais favorável, precisamente pela sua peculiar formação. Essa a razão de ser do fundo, da nova “coisa”.

Parece-nos interessante a definição que determinado autor italiano dá do negócio de investimentos, precisamente em função dessas condições mais favoráveis que propicia para a consecução dos objetivos do fundo. “O Investment Trust”, diz, é um organismo financeiro que mediante a emissão de títulos próprios concentra os capitais de numerosos indivíduos a fim de aplicá-los em valores mobiliários, em condições mais favoráveis que aquelas em que o fariam cada um dos participantes, se aplicassem diretamente.”<sup>1</sup>

E nada significa a mutabilidade da massa do fundo que poderá aumentar ou diminuir, Sempre proporcionará ao investidor aquelas melhoras. Embora de maneira geral se possa dizer que a medida que a massa aumenta, aquêles objetivos serão atingidos duma maneira mais perfeita. Todavia, a administração do fundo tem uma função decisiva na marcha do mesmo; até o ponto de que uma má administração poderia anular os benefícios que uma grande massa deveria proporcionar.

É da natureza, para terminar, desta “res sui generis” que é a massa do fundo: 1. aumentar ou diminuir; 2. pertencer a múltiplas pessoas; 3. permitir a livre entrada ou saída das mesmas; 4. atingir um ponto ótimo de segurança, rentabilidade e liquidez. Estamos perante uma realidade orgânica diferente e com características próprias.

A êsse objeto complexo deve-se acrescentar ainda a especialização do administrador em cujas mãos cobra uma operacionalidade e dinamismo novos.

---

1. PERLETTI G. *Funzione Economica dell'Investment Trust em L'Investment Trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Cedam, Padova 1967, pág. 16.

2. Não se poderia escrever sôbre fundos de investimentos sem fazer alguma alusão ao “Investment Trust”, porque o fato mercantil que nos ocupa teve início, em fins do século passado, na Escócia (Inglaterra). Estendeu-se aos EE.UU. onde teve e tem uma realidade florescente.

Todavia, a alusão será breve porque o objetivo dêste trabalho não é histórico nem pretende analisar as formas alienígenas. Ele visa apenas inserir êsse fato mercantil no nosso contexto jurídico.

No mundo anglo-americano os negócios de investimentos ajustam-se a duas formas jurídicas principalmente: à forma societária ou “corporation” e à forma contratual ou “trust”.

A primeira forma, a da “corporation”, não tem dificuldade de compreensão: coincide a grandes linhas com a nossa sociedade anônima, ressaltando tão somente a variabilidade do capital, a efeitos das sociedades de investimentos. Isto faz que a forma societária, contrariamente ao que possa parecer, é a forma jurídica preferida e cada vez mais em voga, no mundo americano.

A segunda forma, o “trust”, é peculiar do âmbito jurídico anglo-americano. Como é sabido consiste essencialmente na bipartição da propriedade entre duas pessoas, entre o investidor, proprietário originário ou “settlor” e o administrador ou “trustee”. Esta a peculiaridade anglo-americana, o administrador do investimento é também proprietário — embora com uma propriedade limitada segundo os lineamentos do contrato “trust agreement” ou “trust indenture” — assinado entre o instituidor e o administrador.<sup>2</sup> Finalmente aparece um terceiro que é o beneficiário do investimento, chamado “cestui qui trust” e que no caso é, de ordinário, o mesmo investidor.

---

2. Ordinariamente o contrato de “trust” é assinado não pelo investidor e o “trustee”, mas por um interposto — a Companhia de investimentos, que capta os investidores — e o “trustee” ou banco que administra o acêrvo. Seguidamente o investidor obtém o certificado de

Até aqui consideramos as formas jurídicas-societárias e contrato de “trust” — utilizados para trabalhar o negócio de investimentos. Não obstante isto, não se pode esquecer que na esfera anglo-americana as instituições não se organizam em função de formas jurídicas, mas em função de formas práticas. Por isso convém lembrar a classificação que recolhe a Lei de Companhias de Investimentos de 1940<sup>3</sup>, que pode ser considerada como a carta magna dos investidores. Ela classifica os negócios de investimentos<sup>4</sup> em três espécies diferentes:

- a) os negócios de investimentos que emitem certificados de valor nominal fixo ou “Face-amount certificate companies”.
- b) Os negócios de investimentos constituídos com contrato de “trust” ou “Unit investment trust” e
- c) as “Management companies” ou companhias de administração, que são as mais desenvolvidas e as mais comuns — em contraposição com as duas espécies anteriores em franco declínio.

Ainda convém lembrar duas classes de “management companies”, as abertas (open end) e as fechadas (closed end). Como a própria designação indica, as primeiras são aquelas em que o montante do fundo é ilimitado, podendo livremente participar novos investidores. Os “closed end” mantém constante o montante do fundo.

---

propriedade ou “beneficiary ownership”. Isto porém não significa que a propriedade no “trust” se divida entre o “trustee” e o terceiro beneficiário; acontece simplesmente que o proprietário originário é também beneficiário.

3. *Investment Company Act of 1940.*

4. Propositadamente chamâmo-los “negócios de investimentos”, para não chamá-los companhias nem fundos, já que êstes vocábulos têm em nossa conceituação jurídica um significado distinto. Nos EE. UU. é indiferente que sejam sociedades ou fundos, aliás a problemática sobre se os fundos são condomínios ou não, é irrelevante.

Os fundos adotados no Brasil talvez equivalham “mutatis mutandis” às “management companies” do tipo “open end”, também chamadas corretamente “mutual funds”

Os “mutual funds” tiveram nos EE.UU. nos últimos anos um ascenso surpreendente segundo cifras apresentadas pela NAIC “National Association of Investment Companies”. Em 1941 os ativos das associadas somavam US\$. . . 402.000,00 enquanto que em 1964 ascendiam a US\$. . . 30.000.000.000,00.

3. Os negócios de investimentos, realmente dedicados a essa atividade, são recentes no Brasil.

Não existe, por enquanto, uma história escrita dos investimentos no Brasil. Essa história, quando se escrever, poderá constar de duas partes: a história real e a história das fontes ou da legislação.

A história da legislação é facilmente reconstituível: a fonte principal foi o Decreto-lei nº 7.583, de 25.5.45 conjuntamente com a Portaria nº 88 de 08.6.45.

No ano seguinte 1946, surgiu o Decreto-lei nº 9.603 e posteriormente a Portaria 309 de 30.11.59 que foi estatuto das companhias de investimentos e das de crédito e financiamento, até que em 14.04.70 a Resolução 145 do Banco Central do Brasil deu a regulamentação mais recente a atividade comercial dos investimentos. Legislação complementar esparsa houve, embora sem maior interesse para o âmbito desta introdução histórica ao trabalho.

A história real dos investimentos no Brasil é mais difícil de ser escrita. Com anterioridade ao Decreto-Lei nº 7.583, já havia companhias pioneiras dando início a esta atividade, pela simples razão de que os fatos mercantis ordinariamente precedem à Lei —, embora, fôsse duma maneira rarefeita, suposto que se tratava de sociedades familiares, e por conseguinte fechadas ao público.

Em 1953, em revista especializada, pode-se lêr: “Embora as sociedades de investimentos procurem distribuir as

ações de determinada indústria entre milhares de tomadores, elas próprias ainda canalizam os seus lucros a um reduzido número de beneficiados, capitalização contra-indicada no ramo”.<sup>5</sup>

BERNARD PAJISTE em 1958 ainda alertava: “deve-se evitar que as companhias de investimentos tomem o caráter familiar ou fechado, que domina ainda o setor das sociedades anônimas no Brasil”.<sup>6</sup>

O mesmo autor proporciona um dado objetivo sôbre as Companhias de Investimentos existentes. Diz que em 1953 havia no país 54 companhias de investimentos das quais apenas 23 tinham autorização da “Superintendência da Moeda e do Crédito” (Sumoc) que foi o organismo superior de crédito até a criação do Conselho Monetário Nacional. Essas 23 ou 54 companhias podem ser consideradas como as precursoras dos fundos de investimentos, que são os genuínos negócios de investimentos, sob o ponto de vista da abertura dos capitais das emprêsas ao grande público inversor.

Passo decisivo na história dos investimentos no Brasil foi dado pelo Fundo Crescinco, constituído aos 18 de janeiro de 1957, em São Paulo. Dito fundo trazia ao nosso mundo a “management company” do tipo “open end” de carteira diversificada, que é a modalidade hoje largamente adotada em sua versão brasileira dos “fundos em condomínio aberto”.

A grande expansão dos fundos deu-se em 1969; no início desse ano eram poucos os fundos,<sup>7</sup> enquanto que no fi-

---

5. *Conjuntura Econômica*, n.º 6, Junho de 1953 pág. 48.

6. PAJISTE, BERNARD, *op. cit.* pág. 58.

7. Os dados preliminares, ainda não oficiais, existentes no Banco Central do Brasil, são os seguintes:

— Julho	— 1969	— 34	fundos
— Outubro	— 1969	— 56	fundos
— Dezembro	— 1969	— 69	fundos
— Janeiro	— 1970	— 111	fundos

nal andavam à casa de uma centena. Dentre êles, 60 aproximadamente mostraram-se ativos no início de 1970.

4. Dentre as instituições financeiras que operam o investimento, não se podem confundir os Fundos com as Sociedades. Estas últimas não apresentam maiores novidades e correspondem à figura da sociedade anônima. Em todo caso é necessário tocarmos, embora de passagem, estas sociedades, principalmente porque a Lei de Mercado de Capitais trouxe alguma novidade que dilata a concepção clássica da sociedade anônima: ela criou as sociedades de capital variável ou autorizado.<sup>8</sup>

A atividade de investimentos no Brasil, na atualidade, pode-se realizar através de três formas jurídicas diferentes, a saber: “sociedades de investimentos de capital fixo”; “sociedades de investimentos de capital autorizado” e mediante “fundos de investimentos”. As sociedades de investimentos terão sempre a forma anônima<sup>9</sup> e quando dedicadas exclusivamente à aplicação em títulos e valores mobiliários, se distribuírem anualmente a totalidade dos rendimentos auferidos, não serão contribuintes do impôsto de renda.<sup>10</sup>

As primeiras, as “sociedades de investimentos de capital fixo”, não trazem praticamente novidade alguma, e hoje são quase inexistentes entre nós, embora historicamente fôsse a primeira forma seguida. Regem-se, no que tange à forma societária, pelo estatuto das anônimas: Decreto-Lei n° 2.627, de 26.9.1940.

As “sociedades de investimentos de capital autorizado”, embora ainda não tenham proliferado, reúnem mais condições para isso do que as anteriores. O gravíssimo inconveniente

---

No mês de Abril, mês em que saiu a nova Regulamentação (Res. 145) dos Fundos, aquêles que cotavam as suas quotas pelos órgãos de imprensa, ascendiam a 64 fundos.

8. Sociedades Anônimas de Capital Autorizado (Secção VII da Lei de Mercado de Capitais: Lei n.º 4728, de 14.7.65)

9. Art. 49, § 2.º da Lei n.º 4.728/65

10. Art. 57, da Lei n.º 4.728/65.

niente da fixidade do capital foi superado.<sup>11</sup> As sociedades anônimas de capital autorizado poderão adquirir as próprias ações mediante a aplicação de lucros acumulados ou capital excedente, e sem redução de capital subscrito.<sup>12</sup>

Observa-se, todavia, que não dotou nosso legislador as sociedades de capital autorizado de tôda a agilidade que faz-se necessária para a prática dos investimentos. Encontram estas sociedades dois limites: um teto máximo, no capital autorizado, acima do qual não podem vender ações, a menos que celebrem nova Assembléia Extraordinária e seja autorizado capital superior; e um limite mínimo, no capital subscrito, abaixo do qual não podem descer. Outros empecilhos legais,<sup>13</sup> ademais, tolhem a liberdade de ação destas sociedades, que pelo menos — para o ramo de investimentos — não parecem, por enquanto, as formas mais aconselháveis.

Não obstante isto a lei previu que “os fundos em condomínios de títulos ou valôres mobiliários poderão converter-se em sociedades anônimas de capital autorizado. .”<sup>14</sup> Provavelmente, com o correr do tempo, nova legislação abrandará as disposições sôbre as sociedades de capital autorizado, a fim de que também por essa forma seja possível praticar a atividade de investimento de modo satisfatório.

Nêste quadro da situação resulta que não sendo suficientemente numerosas, por enquanto, as sociedades anôni-

---

11. Se o capital variável, permitindo à sociedade resgatar as próprias ações livremente, se tivesse implantado mais cêdo entre nós, talvez não se tivessem aberto passo, tão fácilmente, os condomínios mobiliários. Um dos grandes obstáculos, sem dúvida, a dinâmica dos negócios de investimentos se encontrava precisamente na rigidez do capital das nossas sociedades anônimas, aliado à impossibilidade de recompra das próprias ações.

12. Art. 47, da Lei n.º 4.728/65.

13. Art. 45, § 4.º, § 5.º; art. 46, III, § 1.º, § 2.º, § 3.º e § 4.º.

14. Art. 50, da Lei n.º 4.728/65.

mas de investimentos, restam os Fundos, como a realidade jurídico-econômica que merece ser estudada.

Em continuação abordaremos a natureza jurídica dos Fundos de Investimentos, não sem desconhecer as dificuldades que um estudo desta classe implica. A contribuição que, por ventura, se obterá tende a incluí-los entre os objetos — “res universalis” — de direito de propriedade.

5. A copropriedade nada mais é do que uma maneira especial de apresentar-se a propriedade: é a propriedade em comum. Tem de especial, pois, que o proprietário, em vez de ser só uma pessoa, são várias pessoas, consorciadas na propriedade por força da coisa comum, que as une.

À primeira vista pareceria que certo bem somente pudesse ter um proprietário. O termo propriedade, inclusive, deriva da palavra “*proprium*”, que faz alusão a um só sujeito. Não obstante, a propriedade às vêzes, por força de determinadas circunstâncias, pertence a vários sujeitos, que se chamam condôminos, consortes, comunheiros ou coproprietários.

Dissemos que o condomínio — que é tratado em quase todos os Códigos, entre os direitos reais — se produz em virtude de certas circunstâncias. Uma delas poderia ser, a título de exemplo, a sucessão de vários herdeiros nos mesmos bens. O “*de cujus*” deixou os bens aos seus sucessores, os quais serão coherdeiros, enquanto não fôr dividida a massa.

É característico da propriedade em comum, de origem romana,<sup>15</sup> que cada condômino possa usar por inteiro da coisa, e sôbre ela exercer tôdas as faculdades inerentes à propriedade uso, gôzo, desfrute — compatíveis com a indivisão. Pode inclusive, gravar a sua parte individida.

---

15. Há uma outra comunhão de inspiração germânica, em que os proprietários não podem dispôr da coisa. É a chamada “*gesamnten hand*” ou copropriedade em mão comum. Nesta copropriedade germânica não existem qüotas, ou divisões ideais, das quais o coproprietário pudesse dispor.

Fácilmente se compreende que esta situação se converte em ninho de conflitos ou, então, na indiferença mais absoluta por parte dos consortes para com a coisa. A razão da improdutividade de muitas áreas, freqüentemente, encontra-se no fato de serem copropriedades, cujos donos vivem de costas a elas, não querendo agir, receiando serem mal interpretados ou simplesmente, para não se dar a um trabalho, ao qual os demais, igualmente responsáveis, não se darão.

Finalmente, convém lembrar que as parcelas ideais ou quotas em que se divide o condomínio não são partes determinadas do imóvel ou objeto, mas apenas frações ideais, indeterminadas. “A divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não atributiva de propriedade”.<sup>16</sup> O condômino continua com acesso a todo o objeto, por inteiro, já que não se lhe atribuiu ou especificou parte real, que se corresponda com a parte ideal.

O estado em condomínio — como facilmente se compreende é um estado odioso. É conhecido o velho aforismo, deduzido pelo direito da vida prática, que diz: “Communio est mater discordiarum” O direito procura por todos os meios, através de seus dispositivos, tirar os coproprietários dessa situação. “Em diversos preceitos legais, timbra o legislador em ressaltar seu desapreço pela comunhão: a) — quando estabelece a imprescritibilidade da ação divisória, uma vez que, segundo se expressa a lei, a todo o tempo, pode ser promovida a divisão; b) — quando dispõe que se a indivisão fôr condição estabelecida pelo doador ou atestador, entende-se que o foi somente por cinco anos (art. 630; c) — quando preceitua que o estado de indivisão não pode exceder quinquênio, embora suscetível de prorrogação ulterior (art. 629 § único).<sup>17</sup>

---

16. Art. 631, do C.C.B.

17. BARROS MONTEIRO, WASHINGTON, *Curso de Direito Civil*, 3.º Vol. *Direito das Coisas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1967 pág. 211.

Embora o direito tradicionalmente dispense um tratamento acre ao condomínio, êle é suscetível, porém, de adquirir uma dimensão prática e juridicamente mais tranqüila que, talvez, os novos tempos venham descobrir. Referimo-nos ao conteúdo social que encerra e aos inumeráveis benefícios econômicos, quando bem disciplinado, que muito bem podem fazer dêle um instituto interessante e voluntariamente procurado.

O homem, que é um ser inteligente, tem encontrado formas de vida comunitária, em que a propriedade é usada e desfrutada ordenadamente, por múltiplas pessoas. Não se trata de collocarmos a copropriedade comunitária como protótipo da relação sujeito-objeto, mas apenas de repararmos na sua possibilidade. Nada impede, nem “de jure” nem “de facto”, que vários homens partilhem a propriedade de determinado bem.

Os conflitos habituais decorrem mais do caráter forçoso, não voluntário, do condomínio tradicional e, principalmente, da indivisão e de regulamentação insuficiente. Com isto não se pretende negar o egoísmo humano sempre presente, que ainda contribui mais a conturbar as relações entre condôminos.

O condomínio voluntário, ao contrário, será pacífico, pela própria voluntariedade, muito mais na medida em que melhor se regulamentarem os interesses e a divisão das partes.

De resto, “o direito de propriedade privada sôbre os bens, tem intrinsecamente inerente uma função social”.<sup>18</sup> Função esta que muito bem poderá ser acentuada, até o ponto de constituir-se, nalguns casos, um agrupamento humano em proprietário, compartilhando várias pessoas da propriedade.

6. Aquela visão clássica do condomínio, como situação desinteressante, não se poderia generalizar. Ela é

---

18. MATER ET MAGISTRA, 35.

válida para o condomínio necessário — “condominium incidens” — que surge em decorrência de eventos, alheios à vontade dos coproprietários; não para outras situações condominiais propositadamente queridas ou buscadas.

Antes de passarmos à consideração das novas formas de condomínios, ou condomínios voluntários, dever-se-á analisar a possibilidade de vários indivíduos consorciarem-se voluntariamente para serem coproprietários dum mesmo objeto, massa patrimonial, imóvel. Outrossim, dever-se-á previamente considerar se o fator “voluntariedade” não destrói a natureza do condomínio, passando então a ser sociedade.

Obviamente, tôda sociedade tem um condomínio como substrato comum — todos os acionistas duma sociedade anônima por exemplo, são coproprietários dela; mas nem todo condomínio é sociedade. Em princípio o “status condominalis” não constitui nova pessoa jurídica por si, diferente da dos condôminos. A personalidade, núltima análise, decorre da graciousidade legal. Se a lei não outorgar a personalidade a certas comunhões voluntariamente instituídas, elas serão simplesmente condomínios, sem personalidade legal.

A respeito da primeira questão suscitada — se várias pessoas podem se consorciar voluntariamente — nada obsta a que duas ou mais pessoas se ponham de acôrdo para terem, em condomínio ou em comum, certa coisa. Inclusive o fato de poderem fazê-lo voluntariamente é presságio de propriedade pacífica, uma vez que, além do mais, poderão através duma convenção ou acôrdo regulamentarem-se os direitos e as obrigações de cada um, a respeito da coisa. Em princípio, será um condomínio mais elaborado e tranqüilo que o condomínio comum, necessário ou civil.

Evidentemente, o “animus condominii” que dever-se-ia caracterizar pela integridade do senhorio ou intenção de que a totalidade da coisa nos pertence, ficará enfraquecido no caso. O coproprietário do condomínio voluntário sabe que

entrou com uma parcela apenas e, porisso, tem consciência de ser proprietário duma parte, do quinhão ou parcela que se lhe atribui. Neste condomínio, o todo permanece unido em função do fim superior, normalmente de tipo econômico, que se persegue. Não obstante, a distribuição existe “ab initio”; mais ainda, será mantido o estado de parcelamento originário. Cada coproprietário continuará a ser dono da sua fração, embora integrada no condomínio pelos benefícios que dêste novo estado se auferirão. Aparece aqui o parcelamento ou divisão como conatural ao condomínio voluntário, mas sôbre isto voltaremos depois.

No que se refere à outra questão — se a voluntariedade destrói ou não o condomínio — a resposta é negativa. A vontade não só não destrói, senão que dignifica a copropriedade. Por outro lado, a vontade não é exclusiva das sociedades; não transforma ela por si só o condomínio em sociedade.

De resto, a personalidade jurídica, própria das sociedades, como já dissemos, é criação do direito, o qual a estende aos institutos e agrupamentos a que deseja dar personalidade, depois de satisfazerem determinados requisitos materiais e formais.

Nem todos os agrupamentos de homens gozam de personalidade, juridicamente falando, embora sejam sociedades sob o ponto de vista natural. O condomínio voluntário seria apenas uma sociedade natural ou agrupamento de pessoas, movidas por um fim comum; mas não será, de forma alguma, sociedade comercial legalmente existente, enquanto não fôr registrada ou aprovada pela autoridade competente; enquanto não for erigida enfim pelo direito, como tal.

Admitida a possibilidade do condomínio voluntário, além do tradicional ou necessário, poder-se-iam considerar dois tipos principais de condomínios voluntários, em nosso direito atual: o “condomínio imobiliário” e o “condomínio mobiliário”. Exemplo do primeiro se encontra regulamen-

tado pela Lei do Condomínio e das Incorporações Imobiliárias n.º 4.591, de 16.12.64 e pelo Decreto n.º 55.815 de 8.3.65; e os fundos, como exemplo do segundo, esparsamente, por Instruções e Portarias das autoridades monetárias, além da Lei de Mercado de Capitais (Lei n.º 4.728, de 14.7.65) e pela mais recente Resolução 145, de 14.4.70.<sup>19</sup>

Outra divisão clássica dos condomínios é aquela que os considera “pro indiviso” e “pro diviso”. Tradicionalmente, a divisão em quotas ou quinhões seria o passo prévio para superar o estado de indivisão e sair dêle. Todavia, no condomínio voluntário, o estado “pro diviso” é um estado passível de ser mantido, duradouro e próprio do condomínio voluntário. A divisão em partes permite, por um lado, ao participante ou condômino, vender sua parte em qualquer momento e abandonar, assim, o condomínio; sem, por outra parte, alterar a continuidade da massa condominal, formada pela unidade da coisa, e gozar assim, das vantagens próprias de um todo superior, unido.

Ainda poderíamos, em função da unidade orgânica da coisa, dividir os condomínios em: materialmente orgânicos e funcionalmente orgânicos. Com efeito existem diferenças entre a unidade orgânica dum imóvel e a unidade orgânica de um fundo mobiliário. No primeiro caso a unidade da coisa é permanente, materialmente irreduzível, de maneira que quando o proprietário de um andar o vende, outro novo proprietário o substitui, permanecendo a coisa sempre fisicamente íntegra. No segundo caso, a saída do participante do fundo mobiliário significa a diminuição da massa patrimonial, mas sem que isto altere a sua unidade orgânica. A indivisibilidade material do imóvel é absoluta, enquanto que a do fundo é relativa, meramente funcional.

---

19. Outro exemplo de “condomínio imobiliário” podemos encontrar na copropriedade dos navios ou “parceria marítima”. Exemplo de condomínio mobiliário haveria na copropriedade sobre a quota indivisa, nas “sociedades por quotas de responsabilidade limitada” (Art. 6.º do Decreto 3.708 de 10.1.19).-

Ao fundo convém uma grande massa de recursos, mas não o alteram substancialmente uma quantidade a mais ou a menos. Êle como um todo, orgânicamente, continua servindo às suas finalidades próprias.

7. As notas do condomínio necessário, que se regem pelo Livro II, Título II, Capítulo IV, do Código Civil Brasileiro são as seguintes:

1. Uma pluralidade de proprietários, chamados condôminos.
2. Uma coisa, massa ou objeto patrimonial, que se mantém unida “ex natura rei”: por ser praticamente indivisível ou porque pela divisão, torna-se imprópria para atingir o fim a que se destina, e
3. A pertença de tóda a coisa, por intero, a cada um dos condôminos.

As duas primeiras notas são comuns a qualquer condomínio, porém, na última nota, o condomínio tradicional ou necessário, se diferencia do voluntário.

No condomínio voluntário (mobiliário ou imobiliário) a divisão é atributiva da propriedade, de maneira que cada participante tem direito à sua quota, à sua “pars divisa”; mas não é proprietário do todo — embora se possa teoricamente admitir um direito potencial ao todo.

O condomínio tradicional reduz-se, destarte, a um instituto arcaico, accidental, impôsto pelas circunstâncias, ora aperfeiçado pelos mais modernos condomínios voluntários, estáveis, depurados de tódas as imperfeições e arestas do condomínio tradicional, que considerou principalmente a copropriedade forçosa ou incidental.

8. Não resta dúvida quanto a caracterização da moradia moderna, em prédios de apartamentos, como condomínio voluntário.

A propriedade verdadeiramente comum, contudo, reduz-se à mínima expressão. Na realidade só existe copro-

priedade daquelas áreas e zonas — elevadores, escadas, terraços, porões... que é impossível dividir. Alguns autores consideram este instituto realmente como misto de propriedades individuais e copropriedades — a copropriedade só seria desses espaços comuns.

A existência da propriedade individual é inconteste. A Lei a reconhece quando fala em “Edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de *unidades isoladas entre si... e constituirá, cada unidade, propriedade autonoma*, sujeita às limitações desta lei.”

§ 1.º — *Cada unidade* será assinalada por designação especial numérica ou alfabética, para efeitos de identificações e discriminação.

§ 2.º — A *cada unidade* caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária.<sup>20</sup>

Não existe dúvida, pois, quanto a divisão de todo o imóvel, numa série de unidades que pertencem aos diferentes proprietários. A propriedade exclusiva, individual de cada proprietário, está expressa no texto legal que fala claramente em “unidades” e “propriedades autônomas”. Todavia, não se poderia reduzir a existência do condomínio às áreas comuns “o terreno em que se levantam a edificação ou o conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários .. ... de unidades, ou ocupantes, constituirão condomínio de todos e serão insuscetíveis de divisão.. ”<sup>21</sup> já que o imóvel, como um todo, forma o condomínio, em virtude da sua unidade orgânica.

---

20. Art. 1.º da Lei n.º 4.591 de 16.12.64. Os grifos são nossos.

21. Art. 3.º da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

O prédio tem uma unidade própria que alberga e compreende cada apartamento. Estes encontram a sua razão de ser integrados no conjunto. Fora dêle, como unidades separadas, inexistiriam, seriam inconcebíveis. Eis aí, no todo, entitativo e distinto, o fundamento essencial do condomínio. Na melhor das hipóteses, podemos admitir proprietários autônomos no condomínio; mas sem chegarmos a destruir a unidade do objeto, do imóvel no caso.

Parece importante repisar a unidade da coisa, embora divisível e dividida a efeitos práticos, já que é característico dos participantes, no condomínio voluntário, integrarem-se no todo, precisamente, pelas vantagens que obterão no conjunto. O objeto, globalmente considerado, proporciona economia e benefício aos comunheiros, bem superiores àqueles que individualmente atingiriam.

Esta nota — a unidade de objeto — permanece no condomínio diviso e mobiliário que, em continuação, passaremos a considerar.

9. O condomínio mobiliário, diferentemente dos anteriores, não é mais o estado forçoso do direito das coisas; trata-se de instituto mercantil. Agora o objeto da copropriedade não será um bem corpóreo, mas serão valores, uma massa patrimonial de bens incorpóreos<sup>22</sup> — que, juridicamente é considerada — objeto de propriedade.

Ja se viram acima, falando dos aspectos econômicos dos Fundos de Investimentos, as vantagens decorrentes da massa patrimonial ou carteira de valores formada com as aportações dos numerosos participantes. O Fundo alcança uma segurança, liquidez e rentabilidade diretamente proporcionais ao seu crescimento. Porisso ao objeto — massa patrimonial — convém a unidade; para atingir o seu desti-

---

22. O legislador pátrio já considerou como objeto da propriedade os bens incorpóreos, quando corporizou a propriedade literária, científica e artística, incluindo-as no Livro II do Direito das Coisas, do *Cód. Civil*. De resto, os valores possuem certa corporeidade e o Direito Comercial, repetidas vêzes, trata-os como “res corporales” ou “coisas”.

no. A carteira do fundo permanece unida, comportando-se como uma “res connexa”.

Além disso, os outros requisitos do condomínio voluntário, quais sejam: vários proprietários e a divisão ideal do todo entre os participantes, dão-se também no condomínio mobiliário, que é condomínio “pro diviso”.

A divisão, embora de caráter atributivo, obviamente, não se contrapõe à unidade patrimonial do Fundo. Teremos, por um lado, a propriedade autônoma de cada participante à sua quota, e por outro a copropriedade de todos a respeito do condomínio, globalmente considerado. Um participante não é proprietário do todo,<sup>23</sup> mas apenas titular duma parte. Todos os participantes são proprietários do todo.

Reconhecendo a forma do “condomínio” para os Fundos de Investimentos Mobiliários, não se ignora o alargamento que se está fazendo daquêlê instituto. O legislador, porém, desde 1959 vem se referindo incessantemente, a êsses Fundos com a designação de condomínios. Não se poderia cogitar que o legislador errasse, e menos ainda, que a lei habitualmente, estivesse eivada de impropriedades. Lógico, será pensar que está nascendo um novo instituto, em parte coincidente com o tradicional condomínio<sup>24</sup>, e em parte com traços novos que o legislador e a doutrina, paulatinamente, trarão à tona. De resto, nalguns países europeus foi reconhecido o condomínio mobiliário, despido das durezas do condomínio forçoso ou

---

23. Pode-se admitir, acadêmicamente, a propriedade total, mas meramente potencial, e sujeita a tôda classe de limitações. A propriedade sôbre a quota, inclusive, já é propriedade limitada, sujeita a tôda uma série de restrições.

24. Diz-se, em parte coincidente com o condomínio tradicional, porque o instituto civilista da copropriedade é suficientemente simples e vasto para abranger dentro do gênero, várias espécies e sub-espécies. O direito travou historicamente perseguição ao condomínio “pro indiviso”, mas não ao condomínio “pro diviso”. “Condominium *indivisum* est mater rixarum” — o itálico é nosso,-

tradicional, como o instituto jurídico adequado aos Fundos de Investimentos.

10. Tanto se a coisa, objeto do condomínio, fôr singular como se fôr universal ou coletiva — soma de objetos semelhantes —, cabe a possibilidade de fracionar a propriedade.

Com efeito, as coisas podem ser singulares ou coletivas, abrindo estas últimas a possibilidade imediata da distribuição entre os vários condôminos, bastando dividi-las em suas unidades naturais. A mesma possibilidade, todavia, existe também em se tratando de “res singulares”, em virtude do parcelamento em quotas que, intelectualmente, sempre é possível realizar.

Imaginem-se coisas coletivas, um rebanho ou um conjunto de sacas de café. Se forem vários os proprietários da “res universalis”, não resta dúvida que facilmente partilharão a coisa entre êles, acompanhando as unidades naturais: as ovelhas ou as sacas. O Fundo acionário tem características de ser coletivo, embora nem tôdas as unidades (ações, títulos) tenham igual valor. Frequentemente, os indivíduos singulares que compõem os seres coletivos têm diferenças entre si, mais ou menos acentuadas.

Ultrapassando, pois, a materialidade da coisa, objeto do condomínio, isto é, independentemente de que sua natureza seja singular ou universal, o que é irrelevante, é possível entender a comunhão como mera justaposição de propriedades parciais. Esta maneira de compreender a comunhão é especialmente válida se valorizarmos o papel que desempenha a abstração matemática na divisão da coisa.

Poder-se-ia chegar a basear a propriedade condominal para efeitos práticos, na relação entre o condômino e a sua parcela ideal.

Comentando esta concepção, diz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que: “Circunscreve-se o direito do condômino a uma entidade abstrata, sua parte ideal na coisa comum.

Existem assim no condomínio diversas propriedades intelectualmente parciais. A reunião dessas partes ideais forma o condomínio”.<sup>25</sup>

Admitida a grande função que a abstração matemática desempenha nos fundos em condomínio, é irrelevante falar em fracionamento atributivo ou meramente declarativo.

Pode-se muito bem admitir que o parcelamento abstrato não opera a divisão física, distribuição ou atribuição da coisa. Ela, a coisa — singular ou universal — permanece à margem daquela operação matemática, seguindo conexas o próprio destino. Mas, em se tratando de fundos de investimentos, a declaração da propriedade do participante sobre a quota equivale à atribuição. A atribuição reduz-se à declaração. E isto porque a parte ideal é o critério objetivo, aquilo que motiva ou interessa o participante dos fundos e a expressão externa dos condomínios mobiliários.

A vida do condomínio discorre ordinariamente, sem que os participantes travem contato com a materialidade do acervo. Entram e saem do fundo, adquirindo e resgatando quotas, sem jamais se porem em contato direto com a coisa. Porisso, os títulos representativos das quotas, os certificados de investimentos, mais uma vez se comportam como “res corporales” — a semelhança do que acontece com os títulos de crédito.

Destarte, a teoria da soma ou multiplicidade de propriedades parciais adquire importância. Os participantes são proprietários, de maneira imediata das quotas ideais, e mediatamente são proprietários do acervo que corresponde àquelas quotas.

Aparecem, assim, como que dois planos, o plano subjacente, da coisa real, formado pela carteira de ações,

---

25. MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS, *Curso de Direito Civil*, 3.º vol. *Direito das Coisas*, pág. 203.

e o plano intelectual formado pela soma das qüotas ideais. Êste segundo plano adquire corpo e ganha destaque, facilitando a compreensão: do condomínio diviso, da propriedade dos condôminos, e do funcionamento dêste tipo especial de condomínio dos Fundos de Investimentos.

11. Os autores nacionais que, anteriormente, escreveram a respeito, embora não tenham acolhido o condomínio como o instituto apropriado para os Fundos de Investimentos, quase todos êles, dalguma maneira, consideraram essa possibilidade. Era praticamente impossível aceitar esta fórmula por duas razões: em primeiro lugar, porque o legislador, poucas vêzes ainda tinha mencionado esta nova figura, e em segundo lugar, porque era necessário alargar a interpretação do condomínio tradicional, para poder abranger o Fundo de Investimentos dentro do Condomínio.

Nos moldes do Código Civil, compreendido rotineiramente, não cabe o condomínio mobiliário; era necessário dar passo a um nôvo instituto mercantil, perante a insistência do legislador em definir como condomínios abertos os Fundos de Investimentos.

CIRNE LIMA considera os fundos na sua relação entre inversos e administrador, notando que é regulada essa relação pelo contrato de comissão. Não reconhece, entretanto, um todo nôvo, o condomínio formado pela massa patrimonial reunida por numerosos inversores. O condomínio poder-se-ia vislumbrar, segundo êste autor, em caso de haver liquidação, quando a carteira dos títulos adquiridos deva ser distribuída entre todos os inversores; porisso fala em “*spes condominii*”, para significar o condomínio à hora final, quando o fundo deixará de existir. Em realidade, êste autor considera melhor o contrato ou mandato, indispensável para os fundos operarem.

ASHTON diz que é inegável que existe uma copropriedade num fundo de investimentos, e há também semelhanças com o instituto jurídico do condomínio, entretanto, deve

ser pôsto em dúvida, se o rótulo de condomínio é aplicável”,<sup>26</sup>

Este autor termina falando duma teoria nova: “a expectativa de condomínio, por ocasião da liquidação”,<sup>27</sup> que não é senão a teoria da “*spes condominii*” de CIRNE LIMA a qual adere expressamente: “Pode pois concluir-se — diz — que, embora os fundos de investimentos brasileiros, do tipo aberto em regime de condomínio, devessem seguir a orientar-se pelas disposições do instituto do condomínio, regulado pelo Código Civil Brasileiro, tal não ocorre. Não são os fundos em condomínio aberto, aqui no Brasil, verdadeiros condomínios, apenas representam êles,

---

26. ASHTON, PETER WALTER, *Companhias de Investimentos*, Ed. Financeiras, S.A., Rio de Janeiro, 1958, *op. cit.* pág. 56.

27 Esta teoria, chamada de “*spes condominii*” foi apresentada pelo Prof. RUY CIRNE LIMA. Ele acolheu o contrato de comissão como a fórmula para as Companhias de Investimentos estabelecerem seus planos de operações legalmente no Brasil. “As companhias oferecem-se ao público em geral como possíveis comissários para inversores. O contrato de comissão entre a companhia e o inversor, quando concluído, assegura ao último, pretensão direta sobre os títulos mobiliários em que seu dinheiro foi investido pela companhia (art. 170 do Código Comercial), mesmo se a companhia fôr a falência (art. 76 do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21.6.45).

Mas uma companhia de investimentos não poderia sobreviver com apenas um inversor comitente. A coexistência de muitos inversores, ou muitos comitentes, aparentemente constituirá entre os mesmos algo semelhante a um condomínio sobre os valores mobiliários em que seus fundos fôssem investidos. Condomínio é a palavra usada, mas em realidade êsse condomínio de inversores (comitentes) sobre os títulos comprados em seu nome pela companhia (de investimentos) pode somente ser concebido após o término, relativamente, a todos os inversores, dos seus respectivos contratos de comissão com a companhia. Apenas quando todos os contratos de comissão houvessem terminado, seria possível pensar-se em condomínio incidente — “*communio incidens*” — que resultaria da entrega coletiva pela companhia de todos os títulos existentes, a todos os inversores existentes.” RUY CIRNE LIMA, in “Trust and Agency” — estudo apresentado em Symposium sobre Direito e Governo Brasileiros, na Faculdade de Direito de Miami University, transcrito por ASHTON, PETER WALTER, *op. cit.* à pág. 99 e 100.

no máximo a “expectativa de um condomínio por ocasião da liquidação do fundo”<sup>28</sup>

Um dos artigos do Código Civil que regulam o condomínio, — termina dizendo — sugere a possibilidade da aplicação duma teoria nova — que poderia aqui ser chamada de “expectativa de um condomínio por ocasião da liquidação” — a um fundo de investimento do tipo em condomínio.<sup>29</sup>

O Prof. BARRETO FILHO, em determinada altura de seu conhecido trabalho, também aponta o condomínio mobiliário como solução, embora, pela rigidez do condomínio civil, não possa acolhê-la. Diz assim: “Encontramos, portanto, uma fórmula capaz de definir a verdadeira natureza jurídica do “investment trust” do tipo “open-end”: uma comunhão ou condomínio, aberto, em que é dada a cada comparte a possibilidade de nêle ingressar ou dêle sair a qualquer momento.”<sup>30</sup>

Também PONTES DE MIRANDA menciona o condomínio, reparando nas designações usadas pelo legislador. “As referências — diz — a fundos em conta de participação e a fundos em condomínio mostra que se supoem fundos de investimento, em que os donos não concluíram sociedade entre si e apenas entraram em relação jurídica com a sociedade de investimento, como participantes de conta, ou,

---

28. ASHTON, PETER WALTER, *op. cit.*, pág. 63.

29. ASHTON, PETER WALTER, *op. cit.*, pág. 62. O artigo a que se refere é o art. 632, do Cód. Civil, que reza assim: “Quando a coisa fôr indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço...” Este artigo, em verdade, apenas trata da liquidação dos condomínios quando a coisa fôr praticamente indivisível, e a liquidação se realiza superando o estado condominal, vendendo a coisa e obtendo em lugar dela o equivalente em moeda (o grande meio de troca). Em seguida se distribuirá o preço, proporcionalmente, entre os ex-coproprietários.

30. OSCAR BARRETO FILHO, *Regime Jurídico das Sociedades de Investimento*, pág. 154, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1956.

como proprietários de fundo, outorgaram poderes à sociedade de investimento, para as operações necessárias e úteis sem que se lhes altere a posição jurídica de impropriedade

... ..  
A referência, entende-se, não afasta a possível fiduciaridade, em que os fiduciantes outorguem a transmissão fiduciária, em comum ou cada um de per si, a despeito de ser uno o fundo fiduciário”.<sup>31</sup>

Uma dificuldade maior à extensão do condomínio ao Fundo de Investimentos estriba no caráter dinâmico destes fundos, enquanto o condomínio é de natureza estática — êle, o condomínio, apenas exprime a relação entre os coproprietários e o objeto.

TULLIO ASCARELLI já levantou esta objeção: “A existência de um condomínio para uma atividade ulterior com terceiros, leva, imediatamente, à idéia de sociedade. Realmente, a disciplina do condomínio coaduna-se com a utilização direta, pelos próprios condôminos, dos bens objeto do condomínio, e não com o aproveitamento destes em operações para com terceiros; com uma situação estática (que pode, por isso, decorrer seja de um contrato, seja de fato diverso) e não com uma organização dinâmica (decorrente de um contrato que disciplina justamente o aproveitamento dos bens em operações para com terceiros)”<sup>32</sup>

Não há a menor dúvida, os Fundos de Investimentos, são organizações dinâmicas, como qualquer instituição mercantil, objetivando lucro. Porisso, a nova figura jurídica do condomínio mobiliário, aproxima-se se quiser à sociedade, terá desta a dinâmica, o relacionamento com terceiros, na prática dos negócios. Esta será uma nota própria dos condomínios mobiliários, embora alheia aos condomínios comum e imobiliário.

---

31. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo LI, Rio de Janeiro, 1966, pág. 308.

32. TULLIO ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pág. 204.

12. Admitida a figura do condomínio mobiliário, para o Fundo de Investimentos, falta estudá-los em seu funcionamento, faz-se mister explicar a sua dinâmica, a sua atividade, pôsto que os inversôres não trabalham — são coproprietários passivos, não ativos. Entra aqui, o mandato que os coproprietários outorgam ao administrador, mandato êsse expresso na forma de contrato de adesão, e que faz parte do próprio regulamento do Fundo, ao qual adere formalmente todo participante quando adquire a sua qüota. Êsse regulamento, no Brasil, consta ordinariamente da chamada “carta proposta”, que é uma simples carta assinada pelo participante, quando solicita o ingresso no Fundo, em que declara à sua concordância com as condições constantes dela. As condições à respeito, rezam aproximadamente assim:

- a) Que o Fundo ora constituído poderá receber um número ilimitado de participantes.
- b) Que se outorgam poderes a determinada instituição financeira,<sup>33</sup> para que administre o Fundo e quaisquer direitos e ações relativos aos valôres que compõem a carteira do Fundo, e
- c) que os novos investidores aceitam expressamente tôdas as cláusulas do Regulamento, devendo fazer a proposta em carta apropriada.

Em outros países, como na Itália<sup>34</sup>, o mandato consta no “certificado de propriedade”, que é o documento repre-

---

33. Atualmente, podem administrar Fundos as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimentos, os Bancos de Investimentos e as Sociedades Corretoras de Títulos e Valôres Mobiliários.-

34. LIBONATI, BERARDINO; diz — falando dos “certificados de Investment trust”, italianos — que “No certificado devem se reproduzir as várias cláusulas do mandato, quais sejam, em primeiro lugar, os diferentes poderes do administrador e os critérios aos quais dever-se-á ater na atividade de investimentos” em “Holding and Investment Trust”, A. Giuffré, Milano, 1969, pág. 631.

sentativo da participação no condomínio. Seja como fôr, o mandato é necessário para pôr a massa condomial sob a gestão do administrador, dando vida, assim, a uma classe de condomínio que de outra forma, permaneceria inerte.

### **Primeiras conclusões.**

1. Os Fundos de Investimentos requerem um instituto juridico nôvo: o condomínio mobiliário.
2. O condomínio mobiliário coincide com o condomínio comum na pluralidade de sujeitos da propriedade, ou condôminos, e na unidade da coisa, objeto da propriedade. Ela permanece unida na consecução do seu fim patrimonial.
3. A espécie do condomínio mobiliário, como o imobiliário, é condomínio “pro diviso” em que cada coproprietário tem a propriedade de uma parte, representada pelo “certificado de investimentos”.
4. O condomínio mobiliário é condomínio volutário, porque os coproprietários dêle participam livre e voluntariamente visando seus particulares interesses.
5. A necessidade do nôvo instituto decorre da nova forma de operar os investimentos, que atualmente se pratica no país, e que não se enquadra convenientemente nos institutos existentes.
6. O condomínio tradicional apresenta alguns inconvenientes, principalmente o fato de ser instituto estático e próprio de bens corpóreos. Porisso faz-se necessário, querendo estender o condomínio aos negócios de investimentos, supri-lhe êsses inconvenientes. O Condomínio mobiliário seria um instituto genuinamente comercial: quer dizer, dinâmico e característico de quaisquer mercadorias — especialmente de valores mobiliários.

7. O aproveitamento do condomínio, como instituto apropriado, está na trilha iniciada pelo legislador que, em repetidos documentos, designa com o nome de condomínio os Fundos de Investimentos. De resto, o condomínio, em si é um instituto tão simples e vasto que pode abranger as situações mais variadas.

A copropriedade de valores mobiliários é suscetível de ulteriores regulamentações, que aperfeiçoarão o instituto.

8. Finalmente, os coproprietários nomearão um administrador ou mandatário, servindo-se do contrato de mandato, o qual incumbir-se-á de administrar a massa condomial.

13. Não se poderia tratar juridicamente, da atividade comercial dos investimentos sem falar nas sociedades comerciais, isto por duas razões. A primeira, porque êsses negócios constituem-se de forma afim à societária: de fato, a generalidade dos autores pátrios que versaram sobre a natureza jurídica dos Fundos de Investimentos, até o presente, se inclinaram pela “Sociedade em conta de participação”, como a forma mais adequada. Em segundo lugar, não se pode esquecer, que os negócios de investimentos podem ser constituídos também como sociedades anônimas, ademais de como Fundo em condomínio.<sup>35</sup>

Existe a sociedade anônima como forma possível segundo a qual pode-se constituir e reger essa atividade, havendo, todavia, duas modalidades dentro dela. A lei fala expressamente em Sociedades de Investimentos, que poderão ser constituídas com capital fixo, nos moldes tradicionais, ou com capital variável ou autorizado, nos

---

35. Os fundos em condomínio de títulos ou valores mobiliários poderão converter-se em sociedades anônimas de capital autorizado, a que se refere a Seção VIII, (art. 50, da Lei n.º 4.728, de 14.07.65).

têrmos da Seção VIII, da Lei n.º 4.728 do Mercado de Capitais.

No item 4, acima já foi tratada a existência das Sociedades de Investimentos. Nesta parte tentaremos desclassificar a forma societária, para os Fundos em condomínio. Estes são condomínios mobiliários — não formam sociedade.

Se se chegasse a reconhecer a natureza de sociedade no condomínio mobiliário caberia perguntar, que classe de sociedade seria? Alguma das formas expressamente nomeadas no código comercial? Talvez pudesse ser a “Sociedade em conta de participação”? Ou, pelo contrário, tratar-se-ia de sociedade inominada, sem existência legal? Abordamos este aspecto, já que alguns autores acharam discutível a natureza dos Fundos de Investimentos, e — como já dissemos — passaram a considerá-los como sociedades.

14. Sumariamente, podem ser lembradas as características de toda sociedade antes de concluir se os fundos em condomínio são ou não são sociedades, e se têm ou não personalidade jurídica. Importa diferenciar estas duas questões porque nem todo condomínio é sociedade e nem toda sociedade tem personalidade jurídica. Poder-se-ia dar o caso que os condomínios mobiliários fôsem sociedades, porém, sem personalidade jurídica.

Os elementos essenciais de toda sociedade, brevemente, são os seguintes:

- 1.º — pluralidade de pessoas,
- 2.º — patrimônio social,
- 3.º — objetivo comum ou social, e
- 4.º — “affectio societatis” ou espírito associativo.

“Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.<sup>36</sup>

---

36. Art. 1.363, do Código Civil.

Os tratadistas pátrios não enumeram entre os elementos constitutivos da sociedade um quinto requisito: o seu reconhecimento legal. Êste é necessário apenas para a existência legal da sociedade.<sup>37</sup>

Os três primeiros elementos — pluralidade de pessoas, massa de bens e determinada finalidade — são comuns “servatis servandis” às sociedades e aos condomínios mobiliários.

Naquilo que respeita ao quarto elemento, “affectio societatis”, o elemento diferenciador, no caso, caberia perguntar se o participante dum Fundo mobiliário tem ou não ânimo ou espírito de se associar com outros.

Convém reparar que a “affectio societatis” é diferente duma sociedade para outra, numa “sociedade de capital e indústria” é mais intensa concretamente que numa “sociedade anônima”. Trata-se de requisito que, nalguns casos, quase reduz-se ao simples inscrever-se ou subscrever ações da sociedade sem demasiadas exigências. As disposições de alguns acionistas, numa sociedade anônima, não são muito diferentes das do participante dum condomínio aberto — são equivalentes.

Nos condomínios comuns, dado o seu caráter fortuito, involuntário e forçoso, falta claríssimamente, a “affectio societatis”; porisso muito bem diz o conhecido provérbio que “tôda sociedade é condomínio, mas nem todo condomínio é sociedade”. No condomínio mobiliário, que é voluntário, será preciso excluir a “affectio” para que não se transforme em sociedade.

---

37 “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Govêrno, quando precisa” (art. 18 do *Cód. Civil*). No caso dos Fundos de Investimentos faz-se necessária a autorização e a inscrição no Registro dos seus documentos constitutivos.

No condomínio mobiliário, por outro lado — e isto complica mais o tema — o participante mantém certo interêsse pela marcha do fundo:

- 1.º — o participante sabe-se proprietário duma parcela pertencente a um todo superior;
- 2.º — o participante acompanha o desenvolvimento do fundo; através de Balanços, composição da carteira, valôr diário das qüotas.
- 3.º — o participante entra a formar parte e aporta voluntariamente seus recursos ao Fundo, ciente dos seus fins lucrativos; e
- 4.º — nos fundos, finalmente, há também atos comuns, as Assembléias Gerais, que se celebram como nas sociedades anônimas.

É necessário reparar que tôdas essas disposições que demonstra o participante pelo fundo, provam interêsse individual — dir-se-ia egoístico — em todo semelhante ao interêsse do proprietário pela coisa. A única variante surge porque não é o único proprietário — no condomínio outros tem interêsse igual e êsses interêsses devem ser conciliados.

A diferença entre a comunhão voluntária e a sociedade <sup>38</sup>, estriba nas disposições internas das pessoas, que são umas nos sócios e outras diferentes nos comunheiros. No comunheiro não se dá a relação interpessoal associativa,

---

38. Tradicionalmente tem-se diferenciado a comunhão da sociedade por duas notas: pela origem e pelo fim. A sociedade começa por um ato de vontade e tem fins econômicos. A comunhão, porém, independe da vontade e não pretende lucros, mas apenas a conservação da coisa que se tem em comum.

Esta maneira, poderíamos dizer história, de diferenciar êsses institutos, vale para distinguir a sociedade da comunhão incidental ou comum. Não vale, para a comunhão mobiliária que nos ocupa, e que como as sociedades tem origem consensual e finalidade econômica. Em realidade a diferença entre sociedade e comunhão era mais profunda do que aquela tradicionalmente considerada.

característica do começo de toda sociedade “— affectio” — e que é preponderante no caso do associado. A sociedade, antes de nada, une os sócios entre si para um fim comum, entretanto a comunhão relaciona apenas o sujeito com a coisa, é uma relação real, não entre pessoas. A relação dos coproprietários entre si é irrelevante, porisso não se pode falar na “affectio” que implica sempre uma relação entre as pessoas dos sócios.

Caberia talvez a tentação de considerar o condomínio mobiliário como um instituto intermediário entre a sociedade e a comunhão. Não obstante, parece que a ausência de “affectio”, isto é, ausência de relacionamento ou nexa entre os coproprietários com vistas a unir esforços para auferir lucro, é a nota característica de todo condomínio.

15. Dificilmente poder-se-ia negar, a primeira vista, a “affectio societatis” no condomínio voluntário, principalmente se fôr mobiliário; já que o interesse econômico, além da adesão voluntária do participante, que soma os seus recursos aos dos demais, jogam um papel importante; todavia, a simples comunhão de interesses, embora resultante dum ato jurídico voluntário, não constitui “affectio”.

Ocorre ainda, em sociedades, que falta verdadeira “affectio societatis” nos acionistas. Não caberia exigir, porém, esta nota em todos e cada um dos acionistas de sociedades, reconhecidas como tais, pela própria lei.

A nota da “affectio societatis” tem sido muito discutida, até o extremo de a ter negado alguns civilistas, e comercialistas, como elemento substancial da sociedade. Em parte, isso é devido as divergências surgidas em torno da sua essência. Tratando-se de elemento subjetivo, preciso é reconhecer que êle difere de uma sociedade para outra. É diferente a “affectio” duma “sociedade de capital e indústria”, e duma sociedade por ações.

Nas sociedades anônimas modernas, com milhares de acionistas, não existe mais sentido societário na grande

maioria dêles. Entre os acionistas encontram-se os empreendedores, verdadeiramente interessados no contrôlo e gestão da sociedade, que costuma ser um núcleo pequeno ligado por verdadeira “affectio” e depois, aquêles outros que são meros investidores ou especuladores, sem a menor “affectio societatis”. As sociedades por ações, na atualidade, são sociedades porque aquêlo núcleo de acionistas, realmente interessados, basta para satisfazer aquêlo requisito. São como o fermento que enlevada a massa.

Todavia, em tôda sociedade há “affectio”, isto é: há intenção de reunir-se segundo o instituto concreto chamado sociedade. É esclarecedora, neste sentido, outra maneira clássica de designar a “affectio”, ela equivale ao “animus contrahendae societatis”, — intenção de pactuar sociedade. Evidentemente a sociedade jurídica não é a única forma das pessoas se agruparem. Elas podem se reunir, sem quererem constituir sociedade.

Nos fundos de investimentos, não há núcleo algum de participantes empreendedores — na verdade o empreendedor é o próprio administrador, que tem a iniciativa do fundo e para isso congregou um primeiro grupo de inversôres. Os participantes ou quôotistas — repetimos — não têm sentido societário algum, são simples investidores que visam individualmente a valorização do seu quinhão, confiados na experiência e no “know how” do administrador-mandatário.

Não se reduz, destarte, a “affectio” à simples participação voluntária motivada pelo interêsse econômico; ela é principalmente combinação de esforços. O espírito associativo, implica uma disposição ativa no sócio. “Na sociedade, ao contrário do que sucede na comunhão, há a “affectio societatis”, o que é quanto dizer, há cooperação ,todos os sócios trabalham e se esforçam para um fim comum, tendo em vista obter o mesmo resultado.”<sup>39</sup>

---

39. GAMA, AFFONSO DIONYSIO, *Das Sociedades Cíveis e Comerciais* 2.<sup>a</sup> ed., Saraiva & Cia., São Paulo 1929, pág. 10.

Acresce notar que no condomínio não há resultado comum, próprio da sociedade como tal, já que o resultado é em todo momento, plus-valia ou minus-valia de cada quota. Conclui-se que o condomínio mobiliário, não se comporta como sociedade: soma de esforços (“*affectio societatis*”) à procura de um resultado ou lucro comum. Mas bem se comporta como simples jôgo de interêsses justapostos, que passivamente beneficiam-se da valorização da coisa (da carteira de títulos).

Entramos, assim, numa fase do mercado de capitais, alargando-se, em que dêle vem participar pequenos capitalistas desconhecedores do que se passa no interior das instituições financeiras, e sem a menor intenção de envidar esforços para o seu progresso. Nasce assim, bem delineada, a figura não mais do sócio, mas do simples aplicador ou inversor, — ausente a “*affectio*”.

O condomínio mobiliário, por conseguinte não pode ser considerado sociedade porque nêle não se encontra, realmente, “*affectio societatis*”.

16. Já vimos como a atividade de investimentos pode ser juridicamente realizada, de forma societária. Por outro lado, estamos agora considerando a possibilidade de realizar a mesma atividade de forma condomial, não societária.

Os elementos materiais tanto num caso, quanto no outro, são os mesmos. Um grupo de pessoas que reúne uma massa de recursos, para aplicá-la, através de representantes especializados em títulos e valores mobiliários, com a finalidade de auferirem lucro.

Observem-se, agora, as duas formas: a Sociedade Anônima de Investimentos e o Fundo em Condomínio. No primeiro caso o inversor é acionista e no segundo participante —no entanto, os elementos objetivos, num e noutro caso coincidem. A carteira do ativo, em ambos os casos, consta de ações, e o lucro auferese pela valorização da carteira. Poder-se-ia, seguindo adiante com esta análise, concluir dizendo que a mesma realidade material pode ser

juridicamente contemplada tanto pela sociedade, quanto pelo condomínio.

Entretanto, as conseqüências da escolha duma ou de outra forma são diferentes. A sociedade imprime caráter ou personifica aquela realidade material, formada por pessoas e pelos bens que investem; enquanto que o condomínio tem índole diferente, continuando cada componente em sua própria individualidade.

O impácto do instituto sôbre aquela materialidade — pessoas, bens e objetivos — traz, ademais consigo reflexos de outra ordem. A personificação societária, com o aparecimento duma nova pessoa, diferente da dos inversores, dá lugar ao nôvo sujeito de direitos e obrigações, e à “*affectio societatis*” dos inversores, que forçosamente serão animados por um espírito e mentalidade de sócios — diferente da isenção de ânimo própria do participante dum condomínio diviso.

Com estas considerações não se estão invertendo as coisas. A verdade é que da mesma realidade pode-se fazer uma sociedade ou um condomínio, e conforme as preferências se inclinarem por uma ou por outro, decorrerão disso tôda uma série de conseqüências.

No país, por enquanto, os inversores estão se acostumando ao instituto do condomínio e, porisso, paulatinamente se espalha a mentalidade peculiar do condômino: independente e autônoma, que olha mais a própria qüota do que o patrimônio global. Se a forma societária se tivesse aberto caminho, a mentalidade predominante seria outra, a do sócio-acionista. Embora, no caso concreto do sócio-inversor essas mentalidades não sejam demasiado divergentes — conforme já vimos.

Em resumo, há aspectos neste particular que decorrem mais do instituto escolhido, do que da materialidade objetiva. Aspectos que não precedem o instituto; senão que são seqüelas dêle.

17 Não resta dúvida que muito devem os Fundos de Investimentos às técnicas contábeis e ao cálculo financeiro em geral. Sem êles não teria sido possível conduzir, harmoniosamente, a multidão de condôminos, cada um deles com o próprio interêsse que se reúne no Fundo.

As ações que compõem o Fundo, obviamente, têm valores diferentes. Umãs são mais negociáveis, correspondem a sociedades tradicionais, lucrativas; outras tem menor liquidez, por serem de sociedades recém fundadas ou com pouca expectativa de lucros. Sobre este acervo heterogêneo, em princípio, seria difícil edificar um condomínio pacífico: todos os coproprietários, à hora da atribuição da propriedade, quereriam para si as ações melhores. A abstração matemática, no entanto, permite transcender a materialidade do acervo acionário e atribuir a cada condômino uma qüota ideal — desvinculada, completamente, do patrimônio concreto.

Na prática, pois, a relação de propriedade entre os condôminos e a coisa, se estabelece por mediação de algarismos. Há em primeiro lugar uma relação entre o sujeito e a parte ideal numérica. A relação entre a qüota ideal, representativa da coisa, e a própria coisa é subjacente.

São precisamente as propriedades matemáticas da divisibilidade e da abstração as que permitem, por um lado, o aparecimento do condomínio “pro diviso” e por outro a atribuição da propriedade a cada participante. A matemática é, destarte, mediadora entre os proprietários e a carteira heterogênea de valores, que formam o Fundo, harmonizando interêsses e criando uniformidade.

Alguns fundos preveêm o resgate das qüotas, em situações excepcionais, diretamente com títulos do acervo, em vez de serem resgatadas contra moeda. É evidente que o tratamento dispensado ao condômino que resgatasse por esta forma a sua qüota, é diferente do tratamento geral. As ações que ser-lhe-ão entregues serão melhores ou piores; em todo caso o histórico contábil, próprio delas, sempre

será diferente do histórico das quotas, que é a média das cotações de todas as ações que compõem o acervo. Por este raciocínio prático, chega-se à conclusão de que, se o Fundo tivesse de ser liquidado, distribuindo todas as ações em carteira, entre todos os condôminos, alguns seriam prejudicados e outros beneficiados. Dificilmente se conseguiria contentar a todos. Uma vez mais, apareceria o espétro da antiga sentença — “*Condominium mater rixarum*” —, perante as dificuldades da divisão física, eqüitativa.

A solução legal, receitada para casos de liquidação é a venda da massa acionária, o que todavia se afigura difícil, já que se chega a hipótese de liquidar com o próprio acervo, quando não existe mais a possibilidade normal de vender os títulos.

Na verdade a grande utilidade da abstração matemática está a serviço do funcionamento diário e habitual dos fundos. É uma utilidade funcional. Entretanto, em circunstâncias extraordinárias, defrontar-nos-emos com a dura realidade dum acervo heterogêneo, impossível de ser dividido igualmente. Estas situações de exceção, de resto, já se apresentaram nalgumas ocasiões na história dos “*Investment Trust*”. Representam para os administradores de Fundos aquilo que as “*corridas*” — da gíria bancária — representam para os estabelecimentos de crédito. É o emperramento do negócio perante a impossibilidade momentânea de criar disponibilidade.

Concluindo. Sem o auxílio da abstração matemática não teria sido possível fazer do condomínio tradicional o instituto útil com que se conta modernamente. A matemática é o invólucro que envolve o acervo do condomínio mobiliário, protege-o e proporciona-lhe condições de vida vigorosa.

O valor e o significado concreto da matemática nos fundos em condomínio, prova, por outro lado, a ausência de “*affectio*”. Em verdade, a relação intencional de interesse objetivo e subjetivo, que se estabelece, medeia apenas

entre o participante e a sua quõta ideal. O participante não tem acesso direto ao acêrvo — que só conhece indiretamente. O participante, ao igual, horizontalmente, nada sabe dos demais condõminos, que supõõe eqüitativamente tratados. A perfeição ideal da quõta é tal que evita qualquer outra vinculação, intencional, do participante. Êle só se relacionou com uma quõta pura. Porisso, não se encontra “*affectio societatis*” nos fundos.

18. Interessa, ora, recordar as peculiaridades da sociedade em conta de participação, porque na ausência de outra fórmula mais satisfatória para os Fundos de Investimentos, os autores nacionais têm-se inclinado por esta.

Tem esta sociedade a característica de não gozar de personalidade, como convém aos Fundos. A personalidade existente é a do sócio ostensivo comerciante. Êle arrisca e se responsabiliza por tôdas as importâncias, que os sócios ocultos confiaram-lhe, como se fõssem dêle perante terceiros, — salvo se se provar, naturalmente, que os terceiros sabiam da existência de contas de participação.

Realmente, trata-se de participação isolada, em determinada operação de algum comerciante, que se realiza apostando certa importância para levá-la a cabo. É uma associação momentânea, acidental; porisso, a conta de participação, também é conhecida como sociedade momentânea ou sociedade acidental. Poderíamos chamá-la de sociedade menor, já que, realmente, é uma sociedade esporádica, raquítica.

O Código Comercial diz que “quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima”.<sup>40</sup>

---

40. Art. 325, do *Código Comercial*.

Esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para as outras sociedades. Não se registrando, por conseguinte, nem alcançando personalidade jurídica. Trata-se, porém, de sociedade, já que tem um fim social que interessa a ambas as partes: o lucro comum. A “*affectio societatis*”, como nas grandes sociedades comerciais mais modernas, reduz-se, também ao investimento econômico numa operação que o direito chama de “sociedade”.

Todos os autores que aderiram a esta forma societária, reparam simultaneamente, na sua inadequação ao dinamismo e agilidade dos Fundos de Investimentos. O Prof. BARRETO FILHO nota: “O contínuo afluxo e refluxo de capitais fornecidos ao Fundo ou dêles retirados, por centenas ou milhares de participantes, evidencia que êsse novo tipo de empresa financeira, não pode enquadrar-se, às mil maravilhas, nos moldes da vetusta conta de participação”.<sup>41</sup>

A conta de participação, para acabar, é um instituto jurídico insuficiente e sem a categoria que se faz necessária para compreender o volume de negócios dos Fundos de Investimentos, já em marcha no país e no mundo.

De resto, esta sociedade deve-se a um êrro, na acolhida que o código francês dispensou aos empréstimos que particulares fazem a comerciantes. O que deveria ser uma simples relação creditícia, baseada no contrato de mútuo, foi extravasado para contrato de sociedade. Êsse engano foi repetido pelos códigos que se inspiraram no francês, como o nosso. Não se poderia, agora, de uma relação efêmera entre um comerciante e um conta-correntista, fazer o instituto conveniente aos Fundos de Investimentos que surgem com os sinais dos empreendimentos duradouros, e que necessitam, portanto, duma estrutura jurídica harmoniosa, estável, coerente e acabada.

Chega-se, por êste caminho, à conclusão de que aos Fundos de Investimentos não convém encaixá-los numa

---

41. OSCAR BARRETO FILHO, *ob. cit.*, pág. 194.

forma societária absolutamente insuficiente. Faz-se mister criar um instituto novo em que se possa acolhê-los adequadamente. É tarefa ingrata a de pretendermos encaixar novas realidades da vida jurídico-mercantil, nos institutos pré-existentes. Natural seria introduzir modalidades ou variantes nos institutos consagrados e até criar outros modelos, para dar a devida forma científica aos novos negócios.

Se não se abrirem passo numa nova figura, cairão não sem certa propriedade, na “sociedade em conta de participação”, como de resto já aconteceu com os Fundos de Participação, chamados de “acceptance” ou mercantís,<sup>42</sup> à falta de outra solução melhor. Destarte, alguns doutrinadores nacionais já começaram a conceituá-los dentro dessa estrutura jurídica.

Outra alternativa seria reconhecê-los como simples sociedades de fato ou irregulares, sem personalidade jurídica. Esta probabilidade sempre existirá, perante o aspecto societário que alguns quererão entrever no condomínio — mas ela é compatível com a nova figura que se propõe do “condomínio mobiliário”.

Com o passar do tempo, a resistência inicial, que encontrará o condomínio mobiliário, irá diminuindo e o aspecto societário, que porventura existir, cairá simultaneamente em declínio. Na verdade os institutos mercantís, na atualidade, implicam mudanças profundas no próprio cerne das sociedades. O próprio poder foi cindido. Os chamados sócios-acionistas das grandes sociedades não tem poder de decisão. A decisão, o mando, corresponde aos administradores, que são os únicos tecnicamente preparados para tomar decisões. Os inversores, participantes e acionistas proporcionam-lhe apenas os bens, a massa sobre a qual o administrador terá poder decisório.

---

42. Os Fundos de “acceptance” extinguiram-se, em 31/12/69, por decretação do Banco Central do Brasil.

Na Alemanha, já foi acolhido o condomínio com a “Gesetz über Kapitalanlagesellschaften”,<sup>43</sup> em que se afirma que entre os inversores medeia uma relação de copropriedade, não uma relação societária. Da mesma forma, acolheram o “Investment Trust”, como condomínio, a Suíça, a Espanha, e mais recentemente a Itália, — países de profunda tradição romanística.

O legislador pátrio é louvável, havendo-se adiantado à doutrina, na solução esboçada, quando insistentemente designa os Fundos de Investimentos sob o rótulo de condomínios.

19. Entre as pessoas jurídicas o direito conhece, ademais das “universitas personarum” ou sociedades, as “universitas rerum” ou fundações.

Uma fundação é constituída por uma massa patrimonial — conjunto de coisas, “universitas rerum” — destinada a determinado fim. Eis aí dois pontos de coincidência com o condomínio mobiliário. O objeto é a massa patrimonial, tanto em se tratando de um condomínio, como em se tratando duma fundação. Por outro lado, em ambos os casos, se persegue uma finalidade, confiando dita massa ao administrador, que tem a incumbência de aplicá-la.

Em virtude dessas coincidências já se originaram confusões por parte daqueles que quiseram verter o instituto saxônico do “trust”, nas “fundações romanas”. Tampouco pode ser esquecido que, nalguns casos, os negócios de investimentos — que nos interessam — são realizados mediante a contratação de “trust” — “trust indenture” — na área anglo-americana.

A diferença fundamental, entre o condomínio e a fundação, radica na titularidade da propriedade. No caso do condomínio, os titulares da propriedade são os condôminos, enquanto que nas fundações surge uma nova pessoa — a

---

43. Lei de 16.4.57, que criou as Kapitalanlagessellschaften ou sociedades especializadas na administração de Fundos.

personalidade jurídica própria da fundação — diferente da do instituidor, a qual passa a ser proprietária do bem.

Essa a concepção antiga que deve ser considerada. Poderá, ainda, haver casos, no condomínio mobiliário, em que o beneficiário não seja o investidor, mas um terceiro. Ou poderá haver casos de fundações em que beneficiário seja o próprio instituidor. Isto não obstante, a diferença fundamental persistirá. A “fundação” tem personalidade própria, diferente da do instituidor-fundador e da do beneficiário, e a ela pertence a propriedade da massa patrimonial. O condomínio, por outro lado, não tem personalidade própria, pertencendo os bens aos respectivos coproprietários — sejam êstes aplicadores ou terceiros — beneficiários.<sup>44</sup>

De resto, outra diferença relevante estriba no caráter público que adquirem as fundações. Nosso direito começou denominando-as: “estabelecimentos de utilidade pública”. “Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado”.<sup>45</sup> “Aquêles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio. ., formularão logo os estatutos da fundação projetada, submetendo-os em seguida à aprovação da autoridade competente”.<sup>46</sup> “Para se poderem alterar os estatutos da fundação, é mister: .. que seja aprovada pela autoridade competente”<sup>47</sup> a reforma.

O condomínio não adquire êsse interesse público, pelo simples fato de tratar-se de propriedade privada. Isto, no

---

44. Considera-se a hipótese em que o inversor nomeia titular da quôta outra pessoa, um parente ou amigo. Neste caso, o beneficiário será proprietário e o administrador emitirá o “certificado de propriedade” em nome dêle. Pode, ainda, o proprietário nomear um usufrutuário, permanecendo êle com a quota originária, e transferindo em favor do usufrutuário as “plus valias” e valorizações, em geral, da quôta. Tôdas estas combinações, e outras, são perfeitamente cabíveis. Entretanto, a propriedade será sempre de alguém, nunca do condomínio, que não é titular de direitos por não ser “persona”.

45. Art. 26 do Código Civil.

46. Art. 27 do Código Civil.

47. Art. 28 do Código Civil.

entanto, não evita que, pelo seu dimensionamento social — como tôda atividade creditícia e bancária — com o correr do tempo vão constituindo alvo de zêlo estatal.

Finalmente, também nos aspéctos extrínsecos se diferencia o condomínio mobiliário da fundação. O contêxto em que se inserem as fundações é diferente do contêxto dos Fundos em condomínio aberto. Ordinariamente, a primeira é um instituto a serviço de pessoa ornada pela riqueza, que decide destinar determinados bens a um fim altruista. O beneficiário — instituição de caridade, artística, cultural. ., — é assim sujeito passivo do gesto magnânimo do fundador. O condomínio não tem essa elevação, está a serviço do aplicador comum que visa o próprio interêsse. O condomínio se insere plenamente no corriqueiro mundo dos negócios.

#### Conclusões finais.

1. O condomínio mobiliário coincide “*Servatis Servandis*” com a sociedade em estar formado por várias, ter fim próprio e possuir patrimônio.
2. O condomínio mobiliário, embora de caráter voluntário e de fins lucrativos difere da sociedade, pela ausência de disposições associativas ou “*affectio societatis*” entre os condôminos.
3. O condomínio mobiliário não alcança a personalidade jurídica. Portanto, os bens não pertencem a outra pessoa, diferente da dos condôminos. Os bens continuam pertencendo aos inversores.
4. No condomínio mobiliário se encontra multiplicidade de propriedades parciais convergendo sôbre a “*res universalis*” ou massa do fundo.
5. Os coproprietários interessam-se pela sua qüotapropriedade e pela valorização dela; mas não mantêm nenhuma relação, lateralmente, com os demais condôminos. Entre êles não há “*affectio societatis*”

6. A copropriedade no condomínio mobiliário é concebida como um feixo de propriedades justapostas, independentes entre si, acerca da massa condomial. Cada condômino é proprietário duma parte da massa. Todos os condôminos são coproprietários de tôda a massa.
7. A massas do fundo, embora permaneça unida para a consecução de seu destino, e goze duma unidade orgânica funcional, é divisível matemática e intelectualmente em qüotas. Esta fórmula, permite precisamente a criação e continuidade harmônica dos fundos, com muitos coproprietários duma mesma carteira de valôres.
8. A sociedade em conta de participação parece um instituto jurídico frágil, para abraçar os fundos de investimentos. O sócio-participante visa uma participação no lucro do sócio ostensivo e não valorização de coisa própria.
9. A iniciativa do negócio de investimentos pertence ao administrador. Êle lança o Fundo. Êle é o comerciante — Banco de Investimentos, Companhia de Investimentos ou Sociedade Corretora — primeiro interessado em auferir lucro, que se arrogará a posição de administrador e mandatário. O nucleo inicial dos empreendedores ocupam a posição de administradores, não a de sócios.
10. Em seguida surgirão numerosos investidores, sem caráter empreendedor, que após entregarem recursos ao administrador e outorgar-lhe mandato, permanecerão meramente passivos aguardando a valorização das suas participações. Os investidores não atuam, nem envidam esforços.
11. O contrato de comissão mercantil que, na prática, e agora por imposição legal, se utiliza, exclui a possibilidade dos fundos terem personalidade pró-

pria. O administrador-mandatário tem a sua própria personalidade e administra uma massa de bens mobiliários. Os participantes adquiriram quotas e continuarão sendo proprietários delas, sem perderem a própria personalidade. A comissão mercantil pressupõe duas pessoas — nisso difere do mandato intra-societário de eleição de diretores.

12. O legislador sempre, em todos os documentos legislativos, chamou de condomínio os fundos de investimentos.

### Bibliografia consultada.

- ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.<sup>a</sup> Ed., Ed. Saraiva, S. Paulo, 1969.
- ASHTON, Peter Walter, *Companhias de Investimentos*, 1.<sup>a</sup> ed., Ed. Financeiras S.A., Rio de Janeiro, 1963.
- BARRETO FILHO, Oscar, *Regime Jurídico das Sociedades de Investimento*, pág. 154, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1956.
- BARROS MONTEIRO, Washington, *Curso de Direito Civil*, 3.<sup>o</sup> Vol., *Direito das Coisas*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1967.
- CASSIBA, Vincenzo, *I Fondi Comuni di Investimento e loro possibilità di inserimento nel sistema bancario italiano*, G. Giappichelli ed., Torino, 1970.
- CORET, Alain, *Le Condominium*, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.
- DE RAVEL, Roland R., *Les Sociétés d'Investissement: Etude Juridique, Economique et Financière*, Sirey, Paris, 1959.
- DOANE, C.R. & Hills, E.J., *Investment Trusts and Funds. From the Investor's Point of View*, Great Barrington, Massachusetts, 1959.
- FOSSATI, Giorgio, *Borsa, Azionariato Popolare, Fondi Comuni di Investimento*, A. Giuffrè, E., Milano, 1969.
- GAMA, Affonso Dionysio, *Das Sociedades Cívis e Comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed., Saraiva & Cia., S. Paulo, 1929.
- LIBONATI, Berardino,  *Holding e Investment Trust*, A. Giuffrè, Milano, 1969.

- MARTIN OVIEDO, José M., *Regimen Jurídico y Fiscal de las Sociedades y Fondos de Inversion Mobiliaria*, Ed. Banif, Madrid, 1967.
- NIGRO, Mario, *Profili Pubblicisti del Crédito*, A. Giuffrè Ed., Milano, 1969.
- PAJISTE, Bernard, *Investimentos*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Financeiras S.A., Rio de Janeiro, 1958.
- PEREIRA, Caio Mario das, *Condomínio e Incorporações*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1969.
- PERLETTI, G., *Funzione Economica dell'Investment Trust*, em *L'Investment Trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Cedam, Padova, 1967.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo LI, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1966.
- PUGLIATTI, Salvatore, *La Proprietà nel Nuovo Diritto*, A. Giuffrè, Milano, 1964.
- SEANN, Jean-Patrice, *Les Sociétés d'investissement en droit Français et Comparé*, Nancy, 1956.
- WEISMAN, Rudolph Leo, *The Investment Company and the Investor*, 1.<sup>a</sup> ed., Hayer, New York, 1951.
- ZUNINO, Antonello, *Riforma delle Società per Azioni, società di investimento mobiliare e fondi comuni di Investimento*, em "Mondo Economico", I.S.E., Milano, 19.XI.66.

# Alguns aspectos da Política Fiscal para o desenvolvimento.

*Paulo Roberto Cabral Nogueira*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Tributação e poupança*.  
III. *Tributação e distribuição da renda*. IV. *Tributação anti-inflacionária*. V. *Conclusões*.

## Introdução.

Dentre os principais problemas com que se defronta o mundo, na segunda metade deste século, ressalta, como o mais grave — talvez mesmo pelo fato de que daí resultam os demais — o grande desnível de desenvolvimento econômico existente entre vários países e regiões da terra.

A comparação da “renda per capita” da população de um determinado país ou continente com outros, é o principal indicador das diferenças de desenvolvimento. É sabido que a renda “per capita”, por si só, não espelha necessariamente, com precisão, o grau de adiantamento de um país. Desigualdades acentuadas na distribuição da renda nacional, seja do ponto de vista dos indivíduos ou de determinadas regiões, distorcem a apreciação deste índice, se tomado como valor absoluto. Assim, por exemplo, o Kuwait<sup>1</sup> do ponto de vista individual da renda “per capita”

---

\*. Dissertação apresentada na conclusão do Curso de Especialização, Ciência das Finanças, cadeira regida pelo Prof. Antônio Roberto Sampaio Doria.

1. O Kuwait com uma população de 520.000 habitantes e uma produção calculada em 1,5 bilhão de dólares (metade fornecida pelo petróleo) deu aos seus habitantes os seguintes índices de renda “per capita” (em dólares): 1824 (1958); 3443 (1963); 3131 (1965); 3257 (1966).

seria um dos países mais desenvolvidos da terra, como por outro lado, o Brasil, país de extensão continental, tido como subdesenvolvido em sua totalidade, pode ser considerado como um país desigualmente desenvolvido, em razão das diferenças regionais acentuadas.

Mesmo assim, êste índice é considerado fundamental, pois se uma renda “per capita” alta, nem sempre é atestado de apreciável desenvolvimento pela possibilidade da distorção apontada, o reverso, no entanto é sempre inconteste: uma renda “per capita” baixa é prova inquestionável de subdesenvolvimento. Como muito bem aponta MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN “afinal a fonte de recursos para o consumo e para a poupança de um país é a sua produção, cujo valor médio por habitante equivale à renda “per capita”<sup>2</sup>. De fato, a renda “per capita” baixa, nada mais espelha do que a fraca produção de um país.

Do interessante livro de KAHN e WIENER, *O ano 2000*, extraímos a seguinte renda “per capita”, no ano de 1965, distribuída entre os continentes, países desenvolvidos e subdesenvolvidos e alguns países mais significativos.

PNB — “per capita” — Continentes

(dólares dos E.U.A. de 1965)

África	... ..	141
Ásia	... ..	152
Europa	... ..	1369
Oceania	.. ..	2000
América do Norte	... ..	2632
América do Sul	... ..	357
Mundo	... ..	632

---

No entanto o índice de analfabetismo ultrapassa a 60% da população. Outros dados curiosos do pequeno país são: o Estado emprega 50% da população; é um paraíso fiscal, pois salvo os aduaneiros, naquele país não há tributos.

cfr. *The yearbook* 1969, Ed. R. Digest, New York, N.Y

2. cfr. MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN, *Brasil* 2001, Edição APEC, 1969, Rio, pág. 15.

Mundo dicotômico.

Mundo Subdesenvolvido	135
Mundo Desenvolvido	1675
Total Mundial	632

Países principais

Estados Unidos	3557
Canadá	2464
França	1924
Alemanha Ocidental (inclusive Berlim Ocidental)	1905
Reino Unido	1804
URSS	1288
Itália	1101
Japão	857
Índia	99
China	75-98-129
Brasil	280

Como se vê, em termos gerais, a relação entre a renda “per capita” do mundo desenvolvido e do subdesenvolvido é de 1:12,4. Dentro da projeção de tais autores, no ano 2000 tal relação terá aumentada para 1:17,7<sup>3</sup>.

A par dêste dado, outros se podem juntar, isolados ou em combinações, para dar a exata medida do desenvolvimento de um determinado país ou continente em relação aos demais.

Assim, o nível de vida e bem estar social de um povo, pode ser aferido também pela apuração de dados como, por exemplo, o índice de mortalidade infantil ou a expectativa média de vida, o número de leitos hospitalares por

---

3. HERMAN KAHN e ANTONY J. WIENER, *O ano 2000*, Ed. Universidade de São Paulo, Edições Melhoramentos, São Paulo, 1968, págs. 189, 198, 210.

habitantes; o grau de alfabetização e duração do período da escolaridade, o número de estudantes universitários em relação à população jovem do país; o deficit habitacional, a rede de esgotos e a percentagem de moradia com água encanada e tratada.

Enfim, sob vários aspectos, para citar apenas alguns — saúde, educação e saneamento básico — se podem colher dados que representam o grau de desenvolvimento pelos padrões de vida deste século, aceitos como indispensáveis ou fundamentais.

Ainda do ponto de vista econômico, além da média de renda “per capita”, pode-se descer a outros índices particulares, que também dão a medida de desenvolvimento como por exemplo a percentagem da produção agrícola contra a produção industrial; a produção de aço, petróleo, veículos, etc.

Finalmente, as próprias finanças públicas têm seus postulados, que podem caracterizar os países ou continentes em áreas atrasadas ou não. Certas constatações podem generalizar-se para distinguir, as duas categorias de países pobres e países ricos. Assim, são sintomas, quase sem exceção, presentes em países subdesenvolvidos:

1. predominância marcante da tributação indireta, gravando a generalidade dos produtos, sobre a tributação direta progressiva e fortemente personalizada;

2. receita calcada não só nestes tributos indiretos mas também fortemente dependente do comércio exterior, através de tarifas alfandegárias, tanto na importação, como na exportação;

3. pressão tributária fraca em relação ao produto interno bruto, gerando com frequência deficits orçamentários crônicos.

Pode-se ainda aí incluir a baixa rentabilidade do sistema fiscal, em razão de má institucionalização ou fruto de ineficiência e desaparelhamento da máquina arrecadadora.

O elenco de índices apontados, embora bem incompleto, que permitem diferenciar os vários países ou continentes em desenvolvidos ou subdesenvolvidos, dá bem uma idéia de que não é difícil o diagnóstico. O problema que assume proporções gigantescas, e preocupa a todos, é como diminuir êste abismo que segundo se prevê, tende a aumentar.

As soluções que se apontam mesmo parciais, variam tantas sejam as filosofias políticas e econômicas existentes, ou métodos possivelmente exequíveis.

No entanto, dentro de determinados limites, examinando-se o problema no quadro restrito de um setor, certas medidas têm aceitação da maioria dos estudiosos.

Para romper o famoso círculo vicioso da pobreza, exposto por GUNNAR MYRDAL, existem premissas que não podem ser abandonadas. Deixando de lado o polêmico aspecto do aumento demográfico, fixemo-nos em problemas relacionados à economia e nos quais as finanças públicas têm papel relevante a desempenhar.

O aumento da poupança ou da taxa de investimento, a mais justa distribuição da renda e o combate à inflação, principalmente à hiper-inflação crônica, são sem dúvida, três metas a serem perseguidas, por quase todos os países ou regiões que queiram sair das garras do subdesenvolvimento.

Uma débil poupança, grandes desigualdades de riqueza e inflação incontrolada, são três características presentes na maioria das nações pouco desenvolvidas.

Para êstes três males a economia financeira têm um importante papel a desempenhar. Existe um grande elenco de medidas neste campo capazes de melhorar a situação. Sem pretensão de elaborar uma completa política fiscal para acelerar o desenvolvimento econômico, vejamos a política fiscal que deve ser adotada para conseguir-se algum êxito nestes três aspectos.

### Tributação e Poupança.

A escassez de capital que caracteriza os países subdesenvolvidos é o seu maior problema e a formação dêste é o caminho principal para o desenvolvimento econômico.

A história econômica recente de países que assombraram o mundo, pelo rápido desenvolvimento, mostra que tal fato se deu pela extraordinária capacidade destas nações de formarem capital para manter uma constante e elevada taxa de investimento.

O exemplo mais frisante do após guerra nos é dado pelo Japão. Como salienta SERVAN SCHREIBER “o Japão é a potência industrial que se desenvolve, há vinte anos, no ritmo mais rápido, superior, de longe, ao ritmo norte-americano”<sup>4</sup>

É o mesmo autor que indica ter êste país conseguido, no período de 1956 a 1963, uma formação bruta de capital, de 34% do produto nacional. Da mesma maneira impressionante é a poupança individual que atinge de 20 a 22% das rendas pessoais. Se tais taxas estão muito acima de qualquer média, o que mais chama a atenção é a persistência dêste esforço, que por incrível que pareça, tem conseguido resultados ainda mais espetaculares. De fato, de acôrdo com MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN, “entre 1961 a 1967 a sua taxa média de investimentos se manteve em 36,5% do produto interno bruto”<sup>5</sup>.

Nos países em vias de desenvolvimento, parece certo que, sòmente um dirigismo econômico e uma correta política fiscal podem estimular ou mesmo criar as bases para um aumento da formação de capital.

É patente a necessidade de uma política fiscal orientada para êstes objetivos. A utilização de tributos regulatórios, com esta finalidade, tem sido uma das medidas mais

---

4. JEAN JACQUES SERVAN-SCHREIBER, *O Desafio Americano*, Ed. Expressão e Cultura, Rio, 1968, pág. 279.

5. *Ob. cit.*, pág. 281/2.

largamente empregadas por êstes países. Realmente tal fato se justifica pela própria fragilidade econômica. São baixas as rendas e as poupanças individuais que são a fonte da formação de capital. Quando a renda “per capita” se situa próxima do nível de subsistência, é compreensível que o consumo das coisas essenciais a absorva quase que por completo. O que sobra para a poupança, é realmente pouco.

Para a faixa da população com renda superior, portanto com capacidade de poupança, ocorrem muitas vêzes outros fatores negativos.

Primeiro há a tendência, hoje reconhecida como o “efeito demonstração” de igualar-se aos níveis de consumo dos países mais adiantados. Segundo, por falta mesmo de um sistema compensador e seguro de poupança para investimentos produtivos, esta parcela, é amiúde, empregada em especulação imobiliária, compra de divisas estrangeiras, etc.

Duas medidas de ordem fiscal são, conforme o caso, necessárias: tributação de penalização e incentivo fiscal.

De um lado deve-se coibir o exagerado consumo de artigos de luxo através de elevadas alíquotas sôbre o seu consumo e altos impostos de importação quando tais artigos sejam estrangeiros. É um instrumento eficaz largamente utilizado pela maioria dos países. Da mesma maneira pode-se lançar mão de uma tributação que penalize os investimentos socialmente improdutivos ou de pura especulação. Até mesmo, propõem alguns, impostos sôbre a renda com base de cálculo sôbre o capital, desestimulando assim o capital paralisado ou investido improdutivamente.

Do outro lado a série de medidas denominadas incentivos, estímulos, benefícios ou reduções fiscais para a renda poupada e aplicada. Entre nós o grande impulso dado no mercado de capitais só foi conseguido depois de uma série de medidas dêste gênero. São medidas básicas, de canalização das poupanças individuais para investimentos produtivos.

Ao fortalecimento da poupança individual deve-se também aliar o estímulo à poupança por parte das pessoas jurídicas. Isto se consegue através de medidas fiscais que beneficiem o lucro reinvestido.

Quando a fome de capitais é maior, é necessário ainda atrair capitais estrangeiros, o que se consegue novamente por meio de vantagens no campo impositivo, de modo que a maior rentabilidade do investimento provoque a imigração do capital.

Finalmente há, como que o reverso da moeda. A verdade é que não só o particular promove o desenvolvimento. O Estado é muitas vezes o maior investidor. Muito frequentemente, em países atrasados, o maior esforço para acelerar o desenvolvimento compete mesmo ao poder público.

Existe uma parcela enorme de capital a ser investida em gastos gerais sociais e em certas obras chamadas de infraestrutura, para as quais o capital privado não tem interesse ou possibilidade de concorrer.

Surge então o fato surpreendente de que quanto mais pobre é o país, maior é a necessidade de o Poder Público investir no desenvolvimento. Quanto menor a renda “per capita” no país, maior é a dificuldade e ao mesmo tempo a necessidade de o Estado aparelhar sua arrecadação para financiar os investimentos públicos.

Se bem que tal problema se relacione também com a política orçamentária, no campo da receita êle se apresenta bastante complexo.

Realmente a determinação do nível da pressão fiscal adequada ou suportável, depende da grandeza dos gastos públicos necessários para o desenvolvimento econômico.

A constatação e muitas vezes a crítica de que os países subdesenvolvidos têm aumentado a carga fiscal a níveis intoleráveis para a sua débil economia e baixa renda da população, justifica-se muitas vezes em razão desta necessidade.

Do ponto de vista do desenvolvimento econômico é irrelevante considerar se o aumento da taxa de investimento é derivada de recursos aplicados pelo setor público ou pelos particulares.

Quanto mais o Governo diminuir seus gastos de consumo e simples transferências tanto mais sobrar para financiar os investimentos públicos produtivos. Se a carga fiscal aumenta em razão de uma política de formação de capital, não há para a economia total do país uma diminuição de taxa de investimento.

É interessante notar neste campo a prioridade de consideração que se deve dar à receita ou à despesa, conforme seja a economia subdesenvolvida ou não.

Em países desenvolvidos, geralmente a carga fiscal pode facilmente estabilizar-se no nível das despesas necessárias. Nos outros, muitas vezes se condiciona o volume da despesa à possibilidade econômica da arrecadação. A despesa governamental que não tem limites em razão da necessidade de investimentos, muitas vezes tem de limitar-se à capacidade impositiva, fonte principal dos ingressos públicos.

### **Tributação e distribuição da renda.**

Outro capítulo no qual a tributação tem importante papel a desempenhar no desenvolvimento econômico de países atrasados, é o auxílio que pode emprestar a uma melhor distribuição da renda nacional.

Embora não haja unanimidade sobre qual a ótima distribuição da renda, é no entanto geralmente aceito, que extremos de pobreza em um mesmo país, constituem um entrave à eficiência produtiva, um estrangulamento à expansão do consumo, além de perpetuar uma injustiça social e instabilidade política indesejáveis.

Em uma situação dessas, de extremas diferenças, o papel da tributação com cunho redistributivo, ultrapassa os puros limites do interesse econômico para atingir conside-

rações de cunho social, político ou mesmo humanitário. No entanto, com maior ou menor ênfase em tal ou qual aspecto, a quase totalidade dos governos, sejam de países economicamente prósperos ou não, tem se utilizado da tributação, como poderosa arma para sua política redistributiva.

Das quatro clássicas regras de ADAM SMITH sobre a tributação, a primeira é justamente a da capacidade contributiva por meio de impostos proporcionais à renda.

Desta concepção de justiça em matéria fiscal, de que todos devem pagar a mesma porcentagem de sua renda como impôsto, passou-se à idéia de que não basta apenas a proporcionalidade, introduzindo-se assim o conceito de progressão. O montante do impôsto aumenta mais do que o aumento da renda, de maneira que êle se torna mais do que proporcional ao aumento desta. Hoje se aceita tal critério como a mais perfeita maneira de personalização do impôsto. Sua introdução se funda na teoria econômica da utilidade marginal. A proporcionalidade do impôsto podemos chamar de critério de eqüidade horizontal e à progressividade de eqüidade vertical.

Esta distinção é bem explicitada pelo economista da Harvard University, OTTO ECKSTEIN, ao dizer:

“Na prática, o princípio da capacidade de pagar tem duas partes isoladas. Determina não só que os ricos devem pagar mais, como também que todos os ocupantes de situações semelhantes (isto é, que têm a mesma renda) devem pagar os mesmos tributos. Esta segunda idéia, a de que “os iguais devem ser tratados igualmente, é chamada a *eqüidade horizontal*, ao passo que a divisão adequada do ônus dos impostos entre pessoas de diferente capacidade de pagar é denominado *eqüidade vertical*”<sup>6</sup>

---

6. OTTO ECKSTEIN, *Economia Financeira, Introdução à Política Fiscal*, ed. Zahar, Rio, 1966, págs. 92 e 93.

Pois bem. Esta progressividade do impôsto, adotada principalmente no impôsto de renda sôbre as pessoas físicas é atualmente o principal instrumento para diminuir a desigualdade na distribuição da renda dentro de uma sociedade. Dela valem-se quase todos os países que modernizaram seus sistemas fiscais.

Podem e devem os países subdesenvolvidos valer-se deste instrumento, de forma drástica, para conseguir melhor distribuição da renda nacional? A resposta envolve uma série de considerações. Primeiro é necessário um exame da viabilidade de tal tributação que se condiciona ao estágio de desenvolvimento da economia e a certo refinamento do sistema fiscal. Segundo há limites políticos e sociológicos que podem impedir a adoção de tal medida.

O assunto é fértil em polêmicas. Prova é o embate travado neste campo entre estruturalistas e monetaristas. Para avaliação correta do problema, vejamos a proposta de CELSO FURTADO e a crítica a ela feita por MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN.

Em resumo o economista da Cepal, atualmente lecionando na Sorbonne, propõe em sua obra “Um projeto para o Brasil”, a seguinte redistribuição da renda nacional.

“Se admitimos que a população nacional está formada por 90 milhões de pessoas e que a renda líquida “per capita” é de cêrca de 350 dólares, a situação geral seria a seguinte:

% da população	população (1000 habitantes)	Renda “per capita” (dólares)	Renda total (1000 dólares)
50%	45.000	130	5.850
40%	36.000	350	12.600
9%	8.100	880	7.128
100%	900	6.500	5.850

Se observamos êsse perfil de demanda constatamos que êle se caracteriza pelas descontinuidades. O primeiro gru-

po tem acesso de forma marginal à economia de mercado, razão pela qual deve ser deixado de lado. O segundo grupo está formado pela massa da população que tem acesso aos produtos não-duráveis de consumo mais corrente. O terceiro e o quarto grupos formam um mercado diversificado, em que se integram os bens de consumo duráveis e não-duráveis. Considerando estes últimos dois grupos conjuntamente, ou seja, os dez por cento mais ricos, a renda “per capita” é de cerca de 1.500 dólares. Em síntese, temos três grupos: o primeiro com uma renda média de 130 dólares, o segundo com uma de 350 e o terceiro com uma renda média de 1.500 dólares, entre os quais existe uma nítida descontinuidade.

O objetivo a alcançar, no prazo de 3 a 5 anos, poderia ser a redução de uma quarta parte da renda do grupo de 1 por cento da população que recebe quase vinte por cento da renda nacional, e a redução de 10 por cento da renda do grupo de 9 por cento da população que recebe algo mais de vinte por cento da renda nacional. O primeiro grupo teria a sua renda “per capita” reduzida de 6.500 dólares para 4.875, o que ainda representaria cerca de 14 vezes a média nacional, e o segundo veria a sua renda “per capita”, baixar de 880 para 792 dólares ou seja 2,3 vezes a média nacional. Nem todos esses recursos seriam retirados ao consumo, recaindo uma parte sobre a poupança. Cabe admitir que o grupo de altas rendas consome metade de sua renda, destinando a outra parte à poupança (admitamos: 30 por cento) e ao pagamento de impostos (admitamos: 20 por cento). Vamos supor que a redução de 25 por cento incida em uma quinta parte sobre a poupança e nas outras quatro quintas partes sobre o consumo. Quanto ao segundo grupo, admitiremos que a redução se limitaria aos gastos de consumo, em razão do baixo coeficiente de poupança (menos de 10%) e da natureza que esta assume. Sendo assim, os recursos adicionais de poupança monta-

riam a cêrca de 1,9 bilhões de dólares, ou seja, 6 por cento da renda nacional”<sup>7</sup>.

MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN, no entanto, ao comentar esta proposta, depois de criticá-la acerbamente inclusive sob o ponto de vista técnico e estatístico e de afirmar que “não parece haver qualquer correlação nítida entre grau de desconcentração da renda e taxa de desenvolvimento econômico” conclui.

“Obviamente os dados do exercício são baseados em suposições a priori e não em evidência empírica. Mas, ainda que se ressalve êsse deslize, há vários reparos a fazer. Em primeiro lugar FURTADO admite que o Govêrno poupe tôda a arrecadação tributária adicional, em nada acrescentando seus gastos correntes. Se considerarmos exógenas tôdas as decisões do Govêrno quanto a impostos e despesas essa é uma hipótese possível; tal conjectura, no entanto, carece de apoio empírico. Em segundo lugar, não é feita a análise dos prováveis prejuízos dessa política tributária sôbre o incentivo individual ao trabalho e à inovação.

“Se êsse problema não existisse, qualquer país subdesenvolvido disporia de uma fórmula infalível para elevar a níveis excepcionais a sua taxa de poupança: as rendas individuais seriam niveladas por baixo por um impôsto de renda violentamente progressivo, cuja arrecadação iria fortalecer a poupança do Govêrno. Em terceiro lugar, o autor esquece que uma redução abrupta da renda dessas classes poderia gerar uma crise desastrosa nas indústrias de bens duráveis, as quais, segundo o seu diagnóstico, têm como mercado exclusivo os 10% mais ricos da população.

Quanto ao mais, louvem-se as boas intenções humanitárias dos estruturalistas. É compreensível que a desigualdade de rendas atualmente observadas no Brasil (embora não suficientemente documentada do ponto de vista esta-

---

7. CELSO FURTADO, *Um projeto para o Brasil*, Ed. Saga, 3ª ed., Rio, 1968, págs. 38/39 e 54/55.

tístico) fira os bons sentimentos dos cientistas sociais. É natural que a atenuação progressiva dessa desigualdade se coloque como objetivo básico da política econômica. Mais inquietante, porém, do que qualquer desigualdade é a própria renda média “per capita”, da ordem dos 300 dólares anuais-cifra que nos aconselha a criar riqueza e não a distribuir miséria. Os estruturalistas procuraram construir uma teoria simpática, onde o distributivismo a curto prazo ajuda a intensificação do ritmo de desenvolvimento. Mas infelizmente a economia continua sendo, ao que tudo indica, a penosa ciência do custo alternativo”<sup>8</sup>.

Sem nos alongarmos no exame de mérito dos dois pensamentos, parece-nos, no entanto, que uma conciliação dos pontos de vista seria realmente o ponto de equilíbrio. Difícilmente se poderia aceitar a opinião, de que para o desenvolvimento, é irrelevante o grau de concentração da renda. Basta verificarmos que em países com extremos níveis de renda, grande parte da população não vive em uma economia monetária. De outro lado, o objetivo a atingir em “três a cinco anos” pode trazer mais malefícios do que os vislumbrados bons resultados. Parece-nos que o autor, ao propor esta drástica tributação, pretende conciliar o objetivo de melhor distribuir a renda, com o que entende ser uma solução para um problema de conjuntura, pois sua tese central é de que o desenvolvimento foi afetado de uma paralisia, que está transformando o decênio (1960/70) em uma prolongada crise.

Deixando de lado êste aspecto, verificamos no entanto, que para uma política distributivista, outras formas tributárias podem ainda ser eficazes.

Há o recurso à tributação do capital. Embora conforme o caso esta seja uma forma polêmica de tributação, não pode deixar de ser considerada se houver uma resolução de enfrentar o problema de redistribuição.

---

8. *Ob. cit.*, págs. 94 e 97/8.

Três são as principais modalidades de tributação do capital. Um impôsto sôbre o aumento patrimonial, ou seja, sôbre o aumento da fortuna. A tributação não alcança a totalidade do capital mas apenas os seus aumentos excepcionais. É um impôsto sôbre a mais valia. São acréscimos patrimoniais que decorrem do acaso e sem intervenção direta do seu possuidor.

A segunda modalidade, mais comum e mais aplicada, é a tributação das transmissões do capital, principalmente “causa mortis”. Como bem sintetiza MAURICE DUVERGER, “trata-se de uma espécie de impôsto periódico, atingindo o conjunto dos capitais a cada 35 anos, em média. Do ponto de vista da igualdade permite uma personalização muito acentuada. Permite também o desenvolvimento do intervencionismo: o confisco parcial das heranças, por meio do impôsto, pode ser um meio de redistribuição dos bens”<sup>9</sup>.

Realmente é meio muito eficaz de redistribuição e desconcentração de rendas, além de ter a vantagem de ser uma tributação direta, fâcilmente aplicável e suportável, sem esfôrço, pelo nôvo titular do patrimônio.

Finalmente existe a possibilidade de uma tributação geral sôbre o capital. É um tipo excepcional de imposição utilizado apenas em momentos cruciais da vida de um povo, como são exemplos práticos as imposições feitas na Europa, logo após as duas últimas guerras mundiais. No entanto não deve ser confundido com certos tipos de expropriação que já se enquadram no campo de medidas drásticas e extra-financeiras, nascidas de mudanças políticas radicais. Trata-se, isto sim, de uma amputação geral de parte do patrimônio de todos os particulares, para fazer face a urgentes gastos governamentais.

Talvez, com exceção dêste último tipo de tributação sôbre o capital, os dois anteriores têm papel importante a

---

9. Cfr. MAURICE DUVERGER, *Finances Publiques*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1963, pág. 117.

desempenhar em uma política de melhor redistribuição da renda, com a vantagem sôbre a mecânica da forte progressão do impôsto de renda pessoal, de serem mais fâcilmente aceitos.

Por último, um capítulo relevante está reservado à política fiscal no que se refere à melhor distribuição da renda entre as várias regiões de um mesmo país. As diferenças regionais de desenvolvimento dentro dum mesmo país, como é o caso do Brasil, são muitas vêzes o principal empecilho ao rápido e desejado integral desenvolvimento.

Neste particular uma política baseada em isenções e incentivos, como temos presentemente no Brasil, é fator determinante para o deslocamento de capitais.

Uma política de investimentos regionais estimulada ou mesmo sustentada pelos incentivos fiscais, ao transferir recursos das áreas econômicamente mais prósperas para as demais, traz a curto prazo, uma substancial ativação econômica dessas áreas, com rápido aumento do nível de vida dessas populações.

Se bem que nesses casos não se possa falar em redistribuição de rendas em níveis pessoais, pois do contrário, no início de tais programas há uma maior concentração econômica nas mãos dos que já possuem o capital para investir, no entanto consegue-se realmente uma melhor distribuição de recursos em níveis regionais. Os recursos disponíveis para investimento se não forem canalizados por meio dêstes incentivos e outras medidas correlatas, tenderão a concentrar-se nas áreas que já possuem as condições de produção e mercado de consumo favoráveis.

Esta política que presentemente é adotada por uma grande maioria de nações de vários níveis de desenvolvimento, corre um grande risco.

Dada a sua generalizada aplicação, existe o perigo de os Governos exagerarem o seu emprêgo, abusando de suas modalidades, diluindo assim os resultados possíveis. Além do mais, como um verdadeiro ôvo de Colombo a sua aplicação, muitas vêzes, serve de justificativa para não se to-

marem medidas de outras naturezas, ainda mais indispensáveis. Pois se esta política fiscal de incentivo é um instrumento hábil para fomentar o desenvolvimento de regiões atrasadas, não é no entanto a única nem a suficiente maneira de atacar o problema. Nem tudo está resolvido com a simples adoção de uma sistemática fiscal protecionista a determinadas regiões.

### **Tributação anti-inflacionária.**

Podemos definir a inflação como o fenômeno do maior aumento dos meios de pagamento em relação à quantidade de bens disponíveis.

Para muitos a inflação é o dado fundamental da economia no decorrer deste século. De fato, nesta larga dimensão de tempo, não poupou nações pequenas ou grandes, ricas ou pobres. Atingiu a todos. Esta sistemática inflação mundial é tida por muitos como um indicio, de cunho até alarmante, de que a humanidade tem sido incapaz de produzir o necessário às suas necessidades.

Entretanto, o que é mais sentido e estudado, é o fenômeno da inflação, com características crônicas, que afeta a parte da população da terra com níveis inferiores de vida. Como se explica tal fato? Deve ser combatida, ou até estimulada dentro de certos Limites?

Duas correntes de pensamento se entrecrocaram com explicações diferentes, propondo soluções também diversas. De um lado a concepção estruturalista, de outro a monetarista.

Para os primeiros é básica a definição adotada pelas Nações Unidas, em um de seus relatórios, segundo a qual, “as fontes subjacentes da inflação nos países pouco desenvolvidos se encontram nos problemas básicos do desenvolvimento econômico, nas características estruturais que apresentam os sistemas de produção destes países <sup>10</sup>.

---

10. v. *U. Nations World Report*, 1956.

Sustentam os estruturalistas que não são suficientes os modelos abstratos para explicar ou combater a inflação. Naturalmente ela não ocorre no vácuo, sendo necessário encará-la dentro de uma dada realidade.

Há por parte dos estruturalistas uma grande tolerância para com a inflação. Entendem-na como um fenômeno natural do crescimento. Não pode ser combatida através de simples medidas monetárias e fiscais, sob pena de provocar largo desemprego e mesmo a parada ou o retrocesso do desenvolvimento econômico.

Já a corrente monetarista tem opinião oposta. Para êstes a inflação não promove o desenvolvimento e é até com êle incompatível. São partidários da estabilização dos preços. Vêem-na como um fenômeno muito mais monetário do que estrutural. Deve e pode ser contida através da política monetária e fiscal e ainda da ajuda internacional. Seu modelo são as regras do Fundo Monetário Internacional que se resumem em quatro medidas principais:

1.º — Restrição creditícia para conter a excessiva expansão da oferta monetária.

2.º — Compressão dos reajustes salariais.

3.º — Contenção dos gastos públicos de qualquer natureza e conseqüente aumento da arrecadação para eliminar-se o deficit orçamentário.

4.º — Desvalorização cambial sempre que necessária para incrementar a exportação <sup>11</sup>.

O economista brasileiro MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN já anteriormente citado e que pode ser apontado como um dos representantes do monetarismo, assim explica as raízes da inflação crônica:

“Em termo gerais a raiz sócio-política das inflações crônicas nos países subdesenvolvidos se pode encontrar na incompatibilidade da política distributiva do govêrno. Os

---

11. Cfr. JOÃO PINHEIRO NETO, *A ilusão Monetarista*, Ed. Forense, Rio, 1968, pág. 56.

diferentes grupos sociais mostram-se insatisfeitos com a sua participação no produto nacional, e o governo, para aplacá-los, tenta dividir o produto em partes de soma superior ao todo”<sup>12</sup>.

Do lado oposto temos como um dos expoentes entre nós o economista também já citado, CELSO FURTADO. É interessante confrontar a definição acima transcrita com a explicação dada por este último. Para FURTADO o pensamento monetarista identifica-se com o pensamento dos clássicos desde RICARDO, que vêem na economia o objetivo de estudar a “repartição do produto social”. Já o estruturalismo encara-a não sob uma “perspectiva distributiva”, mas como um “sistema de produção”<sup>13</sup>.

Como se vê, o emprêgo da tributação, como medida anti-inflacionária é meio a ser utilizado com aceitação, dentro da concepção monetarista de estabilidade econômica. É verdade que a inflação ultrapassando certos limites, até hoje ainda não precisados, é combatida também pela corrente dos estruturalistas. Estes, como já se disse, toleram-na, desde que possa ser controlada. A partir de um certo grau concordam igualmente em que ela não é mais fator coadjuvante do desenvolvimento e precisa, portanto, ser re-freada.

Para combatê-la apontam os especialistas um sem número de medidas que devem geralmente ser conjugadas para surtirem efeito.

No campo apenas financeiro, além da tarefa importante da política orçamentária de eliminação do deficit, que para muitos é o ponto básico do problema, cabe também à política fiscal papel saliente no combate inflacionário.

A regra básica num regime de excessiva expansão econômica é um aumento geral da carga fiscal e correlata diminuição de gastos. O aumento da arrecadação e a conten-

---

12. *Ob. cit.*, pág. 124.

13. Cfr. CELSO FURTADO, *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*, Ed. Fundo de Cultura, Rio, 1961, pág. 21.

ção dos gastos públicos, além de colaborarem para o equilíbrio orçamentário, reduzem a propensão do consumo, fazendo diminuir a alta dos preços.

O aumento desta carga fiscal pode no entanto ser mais eficaz, se fôr representado pelo agravamento de certos tipos de tributos.

Assim um sistema fiscal de cunho anti-inflacionário deve estribar-se, em princípio, em impostos que reduzam a demanda e equilibrem o comércio exterior.

Tôda a tributação direta que reduza o poder aquisitivo dos particulares é normalmente anti-inflacionária, pois reduz suas despesas de consumo nos diferentes níveis de renda.

Já a tributação de intervencionismo no comércio exterior tem motivação mais complexa.

O superavit na balança de pagamentos é um fator inflacionário em razão do aumento dos meios de pagamento que gera. Certo que esta conseqüência pode ser anulada se houver por parte do Govêrno um entesouramento desta receita, através da formação de reservas cambiais, que possam servir para cobrir futuras necessidades.

Já o deficit na balança de pagamentos, geralmente tem conseqüências diversas, conforme o país seja desenvolvido ou subdesenvolvido. Nos primeiros êle é normalmente anti-inflacionário, porém, nos segundos, se no início realmente baixa o poder aquisitivo, acaba afinal sendo fato de profundo deficit orçamentário, pois os governos terminam por intervir com subsídios, dada a grande dependência da economia dêstes países no comércio exterior. Há necessidade de manter o setor econômico dependente das exportações (produtos agrícolas e matérias primas) e manter o fluxo de importações indispensáveis ao desenvolvimento <sup>14</sup>.

---

14. Cfr. JOSÉ NABANTINO RAMOS. *Inflação e Deflação*, Ed. Ramos, Medeiros & Cia., São Paulo, 1964, 2ª Ed., págs. 209/213.

Há uma constante perda de rendimentos nas relações de troca entre países subdesenvolvidos (exportadores de matérias primas) com os países desenvolvidos (exportadores de produtos industrializados) de maneira a exigir dos primeiros um aumento constante de suas exportações para, pelo menos contrabalançá-las com as importações indispensáveis.

Desta maneira a política fiscal a ser adotada por estes países é normalmente a de favores e isenções à exportação (com raras exceções os produtos primários comportam uma tributação de exportação) e um agravamento fiscal das importações que não sejam os indispensáveis bens de produção.

Tais exemplos não podem, entretanto, ser categóricos. Há uma fluidez muito grande para se determinar com exatidão quais os tipos de tributos que estimulam os comportamentos desejados.

Para citarmos apenas um exemplo, veja-se que mesmo um aumento de impôsto sôbre consumo, que por ser indireto e repercussivo é tido como inflacionário, poderá ter consequências não inflacionárias.

Por ser impôsto sôbre bens, êle não onera as poupanças, podendo levar os consumidores a preferir poupar, ao invés de consumir, o que acarretaria maior redução na despesa dos particulares.

### **Conclusões.**

1. O exame do sistema fiscal de um país pode ser suficiente para caracterizá-lo como desenvolvido ou subdesenvolvido.

2. Uma política fiscal voltada para os problemas básicos do desenvolvimento é indispensável aos países atrasados.

3. Para aumentar a poupança e a taxa de investimentos dos países subdesenvolvidos é necessário uma tributa-

ção de penalização do consumo marginal e de investimentos socialmente improdutivos, com correspondente incentivo fiscal à poupança individual e à reinversão dos lucros das pessoas jurídicas. Conforme o caso deve-se também oferecer vantagens especiais à entrada de capitais estrangeiros.

4. Nos países subdesenvolvidos, a baixa renda de sua população é o principal fator, que impede o Poder Público de aumentar a carga fiscal, proporcionando recursos adicionais para os necessários investimentos em gastos gerais sociais e de infraestrutura.

5. Para a melhor distribuição da renda nacional entre os indivíduos existem duas principais armas: impôsto de renda progressivo das pessoas físicas e tributação do capital especialmente da transferência de capital “causa mortis” impôsto sôbre a herança.

6. Do ponto de vista financeiro, nos países de extremos desníveis de riqueza sômente a drástica tributação das rendas e capital da minoria da população abastada é que pode, a curto prazo, diminuir a concentração da renda. Face às tensões sociais e desajustes econômicos, que tal drasticidade acarreta, o ideal portanto, é uma política distributiva firme e constante, porém mais diluída no tempo.

7. Em muitos países subdesenvolvidos há grande desigualdade na distribuição da riqueza, em níveis regionais. Nestes casos, uma política fiscal de incentivos ao investimento privado como é o caso do Brasil, é instrumento hábil para canalizar recursos a estas regiões.

8. Se a inflação é o fenômeno econômico do século atual, no entanto, é nos países subdesenvolvidos que ela assume proporções alarmantes. O seu combate depende de uma série de medidas conjugadas. No campo financeiro a regra geral é o aumento dos impostos e contenção dos gastos de qualquer natureza.

*PARECER.*

## Impôsto municipal sôbre serviços – diversões públicas.

A ausência de base impossível  
exclui a incidência do impôsto.

*Geraldo Ataliba*

Professor livre docente de direito financeiro.

### **Consulta.**

Alcântara Machado, Comércio e Empreendimentos Ltda. relata-nos que a Municipalidade de São Paulo vem onerando com o impôsto municipal sôbre serviços os “convites individuais” não identificados” que dão acesso às feiras que organiza.

Consulta-nos sôbre a juridicidade de tal procedimento. Indaga se pode o Município tributar “convites”, necessariamente gratuitos, como se fôsem bilhetes de ingresso pagos.

### **Parecer.**

Entendemos indevido o impôsto sôbre serviços nos casos de “convite” Este não se confunde com ingresso pago. Porisso que são substancialmente diferentes, recebem tratamento jurídico, inclusive tributário, diverso.

As razões pelas quais assim pensamos e seus fundamentos serão aqui longamente expostos.

Importa, entretanto, assinalar, inicialmente, que o impôsto sôbre serviços, tal como foi por nosso sistema constitucional modelado é ainda uma novidade, sem símile ou

precedente no nosso direito, razão pela qual quase nenhuma é ainda a doutrina existente sôbre o assunto, sendo ainda escassa e infirme a jurisprudência.

Por outro lado, pouquíssima valia pode trazer a consideração das experiências alienígenas, já que, alhures, os contornos do tributo são positivamente fixados pela lei ordinária — dando-lhe determinada configuração — enquanto aqui seu desenho é constitucional, determinado por exclusão e fixado negativamente pela circunstância constitucional de *não* serem os serviços compreendidos na competência tributária da União e dos Estados (Constituição, art. 24, II).

Sirva esta ponderação de advertência ao exegeta para que se acautele contra a invocação da experiência estrangeira, se precate contra a literatura informada por outros princípios e condicionada por outros sistemas e evite o açodamento de conclusões mais apressadas e simplistas que não considerem as exigências do nosso sistema e os postulados do nosso direito positivo.

Assim advertidos, iniciamos o estudo do problema proposto.

A questão, tal como sinteticamente exposta, pode ser enunciada sob a forma de indagações, assim redigidas:

1. Qual a hipótese de incidência (fato gerador) do impôsto sôbre serviços relativo a diversões públicas?
2. Qual a base de cálculo?
3. Incide o impôsto sôbre serviços, no caso de convite gratuito?

#### Anotações prévias.

#### O impôsto sôbre serviços.

O impôsto sôbre serviços — introduzido no sistema tributário brasileiro pela emenda constitucional n.º 18, de 1.º

de dezembro de 1965 — foi sucessivamente mantido na esfera municipal, pela Constituição de 1967 e pela sua emenda n.º 1 de 1969.

Essencialmente tal impôsto guardou suas características, havendo, entretanto, alterações de ordem secundária, introduzidas não só pelas modificações constitucionais assinaladas, como pela lei complementar expressamente prevista na Constituição, para disciplinar esta matéria (§ 1.º do art. 18, normas gerais de direito tributário).

Disciplinou a matéria, primeiramente, em nível de lei complementar, o código tributário nacional (lei 5.172 de 25 de outubro de 1966), depois, o decreto-lei 28 de 14 de novembro de 1966; o ato complementar n.º 27 de 8 de dezembro de 1966; o ato complementar n.º 34 de 30 de janeiro de 1967; o ato complementar n.º 35 de 28 de fevereiro de 1967; o ato complementar n.º 36 de 13 de março de 1967; e, já na vigência da Constituição de 1967, o decreto-lei 406 de 31 de dezembro de 1968 bem como o decreto-lei 834 de 8 de setembro de 1969 e o decreto-lei 932 de 10 de outubro de 1969.

Sobreveio, a 17 de outubro de 1969, a emenda constitucional n.º 1, não havendo lei complementar ulterior sôbre a matéria.

O ponto de partida do nosso estudo há de ser o texto constitucional vigente a respeito da matéria que assim se redige:

“Art. 24 — Compete aos Municípios instituir impôsto sôbre:

.....

II — serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

.....

§ 4.º — Lei complementar poderá fixar as alíquotas do impôsto de que trata o item II”.

Em nível de lei complementar, rege atualmente a matéria o decreto-lei 834 de 8.9.1969 que deu nova redação ao decreto-lei 406.

A noção de hipótese de incidência (fato gerador) — nuclear e central para o direito tributário e ponto de partida para a solução de todo e qualquer problema referente à matéria, bem como, na lição de AMILCAR FALCÃO, o fulcro da própria discriminação constitucional de competências tributárias — vem definida de acôrdo com a outorga constitucional do inciso II, *in fine*, do art. 24 pelo decreto-lei 834 em seu art. 8.º.

Assim ficou definida a hipótese de incidência do imposto sôbre serviços:

“... a prestação, por emprêsa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante de lista anexa” (d. l. 834, art. 8.º).

Prestado efetivamente qualquer dos serviços constantes da lista anexa, considera-se verificado o fato imponible (fato gerador) dando ensejo ao nascimento de obrigação tributária concreta.

Não está claro, na doutrina, com exatidão, qual seja o conceito de *serviço* a ser levado em consideração para o efeito de determinação da hipótese de incidência dêste tributo.

Encontrar o conceito doutrinário abstrato de serviço não seria a solução mais correta e tranqüila para o problema em estudo, já que — havendo disciplina constitucional da matéria — mais importante do que a descoberta do conceito doutrinário é a precisa, rigorosa, exata e inquestionável determinação do conceito constitucional que foi pressuposto para incidência do tributo.

A circunstância de outorgar a Constituição à lei complementar a tarefa de definir os serviços não quer significar, absolutamente, que a Constituição tenha dado ao le-

gislador complementar liberdade de ampliar o conceito de serviço pressuposto constitucionalmente.

Não é impossível e nem mesmo difícil determinar os limites dentro dos quais deverá agir o legislador complementar.

A experiência brasileira de mais de 80 anos de discriminação constitucional de competências tributárias permitiu a ereção de uma série de critérios científicos seguros, que permitem ao intérprete a determinação rigorosa da esfera e limites das competências tributárias das pessoas públicas no Brasil.

Isto foi excelentemente demonstrado por AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, no seu clássico *Sistema tributário brasileiro*.

Adotaremos o método por êle proposto, que não é outra coisa senão a síntese do que foi elaborado pela nossa jurisprudência e pela nossa doutrina, ao longo da nossa vastíssima experiência republicana nesta matéria (cf. *Sistema tributário brasileiro — discriminação de rendas*, Ed. Financieiras, Rio, 1965, pág. 19 e segs.).

Efetivamente, desde a publicação, entre nós, do magnífico *Sistema tributário brasileiro*, por AMÍLCAR FALCÃO, ficou claro e incontroverso que a Constituição não se limita a designar os tributos por seus *nomina juris*, mas, pelo contrário, em cada caso fixa um conceito científico-jurídico preciso, que ao exegeta cabe desvendar com os seguros critérios e instrumentos que lhe confere a ciência do direito financeiro.

Assim, o conceito de serviço pressuposto pelo texto constitucional vigente (art. 24, II) não pode colidir com o de industrialização (pressuposto pelo art. 21, V) nem com o de operação financeira (pressuposto pelo art. 21, VI), nem com o de prática de operações jurídicas que importam circulação de mercadorias (art. 23, II).

Dentro desta esfera e respeitados absolutamente êsses conceitos constitucionais, é que a lei complementar (previs-

ta no inciso II do art. 24) pode definir “serviço para efeito de balizar o âmbito da competência tributária municipal na matéria.

Está em vigor o dec-lei federal n.º 834, que preenche as funções de dita lei complementar.

Êste decreto-lei assim coloca o problema:

- a) classifica diversões públicas como “prestação de serviço tributável” (item 28 da tabela anexa);
- b) insere “exposições com cobrança de ingresso” entre os serviços de fornecimento de diversão pública (alínea “b”, item 28);
- c) estabelece que a base de cálculo é o preço do serviço (art. 9.º);
- d) determina que o fato gerador (hipótese de incidência) de imposto é a prestação de serviço (art. 8.º).

Em razão disto, a Municipalidade de São Paulo tributa os bilhetes de ingresso às feiras promovidas pela consulente.

E — de forma, a nosso ver, nitidamente abusiva — tributa também os *convites* (óbviamente gratuitos) expedidos pela consulente.

Entendemos descabida esta tributação dos convites, porque, como demonstraremos:

- a) para os “convidados” a feira não é diversão pública;
- b) para a consulente sua organizadora, a feira não é diversão pública;
- c) se a base de cálculo é o *preço* e se não há preço, no caso de convite — por se tratar de doação( ato gratuito e sem conteúdo econômico) — não há como calcular o tributo, pois 10% sobre zero é igual a zero (10% de 0 = 0);
- d) além do mais, a Tabela de serviços tributáveis (anexa ao decreto-lei 834) só prevê a incidência em

caso de “exposições *com cobrança* de ingresso”; não havendo cobrança como é o caso dos convites, não pode haver incidência.

Passemos a desenvolver o nosso raciocínio, para demonstrar os fundamentos de cada proposição formulada.

Principiemos por examinar os documentos que dão acesso às feiras.

### **Documentos que dão acesso às feiras.**

A consulente exibiu-nos cinco tipos de documentos que dão acesso às feiras que promove, que são (1) ingresso pago, (2) convite individual não identificado, (3) permanente de feira identificada, (4) permanentes anuais e (5) convites de inauguração identificados.

Dêstes cinco tipos o único que é objeto de pendência com a prefeitura é o segundo (convite individual não identificado).

Quanto aos ingressos gratuitos, nenhuma dúvida há, já que a Municipalidade compreende sua finalidade, seu alcance, e sua natureza, reconhecendo que não há matéria tributável e, portanto, não exigindo o impôsto sôbre serviços.

O fulcro da questão está, portanto, em se determinar se o convite individual não identificado se assemelha ao ingresso pago e, portanto, a êle deve ser assimilado — submetendo-se ao mesmo regime (incidência tributária) ou se, pelo contrário, êste convite individual não identificado se assemelha às espécies (3), (4) e (5) e, portanto, deve submeter-se ao seu regime (não incidência tributária).

O exame do caso há de ser precedido de considerações gerais em tórno de certas peculiaridades das “feiras” modernas.

### O “negócio” das feiras.

A finalidade da organização de exposições e feiras pela consulente é reunir, num só local, todos os produtores, comerciadotes e compradores de um determinado setor econômico.

Da mesma forma, a reunião de todos os produtos, de tal sorte que os interessados possam, com esforço menor e com menor dispêndio de tempo, conhecer todos os demais partícipes da exploração daquele ramo de negócios.

O empreendimento econômico da consulente consiste precisamente em organizar feiras de amostras, e a sua remuneração advém principalmente da locação de espaço para os expositores e interessados.

Este fantástico investimento e volumosíssimo emprêgo de capital não tem, absolutamente, como objeto principal, obter remuneração com a presença de público e o faturamento das bilheterias pagas.

A admissão de público “em geral”, no recinto, é acessório e dispensável, dada a natureza do negócio.

O custo dos ingressos do público tem a finalidade de recompensar os gastos decorrentes da própria presença do público, para quem a feira de amostras é um divertimento, ao contrário do que acontece relativamente aos convidados.

Este público gera despesas de limpeza, conservação, policiamento, guarda, orientação da circulação, contrôle de ingressos, etc. despesas estas vultosíssimas, que são cobertas precisamente pelos ingressos pagos.

Desta forma se vê que se, para o público, isto é uma diversão, para os convidados e os interessados diretos no negócio — ou seja, pessoas dedicadas a atividades comerciais ou industriais do ramo da exposição — não reveste a feira absolutamente a natureza de diversão pública.

A compreensão destas circunstâncias é essencial ao deslinde do problema em exame.

Sirvam estas considerações preliminares de pano de fundo para todo o desenvolvimento do raciocínio que nos conduzirá à solução desta questão.

### Diversão Pública.

O decreto-lei 834 — que faz as vêzes de norma geral de direito tributário, na conformidade das disposições do § 1.º do art. 18 combinado com o art. 24, II, da Constituição Federal — autoriza ao Município a cobrança de impôsto sobre serviços, incidente em diversões públicas, no caso, “exposições com cobrança de ingresso” (item 28, “b” da tabela anexa).

Parece nítido — à vista de tudo o que foi exposto aqui e da consideração, principalmente, da especial natureza das atividades da consulente — que, se para o público em geral, a assistência ou o acesso às feiras se caracteriza nitidamente como diversão pública, para os convidados, já, o mesmo, absolutamente, não ocorre.

Note-se que os convites são distribuídos pela própria consulente, ou pelas locatárias de espaço, nos salões de feiras promovidas pela consulente.

Portanto, para os convidados, o acesso a essas feiras não representa acesso a um recinto de diversões públicas, mas, simplesmente, o acesso a um local que, para êles, é um ambiente de negócios.

Nesta infeliz cidade de São Paulo — onde as diversões públicas são precárias e deficientes e onde a natureza foi terrivelmente madrasta em nos proporcionar locais de repouso, recreio e lazer — é perfeitamente compreensível o exemplo que se vai invocar, para estabelecer analogias que facilitem a compreensão desta diferença, entre situação do público, que busca diversão, e dos convidados.

Tomemos o exemplo do aeroporto de Congonhas, localizado em plena cidade de São Paulo.

Em todo lugar do mundo, o aeroporto é mera estação de embarques, que somente tem interesses para as pessoas que para lá se dirigem, a fim de viajar.

Numa cidade, como a de São Paulo, onde, repita-se, quase não há diversão pública, aos sábados e domingos, especialmente, vê-se uma afluência fantástica de povo ao aeroporto, a fim de divertir-se, assistindo ao “espetáculo” consistente na aterrissagem e levantamento de vôo, pelas aeronaves.

Desta forma, torna-se local de diversão, *para certas pessoas*, o referido aeroporto.

Esta estação aérea é um ponto de atração, para uma larga faixa da população, que ali encontra *divertimento*.

Pois, para as pessoas que se destinem ao aeroporto, tendo a finalidade de viajar e, ainda, para os aeronautas e demais funcionários — que são obrigados a ir ao aeroporto — aquêle é um local de trabalho e nada mais.

Assim, podemos verificar que há uma série de hipóteses em que um determinado lugar ou estabelecimento, para umas pessoas, é local de trabalho, enquanto, para outras pessoas, é nitidamente (ou pode ser) um local de diversão.

O tratamento indiscriminado que a legislação tributária venha a dar às pessoas que buscam aquêle local, como diversão, ou como trabalho, é inteiramente absurdo e abusivo.

Mas, esta idéia pode ser arrematada com a invocação da autoridade de um dos mais conceituados estudiosos do assunto, que é o prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, o qual a expressou no parecer que ofereceu à Municipalidade, sôbre problema idêntico ao ora em estudo.

Diz o ilustre tributarista:

“Diversão é sinônimo de distração, recreio, passatempo ou entretenimento”... “Esta abrange qualquer classe de espetáculo ou entretenimento, seja qual fôr sua finalidade, tais como representações ou exibições líricas, dramáti-

cas e cômicas. É o teatro, cinema, circo, variedades, canto, ginástica, prestidigitação, competições, disputas, exposições, jogos, festas folclóricas, festejos populares, etc.”.

Estamos de inteiro acôrdo com o conceito e com os exemplos.

Não se pode, entretanto, deixar de considerar que para os artistas, organizadores, gerentes, auxiliares e empregados que fazem tais diversões funcionarem, a diversão não é diversão, mas trabalho e ocupação séria; jamais, lazer ou entretenimento.

Esta consideração prova que as diversões públicas podem ser “distração, recreio, passatempo e entretenimento” para uns e não o ser, para outros.

Quem paga ingresso para ir assistir ou participar de qualquer destas manifestações, efetivamente, quer divertir-se.

Mas êste conceito e esta colocação não se adaptam à nova realidade que são as grandes e modernas feiras, as quais, para os *convidados*, são local de trabalho, negócios, estudos, exames, análises, comparações e até negociações. Jamais diversão.

Fechar os olhos para esta realidade é ignorar que a vida social evolui, o mundo progride, as atividades econômicas se desenvolvem e alcançam formas sofisticadas de expressão que superam e tornam inadequadas e imprestáveis as concepções tradicionais.

O próprio progresso do direito está condicionado à largueza de visão dos hermenêutas e sua capacidade de receber e adaptar-se às novas realidades e superarem seus preconceitos e padrões rígidos.

Porisso louvamos BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, quando manifestou a lucidez de sustentar que:

“Um desfile de escolas de samba pelas ruas da cidade, às quais qualquer pessoa tem livre acesso, e *nada se*

*cobra*, não pode interessar ao direito tributário” (grifos nossos).

É que sublinha aí que a circunstância de “nada se cobrar” exclui qualquer incidência tributária. Porque — são palavras de s. exa. — “a diversão é pública, mas sem interesse lucrativo”.

Em seguida, enfatiza: “o importante, para o direito tributário, é a diversão pública com finalidade lucrativa, vendida a alguém. *Só nesta é que existe o preço do serviço*” (grifos do autor).

Nada há a acrescentar ao que se transcreveu.

Em conseqüência, configura nítido abuso interpretar o “convite individual” expedido pela consulente, como sendo idêntico ou análogo ao “bilhete de ingresso pago”, de que se vale o público em geral.

Porisso andou acertado o dec-lei federal 834, quando restringiu a incidência do impôsto sôbre serviços aos casos de “cobrança de ingresso”.

Pretender a Municipalidade ampliar o conceito para alcançar também os convites gratuitos importa infringir a lei complementar e, indiretamente, a Carta Constitucional.

O abuso — e conseqüente ilegalidade — do procedimento do fisco paulistano consiste em que simplificou demasiadamente algo que, de fato e objetivamente, se configura como complexo.

Nessa simplificação, esbarrou na Constituição e na lei complementar, produzindo situação duplamente irregular.

### **Incidência e não incidência.**

Do exposto se verifica que os documentos gratuitos de acesso às feiras são a regra e a fórmula que corresponde à própria razão de ser do empreendimento.

Os ingressos pagos são a exceção. Evidentemente, não é o número dos documentos expedidos, ou o número de visitantes desta ou daquela categoria, que determina qual

seja a regra e qual a exceção, mas sim a consideração das finalidades das próprias feiras.

Do que se vê que a *exceção* é admitida mediante pagamento, ou seja, a emissão de bilhetes pagos é que se subordina a pagamento, pela similitude com espetáculos e diversões públicas em geral.

Já a regra — que é o convite não pago — não pode corresponder à incidência tributária dadas as características que o negócio oferece.

Cobrar tributos por todos, ou seja, também pelos convidados (não pagantes) é inversão total de valores.

Se a regra geral é o convite gratuito e a exceção é o pago — e a exceção é admitida mediante pagamento — só se compreende a incidência tributária sobre a exceção e jamais sobre a regra que é a gratuidade.

Tanto é exato que a regra — o principal, o objetivo precípuo das feiras — é o convite gratuito, que a maioria das próximas feiras a serem organizadas pela consulente não irá mais comportar venda de bilhetes.

A evolução dos negócios, o desenvolvimento da economia e as modificações de mercado caminham para induzir à abolição do sistema de ingresso pago, que predominou no passado.

Ora, a compreensão de que o convidado é mais importante e significativo para a feira do que o público “em geral” permite bem evidenciar quão distante vai ficando a idéia de “diversão pública”, da realidade das modernas feiras e quão aberrante é dispensar tratamento jurídico idêntico a casos de busca de diversão (público em geral, pagante) e procura de contatos e informações para negócios (convidados, não pagantes).

#### **Bis in idem.**

A principal atividade econômica da consulente e o fulcro do seu próprio negócio está na locação de espaços aos interessados, aos expositores de produtos.

Pela organização da feira, ela já paga, na conformidade da legislação vigente o imposto de serviços.

Os locatários de espaço, entretanto, não devem pagar para convidarem pessoas que êles, locatários, entendem úteis ou interessantes de serem convidadas.

Por essa razão, a consulente dá a cada locatário de espaço um determinado número de convites, para que sejam distribuídos no interesse destes próprios locatários.

Se esta realidade econômica substancial, que é a locação de espaço — se estabelece mediante relação jurídica contratual entre a locadora-consulente e o locatário, industrial ou comerciante do ramo da feira que se realiza — se êste conteúdo econômico já é tributado, como tributar novamente as pessoas convidadas (mediante recebimento do convite individual não identificado) que compareçam?

Efetivamente, a lei federal prevê a tributação de “organização de feiras de amostras, congressos e congêneres” (item 34 da lista de serviços do dec-lei 834).

A expectativa normal do locatário (industrial ou comerciante do ramo da feira) é a de, em troca do aluguel que paga, poder convidar pessoas interessadas em ver seus produtos e compará-los com os de seus concorrentes.

Se se onerar tributariamente êstes convites, que são a própria razão de ser, a própria finalidade da locação, estar-se-á infringindo a letra e o espírito da lei que previu a tributação de “diversão pública”, já que só por ironia poder-se-ia entender que a Mercedes Benz do Brasil ou a Volkswagen fazem “convites” a título de oferecer “diversão” a certas pessoas.

Porém, o mais grave, está na infração do princípio *ne bis in idem* de integral aplicação ao direito tributário.

Incidir-se-ia em inexcusável *bis in idem*.

Dir-se-ia que o *bis in idem* não chega a se constituir em ilegalidade. Acontece, entretanto, que conforme a sua configuração estaremos diante de vulneração de legislação su-

perior, como é o caso das normas gerais de direito tributário e, via de consequência, inconstitucionalidade.

O caso que temos diante dos olhos é tipicamente expressivo desta circunstância.

Efetivamente, o ato complementar n.º 34 de 30 de janeiro de 1967 e que — por não ter sido substituído ainda por lei complementar versando esta matéria — funciona como norma geral de direito tributário, de acôrdo com a previsão do § 1.º do art. 18 da Constituição vigente, combinado com o § 4.º do art. 24, estabelece categórica e peremptoriamente, no seu art. 8.º:

“Ficam estabelecidas as seguintes alíquotas máximas para cobrança do impôsto municipal sôbre serviços:

. . . . .

II — jogos e diversões, até 10%”.

Ora, tendo sido estabelecido (pela lei complementar) o teto intransponível de 10% para o impôsto de serviços “sôbre jogos e diversões”, se a Prefeitura exige o impôsto de serviços sôbre os bilhetes no teto — como ocorre presentemente — e ainda exige sôbre a organização da feira, sendo justificativa de ambas as tributações a realização da feira (e note-se bem que só há “feira” quando há afluência de pessoas que vão observar e ver as coisas que estão em exposição), nós teríamos uma forma — admitida esta possibilidade de *bis in idem* — de fraude ao limite estabelecido pela lei federal.

A Prefeitura tributaria até o limite de 10% os bilhetes e conseguiria uma tributação maior mediante a exigência de idêntico tributo sôbre a organização da feira.

A circunstância, pois, de existir um limite normativo intransponível — com direto amparo constitucional — para a exigência de impôsto de serviços traz, como consequência, a impossibilidade de ultrapassar-se êste teto, por

tudo e qualquer meio, desde que a justificação da hipótese de incidência seja idêntica, como acontece no caso em estudo.

Na verdade, o art. 3.º do ato complementar 34 tem a precípua finalidade de introduzir alterações no regime do imposto de serviços.

Depois de, na alteração sétima, prever a série de serviços que são sujeitos à tributação — inclusive, expressamente “jogos e diversões públicas” (III) — traça, no seu art. 10, os limites para os diversos casos, incluindo a hipótese de jogos e diversões, no teto de 10%, expressamente.

Se, a pretexto de tributar diversões públicas, como ocorre rigorosamente no caso, se exige qualquer tributo além do incidente sobre os bilhetes pagos estar-se-á, nitidamente, diante de um caso de bitributação, que enseja fraude à própria lei complementar, no teto por ela estabelecido, e, via de consequência, violação indireta do próprio texto constitucional.

Esta é a razão pela qual é absolutamente inadmissível a exigência de imposto de serviços sobre os convites individuais, que além do mais, como visto, não têm conteúdo econômico ou preço.

Vale aqui recordar, por oportuno, o que já se disse a respeito da comparação entre o cinema e as demais hipóteses.

Aparentemente, e em princípio, no cinema existe a possibilidade da exigência de imposto sobre os bilhetes gratuitos porque o conteúdo econômico da atividade de exibição cinematográfica consiste no oferecimento do espetáculo a quem aparece.

Já, no caso da consulente, não se trata do espetáculo e nem da venda de direito a participação ou assistência a êste espetáculo — que êste não é o conteúdo econômico de sua atividade — mas, sim propiciar o conhecimento de produtos e mercadorias a um público determinado, sem prejuízo do público em geral (que não entra em cogitação,

mesmo porque não há insurgência contra o pagamento pelos ingressos pagos).

Em síntese: como o ingresso pago tem conteúdo econômico, pode suportar a tributação pelo imposto de serviços. Como os convites gratuitos não o têm, a tributação incidiria não mais sobre a “venda de bilhetes” (que não existe), mas sobre a feira, ou sua organização, ou seus expositores, o que configuraria fraude ao teto fixado pela lei complementar, prevista no inciso II do art. 24 da Carta Constitucional vigente.

### Anacronismo da lei municipal.

A legislação municipal de São Paulo de há muito está necessitando de uma revisão global e completa, que permita atualizá-la às exigências sociais e econômicas da atualidade.

Não surpreende, portanto, que esta legislação ignore a realidade econômica, em que consistem estas modernas feiras, que só se encontram nos locais economicamente mais adiantados e desenvolvidos do mundo, como é o caso de São Paulo, para nosso grande orgulho.

Tão atrasada, antiquada e anacrônica é a nossa legislação, que nem sequer contempla a hipótese das “permanentes” para ingresso em cinemas, realidade já há algumas décadas --- desde que cinema passou a ser diversão popular.

Efetivamente, a legislação paulistana só conhece os “bilhetes gratuitos”, de entrada em cinema.

A própria realidade — que existe de anos para cá — que é a distribuição de *permanente* pelos donos de cinema, é inteiramente desconhecida pela nossa legislação tributária municipal. Exemplos como este podem ser multiplicados, demonstrando o esclerosamento desta legislação.

Dai a razão pela qual não surpreende que também a consideração da fenomenologia ora em estudo não esteja

nela prevista exigindo, portanto, o trabalho exegético a que nos dedicamos neste trabalho.

### Ingresso não gratuito.

Se *gratuito* é o que dispensa pagamento, só pode ter esta qualidade (de gratuito) o que, “em tese”, é pago. Ora, não pode ser tributado um fato determinado, sem conteúdo econômico algum, com a escusa de que os fatos semelhantes o são.

Se o bilhete de ingresso pago é tributado — com pleno amparo constitucional — já a tributação do bilhete gratuito não goza da mesma situação de constitucionalidade. É que a hipótese de incidência (fato gerador) de qualquer imposto tem necessariamente um conteúdo econômico qualquer. À falta dêste não se pode reputar ocorrido o fato gerador.

Via de consequência não é possível entender nascida qualquer obrigação tributária concreta.

E não serve de argumento, no caso, alegar que, em princípio, os bilhetes são pagos e, portanto, o gratuito corresponde a “pagamento dispensado”, por liberalidade ou outra razão qualquer. Pois o simples fato de não corresponder o bilhete a qualquer pagamento — não importa a razão ou motivo de sua dispensa — retirar-lhe-ia qualquer valor econômico, que porventura tivesse.

Ocorre, porém, que *in casu*, não se trata de “bilhete gratuito” (que dispensa pagamento), mas de hipótese completamente diferente: trata-se de um convite sem preço. E sem preço porque *não tem absolutamente conteúdo econômico*.

Ora, se não há preço, como tributar? Impossível, teoricamente, por violar os cânones constitucionais da tributação e os postulados científicos da teoria do imposto.

Se não há preço, como, praticamente, tributar? Impossível, do ponto de vista prático, já que não há base de cálculo para a tributação.

Poder-se-ia argumentar com o caso aparentemente semelhante dos cinemas. Os bilhetes gratuitos de cinema são tributados, como se pagos fôsem.

O argumento não colhe, a similitude inexistente. A analogia de situações jurídicas, em consequência, não pode existir.

Na verdade o “negócio” do exibidor cinematográfico consiste em ganhar dinheiro “vendendo” o direito de assistir o espetáculo.

Sua fonte de ganho é a venda de bilhetes. Nas feiras, o “negócio” consiste em locar espaço aos expositores e promover-lhes e propiciar-lhes visitaçào de interessados.

O *negócio* da consulente não é vender ingressos. Não se trata de empresa de espetáculos ou de diversões. Seu negócio é muito mais complexo e sofisticado e corresponde às mais avançadas concepções da mercadologia.

Só uma sociedade economicamente muito desenvolvida e macro-dimensionada, como a paulista, comporta exposições como as que empreende a consulente.

O negócio da consulente, como dito, não consiste em vender ingressos. Seu negócio consiste, repetimos, na locação de espaço a expositores com o compromisso de empreender todos os meios e diligências, tendo em vista obter a visitaçào de interessados. O público admitido o é acessoriamente. “Povo em geral” não é objeto principal de qualquer feira ou exposiçào, da natureza das que organiza a consulente.

A locaçào de espaço — que é a principal e essencial fonte de receitas da consulente — tem o seu valor determinado pela capacidade da consulente de trazer à visitaçào pessoas que, direta ou indiretamente, estejam ligadas ao mercado de que se trate, em cada caso: assim, produtores de matérias-primas, compradores, financiadores, comerciantes, fornecedores de materiais, montadores e empresários, assim como técnicos são levados a êste local, possibilitando,

desta forma, um desenvolvimento maior das atividades comerciais das locatárias-expositoras.

Dessa forma, tôdas as pessoas, direta ou indiretamente, interessadas em determinado ramo de negócios podem encontrar-se nesses locais, fazer negócios, conhecer novidades, atualizar-se relativamente aos avanços tecnológicos, comparar produtos, métodos de fabricação e estabelecer contatos pessoais com compradores, vendedores, intermediários, financiadores, administradores e técnicos.

Esta é, em essência, a finalidade das promoções da consulente. A afluência de público, em geral, é marginal, acessória, secundária. Pode ser admitida, na medida em que não perturbe, não embarace, não atrapalhe o desenvolvimento das atividades reputadas essenciais e da finalidade principal dêstes empreendimentos.

Já não há hoje mais dúvida a respeito dos benefícios que a economia de mercado traz à economia nacional e à própria sociedade. Pois, estas feiras e exposições — promovidas pela consulente — são um instrumento catalizador de fôrças, energias, dados e conhecimentos, propiciando condições ótimas de realização do *desideratum* supra assinalado. Se a *ratio* da mercância está na aproximação das partes, a quintessência de tal atividade — concebida em termos avançados — está em feiras como as promovidas pela consulente.

Um produtor de matéria-prima ou de determinada mercadoria, se quisesse conhecer as condições em geral do mercado, haveria de perder meses e meses na visita de estabelecimentos industriais, na comparação de produtos, na discussão de preços, processos de fabricação, condições de mercado, situação de vendas; despenderia tempo e dinheiro, em quantidades fantásticas, para poder ter contato com uma parcela dos produtores, dos intermediários, dos vendedores e eventuais grandes compradores de mercadorias, dentro de determinado ramo.

Pois, estas feiras permitem a reunião de tôdas estas pessoas num determinado período ensejando, assim, a tôdas

aquelas pessoas que ali se encontram — interessadas naquele ramo — uma fantástica economia de tempo e de dinheiro, que permite a realização de progressos que, de outra forma, somente poderiam ser obtidos a um custo financeiro fantástico e a um dispêndio de tempo correspondente a muitos anos.

Sem que se compreenda isto e sem que se coloque como pano de fundo estas considerações — em tórno da realidade substancial que interessa ter em conta para a solução do problema — dificilmente se encontraria uma correta explicação para as peculiaridades dêste tipo de negócio e suas implicações tributárias.

É importante considerar estas condições, exigidas pelo nosso adiantamento mercadológico, para que se não confunda estas feiras com certos empreendimentos governamentais — que conhecemos no passado — e que tinham mais uma finalidade de educação da opinião pública, propaganda de uma determinada administração pública ou mesmo cultivo de um certo espírito cívico; estas feiras são eminentemente dirigidas a catalizar as fôrças que fazem da mecânica capitalista moderna ser o que efetivamente é.

Quem não compreender tudo isto não pode penetrar no significado dos “convites” que a organizadora da feira expede e dá para que os locatários-expositores distribuam aos interessados que ali não vão, absolutamente, procurar lazer, entretenimento, folguedo, relaxamento e outras formas de expressão do que se convencionou qualificar como diversão pública.

### **Impôsto sôbre venda de bens imateriais.**

É pacífico, indiscutível e tranqüilo na doutrina, assim como na jurisprudência que o impôsto sôbre serviços se distingue do impôsto sôbre circulação de mercadorias, porque aquêle incide sôbre a venda de bens imateriais, enquan-

to o impôsto sôbre circulação de mercadorias incide sôbre a venda de bens materiais.

Na verdade, ambos são impostos sôbre circulação, assim classificados pela quase unanimidade da doutrina.

Efetivamente, o capítulo IV do livro I do código tributário nacional, sob a rubrica “impostos sôbre a produção e a circulação”, trata, além do i.p.i e do i.c.m. do impôsto municipal sôbre serviços.

Esta classificação legislativa (contida na lei complementar prevista pelo § 1.º do art. 18 da Constituição, norma geral de direito tributário) corresponde à convicção doutrinária do principal autor de seu ante-projeto, o prof. RUBENS GOMES DE SOUSA.

De idêntica opinião compartilham GILBERTO DE ULHOA CANTO, GERSON AUGUSTO DA SILVA, SEBASTIÃO SANTANA E SILVA e MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN, membros da comissão que elaborou o ante-projeto da emenda constitucional n.º 18 e o economista OCTÁVIO BULHÕES que o subscreveu. A emenda 18 também classifica êste impôsto como “sôbre circulação” (art. 15), dispondo sôbre providências para assegurar a distinção entre êle e o i.c.m. (parágrafo único do art. 15),

Ora, se em qualquer hipótese, a venda está colocada como elemento central e nuclear da hipótese de incidência (fato gerador), não há como entender-se que o que seja gratuito possa também ser tributado.

Mas a interpretação que ao decreto municipal n.º 6.979 de 20 de abril de 1967 (que regulamenta as disposições legais relativas ao impôsto sôbre serviços de qualquer natureza), no seu art. 13, dão as autoridades fiscais, no presente momento, resulta de entendimento inteiramente esdrúxulo e violatório das próprias disposições nele contidas.

Efetivamente, êsse art. 13 determina que a base de cálculo do impôsto “é o *custo* ou *valor* de cada entrada ou admissão ao jôgo ou diversão pública”.

Ora, se está visto que o negócio da consulente consiste em locar espaço aos expositores não se vê como atribuir qualquer *custo* aos convites gratuitos de sua emissão.

Na verdade, o “convite” não tem nem custo, nem valor, precisamente por ser gratuito. Para efeito tributário, o convite é entidade inexistente.

A prevalecer a disposição do art. 21 dêsse decreto regulamentar — que estabelece que “as entradas de favor ficam também sujeitas ao impôsto” — no nosso caso, estaríamos nitidamente diante de um impôsto que deixaria de ser sôbre a circulação dos bens imateriais, para se transformar em impôsto sôbre o espetáculo ou sôbre uma coisa determinada, independentemente da natureza econômica da relação que se estabelecesse entre ela e os eventuais espectadores.

Se não há venda do direito à participação ou assistência ao espetáculo, não há como imaginar-se a aplicabilidade do referido artigo.

É assente e indiscutível que o impôsto sôbre serviços incide sôbre a circulação de bens imateriais, enquanto o i.c.m. incide sôbre a circulação de bens materiais.

Ora, a legislação do i.c.m. permite, perfeitamente, a distribuição por qualquer industrial ou comerciante de brindes a seus clientes desde que se comprove, perante o fisco, que se trata efetivamente de brinde, sem absolutamente pagamento do i.c.m.

É que, na verdade, não há incidência do tributo *quando não haja conteúdo econômico na circulação daquele bem* que, porisso, já não se classifica como mercadoria.

Não se pode vislumbrar qualquer razão que permita ao fisco municipal dar tratamento diverso a um caso que tem semelhança com aquêle dos brindes não sujeitos ao i.c.m., para a hipótese de convites gratuitos que, em se tratando de bens imateriais, corresponderiam perfeitamente ao “brinde” dos bens materiais.

### **O teto legal superior ao impôsto sôbre serviços.**

É preciso que fique bem claro que não pode o fisco municipal tributar “convites” sem nenhum conteúdo econômico (porque gratuitos).

Se ocorrer esta tributação, o que efetivamente será onerado, não mais será o “bilhete de acesso à feira”, mas a própria feira, que, como negócio, economicamente, tem por essência a locação de espaço em imóvel.

Ora, a “locação de espaço em bem imóvel”, prevista como serviço tributável, pelo ato complementar n.º 34 (alteração 7.ª ao art. 71 do c.t.n.), foi suprimida da lista de serviços tributáveis vigente (dec.-lei 834).

Em consequência, não pode mais sofrer tributação alguma. Foi excluído o poder tributário do Município relativamente a esta atividade. Onerá-la, indiretamente, como pretende fazê-lo agora o fisco paulistano, importa fraudar a lei complementar prevista no item II do art. 24 da Carta Constitucional (dec.-lei 834, cuja enumeração de serviços é taxativa) e, via de consequência, infringir a própria Carta Magna.

Mas, o resultado da interpretação sistemática do item 28, “b” da lista de serviços do dec.-lei 834, em harmonia com o mandamento do art. 9.º é muito claro.

Tributa-se:

“28. Diversões públicas.

.. . . . .

b) exposições com cobrança de ingressos”.

O critério da tributação é:

“art. 9.º — A base de cálculo do impôsto é o preço do serviço”.

O serviço, cujo preço é a base de cálculo, por força da lei, é o de diversões.

Este serviço é remunerado pelos bilhetes pagos e não pelos convites. Logo, a base de cálculo é dada pela receita total dos bilhetes pagos. Este é o “preço” do serviço. Outro critério não há para determiná-lo.

Dois argumentos impedem a tributação do convite gratuito:

a) a diversão só o é, verdadeiramente, para o público pagante;

b) só o pagamento a título de diversão pode determinar o preço do serviço.

Na verdade, o convite gratuito é inestimável. Não tem valor econômico determinável por critério algum, salvo a analogia, expressamente vedada pelo código tributário nacional (art. 108, § 1.º — “O emprêgo da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”).

Não há como fugir a êste dilema.

Outra forma que poderia a Municipalidade adotar para “tributar o preço do serviço de diversão” — como o quer e autoriza a lei complementar — seria obedecer à lei municipal (lei 6.989 de 20.XII.66, código tributário municipal) que, “para os efeitos dêste impôsto, considera (-se) preço do serviço a receita bruta a êle correspondente” (§ 1.º do art. 53).

Qual a receita bruta do serviço de diversões em que as feiras consistem?

Não integram esta importância — é óbvio — as receitas que a consulente realiza com locação do espaço (que não é “diversão”, nem serviço tributável).

A receita havida a título de diversão advém dos ingressos pagos. Os gratuitos não dão receita, exatamente porque não são pagos.

Pois a “receita bruta” da consulente, percebida a título de “serviço de diversão” é a resultante da soma de todos os ingressos pagos. Não há como fugir a tal conclusão.

Só os ingressos pagos concorrem para a “receita bruta” (a título de diversão), auferida pela consulente. Os convites, pela simples razão de que são gratuitos, não podem influir no montante daquela.

Pois o teto intransponível de 10% fixado pela lei superior (ato complementar n.º 34, art. 9.º, baseado no § 4.º do art. 24 da Carta Constitucional, que dispõe: “lei com-

plementar poderá fixar as alíquotas máximas do imposto de que trata o item II), há de ser calculado sobre essa receita.

**O Município, tributando os convites gratuitos, infringe este teto, incidindo em inconstitucionalidade.**

Efetivamente, se a venda de bilhetes rende, por hipótese 100, somada esta quantia à receita auferida com convites, que é igual a zero ( $= 0$ ), temos como receita bruta 100.

Ora, se a Municipalidade tributa só os bilhetes vendidos, no teto (10%) receberá 10.

Se tributar também os convites, receberá 10 mais “x”, violando o teto legal.

Essa é a razão pela qual a lei federal fixa, como base, o “preço” do serviço e estabelece que só os ingressos pagos são sujeitos a tributação.

Figuremos de forma mais objetiva o exemplo, para que fique bem claro.

Se a consulente vende 1.000 bilhetes a Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros) cada, realiza a renda bruta de Cr\$ 5.000,00.

Sobre esta receita bruta, a Prefeitura recebe Cr\$ 500,00 (10%, de acordo com o teto da lei complementar).

Se a Prefeitura tributa também 1.000 convites gratuitos, determinando seu valor por analogia ou qualquer outro meio, perceberá mais Cr\$ 500,00. No total, sobre uma receita bruta de Cr\$ 5.000,00, o tributo renderá Cr\$ 1.000,00, isto é, 20% da receita.

Ai está a flagrante infração do limite legal superior, que a Constituição proibiu.

Ai está a fraude manifesta à lei complementar, fraude esta que não pode ser tolerada e que será certamente reprovada pelo Poder Judiciário.

De todo o exposto se vê que por qualquer ângulo que se enfrente este problema, a conclusão é uma só: *É inconstitucional e ilegal a cobrança de impôsto sobre serviços sobre os convites gratuitos expedidos pela consulente para as suas feiras.*

### Hipótese de Incidência.

Discorrendo sobre a hipótese de incidência do impôsto sobre serviços, um dos mais especializados e competentes procuradores da Municipalidade de São Paulo, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES — o mais profundo conhecedor da matéria, na Prefeitura — sustentou:

“O i.c.m. grava a prestação de serviços. Prestar serviços (do latim: “præstare”, satisfação, prestação, pagamento; “servitium”, de “servus”, escravo, mais tarde atividade, trabalho) significa fornecer trabalho. Na prestação de serviços, uma das partes, mediante contraprestação ou remuneração, se obriga a efetivar trabalho a outra;” (parecer, *in Revista de Direito Público* n.º 16, pág. 164).

É de se perguntar — à vista de tão judiciosas quão corretas afirmações — em que consiste o trabalho, a atividade, o *serviço* da consulente?

É óbvio, é flagrante, é evidente: a consulente presta o serviço de locar espaço, para que os produtos dos locatários sejam expostos e possam ser vistos, examinados, analisados e comparados pelos convidados. A consulente “organiza” feiras, como condição de atração para a locação.

Pela “organização” paga impôsto sobre serviços, de acôrdo com o item 34 da tabela do dec.-lei 834.

Sobre os resultados da feira paga o impôsto de renda (já que “locação de espaço” não é mais serviço tributável).

Os convidados são pessoas interessadas ou envolvidas direta ou indiretamente no ramo de negócio a que a feira ou exposição se refere.

*Convidado* é quem vende, compra, produz, fornece ou financia mercadorias ou produtos, direta ou indiretamente ligados ao setor econômico, a que foi dedicada a feira, a que o convite corresponde.

Evidentemente, para cada exposição são convidados os interessados no setor pertinente.

E a distribuição dos convites não é feita só pela consulente, mas também pelos locatários-expositores, ou por sua indicação.

Logo, se a hipótese de incidência do tributo é a prestação de serviços, está visto — diante do exposto — que o serviço a que a consulente se dedica não é *vender* convites gratuitos e sem preço, mas locar espaço aos expositores.

Logo, a “prestação de serviço” tão bem conceituada por BERNARDO RIBEIRO DE MORAES consiste, *in casu*, na organização da feira (tributação da qual, neste estudo, não se cogitou), ou no oferecimento de diversão paga, ao “público em geral”.

Os convidados (portadores de convite) são alheios quer ao aspecto diversão e, porisso, não pagam para entrar nas feiras, quer ao aspecto organização que lhes não diz respeito.

Em consequência: só podem ser tidos como tributáveis os ingressos pagos e jamais os gratuitos, *cujá expedição não corresponde à hipótese da incidência do impôsto, como demonstrado.*

#### Exame sistemático do decreto-lei 834.

O decreto-lei 834, como dito, no item 28 da sua tabela anexa (lista de serviços), prevê a tributação de “exposições com cobrança de ingresso”.

No seu art. 9.º determina que a base de cálculo do impôsto é o preço do serviço.

O cotêjo destas duas disposições bem demonstra que as hipóteses de prestação gratuita de serviços, no caso, não podem ser tributadas.

Não só a tabela anexa faz referência não a “exposições” em geral, mas, somente àquelas onde haja cobrança de ingresso, como, por outro lado, o art. 9.º fixa a regra de que o *preço* é a base de cálculo.

Não havendo preço, não pode haver base de cálculo; não havendo cobrança não há incidência tributária.

Quer o exame isolado de qualquer dessas disposições, quer o exame conjunto e sistemático de ambas só pode conduzir a uma conclusão inequívoca, clara e inafastável: é intributável todo e qualquer convite gratuito, como aquêle em exame.

#### Base do impôsto.

O art. 9.º do decreto-lei 834 (norma geral de direito tributário) dispõe, àticamente e de forma lapidar, que “a base de cálculo do impôsto é o preço do serviço”.

Os três parágrafos dêsse artigo estabelecem disposições especiais referentes à base de cálculo, as quais, entretanto, somente são aplicáveis aos tipos de serviço expressamente enumerados. Dessa enumeração expressa não consta a do inciso 28 da lista de serviços anexa ao decreto-lei.

Desta forma, êste principio geral — de que a base de cálculo é o preço do serviço — prevalece inteiramente, sem qualquer possibilidade de exceção, para o caso em estudo.

Pois, como interpretar a disposição legal “in casu”? Como aplicar a disposição legal à hipótese em exame?

Não pode haver a menor dúvida quanto a que, se não foi traçada a regra do custo, ou a regra do valor, mas sim a regra do preço, e se não foi dito que a prestação gratuita do serviço também é paga, não vemos como fugir à conclusão forçosa e indiscutível de que serviço gratuito não está sujeito à tributação.

Efetivamente, como determinar o preço do convite individual, se êle é fornecido graciosamente?

Se a idéia de convite exclui a idéia de preço, se estamos diante de autêntico e verídico convite, como conciliar isto com a noção de preço a que taxativamente faz referência o art. 9.º do decreto-lei 834?

Qual a concreta interpretação da disposição do art. 9.º, em exame?

A palavra vem de “pretium” do latim, que significa “avaliação pecuniária atribuída a uma coisa, isto é, o valor desta coisa determinado por uma soma em dinheiro”.

Porisso DE PLÁCIDO E SILVA, no seu excelente *Vocabulário Jurídico* (ed. Forense, 1963, vol. III, pág. 1.198), no verbete “preço”, sublinha que “nas vendas, é a quantia ou a soma pecuniária a ser *paga* pelo comprador. Nas locações é também a soma em dinheiro a ser *paga* pelo locatário”.

Parece-nos de evidência solar que a noção de preço há de, necessariamente, ser sempre associada à idéia de transação *com* conteúdo econômico, ou negócio jurídico oneroso. Não é lógico ou admissível que se empregue a expressão *preço* para negócios jurídicos gratuitos.

Se destas hipóteses também quisesse cuidar a lei, teria feito expressa referência a negócios ou transações, representados por bilhetes gratuitos ou graciosos, ou então, mantendo a redação do art. 9.º, teria empregado a expressão “valor” ou equivalente.

Assim não fazendo, excluiu peremptoriamente a possibilidade de compreensão, no seu mandamento, do caso de ingresso ou convite gratuito, como é aquêle objeto do estudo ora em desenvolvimento.

### **Emprego da Analogia no Direito Tributário.**

O decreto-lei federal 834 — que funciona, no caso, como norma geral de direito tributário — prevê a cobrança de

impôsto de serviços sôbre diversões públicas que, especificamente para o caso, se consubstancia no item 28 da tabela anexa (lista de serviços), sob a rubrica “b” que assim se redige:

“exposições com cobrança de ingresso”.

É lícito o emprêgo da analogia em direito tributário. Reconhece-o a disposição do art. 108 do código tributário nacional.

Entretanto, êste alto diploma legal estabelece expressamente uma salutar regra, de acôrdo, aliás, como os princípios científicos consagrados pela doutrina e prestigiados pela jurisprudência.

Efetivamente, a disposição do § 1.º dêsse art. 108 é peremptória, ao fixar que “o emprêgo da analogia não poderá resultar na exigência do tributo não previsto em lei”.

Se a lei federal foi absolutamente categórica, clara e expressa em admitir a cobrança do impôsto sôbre serviços sôbre exposições “*com* cobrança” de ingresso, não seria lícito à lei municipal ampliar esta previsão para exposições “*sem* cobrança” de ingresso.

Não é lícito, no caso, recorrer-se a qualquer tipo de analogia, para admitir a ampliação da hipótese legal.

Se o ingresso *sem* cobrança, para o fisco municipal é semelhante ao ingresso *com* cobrança, nenhuma consequência isto pode ter que importe na criação de obrigação tributária onde ela não seja legitimamente prevista pela lei.

Talvez fôsse admissível o recurso à analogia, se a lei federal falasse em exposições, sem o estabelecimento de qualquer distinção.

Entretanto, como a lei federal é estrita e específica (só para os casos de cobrança) não vemos a menor possibilidade de incidência do tributo onde não haja cobrança.

Além, pois, do argumento do teto normativo superior (ato complementar 34, art. 9.º — 10%) e das conclusões

do exame sistemático do dec. lei 834, esta verificação hermenêutica obsta a pretensão do fisco paulistano, irremediavelmente.

### O preço como base de cálculo.

A legislação do i.p.i., tratando do cálculo do impôsto (lei 4.502 de 30/11/1964), fixou como critério geral e dominante na matéria — tanto que colocou o mandamento em primeiro lugar no capítulo — que “o impôsto será calculado mediante aplicação das alíquotas... sôbre o valor tributável” (art. 13).

Erigiu, pois — na terminologia técnica do direito tributário — o valor tributável em *base de cálculo* do impôsto.

Em seguida, estabeleceu os critérios para determinação desse valor, dispondo constituir-se êle “quanto aos produtos de fabricação nacional” (art. 14, II) no “preço da operação de que decorrer a saída”.

As operações jurídicas a que se refere o inciso II do art. 14 — as quais determinam o preço e, via de consequência, o valor tributável — são a venda, a consignação, a comissão etc.

Pois, o preço destas operações é o valor tributável, levado em consideração pela lei.

Entretanto, esta mesma lei estabelece uma série de regras que impedem abusos e fraudes, de sorte a — obedecido o princípio da legalidade — fornecer critérios legais ao fisco, para determinação do valor tributável, sempre que êste preço não corresponda a uma realidade econômica objetiva.

Desta forma, tôda vez que se esteja diante de uma operação que não tenha preço, ou cujo preço não corresponda à realidade econômica, haverá critérios legais subsidiários a serem adotados para a determinação do valor tributável (v. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Introdução ao estudo do impôsto sôbre produtos industrializados*, in *Revista de Direito Público*, vol. 11, pág. 75).

Ora, a legislação municipal absolutamente não tem qualquer regra semelhante, nem fixa critérios para determinação do valor em casos que tais.

De uma maneira simplista e inteiramente arbitrária, o fisco vem preencher o vazio legal — como se constitucionalmente isto lhe fôsse lícito — e cobrar, sôbre os convites individuais, tributo, como se se tratasse de bilhete vendido.

A mesma coisa acontece relativamente à legislação do i.c.m. que trata, também, minuciosamente do problema do valor tributário, e sôbre que não vamos discorrer, por ocioso.

#### **Análise da legislação municipal.**

Do impôsto sôbre serviços cuida a lei municipal n.º 6.989, de 29.XII.66 (código tributário municipal).

O art. 53 desta lei dispõe que o impôsto sôbre serviços é exigido “na conformidade da tabela anexa” (“sôbre o custo ou valor do ingresso”), em contraste com o *preço*, fixado pela lei federal.

Ora, está visto que êste ingresso não custa nada ao seu portador. Demonstrado também está que não tem valor monetário.

Admitindo-se, para argumentar, que a lei federal ensinasse a cobrança de ingressos gratuitos, verifica-se do exame da lei municipal a ausência, ainda aqui, de qualquer base de cálculo para o referido impôsto.

A disposição do § 1.º do art. 53 define preço de serviço como “a receita bruta a êle correspondente”.

Ora, “receita” corresponde, em ciência das finanças e direito financeiro — tradicionalmente e de maneira inequívoca — a entrada de dinheiro, o que só pode acontecer quando haja venda econômica de alguma coisa, ou quando esta coisa tenha custado algo a quem a dá ou recebe.

A soma de todos os convites individuais não representa um tostão sequer de receita para a consulente.

Com fundamento, portanto, na disposição do § 1.º do art. 53 jamais se poderia pretender tributar os convites individuais gratuitos (“considera-se preço... a receita bruta...”).

Quanto ao § 2.º do referido art. 53 — que dispõe que “à falta de preço, será adotado o corrente na praça” parece que, manifestamente, não se pode aplicar ao caso, exatamente pela circunstância de estas feiras e promoções terem cada qual a sua peculiaridade e tôdas elas desconhecem, na própria praça, qualquer símile próximo ou remoto.

A disposição do § 3.º do art. 53 não fixa regra alguma, sobre base de cálculo, sendo que o mandamento do § 4.º dispõe sobre pauta fiscal, inteiramente inaplicável às diversões públicas, como expressamente estabelecido na própria lei, na conformidade do ato complementar n.º 34 (art. 9.º).

O § 5.º do art. 53 não fixa qualquer regra a respeito (diz que o montante do impôsto é parte do preço).

O decreto municipal 6.979, de 1967, pretendeu acrescentar ao art. 53 da lei municipal, em estudo, um § 6.º, dando critérios estimativos para determinação da base de cálculo à falta de preço.

Sabido que o decreto não pode inovar a ordem jurídica e ainda sabido que não pode ampliar ou estender os conceitos legais, não deve ser considerado (v. nosso *Decreto regulamentar no sistema brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 97, pág. 21).

Do exame da legislação municipal, se verifica a absoluta impossibilidade de qualquer tipo de interpretação que conduza a concluir pela tributabilidade dos convites individuais em estudo.

Não só seu exame sistemático exclui a tributação dos convites, como não há regra que defina base de cálculo idônea para o tipo de tributação de que ora se cuida.

**O fato gerador do impôsto de serviços sôbre diversões  
públicas, no caso presente.**

Examinando-se atentamente a legislação a respeito da matéria em estudo, verifica-se que a hipótese de incidência (fato gerador) do impôsto de serviços, neste caso, não é absolutamente a venda de bilhetes.

O bilhete fornecido pela consulente aos locatários de espaço — para ulterior distribuição às pessoas que lhe interessarem — não constitui hipótese de incidência de tributo nenhum.

O bilhete é mero documento fiscal de contrôle, exigido como dever acessório (por alguns designado obrigação acessória), pela legislação municipal, para a finalidade de controlar o número de pessoas que ingressa em recintos onde se desenvolvem atividades de diversão pública.

De maneira geral, a hipótese de incidência (fato gerador) do impôsto sôbre serviços, incidente sôbre diversões públicas é a *venda* da diversão pública ou espetáculo, ou ainda a venda de direito à participação ou assistência num espetáculo ou diversão pública.

Nenhuma dúvida pode haver quanto à interpretação correta da lei a respeito da matéria.

O bilhete é mero documento fiscal de contrôle, sem nenhuma outra finalidade ou significado.

A verdadeira hipótese de incidência dêste impôsto está na *venda* da diversão ou espetáculo.

Ora, é sabido que venda é um ato jurídico de natureza mercantil e que tem necessariamente um conteúdo econômico, sob pena de não se tratar de venda.

Desta consideração se vê que os “convites” — expedidos pela consulente ou pelas locatárias do espaço, por ela oferecido — são autênticos e verdadeiros convites.

Não se trata aí, absolutamente, de venda; não se cogita de negócio oneroso e jamais passaria pela cabeça de quem

quer que fôsse um pouco sensato admitir a idéia de que verificada esta mecânica, se pudesse assimilar êstes convites a qualquer documento expressivo de um contrato de venda de direito à assistência ou participação em espetáculos de diversão.

Se se trata efetivamente de um convite, de um autêntico convite, de um verdadeiro convite, de um inquestionável convite — de um ato jurídico de natureza inteiramente diversa do ato jurídico de venda — não há a menor possibilidade de se aplicar a legislação tributária que coloca a *venda* como hipótese de incidência do tributo.

Via de conseqüência, não há analogia ou forma de assimilação que — sem forçar a realidade — possa conduzir a entender como razoável ou aceitável a tributação do convite como se venda fôsse.

É de se repetir, aqui, observação já feita, oportunamente: a legislação municipal não acompanhou o desenvolvimento da vida econômica, para atentar para as realidades novas, que surgem no mundo jurídico, ou no seu substrato sócio-econômico.

Porisso, também não estranha muito que as autoridades aplicadoras da legislação não tenham tomado tento da diferença que a nova sistemática do impôsto sôbre serviços adotou, em nível de lei complementar.

### **Refutação da opinião oficial da prefeitura.**

A Municipalidade de São Paulo orientou-se pela autorizada opinião de um de seus mais competentes advogados e seu melhor especialista em direito tributário, o dr. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES.

Analisemos os principais tópicos de seu alentado parecer (publicado *in Revista de Direito Público* n.º 16), para verificar a procedência ou não de suas conclusões.

A despeito dos reconhecidos méritos do prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, seu afã de defender os cofres públicos — aliás louvável — desviou-o das conclusões naturais das próprias premissas, que, com acêrto, lançou.

Depois de estudar a fundo e com proficiência a hipótese de incidência do impôsto sôbre serviços, afirma que:

“sendo impôsto sôbre a circulação, podemos dizer que o i.m.s. grava a *venda* de certos bens imateriais (“serviços”)”.

Ora, em não havendo compra e venda, que poderia ser gravado?

Talvez o próprio serviço?

Assim não entende, acertadamente, o ilustre professor da Faculdade Paulista de Direito: efetivamente é êle categórico em afirmar:

“b) a base de cálculo do impôsto é o preço do serviço (dec.-lei 406/68, art. 9.º), *elemento inexistente* na fase de produção (— quando se obtém valores) mas que aparece na fase de circulação (quando se têm preços)”.

É a própria Municipalidade, pois, que sustenta só poder ser onerada a *venda* e jamais o serviço em si.

O parecer que ora analisamos é enfático em proclamar:

“... não têm razão certos autores que classificaram o i.m.s. como impôsto sôbre consumo de serviços”.

E insiste, com abundância de argumentação, que a hipótese de incidência (fato gerador) é a *circulação*, que se opera mediante compra e venda de serviços, o que só abona a tese que sustentamos.

Ao tratar da base de cálculo, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES — apoiado em CARVALHO DE MENDONÇA — sustenta “entender por preço a soma de dinheiro que o comprador paga ao vendedor, em troca da coisa adquirida”.

E deixa de se manifestar sôbre o caso de “doação” de serviço, onde não há preço...

E deixa o leitor sem conhecer seu pensamento relativamente à forma de calcular um consêrto gratuito, feito por um encanador; uma encadernação de livro, a título de homenagem; a montagem de uma máquina, a título de cortezia, por uma firma vendedora de aparelhos mecânicos; um serviço de corretagem feito por amizade etc.

Nem sequer nos permite saber se é orientação oficial a exigência de tributo em casos que tais...

Mas, não pode omitir-se de assinalar o que a doutrina deixa tão claro, relativamente ao conceito de preço: êste “se acha *ligado ao de venda*, no seu sentido econômico, isto é, como fonte de entradas financeiras”.

Do que se deduz que quando não haja venda — e, conseqüentemente, entrada financeira — não se pode falar em preço.

Tanto isso é verdade que nem o defensor do fisco municipal pôde eximir-se de dizer expressamente:

“O montante econômico a ser tributado pela Municipalidade é o preço do serviço, preço êsse que deve corresponder ao *efetivamente auferido* pela prestação de trabalho oferecida”.

E conclui:

“À sua falta, apura-se, arbitra-se ou estima-se tal preço” (*op. cit.*).

Ora, não é em todos os casos que tal arbitramento ou estimativa tem cabimento.

A norma geral de direito tributário (dec.-lei 834, que deu nova redação ao dec.-lei 406) restringe tal possibilidade aos casos expressos e exaustivamente enumerados nos §§ do art. 9.º que são:

- a) trabalho pessoal
- b) construção civil
- c) demolições
- d) e serviços prestados por sociedades.

Fora destes casos, incide a regra geral fixada na cabeça do art. 9.º, que estabelece, como base de cálculo, o *preço do serviço*. Em não havendo este, não há base de cálculo e, via de consequência, não há fato imponible.

Assim é que, nos melhores argumentos da maior autoridade no assunto (impôsto sôbre serviços) encontramos pleno apoio para reafirmar, confirmar e enfatizar:

*Não há incidência de impôsto sôbre serviços nos convites individuais que dão acesso às feiras realizadas pela consulente.*

#### Conclusões sintéticas.

Resumindo todo o exposto, podemos concluir afirmando:

1. para os “convidados”, a feira não é diversão pública;
2. para a consulente, sua organizadora, a feira não é diversão pública; o negócio da consulente não consiste em vender ingressos, mas em locar espaço aos expositores;
3. para a economia nacional a feira não é “local de diversão”, mas laboratório de marketing;
4. se o fato gerador é oferecer diversão pública, êle não ocorre nos casos de convite gratuito;

5. se a base de cálculo é o “preço” do bilhete não há obrigação tributária quando se trata de convite gratuito, sem preço, portanto;
6. o dec.-lei 834 só admite tributação de “exposições com cobrança de ingresso”; se estamos diante de caso em que parte dos ingressos é paga e parte é gratuita, só cabe tributação da parte paga;
7. tem razão o defensor da Prefeitura — dr. Bernardo Ribeiro de Moraes — quando afirma que “não pode interessar ao direito tributário” um desfile de escola de samba, para o qual nada se cobra;
8. tem também razão quando sustenta que só quando haja preço da diversão há incidência tributária;
9. as feiras têm como negócio central a locação de espaço aos expositores;
10. as feiras são voltadas aos convidados, que são convidados por razões comerciais;
11. o público admitido — para o qual as feiras são diversão — é marginal e acessório;
12. a “organização da feira” já é tributada mediante o impôsto de serviços;
13. a locação de espaço é tributada mediante o impôsto de renda;
14. a venda de ingressos, mediante o impôsto de serviços;
15. tributar também os convites gratuitos é abuso, inconstitucional e proibido;
16. tributar o “convite”, que não tem conteúdo econômico, é fraudar o teto de 10%, fixado pela lei complementar (dec.-lei 834) ao impôsto de serviços;
17. sim, porque a tributação deve obedecer ao critério da lei que considera preço do serviço a receita bruta da venda de ingressos; ora, esta receita é proveniente dos bilhetes pagos, que já são tributados no limite (no teto);

18. se se tributa também os bilhetes gratuitos, o resultado final é a tributação em percentagem, sôbre a receita bruta, superior à fixada como limite pelo ato complementar n.º 34;
19. se se tributa convite gratuito — sem conteúdo economico — que não suporta a tributação (que não pode sofrer incidência econômica) o que na verdade estar-se-á tributando será o negócio principal da feira, que é a locação de espaço, com invasão de área do impôsto de renda, que é federal;
20. se se tributa o convite — que não tem conteúdo econômico, por ser gratuito — na verdade o impôsto incide sôbre o negócio da feira, sôbre a própria essência do empreendimento, a locação de espaço aos expositores, que não pode mais ser tolerado, já que a lei complementar vigente (dec.-lei 834) retirou da lista de serviços tributáveis a locação de espaço em imóveis;
21. o convite não tem preço; como a lei exige que a base de cálculo seja o preço, o convite não pode ser tributado por falta de base de cálculo;
22. o convite nada custa ao seu portador, nem a ninguém; portanto, não há *custo* que possa servir de critério subsidiário de tributação (se esta fôsse possível);
23. a linguagem da lei complementar é restritiva, nos dois mandamentos que ao caso se referem: quando só menciona “exposições com cobrança de ingressos” e quando fixa como base de cálculo o “preço” do serviço e não o custo ou valor; ao intérprete não é lícito aplicar a lei como se ela não restringisse a incidência aos casos de “cobrança” e, portanto onde haja “preço”;
24. o próprio dr. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES enfatiza que o impôsto não incide sôbre o consumo de serviços, mas sim sôbre a venda (“que é quando

aparece o preço”); como no caso *sub examine* não há venda, não pode haver incidência tributária; como não há preço, não pode haver base de cálculo para a cobrança;

25. porisso o prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES sublinha que o preço “deve corresponder ao efetivamente auferido pela prestação de trabalho oferecida”; como, no caso em estudo, não há *efetiva* receita oriunda de convite, não há objeto sôbre que recair a tributação;

Tôdas estas conclusões sintéticas abonam nossa afirmação inicial no sentido de que *não pode haver incidência do impôsto sôbre serviços nos convites individuais, expedidos pela consulente, para suas feiras.*

É o meu parecer, s.m.j.

São Paulo, 23 de dezembro de 1970.

## Quando a Velha República era Nova...\*

*Cândido Motta Filho*

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

Quando a velha República era nova, tudo era novidade como agora, em nossos dias. As dificuldades, muitas e graves, dificuldades de toda espécie — econômicas, financeiras, religiosas, militares, políticas — eram transpostas com espírito de luta.

O sonho impresso no Manifesto Republicano de 1870 surgiu como um compromisso aceito, como um estímulo e como uma afirmativa de convicções.

A convicção vinha de longe, transmitida por muitas gerações, o estímulo era para a luta de um momento histórico em que, diante das desilusões da monarquia, se movimentava o inconformismo da mocidade acadêmica, aquela que se reunia nas academias de direito, de engenharia e nas academias militares.

Depois, envelheceu mais depressa do que se esperava, muito embora esse envelhecimento seja facilmente explicado nos países novos.

O regime, fundado com desassombro e com entusiasmo, não alcançou os sessenta anos. Quando, em 1930, recebeu

---

\*. Discurso lido pelo professor emérito Ernesto Leme, como representante do autor, na sessão comemorativa do centenário do manifesto republicano de 1870, realizada a 3 de dezembro de 1970, no salão nobre desta Faculdade.

atestado de morte, que aparecia na ponta das armas de uma revolução vitoriosa, — já tinha morrido ou, pelo menos, estava morre não morre. .

Em outubro de 1930, a resistência pessoal do Presidente Washington Luis, com seu pequeno revólver em punho e alguns companheiros, era a resistência de um homem, de grande bravura pessoal, mas não era de um regime.

Em tórno do Presidente Washington Luis tudo parecia certo e tóda lealdade induvidosa. Mas, na verdade, tudo aparecia como errado e tóda deslealdade justificada. Havia, nos possíveis êrros do govêrno, a mão vacilante de uma república deprimida por uma velhice precoce.

O sinal dessa velhice não foi bem percebido no momento. Nem mesmo para muitos que se opunham ao govêrno. Ninguém poderia atinar que o bacharel Rui Barbosa, quando divergia do coronel Pinheiro Machado, que comandava as hostes governamentais, no posto de general, que lhe fôra dado pelo Marechal Floriano Peixoto, estava pondo à mostra as insuficiências circulatórias da República!

É verdade que, ambos, eram bacharéis. Mas Rui Barbosa era um bacharel autêntico, um político com o espírito formado nas aspirações dos grandes centros de cultura; ao passo que Pinheiro Machado, residindo no morro da Graça, no Rio, — apesar de ter passado pela Faculdade de Direito de São Paulo, era um homem do interior, uma expressão nacional do coronelismo, que se fazia poder em todos os municípios e recantos do Brasil.

Num país, de cultura política de caráter epidérmico, onde a çonquista do poder e seu exercício se faziam sob o império das circunstâncias, a ordem civil era concertada no diálogo entre os bacharéis da cidade e os coronéis do interior.

Enquanto permaneceu a economia agrária, enquanto os interêsses nacionais se vinculavam aos interêsses dos fazendeiros, o diálogo é que pacificava o país, com uma ordem jurídica capaz de assegurar um mínimo de violência, numa tranqüilidade, mais ou menos generalizada.

O paternalismo monárquico também desapareceu assim. Houve também um momento em que a monarquia envelheceu. E tudo foi por água abaixo!...

O Imperador ficou sozinho em campo, uma vez que os partidos políticos existentes não passavam de “vinho da mesma pipa”. O sistema de circulação política propiciado pelos bacharéis e coronéis, deixara de funcionar .

Isso aconteceu ao aproximar-se de 1870. Para Oliveira Viana, foi mesmo, nessa data, que a moléstia mortal tomara conta da monarquia constitucional e representativa.

Dando as razões porque se fixava nessa data, êle sustenta que as encontrou num pequeno período que vai da queda do gabinete de Zacarias ao Manifesto Republicano de 1870.

Assim, nesse espaço de tempo, a monarquia começou a morrer. O poder pessoal do Imperador, tão rudemente atacado, era a última tentativa feita para salvar a monarquia. O sistema parlamentar já não existia. OLIVEIRA VIANA narra o acontecido: — “Logicamente, dada a situação unânimemente liberal da Câmara, demitido Zacarias, caberia a outro procer liberal organizar o novo Gabinete. Entretanto, o Imperador chamou Itaboraí — e o novo Gabinete, que apareceu deante da Câmara, — demitido Zacarias, caberia a um outro procer liberal, organizar o novo Gabinete, que apareceu, deante da Câmara unânimemente liberal, era unânimemente conservador” (*O ocaso do Império*, pg. 23).

O Manifesto Republicano foi, por isso tudo, pelo seu calor estimulante, um toque de reunir. Os clubes radicais transformaram-se em clubes republicanos. Os soldados que voltavam da guerra eram saudados como portadores de novas esperanças sociais e políticas.

O primeiro resultado concreto do Manifesto de 70 é a organização, sob base de disciplina do Partido Republicano de São Paulo, com a convenção de 1873, e na capital da província.

Entre muitos os monarquistas contudo e, mesmo no próprio Imperador havia a consciência de um perecimento.

VIVEIRO DE CASTRO dá o seu testemunho: — “Lembre-me de ter assistido, ainda muito menino, Satyro Faria pronunciar uma conferência, “cujo diapasão dará uma completa idéia, o seguinte trecho: — “o edificio social ameaça ruina: — ha saúva nos alicerces!” (*Contribuição à biografia de D. Pedro II*).

Muito mais tarde, EUCLÍDES DA CUNHA, em seu ensaio *Da Independência à República* fala num “regime teóricamente extinto e implicativo de novas transformações sociais”.

O Manifesto Republicano, do qual nasce, em 1873, o Partido Republicano, aproveitara de um artigo editorial de FRANCISCO OTAVIANO e JOAQUIM MANUEL DE MACEDO e outros que dirigiam o *Diário do Povo*. E transcreve o seguinte trecho: — “São gravíssimas as circunstâncias do país. No exterior arrasta-se uma guerra desastrada. No interior um espectáculo miserando. Fórmulas aparentes de um govêrno livre, última homenagem que a hipocrisia rende ainda à opinião do século: — grandes instituições políticas anuladas e a sua ordem constitucional substituída por um arbitrio disfarçado.”

A multiplicação de dificuldades, — a questão abolicionista, a questão religiosa, a questão militar; o fato de ter o Ministro Ouro Preto de ouvir, na Câmara, o padre João Manuel bradar “Viva a República!”; o episódio do Imperador ouvi as queixas do Marques de São Vicente para dizer que se o povo quisesse a República êle iria ser professor; a maneira pela qual Benjamin Constant recebe os officiaes chilenos do navio-escola “Almirante Cochrane” — tudo isso mostrava que a monarquia estava por um fio. Como diz José Maria Belo, — “à abolição em 1888 levára consigo o derradeiro sentido histórico do Império, de que a festa noturna aos chilenos na Ilha Fiscal é como o último fogo de artifício. ”

Acrescente-se 15 de novembro, data em que os fatos por mais contraditórios que sejam, — com o comportamento de Deodoro, com a atitude esquivada de Floriano em frente ao Visconde Ouro Preto, com a atividade dos chefes republicanos, entre êles Quintino Bocaiúva, Francisco Glicério e Aristides Lobo, — explicam a frase de Aristides Lobo: — “O povo assistiu, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava um dos principais corresponsáveis daquêle acontecimento. Muitos acreditavam sinceramente estar vendo uma parada. Era um fenomeno digno de ver-se”.

Raul Pompeia, guardou, em seu mundo emocional, o que seus olhos curiosos viram, quando da partida da família real para o exílio, deante de uma cidade tranqüila e de um céu tranqüilo.

Mas, apesar disso, não foi fácil a implantação da república federativa. A construção de uma nova ordem institucional é dramaticamente difícil. Ela provocou naturalmente divergências e contradições, que se fizeram sentir no seio da Constituinte de 1891, com um ante-projeto de Constituição, redigido pelo Conselheiro Rui Barbosa. Êsse ante-projeto resultara de três outros de uma comissão nomeada pelo Govêrno Provisório, no qual se fixou a autonomia originária dos Estados membros compondo a União soberana.

Na sessão de 16 de dezembro de 1890, Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, proclama que a Constituinte era a mais urgente das medidas financeiras e procura enfrentar a influência dos exaltados, dizendo: — “Grassa por ai, senhores, um apetite desordenado e doentio de federalismo, cuja expansão sem corretivo seria a perversão e a ruína da reforma federal.”

A República encontrava o país carregado de compromissos, aos quais se somava a carga de desconfianças geradas pela revolução. Os três poderes começam a funcionar por entre desentendimentos. Diante da atitude do Legislativo, Deodoro resolve dissolvê-lo e, depois, amargurado e

doente, deixa a Presidência da República. O govêrno de Floriano Peixoto é obrigado, em 1892, a enfrentar uma situação revolucionária.

Consegue, afinal, a República, um período de progresso e de relativa tranqüilidade, depois de ter dado motivo ao exílio de Rui Barbosa e a luta, sem tréguas, contra os adversários de Floriano, cuja atitude despertara, em torno dêle, uma aura de fanatismo.

Com Prudente de Moraes, vem a anistia e, com ela, um céu mais tranqüilo após nove anos de tormenta. A campanha de Canudos, colocada politicamente em seus devidos termos, não impede que a exaltação jacobinista arme o braço do assassino do Marechal Bittencourt, veterano da guerra do Paraguai, que assumira o Ministerio da Guerra.

O govêrno Campos Sales, com a política dos governadores, é o da reconstrução financeira, com a orientação deflacionista de Joaquim Murtinho. O de Rodrigues Alves é de orientação progressista, reclamando a votação do Codigo Civil, em nome da ordem jurídica, ampliando a política de penetração ferroviária e a transformação urbanística e sanitária da Capital Federal.

Mas, em meio a êsse progresso, que afastou o terrorismo da febre amarela, a tranqüilidade começou a ser desfeita. — Para repelir a deterioração política, o presidente Afonso Pena não só percorre o país de norte ao sul, como tenta implantar uma nova política na qual a atividade do Estado se apresentaria sempre que a atividade privada se mostrasse incapaz.

O Estado liberal, não intervencionista estava sendo chamado para intervir. O convênio de Taubaté, tentando a valorização cafeeira e a reforma tarifária, robustecendo a vida financeira delineava, realmente, um novo rumo, com apoio de homens cultos, como David Campista e Carlos Peixoto.

Quando se movimentavam os partidários da candidatura do Marechal Hermes para suceder Afonso Pena, em

contraposição, se vislumbrava uma tendência oficial para libertar o país dos costumes políticos que Pinheiro Machado se utilizava como fazedor de reis.

Ao empossar-se na Presidência da Câmara dos Deputados Federais, Carlos Peixoto procurou fazer sentir que se chegava a uma época de renovação. E ela deveria ser conduzida pela eleição de David Campista. Mas o que aconteceu foi a resistência da política imperante e, conseqüentemente, a debandada geral. A candidatura Hermes venceu, em marcha batida, apesar da campanha civilista de Rui Barbosa que prometia a renovação com o apôio dos governos da Bahia e de São Paulo e do Estado do Rio.

O sossôbro da tentativa de renovação, as pressões e os desenganos que recebeu e principalmente a morte de um filho, levaram Afonso Pena ao túmulo em 14 de junho de 1909.

A campanha de Rui denunciou ostensivamente o fim do diálogo entre os coronéis e bacharéis. O vencedor Pinheiro Machado, o chantecler dos escuros da República, tornou-se uma figura marcada como o responsável pela falsificação democrática em que o país vivia.

O Governo Hermes, que enfrentou a revolta da esquadra, os acontecimentos provocados pelos fanáticos sertanejos da região do Contestado, entre Santa Catarina e Paraná, aumentavam a desconfiança contra a chefia de Pinheiro Machado. Quando seu nome foi lembrado para Presidente da República, êle próprio sentiu que o seu prestígio estava abalado. Foi quando Venceslau Brás se elegeu à Presidência para o quadriênio de 1914-1918.

A situação do Brasil em frente à guerra mundial foi uma preocupação imposta ao govêrno da República, que facilitou a êle descartar-se da influência de Pinheiro Machado.

Geralmente, as guerras trazem consigo uma dose de fermento revolucionário. A guerra de 1914, por ser uma guerra mundial, trazia consigo fermentos revolucionários que atingiam quase todos os povos livres.

Findo o governo Venceslau Brás, dentro dessa enorme preocupação, lembrou-se o nome do Conselheiro Rodrigues Alves para sucedê-lo, uma vez que êle se mostrara com estatura de um estadista nas horas solares do regime. Mas, Rodrigues Alves faleceu, abrindo-se, novamente, o problema da sucessão.

Pinheiro Machado morrera assassinado, depois que um deputado de Pernambuco apresentou à Câmara dos Deputados, numa brincadeira de mau gosto, projeto que se resumia num único artigo: — “Elimine-se o general Pinheiro Machado”.

Rui Barbosa, que era amigo e adversário de Pinheiro Machado sentiu-se profundamente abalado com essa morte, que, afinal, desfazia, o quadro em que êle vivia.

Antonio Joaquim da Costa, que viveu na intimidade de Rui, em seu depoimento sôbre o acontecido, descreve Rui nervoso e trêmulo, com as faces úmidas, onde corriam as lágrimas.

O governo Epiácio Pessoa procura um novo equilíbrio e não o encontra. Vive numa fase política tipicamente revolucionária. Enquanto já não mais se repele o intervencionismo do Estado, que vai em socorro do café, cresce, em forma agressiva, a oposição ao govêrno.

Em 5 de julho de 1922, noticiava-se o levante de protesto contra a prisão do Marechal Hermes da Fonsêca. O episódio do forte de Copacabana foi uma vitória dos vencidos, num fracasso revolucionário.

Em 1922, reuniu-se, em São Paulo, a Semana de Arte Moderna, na qual, pela repulsa ao convencionalismo da mediocridade artística existente, se fazia sentir, no plano da cultura, o aparecimento de uma consciêcia revolucionária.

Depois da Semana de Arte Moderna, segue-se, entre escritores e jornalistas, um período de procura, de crítica e de projetos de renovação política. Enquanto o Presidente Washington Luis tenta enfrentar a maior crise do café,

juntam-se os intelectuais num esforço para enfrentar os problemas fundamentais do Brasil.

Paulo Prado, um dos responsáveis pela Semana de Arte Moderna, não só anima os jovens, como, êle próprio ingressa no movimento da redescoberta do Brasil, partindo, como queria Oswald de Andrade, do marco zéro.

Paulo Prado, que vinha da aristocracia cafeeira de São Paulo, escreve, em 1925, *Paulistica*, onde se lê esta desalentadora denúncia política, destinada a pôr em brios a mocidade revolucionária: — “Tôda a história política de São Paulo, a partir do nefasto século XVIII de capitania independente, é um lamentável quadro do que é a decadência da liberdade nos povos tranquilos, humildes e respeitosos. Terra da unanimidade, exclamou Martim Francisco, num assomo de indignação andradina.”

“Unanimidade e adesismo — tem sido ha mais de um século o traço saliente do sentimento politico paulista, para quem o estuda como um fenomeno histórico, de raizes fundas e misteriosas. Desde a independência, a opinião pública de São Paulo, ou o que melhor nome tenha, — corre pressurosa atrás do vencedor, que ela despresava momentos antes da vitoria.” E termina as páginas preambulares com estas palavras: — “Já se disse que uma nação é um plebiscito continuado dia a dia. Sem o amor às coisas publicas, os agrupamentos gregários de milhões de cabeças, não possuem a vontade de convivência e coesão, que são os caracteres fundamentais do estado nacional.”

Entre 1926 e 1928, escreve o *Retrato do Brasil*, onde repete a acusação, depois de mostrar o mundo entregue a uma revolução: — “Em meio dêsse cataclismo em preparo, que papél caberá ao Brasil? O da mais completa ignorância do que se passa pelo mundo a fóra. Dorme o sono colonial. Ainda acredita no embalo dos discursadores, na teoria dos doutrinários e na enganadora segurança dos que monopolisaram, pela fraquesa dos indecisos, as posições de domínio e de proveito.”

Ao lado de Paulo Prado está Graça Aranha. O autor de *Canaan* sustenta que o movimento modernista devia ser um movimento de renovação radical dos valores políticos. Em seu romance *A viagem maravilhosa*, a revolução, com todos os seus contornos, aparece como uma esperança.

Um dos personagens do romance segue o mesmo raciocínio de Paulo Prado, ao descrever os quadros políticos do país e o comportamento de suas elites: — “O que predomina, diz êle, é a ausência de responsabilidade. Ninguém se julga responsável diante de si mesmo ou da opinião pública. Dai, uma absoluta ausência de escrúpulos, a conquista do dinheiro, das posições, de govêrno.”

Graça Aranha, cujo inconformismo nascera quando ainda estudante, no Recife, viu agravar-se a situação da república no govêrno Epiácio Pessôa. O governo Bernardes era a República perdendo suas últimas resistências. Chegou a conspirar e foi preso porque êle via que se multiplicavam os casos políticos com soluções inúteis, além de movimentos revolucionários como o que eclodira em São Paulo, em 1924, e como a revolta do couraçado São Paulo, A coluna Prestes, da qual faziam parte os revolucionários de São Paulo, cortava, de cá pra lá, o sertão brasileiro.

O próprio govêrno Bernardes começou a perceber que havia algo de errado na estrutura constitucional do país, que punha em dúvida a autoridade constituída. Por isso, promoveu, em 1926, a reforma constitucional, reforçando o poder federal e procurando, como disse o deputado Herculano de Freitas na Câmara, por têrmo no conflito entre os poderes.

Ao aproximar-se de 1930, podia-se verificar, sem maiores esforços, que a juventude estudiosa, voltava-se para os problemas do Brasil, de sua geografia, de seu processo populacional, de seu comportamento social e político. Os livros prediletos eram, por êsse tempo, além de Paulo Prado e Graça Aranha, os de Alberto Torres, de Capistrano de Abreu, de Tavares Bastos, de Teodoro Sampaio e de tantos outros. As correntes ideológicas já tinham transposto

as fronteiras do país. Sob a inspiração de Graça Aranha, saía, em 1928, sob a direção de Renato de Almeida, a revista *Movimento Brasileiro*, que se consagrava inteiramente aos novos temas.

Depois das dissensões em torno das candidaturas de Júlio Prestes e de Getúlio Vargas, “a revolução contra o governo Washington Luís preparava-se abertamente em todo país. Quando em outubro a revolução eclodiu, Graça Aranha, emocionadíssimo, sofre seu primeiro ataque de angina de peito e sob essa emoção chega a escrever o *Canto do revolucionário*.”

O Manifesto Republicano de 1870 não podia ser mais escutado, numa época em que, ao lado do comunismo e do fascismo, novas forças sociais conquistavam a vida política de todos os povos cultos. Em 1919, como paraninfo da turma dêsse ano, Herculano de Freitas, figura de pród do Partido Republicano, avisava aos moços: — “Facilmente se reconhece que a sociedade está atacada de dois generos contrários de loucura coletiva: — A loucura da riqueza pelos negócios; a loucura da destruição pela anarquia.”

Tudo aquilo que se dizia e se fazia na velha República, quando ela era nova, emudecera, para se ouvir o clamor das reivindicações e dos protestos, os gritos de guerra e de revolta, enfim, os tormentos do nascimento de uma nova era.

A velha República fizera o seu papel. Morria a olhos vistos, num palco onde ela não podia mais respirar. O pano de boca descia e o público deixava o teatro sem bater palmas, porque suas mãos se preparavam para novas lutas.

# O Manifesto de 1870 e os Paulistas.

*Aureliano Leite*

Presidente do Instituto Histórico e Geográfico  
de São Paulo.

O papel dos Paulistas na manifestação do ideal republicano remonta às priscas eras de 1788, à Inconfidência Mineira, com a participação nesse acontecimento de dois filhos da velha Taubaté, o padre Carlos Corrêa de Toledo Piza e seu irmão, o sargento-mor Luís Vaz de Toledo Piza.

Todos sabem qual foi o objetivo dêsses denodados visionários entre os quais se distinguiram intelectuais do alto coturno de Tomás Gonzaga, Claudio Manuel da Costa, de sangue paulista, e Alvarenga Peixoto e sua mulher Barbara Eliodora, neta de paulista, senhores que já eram dos conceitos ingleses e franceses acerca da democracia e república liberal. Queriam um regime igual ao dos Estados Unidos da America, com a abolição da escravatura negra e uma universidade.

Após muitas décadas, já na tradicional Academia de Direito do Largo de São Francisco, vez por outra, surgia uma voz lembrando que o Brasil constituía em tôda a America a única monarquia.

Antes de 1863, Paulo Eiró compunha o seu *Sangue Limpo* publicado nesse ano pela Tipografia Literaria da Paulicéia,

---

\*. Discurso proferido na sessão comemorativa do centenário do manifesto republicano de 1870, realizada no salão nobre desta Faculdade a 3 de dezembro de 1970.

onde se entrevê a idéia republicana. Mas onde ela aparece de corpo inteiro é no poema *Verdades e Mentiras*:

*“Morrer pudera, então em terra livre,  
Sob um poder que só do povo emana,  
Santo desígnio que as nações meditam,  
Elo final da liberdade Humana!  
Porém, passam-se dias, voltam anos,  
E sempre tronos, sempre soberanos!”*

Narra ALMEIDA NOGUEIRA (vol. II de *Trads. e Reminiscências*) aquele caso do estudante Martinico Prado, irmão do futuro conselheiro Antonio Prado, que quase arrebentou com certa Sociedade Secreta Brasileira, destinada a apoiar a Monarquia. Aconteceu que, sendo esse estudante incumbido da redação de um memorial histórico e crítico sobre o movimento político nacional, apresentou um trabalho ardentemente republicano.

Manifestações dêsse tipo ocorreram várias em S. Paulo, antes de 1870.

A célebre recepção, pelos jovens da Academia e o povo, em agôsto de 1868, a José Bonifacio, preclaro senador imperial, ao regressar da Côrte, vitoriosa a sua moção contra o nôvo ministério presidido pelo Visconde de Itaboraí, prova o estado de espirito da Província, a sua inclinação para outro regime.

O neto do Patriarca, ao mesmo tempo seu sobrinho, concluíra a sua Moção de 17 de julho com o candente período:

“Amiga sincera do sistema representativo e da Monarquia Constitucional, a Camara lamenta este fato singular, não tem e não pode ter confiança no governo”.

Entre os estudantes que apoiaram a promoção do senador de São Paulo, figuram Castro Alves, Afonso Pena, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, Rodrigues Alves e outros.

Mas o Manifesto Republicano de 1870, cuja redação se atribui a Quintino Bocaiuva, foi sem dúvida o aconteci-

mento político que provocou entre os paulistas um movimento contínuo, efetivo e conclusivo, pelo ideal republicano.

Em longo artigo estampado em *O Estado de S. Paulo*, o jornalista Paulo Pestana, da família ilustre de Francisco Rangel Pestana, evocando o primeiro cinquentenário do histórico manifesto, quando ainda existia um único de seus subscritores — o tribuno, Lopes Trovão, reproduz pormenores que rodearam o lançamento desse documento, talvez pouco conhecidos, embora devam constar de publicação de autoria do engenheiro militar capitão Miguel Vieira Ferreira.

Reproduzamos alguns desses interessantes pormenores:

“Em fins do ano de 1870, partia do Maranhão, sua terra natal, o engenheiro militar dr. Miguel Vieira Ferreira, com a disposição de iniciar no Rio de Janeiro a propaganda das idéias republicanas. Ao passar por Pernambuco, lembrou-se de pedir a opinião de Borges da Fonseca, antigo revolucionário de 1848 e celebre redator do *Republico*, a respeito dos projetos que trazia. Foi vê-lo e ouvi-lo. O velho democrata lhe falou com esta rude franqueza, que o mesmo engenheiro consignou num pequeno folheto publicado em 1889:

“Não se fie em quem já estiver com a cabeça branca como eu: é gente toda estragada pela monarquia, é gente podre. Mesmo na mocidade a corrupção é grande. No entanto, há na Côte dois moços, Francisco Rangel Pestana e Henrique Limpo de Abreu, redatores do “Correio Nacional” Esses dois moços eu os tenho por sinceros; são republicanos e não me parecem corrompidos; procure-os”.

“Parti para o Rio de Janeiro — narra ainda o dr. Miguel Vieira Ferreira — e aí chegando, logo o “Correio Nacional” deu uma notícia honrosa da minha chegada. Soube que este artigo fôra oferecido à redação por um colaborador, carater muito nobre e elevado da nossa sociedade. O artigo e o ardente desejo que eu tinha de conhecer pessoalmente

esses dois moços, únicos em quem Borges da Fonseca confiava, e de quem muito esperava, fez-me logo procurá-los em seu escritório de advocacia e redação. Em companhia de meu irmão dr. Luiz Vieira Ferreira, fiz-lhes conhecer o fim da minha visita e o conceito em que os tinha Borges da Fonseca. Apresentei-lhes a idéia de formar-se um “Clube Republicano” e de criar-se o partido com uma folha que se chamasse “Republica”, e tudo feito ostensivamente, quaisquer que fossem as consequências. Eles asseguraram-me ser esse o seu modo de pensar e de alguns outros radicais, mas que eram tão poucos e que tudo se achava tão corrompido, que não pensavam ser possível encontrar mesmo um pequeno numero de individuos que tivesse a coragem de congregar-se e trabalhar às claras. Disse-lhes ser conveniente experimentar e que por nosso lado, com esse projeto eu tinha vindo e estávamos ambos dispostos a correr todos os perigos; que nós correríamos de bom grado o risco de “cabeça” Eles ficaram de pensar sobre o assunto e separamo-nos.

Poucos dias depois, em nosso escritório, à rua da Alfandega, esquina da rua dos Ourives, recebemos, de um desconhecido nosso, um cartão convidando para uma reunião republicana que em dia ali fixado, ia celebrar-se ao anoitecer, em uma sala à rua do Ouvidor. O cartão dizia: “Club Republicano”. Ficamos muito satisfeitos, e perguntamos ao portador o seu nome e de quem partiu aquele convite. Respondeu-nos: “Chamo-me João de Almeida e o convite vem do escritório de Limpo de Abreu e Rangel Pestana. Peço-lhe discreção, porque eles não querem que se saiba quem fez o convite”. Guardamos este segredo até agora, tempo em que é honroso dizê-lo”.

Acrescenta Paulo Pestana ao relato de Miguel Ferreira:

“Ao que ouvimos de Rangel Pestana, que confirmava a narrativa, ele e seu estimado amigo Limpo de Abreu, ambos unidos por solida amizade desde os bancos academicos, aventurando-se a essa empresa, receavam não fosse

o convite bem aceito pela maioria dos convidados. Iludiram-se. O ideal republicano, avivado pela queda de Napoleão III, em França, a 15 de julho de 1869, já havia conquistado adeptos numerosos e suficientes para formar-se um partido vigoroso”.

“A 3 de novembro de 1870, à hora marcada, compareceram ao local designado à rua do Ouvidor n.º 29, cerca de trinta pessoas, entre as quais algumas de real prestigio politico, quase todas figuras do liberalismo extremado. O dr. Pedro Ferreira Vianna foi o primeiro a falar, expondo o fim da reunião. Organizou-se a mesa, em seguida, cabendo a presidencia ao dr. Chiristiano Benedito Otoni e ficando como um dos secretarios o dr. Lafayette Rodrigues Pereira, conforme consta da ata. Levantou-se logo a questão preliminar da denominação de “Republicano” para o clube e de “Republica” para a folha. Opinando a respeito, o conselheiro Lafayette, jornalista liberal e posteriormente ministro do imperador, pronunciou-se contra essas denominações, preferindo outros nomes que não despertassem a atenção da policia; mas estendia que à sorrelfa, se devia trabalhar pela República. Ardoroso, Miguel Vieira Ferreira combateu com veemencia semelhante sugestão, reputando-a menos digna e abaixo de um partido reformador”.

“Se não houvesse coragem para dizer a palavra “Republica”, muito menos haverá para proclamá-la.”

Diversos assistentes, como Bittencourt Sampaio, Aristides Lobo e Bandeira Gouvêa, aplaudem tais considerações e, por votação, foram adotadas aquelas denominações. Vendo na assistencia militares — o capitão dr. Luiz Vieira Ferreira, o capitão de fragata Costa Azevedo e o major Floriano Peixoto — o dr. Rangel Pestana levantou-se e lembrou que em vista da resolução anterior, eles iriam cortar sua carreira e talvez sofrer perseguições. Propunha, portanto, se lhes concedesse liberdade para se retirarem, embora continuassem fiéis às suas convicções.

Num belo impulso de civismo o dr. Luiz Vieira Ferreira, capitão de Estado-Maior de Classe, declarou pôr a

Patria acima de seus proprios interesses e dos da monarchia; e por esse motivo, assinaria o manifesto republicano que ia ser elaborado e acompanhava o partido nascente em todos os seus movimentos. Acrescentou que, no dia que assinasse o manifesto, com a mesma pena assinaria o seu pedido de demissão do serviço do Exercito, o que fêz.

Intervindo no debate, o capitão-de-fragata Costa Azevedo, depois Almirante Barão do Ladário e ultimo ministro da Marinha da Monarquia, exprimiu-se com extrema animação: “Vim a esta reunião — disse — para julgar do que se tratava e ao que se chegaria. Os meus sentimentos de liberdade e patriotismo são muito conhecidos, e em tempo serão comprovados: mas eu tenho esta farda que não estou disposto a deixar e entendo que, trazendo-a, nem devo subscrever o manifesto, nem frequentar estas reuniões. Peço, pois, permissão para retirar-me desde já.”

Entre os que também se retiraram estavam o dr. Tavares Bastos, o extremado liberal de “A Província”, e o dr. Urbano Sabino Pessoa de Mello, um dos “praieiros” de Pernambuco, em 1848. Riscando suas assinaturas das listas dos fundadores do clube, declararam que “eram radicais, mas não republicanos, por ora”.

“Realizadas outras reuniões, efetuou-se a 30 de novembro aquella em que se aprovou e assinou o manifesto do nôvo partido. Para elaborá-lo, foi escolhida uma comissão de quatro membros: Saldanha Marinho, Aristides Lôbo, Quintino Bocaiuva e Flávio Farnese. Redigiu-o no escritório do primeiro a pena elegante e primorosa de Quintino, recém-chegado do Rio da Prata, donde voltava entusiasmado com os incipientes progressos argentinos. Alguns tópicos foram evidentemente inspirados por Saldanha, pois repetem argumentos dêste na brochura “A Política do Rei”, publicada anos antes.”

Parece-nos curioso lembrar que nenhum paulista, a não serem dois estudantes de Medicina, na Côrte, Antonio de Souza Campos, de Campinas, e Augusto Cesar de Mi-

randa Azevedo, de Sorocaba, assinaram o manifesto. F. R. Pestana e seu irmão Emílio, também subscritores do histórico documento, não eram paulistas e então residiam na Côrte.

Afinal, o lançamento aos 3 de dezembro de 1870. Pregava a Republica e a Federação. Já em começos de novembro abria-se ali o primeiro Clube Republicano, presidido pelo mineiro Christiano Otoni. O diário “A Republica”, dado então à luz da publicidade, estampou-o na íntegra, com tôdas as suas 58 assinaturas. Tudo às barbas venerandas do Imperador.

O órgão “A Republica” resultou da fusão de três fôlhas que sustentavam a propaganda radical: *O Correio Nacional*, redigido por Limpo de Abreu e F. Rangel Pestana; *A Opinião Liberal*, fundada por êstes dois jornalistas e transferida a Godoy de Vasconcelos; e o *O Radical Acadêmico*, redigido por estudantes de Medicina, entre êles Miranda Azevedo, Ramiro Barcelos e Lopes Trovão.

A imperial São Paulo começou a agitar-se. O Interior, também, não tardou. Fundam-se jornais republicanos, aqui, acolá. Os clubes radicais transformam-se em clubes republicanos. Cabe à cidade de Amparo a fundação do primeiro, dezessete dias depois do Manifesto. É que ali agia um grupo de figuras dinamicas, chefiadas pelo mineiro Bernardino de Campos, que, no regime de 89, apenas não alcançaria o seu maior pôsto.

Mas cabe a Piracicaba, ainda cidade da Constituição, o primeiro apoio ostensivo àquela memorável proclamação do irmão mais velho de Prudente, o futuro senador Manuel de Moraes Barros, e outras figuras importantes da chamada “Noíva da Colina.” Prudente, só aos 1876 aderiria ao movimento pela Republica.

O professor Américo Brasiliense, Campos Sales, Bernardino, seu irmão Américo e outros tomam a frente dos trabalhos de propaganda.

Contudo, só um ano e quarenta e cinco dias depois da histórica iniciativa carioca realiza-se na casa de Américo

Brasiliense, na Capital, uma importante reunião para deliberar sobre as atividades em preparo, inclusive sobre o primeiro conclave a reunir-se na fidelíssima Itu.

Brasiliense era o mais categorizado da equipe paulista, pela idade e pelas altas funções desempenhadas dentro da comunhão liberal — deputado provincial e geral e presidente de duas províncias: Rio de Janeiro e Paraíba, além de professor de Direito.

Teve-se o cuidado, nessa primeira convocação dos cor-religionários, assinada em primeiro lugar por Américo Brasiliense, de declarar que os republicanos não pensavam, por enquanto, em pleitear a abolição da escravatura.

Finalmente, aos 18 de abril de 1873, inaugurava-se a Convenção projetada, que seria presidida por João Tibiriçá Piratininga, das mais idosas figuras da falange e que não chegaria a ver a Republica, pois faleceria em 1888.

Da localização do conclave em Itu, que pouco representa na propaganda do novo regime, procede o equívoco de alguns escritores, como Afonso Taunay e José Maria dos Santos, chamarem a velha cidade — *Méca da Republica*. Ora, não existe razão para tal. Itu foi escolhida principalmente para aproveitar os festejos da inauguração da Linha Ferrea Ituana e por ser mais acessiva aos convenções, em maior numero, daquela zona.

Quem pela primeira vez usou do apelido parece que foi o medico baiano Manuel Vitorino, futuro companheiro na chefia do governo de Prudente de Moraes. E ele applicou-o com tôda razão a Campinas. Pertence à culta cidade esse título, pois ela foi por muito tempo o maior centro republicano da Província, excedendo a propria capital. Ali se reuniam, freqüentemente, em torno de Campos Sales, Bernardino, o rabula Francisco Glicerio, Americo de Campos, Alberto Sales e até Prudente de Moraes, depois de 1876, sem faltar, uma ou outra vez, o chefe Americo Brasiliense. Dali saia de fato o pensamento e as ordens para as atividades.

Ali José Maria Lisboa editou durante cêrca de dez anos, até 1887, famosos Almanques Literarios nos quais se estam-

pava a colaboração de assuntos democraticos assinada por Alberto Sales, Americo de Campos, Rangel Pestana, Campos Sales, Prudente, Miranda Azevedo, Quirino dos Santos, Brasiliense, Bernardino, Lucio de Mendonça, Carlos Ferreira, enfim, todos os maiores da propaganda.

Itu que se contente com os titulos de “Fidelissima” e “Roma Brasileira”, que há muito lhe foram dados.

Uma celebre carta politica, datada de 15 de setembro de 1881, do Visconde de Indaiatuba (J. Bonifacio do Amaral) ao ex-ministro liberal e senador João da Silva Carrão, narra alarmado o republicanismo de Campinas, onde a moda era ser republicano. Acaba implorando faça chegar ao Imperador essa dolorosa informação, sugerindo a Sua Majestade a concessão de titulos nobiliarquicos a varios de seus conterraneos, a fim de contê-los nas suas “convicções monarchicas”... Disso a chusma de baronatos criados então, em Campinas e arredores.

Mas à Convenção de Itu, excluido Taubaté, não compareceu nenhum representante do chamado Norte de São Paulo. O proprio delegado de Taubaté foi um cidadão residente na Capital — Joaquim Taques Alvim.

A explicação para o caso reside na circumstancia dessa zona da Provincia estar muito ligada material e moralmente à Côrte, adorando o Imperador e, sobretudo, a Princesa Isabel.

Pensamos não ficar mal lembrar que a Itu também deixou de comparecer Prudente de Moraes. Quem representou Piracicaba foi o seu irmão Manuel de Moraes Barros. Houve, todavia, um fanatico que, tempo depois, não admitindo a ausencia do futuro Presidente da Republica, teve a audacia de colocar na ata da reunião, que ainda existe, uma entrelinha com o nome do grande vulto. Por sinal que, com o Manifesto de 1870, passaram-se fatos semelhantes. Lemos em certa publicação — o *Diccionario Internacional*, como tendo-o subscrito, o que não se deu, o dr. Silviano Brandão, que viria a ser presidente do Estado de Minas.

A Convenção de Itu funcionou sob a presidência do já referido João Tibiriçá Piratininga, que, em seguida, expediu a convocação para o I Congresso do Partido, a realizar-se na Capital. Destacamos dessa convocação o seguinte topico:

“Constituído aquele sob as condições adotadas, terá a precisa força e autoridade para, estudando a situação em que nos achamos e considerando devidamente as aspirações democraticas da Provincia, resolver as questões de detalhes e adotar providencias e meios eficazes no sentido de satisfazer as vistas do Partido.”

Realizou-se esse Congresso de 1 a 3 de julho de 1873. Presidiu-lhe Americo Brasiliense. O Norte de São Paulo continuou aferrado à Monarquia, mas desta vez além de Taubaté, fizeram-se representar, apesar de por gente estranha, Paraibuna, pelo Dr. João Manuel de Lima e Silva, advogado, no fôro de Rio Claro, e São José dos Campos, pelo tribuno famoso Luiz Gama, homem da Capital.

Para estudar projeto de organização politica com base na federação e plena autonomia dos municipios designou-se uma Comissão Permanente, então escolhida, presidida por Piratininga e secretariada pelo futuro Consul em Napoles, Americo de Campos.

Quanto à abolição da escravatura, continua no mesmo tom o manifesto publicado em seguida:

“Fique portanto bem firmado que o Partido Republicano, capaz de fazer a felicidade do Brasil quanto à questão do estado servil, fita desassombroso o futuro, confiado na indole do povo e nos meio de educação, os quais unidos ao todo harmonico de suas reformas e do seu modo de ser hão de facilitar-lhe a solução mais justa, mais pratica e moderada, selada com o cunho da vontade nacional.”

Por fim, da cidade de Campinas, a verdadeira Meca da Republica, lança a Comissão Permanente um projeto contendo as bases da Constituição do futuro Estado de São Paulo, projeto da autoria de Americo Brasiliense, que seria

estampado em seu livro *Os Programas dos Partidos*, lançado em 1878.

O segundo Congresso reunir-se-ia, ainda na Capital, em abril de 1874. Agitava-se em todo o Imperio a questão religiosa. O Congresso toma parte no entrevero. Corre em auxilio dos que na Côrte — Saldanha Marinho, Quintino, Tavares Bastos, se manifestam contra a cleresia — solidariza-se com o governo defendendo o principio fundamental da distincção entre o Estado e a Igreja. No manifesto lançado a publico, prega-se a liberdade de cultos, separação da Igreja do Estado, ensino secular à parte do religioso, casamento civil, registro civil e secularização dos cemiterios.

Nos anos de 1875 a 1877, não se reúne o Congresso, ficando assentada uma nova convocação quando os interesses partidarios o exigissem. Em compensação, os republicanos comparecem aos pleitos para as camaras municipais, juizes de paz e eleições gerais. Alcançam algumas vitorias.

Nas eleições para a Assembléia Provincial, já sob a lei de 1875, o Partido pleiteia uma cadeira. É candidato Americo Brasiliense, guerreado pela imprensa liberal, que acusa o representante de seu partido nas assembléias passadas de traição a seu credo. Não consegue eleger-se. A Provincia tinha direito a nove cadeiras; Brasiliense alcançou na votação o decimo-primeiro lugar.

Concomitantemente, funda-se a *Provincia de São Paulo*, diario que vem prestar à campanha grande estimulo. Francisco Rangel Pestana, que, com seu irmão Emilio subcreveu o Manifesto de 1870, muda-se para São Paulo, sendo entregue a ele e a Americo de Campos a direção do prestigioso orgão, administrado por José Maria Lisboa.

A mocidade acadêmica não ficou estranha ao comportamento dos paulistas. Agora, não são mais manifestações esporadicas como as de Paulo Eiró e Martinho Prado. Segue de perto a voz de comando do velho lider Professor Américo Brasiliense. Durante todo o longo espaço de tempo que vai

do Manifesto de 1870 à Proclamação de 1889, as gerações se substituem mas o ideal permanece e se transmite às novas. Os rapazes entregam-se à luta, organizando clubes e mantendo jornais que circulam dentro e fora do velho Convento das Arcadas. Já em 1871, imprimem o semanário *A Propaganda*, seguido de *O Rebate*, em 1874. Em 1876, criam a *Republica*, redigida por, entre outros, o futuro senador federal Pinheiro Machado e Brasilio Rodrigues dos Santos. Depois, o *Federalista*, sob a redação de Pedro Lessa, Alberto Sales e Alcides Lima. De novo *A Republica*, em 1881, redigido pelo mesmo Pedro Lessa e Alberto Sales, além de Ubaldino Amaral, Aristides Maia e Antonio Mercado. Finalmente, um segundo *O Rebate*, fundado pelo gramático Julio Ribeiro, autor da Bandeira Paulista e também de romance que ao tempo ofendeu a pudicícia de nossa sociedade — *Carne*.

Ao aproximarem-se, em 1877, as novas eleições para a Assembléia Provincial, a Comissão Permanente, após consulta aos correligionarios, indica para ela seis candidatos: Campos Sales, Rangel Pestana, Prudente de Moraes, Martinho Prado, F. Quirino dos Santos e Luis Pereira Barreto. O nome de Americo Brasiliense não alcançou o quorum necessario.

Pestana e Barreto, alegando como principal motivo não serem paulistas, recusaram a indicação. Em nova previa, manteve-se o nome de Pestana. Do pleito saíram vitoriosos apenas Prudente, Cesario Mota, que entrou no lugar de Barreto, e Martinho Prado. Foram os primeiros deputados republicanos da Provincia.

Mudando-se a situação política do Imperio com a subida, em 5 de janeiro de 1878, ao poder do gabinete dirigido pelo Visconde de Sinimbu, de que veio a fazer parte o antigo subscritor do Manifesto de 1870, Lafayette Rodrigues Pereira, inumeras consultas chegaram à Comissão Permanente a respeito da attitude que os republicanos deviam adotar. Pensaram alguns que esse Gabinete, diante do gesto de

Lafayette, de Cristiano Ottoni e outros, voltando ao ninho antigo, fosse digno de apoio. Refira-se de passagem que Prudente de Morais, segundo Silveira Peixoto, foi convidado pelo Visconde de Sinimbu para integrá-lo, repelindo o convite.

Não querendo a Comissão tomar a responsabilidade de um conselho, pareceu-lhe de melhor política convocar um Congresso para deliberar a respeito.

A 10 de março de 1878 celebrou a sua primeira sessão plenaria. O Norte de São Paulo não mandou representantes. Em manifesto lançado a 11 de março do mesmo ano, ainda que sem mencionar o nome do grande jurista mineiro, os seus lançadores condenam-lhe o gesto incompreendido.

“Fortalecidos pelo nosso direito e pela nossa consciencia apresentamo-nos perante os nossos concidadãos *arvorando* resolutamente a bandeira do Partido Republicano Federativo”. Americo Brasiliense é o ultimo a assiná-lo.

Mas assina ainda, e pela ultima vez o faz em documento politico durante a propaganda, a publicação inserida em *A Provincia de São Paulo*, contra a *Tribuna Liberal*, redigida por Bento F. de Paula Sousa, em intimas relações com o presidente João Batista Pereira, por sinal, obrigado a demitir-se daí a pouco, por motivo de morticínio em São João Batista do Rio Verde e agitação na Capital, com repercussão em Mococa, Franca, Botucatu e Avaré.

Com intuito de apaziguar os animos, D. Pedro II visita a Capital, onde é recebido sob o dobre dos sinos para a missa das vítimas dos conflitos. O *Correio Paulistano*, órgão dos conservadores ligados a Antonio Prado, que nesse momento tem o apoio dos republicanos, amanhece tarjado de luto.

Nas eleições gerais de 1878, para a Camara e Senado, nas vagas do Marquês de São Vicente e Visconde de Caravelas, nas primeiras, os republicanos são derrotados e, nas segundas, não comparecem às urnas.

Nesse ano, Americo Brasiliense, que vem visivelmente perdendo o seu prestígio de chefe do Partido, sendo substituído na direção pelo grupo de Campinas — Campos Sales, Prudente, Bernardino, Glicerio, Cerqueira Cesar e outros, lança o seu livro *Os Programas de Partido e o Segundo Imperio* (diria melhor Segundo Reinado), no qual prega, concluindo a primeira parte do volume:

“O país já não tem fé e confiança nos homens de Estado de ambos os partidos (Liberal e Conservador), nos seus programas e nas instituições. É de esperar que as idéias republicanas largamente derramadas nas populações de Minas, Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, e como que paralisadas nesses pontos com a ascensão da politica liberal, se agitem e os homens que aí as professam, se organizem em partido em periodo bem proximo, tomando, por exemplo, a Provincia de São Paulo”.

O velho chefe perdera o prestígio mas conservava a fé republicana.

Com exceção da legislatura de 1880 a 1881, em todas as mais, até a de 1888 a 1889, os Republicanos mantêm seus representantes na Assembléa Provincial, mas, só em 1884, logram eleger os primeiros deputados gerais. São eles: Prudente de Moraes e Campos Sales.

Afonso Celso, em *Oito anos de Parlamento*, editado em 1901 e reeditado em São Paulo em 1928, teceria conceitos desprimorosos contra os dois deputados paulistas, concluindo que ninguém poderia acreditar estivessem ali dois futuros presidentes da Republica. Tivemos em mãos um exemplar da 1.<sup>a</sup> edição que pertenceu a Prudente, no derradeiro ano de sua preciosa existencia na amada Piracicaba. Aquele que José do Patrocínio qualificou de *Santo Varão da Republica* comentou-o do começo ao fim, mostrando as injustiças do autor.

Após lapso de nove anos, aos 1887, de 30 de maio a 1.<sup>o</sup> de junho, os republicanos promovem na Capital o der-

radeiro de seus Congressos partidarios, que é presidido por Prudente de Moraes.

De par com a ideologia republicana e federativa, assim como da abolição, debate-se audaciosa tese separatista, manifestando-se a favor, entre outros, Campos Sales, seu irmão Alberto Sales, Martim Francisco (3.º), o mineiro Horacio de Carvalho. Contra, figuram, entre outros, o jovem Julio Mesquita e F. Rangel Pestana.

Tacito de Almeida, irmão do poeta Guilherme de Almeida, logo após a Revolução de 1932, em seu livrinho — *O Movimento de 1887* — exploraria em termos candentes a tese debatida. Argumentaria até com o fato de não paulistas, como o grande Saldanha Marinho e Ubaldino do Amaral, se mostrarem separatistas.

Cresem daí em diante o animo e a esperança dos partidarios do novo regime.

As Camaras Municipais de Campinas, São João da Boa Vista, São Simão, São Vicente e Itatiba, manifestam-se contra a Monarquia, principalmente contra a possibilidade de um terceiro reinado, sob a direção da Princesa Isabel, casada com um estrangeiro.

Rodrigues Alves, na presidencia da Provincia, manda processá-las.

A Assembléia Legislativa, sob a chefia do conselheiro Antonio Prado, ex-ministro dos Estrangeiros, que já andava de namoro com os republicanos, apoia o requerimento dos deputados Bernardino de Campos, Prudente e Campos Sales, que Lucio de Mendonça apelidaria de “Gambeta do Brasil”, contendo censura contra o presidente Rodrigues Alves. Adiante-se que dois dias após o 15 de novembro, Prado e seus amigos adeririam espetacularmente ao novo regime, em sessão magna, no velho Teatro São José.

Atingimos 1888. O grupo de chefes, um tanto à margem Brasiliense, espalha-se por toda a Provincia, promovendo comicios em teatros e praças publicas. Francisco Glicerio

sofre em São José do Rio Pardo um atentado de que escapa incolume. Silva Jardim adere ao grupo, fazendo ouvir em varias cidades a sua voz de excelente tribuno. Ano e pouco depois de 15 de novembro de 1889, seria tragado pelo Vesuvio, deixando como legado politico a celebre declaração de que “não era esta a Republica que sonhei”.

Aproveitando-se da exaltação entre os abolicionistas pela Lei Aurea, é lançado manifesto em que se declara: “Queremos a Republica, como solução mais pronta à crise social”.

O orgão *A Provincia de São Paulo* já não está só na defesa do credo. Surgem *A Platéia* de Araujo Guerra, *A Cidade de Santos*, de Martim Francisco, *O Rebate*, de Julio Ribeiro, e, antes deles, *O Diario Popular*, fundado pelo português José Maria Lisboa.

Levanta-se na Capital o 17.º Batalhão de Linha. É o calor do novo regime que se aproxima. Seguem-se manifestações de rua nas quais a Monarquia é apupada e a Republica vivada.

Finalmente. 1889.

Saldanha Marinho, lá da Côrte, como presidente do Partido Nacional, convoca congresso a realizar-se em São Paulo, o qual não chega a reunir-se.

Quintino Bocaiuva recebe merecidas homenagens dos paulistas.

A Policia inicia violencias. O gaúcho Diana Terra é impedido de promover comicio no largo da Sé.

A 31 de agosto fere-se a derradeira eleição da Monarquia para a renovação da Camara Baixa, dissolvida pouco antes.

Os republicanos, que cuidam mais da *conspiração* que do pleito, acabam totalmente derrotados.

Aos 6 de novembro, Campos Sales, segundo ele proprio narra, recebe a primeira comunicação feita por Aristides Lobo, de que se acha proximo o estouro na Côrte.

Francisco Glicerio é enviado ao Rio como delegado dos correligionarios. Daí a pouco, Medeiros e Albuquerque chega à Capital trazendo a confirmação da marcha dos acontecimentos, mandada por Aristides e Quitino Bocaiuva. Apesar de que Aristides fôsse tido como um grande visionario por Brasiliense e Pestana, nessa mesma noite reuniram-se os republicanos na casa de L. Pereira Barreto, à rua Visconde do Rio Branco. São estes: Barreto, Campos Sales, Rangel Pestana, Melo Oliveira, Vitorino Carmilo, Francisco Lobo, Miranda Azevedo, Adolfo Gordo e M. Lopes de Oliveira. Segunda reunião realiza-se na casa de Lopes de Oliveira, na rua do Ipiranga, 31. Brasiliense sempre ausente.

Campos Sales recebe aviso de que até nove ou dez do mês, dia do embarque do Batalhão 22 de Infantaria para o Norte, “alguma coisa sumamente grave se passará”.

Mas a 9 e 10 nada acontece. Ansiosos, aguardam mais cinco dias.

Afinal, aos 15 de novembro, após os primeiros avisos do que ocorre na Corte, já Prudente de Moraes, que se achava em Piracicaba, convocado por telegrama, não se conseguindo a coadjuvação de Brasiliense, os chefes republicanos adotam medidas que a grave e magna situação exige.

Assim, çouberam ao Presidente Brigadeiro Couto de Magalhães os dias de agonia do segundo reinado, os quais se findaram na Capital pela tarde alvorotada de 16 de novembro.

E é aclamado para dirigir a Provincia, transformada em Estado, nos seus primeiros dias, um triunvirato de que fazem parte Prudente, como Presidente, e como membros o jornalista F. Rangel Pestana e o Coronel Joaquim de Souza Mursa, diretor da Fabrica de Ferro do Ipanema.

E a Republica nasceu para seguir o destino a que os brasileiros haviam de levá-la.

Meus senhores:

David Hume, autor de admirada obra sobre a Inglaterra, ensina que a Historia é o esforço disciplinado para dissecar o passado, cientificamente, ou seja, criticamente.

Não foi o que tivemos o proposito de fazer. Limitamos a voltar para o passado da propaganda republicana na Provincia de São Paulo, não armados de um bisturi, mas com os olhos abertos e a sinceridade recomendada por Langroi et Seighobos, na *Introduction aux Etudes Historiques*.

# A Reforma Penal\*.

*Manoel Pedro Pimentel*

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

Desejo, inicialmente, agradecer à Egrégia Congregação a honra que me conferiu, indicando-me para proferir a Aula Magna, que todos os anos marca o começo dos nossos trabalhos letivos. É, sem dúvida nenhuma, honraria das maiores, pois a aula inaugural é uma das tradições mais caras da Faculdade, ensejando ao professor que a profere a oportunidade de se realizar plenamente.

No momento em que a Egrégia Congregação aprovou a indicação do meu nome, gentilmente feita pelo ilustre Diretor desta Casa, foi tal a minha emoção que fiquei tolhido e não pude externar todo o encantamento e a gratidão do meu coração. Faço-o agora, em meio à mesma emoção antes de iniciar a exposição do tema que escolhi para esta aula inaugural e que é *A Reforma Penal*.

Estamos todos informados de que a importância de uma Aula Magna exige o tratamento de um tema importante. A minha escôlha, inicialmente, visou a satisfação dessa tradição, pois não sei de outro tema mais importante, no setor da nossa especialidade, do que a reforma da legislação penal. Tema importante, para um momento importante, não só porque se trata de uma solenidade realizada na Faculdade de Direito de São Paulo, prestigiosa e das mais

---

\*. Aula inaugural proferida em 1.º de março de 1971, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

antigas Casas de Ensino de Leis, do país, como também porque é oportuno tratar de um assunto que tem apaixonado os estudiosos do Direito Penal e, talvez, através dêste pronunciamento se torne possível atingir-se o objetivo de chamar a atenção do Governo Federal para o problema.

A reforma penal abrange o Código Penal, a Lei das Contravenções Penais, o Código de Processo Penal e, como novidade, a edição de um Código das Execuções Penais. O Código Penal já foi convertido em lei, através do Decreto-Lei n.º 1004, de 21 de outubro de 1969, suspensa a sua vigência, entretanto, até 1.º de janeiro de 1972. Os Projetos dos demais Códigos, segundo se noticia, serão enviados ao Congresso Nacional até o fim do presente mês.

Abordando, inicialmente, a nova legislação penal, no que diz respeito ao Código Penal, adiantaremos que algumas inovações criteriosas foram feitas, atendendo aos reclamos de quantos lidam com a matéria.

Acertado andou o legislador quando instituiu o chamado *dia-multa*, vinculando o valor das penas de multa ao salário-mínimo. O Código vigente, que não adotara método progressivo para a atualização das multas, viu desaparecer com a inflação a escala de valores atribuídos às penas pecuniárias, tornando-as ridículas e inoperantes. Assim é que, na conformidade do disposto no art. 38 do Código atual, a conversão da multa em detenção é feita à razão de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros antigos), ou seja um centavo novo, por dia. Vale dizer 200 dias de prisão podem ser resgatados com Cr\$ 2,00 dos novos. O novo Código corrigiu a distorção, estabelecendo, no art. 44, que o valor mínimo da multa corresponderá a um trigésimo do salário mínimo, daí resultando o chamado *dia-multa*.

O novo Código suprimiu o *duplo binário*, isto é, não cominou medida de segurança para os réus imputáveis. O pensamento de NEISON HUNGRIA, autor do Anteprojeto do Código Penal, se fixou na aceitação daquilo que, para êle, representava a verdade maior: a pena não pode perder o seu caráter de retribuição.

Grande penalista, estudioso dos mais proficientes do Direito Penal, da Ciência Penitenciária e da Criminologia, HUNGRIA não ignorava o debate que modernamente se travou entre os corifeus da Escola do Neo-Defensismo Social, liderada na França por MARC ANCEL e na Itália por FILIPPO GRAMMATICA, e os defensores da pena-retributiva, da pena-castigo, a cuja frente se encontrava BETTIOL.

Os primeiros pregavam a eliminação das penas corporais, a fim de que os condenados recebessem tão-sòmente um tratamento reeducativo, ou até mesmo educativo, para que adquirissem condições de voltar ao convívio social sem oferecerem qualquer perigo. E, sustentavam, isto só seria possível através de bem administradas medidas de segurança. BETTIOL criticava a posição dos partidários do neo-defensismo, afirmando que a pena com caráter retributivo se impunha, como reparação social, como forma de castigar e de corrigir e, finalmente, como meio intimidativo, servindo a um fim de prevenção geral.

Diante dêsse quadro, ponderou NELSON HUNGRIA em conferência que proferiu no II.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, a solução a ser adotada se assemelharia com a atitude do *Zadig*, de VOLTAIRE, que não desapontou a nenhuma das facções persas, não entrando no templo com o pé direito ou com pé esquerdo, mas sim com os dois pés. Nem só a pena, nem só a medida de segurança, com exclusividade, *mas pena a ser cumprida como medida de segurança*.

A verdade, prosseguia o saudoso Ministro HUNGRIA, é que as medidas de segurança não têm sido cumpridas como tal. Poucos Estados da Federação tiveram condições para conferir o tratamento penitenciário preconizado pelo Código Penal. Por isso, as medidas de segurança se converteram, na prática, em tempo de prisão e os sentenciados cumpriram mais pena do que deveriam. É conhecida a frase: “medida de segurança mal cumprida equivale à pena; pena bem cumprida equivale à medida de segurança”, inspi-

radora das reformas penais já postas em prática em alguns países, como é o caso de Portugal.

Daí a decisão de HUNGRIA, eliminando todo o sistema de medidas de segurança aos sentenciados imputáveis, o que nos pareceu acertado. Todavia, como veremos mais adiante, as conseqüências dessa decisão não foram tão boas, quanto se desejaria.

Outra providência de grande alcance adotada pelo novo Código Penal, foi a supressão do mecanismo de aumento da pena imposta ao reincidente específico. No regime atual, e de acôrdo com o disposto no art. 47, n.º I, do Código Penal, a pena imposta ao reincidente específico deveria ser, automaticamente, acima da semi-soma do mínimo com o máximo das penas cominadas, o que levava o juiz, muitas vezes, por óbvias razões de justiça objetiva, a preferir deixar impune o réu.

A prescrição da reincidência também foi iniciativa louvável do legislador, acolhendo os reclamos de todos os estudiosos do Direito Penal. Constituía verdadeira iniquidade a imprescritibilidade da reincidência. Um jovem que, aos 18 anos, houvesse sido condenado por lesões corporais culposas, com *sursis*, e vivesse de modo exemplar durante 40 anos, iria para a cadeia se, aos 58 anos de idade, viesse a ser novamente condenado por atropelamento. Pouco importava que durante 40 anos tivesse vivido um comportamento exemplar. Adotando a prescrição da reincidência, andou muito bem o legislador. Todavia, o critério escolhido não nos pareceu o melhor.

De fato. O art. 57, § 1.º, estabelece que “não se toma em conta, para o efeito da reincidência, a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos.” Ora, com êste critério o legislador nivelou todos os delitos, sem atentar para as diversas penas atribuíveis. Assim, o homicídio qualificado, quanto à reincidência, prescreve em cinco anos, prazo que torna prescrita

também a reincidência relativa a um homicídio culposo, ou a um crime de lesões leves.

Sempre nos pareceu mais acertado pensar na prescrição da reincidência tomando-se por base a pena concretizada na sentença condenatória, tal como se faz para o cálculo da prescrição da ação penal ou da execução da pena.

Providenciou o novo Código um substancial aumento dos casos em que é facultada a substituição da pena de reclusão pela de detenção, possibilitando maior e melhor individualização das sanções aflictivas e ensejando novos casos de concessão do *sursis*. Digna de aplausos a medida.

Igualmente elogiável a redução do limite da pena para a obtenção do livramento condicional, eliminando o hiato de um ano que, no Código vigente, se fazia sentir: *sursis* com o máximo de dois anos e livramento condicional com o mínimo de três anos. O réu condenado entre dois e três anos não podia gozar de nenhum benefício. O art. 75 do novo Código reduziu para dois anos o prazo penal condenatório, fazendo desaparecer o indesejável hiato.

Ampliou o novo Código Penal os casos de *perdão judicial*, que ficou também admitido expressamente como causa extintiva da punibilidade. Não se compreendia a timidez do Código atual, avaro em conceder o perdão judicial. A medida, de salutar política criminal, deveria mesmo ser adotada em maior escala e merecer a inclusão entre as causas extintivas da punibilidade, ao lado do perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa.

Objeto de inconciliável polêmica entre os doutos, a inovação consistente na adoção da *representação do ofendido* ou de seu representante legal, para a instauração da ação penal, nos crimes de lesões corporais leves ou culposas, regra estatuída pelo art. 134 do novo Código. Apenas para registro histórico, diremos que a sugestão partiu do Tribunal de Alçada Criminal, em trabalho por nós subscrito, e cuja fundamentação, neste tópico, era a seguinte:

“O volume, sempre crescente, da incidência dos acidentes de trânsito, demonstra que é preciso assegurar os indivíduos contra as consequências desse risco social, dotando-os de meios hábeis para se resarcirem dos danos materiais. Todavia, a incriminação da conduta lesiva somente teria lugar em casos especiais, mediante representação do ofendido, ou mediante ação pública, quando se tratasse de comportamento grave.

“Assim sendo, o motorista ou o piloto de qualquer veículo, motorizado ou não, seria sempre processado criminalmente quando desse causa a um acidente, com vítima, por culpa grave, estando embriagado ou dando causa a um resultado danoso em virtude de censurável infração regulamentar. Nestes casos a ação seria pública.

“Seria processado mediante representação do ofendido, ou do seu representante legal, nos demais casos. Esta solução permitiria que não fôsem processados, desnecessariamente, réus já punidos pelo próprio fato (caso de um pai que mata em acidente de automóvel o próprio filho), ou pessoas das quais apenas se deseja a indenização pelo dano, a ser obtida no cível com o título penal executório”.

Sensível a esta argumentação, o legislador deu acolhida à sugestão, ampliando-a, pois a estendeu até mesmo às lesões corporais leves dolosas. Foi coerente o legislador, porque uma das vigas mestras do edifício do novo Código Penal foi, justamente, enfatizar a importância da reparação do dano, estimulando o réu a prestá-la, concedendo-lhe benefícios e favores sempre que assim venha a proceder.

Reconhecendo, embora, o acerto destas inovações, a crítica não aprovou, de maneira geral, o novo Código Penal. Esperava-se muito mais desta reforma, e não simplesmente uma espécie de remendo do Código atual. Sobretudo não

agradou a ninguém o fato de não ter sido submetido o Projeto à consideração do legislador ordinário. É lamentável que no Brasil não se discuta direito penal no Congresso há mais de 80 anos. O último diploma legal regularmente editado foi o Código de 1890, pois o de 1940 resultou de um decreto-lei, o mesmo acontecendo com o Código de 1969.

As leis penais devem resultar de um espontâneo anseio popular, correspondendo exatamente às aspirações do homem médio. É notável a correspondência que existe entre a legislação penal e a ordem político-social dominante, sancionando a primeira o sistema da segunda. No Brasil há uma constante: a cada reforma constitucional sobreveio uma reforma penal, estruturando a base de defesa do regime, no seu contêxto filosófico e ideológico. Declarada a independência, em 1822, e promulgada a Constituição de 1824, já em 1830 aparecia o Código Penal, modelo de legislação, admirado e elogiado pelos mais representativos juristas da época. Proclamada a República, em 1889, já em 1890 aparecia o novo Código Penal, diploma imperfeito, remendado até o ponto de necessitar a edição de uma Consolidação das Leis Penais, para reunir as leis complementares e modificativas. Novo Código, entretanto, somente surgiu em 1940, após o advento do chamado Estado Novo, lei calcada no modelo italiano, editado sob o regime fascista.

Seria oportuno, portanto, que o novo Código Penal Brasileiro, nascido em pleno regime democrático, sob a égide de uma Revolução regeneradora dos costumes políticos e administrativos, progressista e desenvolvimentista, representasse realmente o resultado de uma auscultação da realidade brasileira, o fruto de um sereno e cuidadoso exame dos valores estimados pelo homem médio, a conclusão de uma pesquisa meticulosa realizada através dos nossos dados culturais específicos.

E, depois, submetido o Anteprojeto ao exame e ao debate amplo de todos os interessados que pudessem, de alguma

forma, contribuir para o aperfeiçoamento do diploma: Faculdades de Direito, Associações de Classe dos Advogados, do Ministério Público, da Magistratura, Conselhos dedicados aos estudos de Sociologia e matérias afins recolhendo-se cuidadosamente tôdas as observações, críticas e sugestões, sem reservas e sem preconceitos, para uma análise tranqüila, da qual resultasse, então, o Projeto definitivo.

Para completar a obra, a discussão no Congresso, necessária, imprescindível, para que ficassem registrados os debates em tôrno dos assuntos polêmicos, servindo como orientação para o intérprete e valendo como contribuição hermenêutica e exegética.

Êste seria um Código Penal digno do seu nome e da cultura jurídica brasileira.

O que se viu, no entanto, não foi isso. Elaborado o Anteprojeto por NELSON HUNGRIA, cujo valor de jurista emérito todos reconhecemos, foi a matéria divulgada para receber sugestões. Realizaram-se ciclos de conferências e debates e muita contribuição foi dada. Todavia, a comissão designada para rever o Anteprojeto, integrada pelo próprio HUNGRIA, e pelos Professôres ANIBAL BRUNO e HELENO CLAUDIO FRAGOSO, elaborou um Projeto que não chegou a ser divulgado.

Êste Projeto final, desconhecido de todos, foi entregue a uma comissão revisora, integrada pelos Professôres BENJAMIN MORAES FILHO, HELENO CLAUDIO FRAGOSO e IVO D'AQUINO, resultando dos seus trabalhos um Projeto que também não foi dado a público e que, contrariamente ao que se esperava, foi convertido no Código Penal, pelo decreto-lei n.º 1004, em 21 de outubro de 1969.

Tão sigiloso foi o trabalho desta comissão revisora que, em 1968, quando prestamos concurso à cátedra de Direito Penal desta Faculdade de Direito, tivemos que nos empenhar com amigo influente para obtermos a redação do dispositivo que disciplinava a matéria do crime continuado, assunto de nossa dissertação.

Diga-se, a bem da verdade, que no início do ano de 1969 o então eminente Ministro da Justiça, Professor GAMA E SILVA, confiou-nos uma cópia do Projeto, pedindo a nossa colaboração pessoal. Estou informado de que idêntico pedido foi feito ao ilustre Professor BASILEU GARCIA, e de que foi entregue uma outra cópia ao Procurador Geral da Justiça de São Paulo, para o oferecimento de sugestões.

A minha colaboração foi entregue ao eminente Professor ALFREDO BUZAID, atual ilustre Ministro da Justiça, que era, na ocasião, o Coordenador da Reforma Legislativa, não me parecendo tivesse sido útil o meu trabalho, porque nenhum reflexo das observações que fiz foi notado na lei posteriormente editada. Ignoro se as sugestões do Professor BASILEU GARCIA foram acolhidas, o mesmo sucedendo com as oferecidas pela Procuradoria Geral da Justiça.

O certo é que o ilustre Professor BENJAMIN MORAES FILHO, ao proferir conferência a respeito do novo Código Penal, no auditório do Ministério Público de São Paulo, confessou que o autógrafo, entregue ao Governo para a edição do decreto-lei que transformaria em Código Penal o Projeto oferecido, não era o autógrafo oficial. Um equívoco, na sua ausência, fizera com que se encaminhasse ao Ministério da Justiça uma outra cópia, contendo cerca de 60 erros, e tal cópia fôra utilizada como autógrafo. Por isso, completava a informação do eminente Professor BENJAMIN MORAES FILHO, havia necessidade de se processar uma urgente revisão do texto, a fim de que se expurgasse dele os erros contidos na cópia incorreta.

Reafirmando a sua proverbial prudência e sensibilidade, o eminente Professor ALFREDO BUZAID, já então Ministro da Justiça, sugeriu que se adiasse a entrada em vigor do novo Código Penal, o que afinal foi feito, estando designado o dia 1.º de janeiro de 1972 para a sua vigência ter início.

No momento ninguém sabe o que está acontecendo. Todos os que ouvimos a confissão do Professor BENJAMIN MORAES FILHO ficamos aguardando uma notícia a respeito

das emendas, sem que até agora transpirasse qualquer referência. Nós, professôres, magistrados, advogados, promotores de justiça, todos, enfim, aguardamos uma informação oficial a respeito, uma orientação, uma palavra qualquer. Nada. Confiamos, como sempre, na esclarecida atuação do eminente ministro da Justiça, Professor eminente desta Casa, a quem faremos, no final dêste trabalho, um apêlo.

Voltando à filosofia inspiradora do Anteprojeto, verificamos que não ouve modificação relativamente ao que representava o Código de 1940. Os valores foram ratificados, implicitamente, tais como considerados no direito vigente, como se nada se houvesse alterado no mundo nos últimos trinta anos.

Quem o confessa é a própria Exposição de Motivos subscrita pelo eminente Professor GAMA E SILVA:

“O Código Penal vigente será, talvez, a melhor de nossas codificações. Sua técnica apurada bem revela o elevado desenvolvimento da Ciência do Direito Penal entre nós. Por isso mesmo, não se pretendeu elaborar um Código totalmente nôvo, abandonando-se a sistemática de nossa atual legislação. Ao contrário, o propósito foi sempre o de manter, tanto quanto possível, as soluções da lei vigente, cuja eficiência e correção foram demonstradas em longos anos de aplicação, por todos os Tribunais do País. Procurou-se aperfeiçoar nossa lei penal, com a correção de reconhecidos defeitos e a introdução de contribuições novas, fruto do desenvolvimento notável da Ciência Penal de nosso tempo.”

“Tendo-se presente a realidade brasileira, procurou-se ajustar a nossa legislação às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa a proscrever tôda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando-se, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade grave.”

Três conclusões principais decorrem destas afirmativas, além da certeza que nos fica de que o Anteprojeto e, a final, o próprio Código Penal, não se afastaram da ideologia inspiradora do Código de 1940. Estas são as três conclusões: 1.<sup>a</sup>) Houve o propósito de atualizar a lei penal, aproveitando-se a experiência dos longos anos da sua aplicação, especialmente em face das decisões jurisprudenciais. 2.<sup>a</sup>) Houve o propósito de proscrever tôda forma de responsabilidade objetiva. 3.<sup>a</sup>) Atentou-se, quanto à pena, e sua aplicação, para a realidade brasileira.

Parece-nos que as três finalidades foram frustradas, se não de todo, pelo menos em grande parte. Vejamos.

1.<sup>o</sup> — Soluções jurisprudenciais pacíficas e tranqüilas não foram adotadas pelo nôvo Código. Exemplificaremos com três casos: I — A jurisprudência assentou que é perfeitamente aplicável ao furto qualificado a solução benigna destinada ao chamado furto mínimo. A doutrina se opunha a tal solução, baseada especialmente na ordem dos parágrafos do art. 155 do atual Código Penal. O furto mínimo estava regulado pelo parágrafo segundo, enquanto que o furto qualificado vinha regulado no parágrafo quarto. Objetavam os intérpretes que não se poderia, sem ofensa à boa hermenêutica, aplicar o disposto no parágrafo segundo às hipóteses previstas no parágrafo quarto, mas a jurisprudência, sensível aos reclamos da justiça objetiva, ignorou a crítica e deu aplicação ao furto minorado, mesmo nos casos de furto qualificado.

Teria sido muito fácil ao legislador, no nôvo Código, corrigir a ordem dos parágrafos, acolhendo a lição da jurisprudência. No entanto, surdo ao clamor, manteve a mesma ordem, contemplando o furto mínimo no parágrafo 1.<sup>o</sup> do artigo 165, e o furto qualificado no parágrafo 5.<sup>o</sup>.

II — A jurisprudência afirmou, iterativamente, que nas hipóteses previstas no art. 129, § 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> II, do Código atual, lesões corporais recíprocas, quando o juiz não tivesse elementos para precisar qual dos contendores atacou primeiro,

deveria absolver ambos os réus. Certamente estaria absolvendo o culpado, mas absolveria também o inocente.

O nôvo Código, insensível a esta solução absolutamente justa, dispôs expressamente que o juiz deve condenar os dois réus, quando não se souber qual dos contendores atacou primeiro. É o que diz, claramente, o art. 132, § 5.º do nôvo diploma:

“No caso de lesões leves, se estas são reciprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro, o juiz pode substituir a pena de detenção etc.”

Parece-nos claro que se o juiz não sabe qual dos contendores iniciou a agressão, podendo um dêles encontrar-se em situação de legítima defesa, a única solução possível é a absolvição de ambos, para que se tenha a certeza de que o inocente foi absolvido.

Se algum esclarecimento devesse acrescentar-se à redação atual do dispositivo em causa, seguramente seria no sentido opôsto à direção seguida pelo legislador. O êrro, se persistir, desmerecerá a nossa cultura jurídica.

III — A jurisprudência acolheu o entendimento de que também seria reconhecível a figura do crime continuado, quando se tratasse de ofensa a bens personalíssimos. Assim, nos crimes contra a pessoa, haveria a continuação delituo-sa quando o agente, dando cumprimento a um mesmo desígnio criminoso, eliminasse sucessivamente dois antagonistas.

Em doutrina a questão não era pacífica. Digladiavam-se as duas correntes, subjetivista e objetivista, com ponderáveis argumentos. Mas a jurisprudência encontrou a solução ditada pelo bom senso, e que foi adquirindo prestígio cada vez maior, autorizando a aceitação da figura especial do crime continuado, quando a hipótese concreta assim o exigisse em virtude da necessidade de se atender aos reclamos da equidade.

O nôvo Código, contrariamente ao que ficou dito na Exposição de Motivos, afrontou essa jurisprudência e tomou partido na discussão doutrinária, proibindo, expressamente, no art. 66, § único, o reconhecimento do crime continuado quando se tratar de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima.

Trata-se de uma lamentável violência cometida contra a consciência dos juizes, perfeitamente evitável. Bastaria que o nôvo Código silenciasse a respeito da questão, como o fizera o Código atual.

Outros exemplos poderiam ser citados, não fôsse a preocupação de nos cingirmos ao tempo destinado à presente aula.

2.º — Hipóteses de responsabilidade objetiva remanesceram no nôvo Código. Apesar do artigo 19 da lei nova declarar, enfaticamente, que “pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”, o certo é que algumas figuras conservaram o ranço da responsabilidade objetiva. Tais são os casos dos delitos previstos nos artigos 136, § 1.º; 137, § único; 138, § único; 139, § único, e especialmente no crime de rixa agravada ou complexa, previsto no artigo 141.

Também nas hipóteses referentes à embriaguês, excluídas as que estão contempladas no artigo 32, persistirá a responsabilidade decorrente de uma condição objetiva, ou seja a liberdade do querer existente ao tempo de origem da embriaguês.

3.º — Muitas outras críticas poderiam ser feitas ao nôvo Código Penal, algumas polêmicas, outras endossadas pela totalidade dos penalistas, exatamente porque o legislador não atentou para a *realidade brasileira*, como quiz fazer crêr a Exposição de Motivos. Assim, por exemplo, o problema da redução da idade do menor para o efeito de imputabilidade. Aos 16 anos o jovem brasileiro do interior não

está em condições de ser responsável penalmente pelos atos que praticar. Além disso, a técnica de redação do artigo 33 é altamente censurável pela imprecisão dos conceitos e nebulosidade da solução aventada.

Também discutível o acêrto da pretendida classificação dos criminosos habituais e por tendência, perigosa inovação *frente à realidade brasileira*, pela ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, pelo abandono moral de muitos jovens, pelo analfabetismo, fatores que conduzem o homem a um estado de vida típico, que não lhe pode ser imputado, inteiramente, mas também à própria sociedade. Agravar-se-ia a culpa do indivíduo, por uma falta que não lhe pode ser atribuída exclusivamente.

Neste passo é oportuno referir que não fizeram muito, *na realidade brasileira*, em favor da infância, em favor da juventude, estimulando-se medidas profiláticas contra o crime, tais como a fiscalização mais rigorosa da venda de bebidas alcoólicas, a repressão ao tráfico de entorpecentes, a maior difusão de centros esportivos e educacionais, etc. Louve-se, nesse aspecto, a obra que a Revolução vem empreendendo, especialmente com o esforço no combate ao analfabetismo e às doenças endêmicas. Os aplausos deveriam servir como incentivo para que o esforço prossiga e alcance novos campos onde a criminogênese possa ser combatida no embrião.

Outros reparos que poderíamos fazer ao novo Código Penal, *en passant*, diriam respeito à *conceituação do crime de infanticídio*, que trágicamente voltou a ser definido como o era no Código de 1830, à *incriminação do incesto*, do *abigeato*, etc.

Vamos nos fixar, porém, no que nos parece ser o maior problema de um Código Penal: *a pena*.

Vimos que NELSON HUNGRIA deu especial relêvo ao seu pensamento, traduzido em todo o Código Penal, de que a pena aflitiva deveria ser prestigiada, na disputa com as medidas de segurança. Ponderava, no entanto, que deveriam tais

penas ser cumpridas como verdadeiras medidas de segurança.

O crédito dado à pena, todavia, não levou em conta a *realidade brasileira*. Em primeiro lugar, porque apesar do desprestígio que vem atingindo a pena de prisão, observado em todos os congressos do mundo, o Código reforçou tôdas as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio, numa demonstração de sua crença de que o crime mais praticado no Brasil, que é o crime contra o patrimônio, poderia ser reprimido com penas mais severas.

Ora, sabemos que o criminoso brasileiro, que pratica infrações contra o patrimônio, é geralmente o pobre diabo, aquêlê que foi menor abandonado, jovem desviado e, afinal, o triste marginal. Imutáveis as condições que criam êste tipo criminoso, certamente êle continuará existindo. A repressão mais severa sômente servirá para encher por mais tempo as já superlotadas cadeias.

Conferindo maior crédito à pena exasperada, o legislador prepara um futuro bastante sombrio para a nossa terra. Em primeiro lugar, porque a pena não corrige, a não ser que o tempo de prisão seja bem aproveitado para a reeducação — na maioria das vêzes *educação* de quem nunca fôra educado — do criminoso. Ora, isto é, perdoem-nos a expressão, uma utopia.

Qualquer estudante de psicologia sabe que a reforma de uma personalidade exige esforços contínuos e assistência permanente de um *expert*. Cada grupo de cinco detentos, no máximo *cinco*, deveria ser entregue a um psicólogo ou até mesmo a um médico especializado, a fim de que o tratamento surtisse real efeito.

A convivência humana nos grandes grupos de desajustados sociais é, necessariamente, desagregadora. Os modelos que mais impressionam, os sugestionáveis são os mais negativos. O *herói interno* insuflado na maioria dos marginais é o vilão. Tudo isso exige um grande empenho para o condicionamento do homem, tornando-o capaz de retornar ao convívio social.

Ora, a prisão é o que há de menos aconselhável para isso. Ninguém pode ser condicionado para viver em liberdade, se não em liberdade, pelo menos em liberdade relativa. Ninguém pode desenvolver suas aptidões naturais ou adquiridas, se não houver ocasião de exercitá-las. O pássaro criado no cativo fica condicionado a viver em gaiolas, não tendo condições para suprir as próprias necessidades logo depois de pôsto em liberdade. Muitos preferem voltar para a gaiola. .

Por isso mesmo é que as vistas dos especialistas se voltam para novos rumos, buscando substitutivos penais eficientes. Entre nós, por exemplo, o Egrégio Conselho Superior da Magistratura, inovando no campo da execução penal, baixou portarias regulamentando as chamadas prisão-albergue e prisão-domiciliar, formas atenuadas de prisão, capazes de ensejar uma recuperação mais eficaz do sentenciado. No entanto, o Anteprojeto do Código das Execuções Penais nem sequer fez menção a êsses tipos de prisão. Ao revéz, fazendo côro com o Código Penal, prestigiou a prisão aberta, o que seria um real progresso.

Mas, no artigo 25 do mesmo Anteprojeto, fixou o legislador o número máximo de 200 sentenciados para cada estabelecimento dêsse tipo. Isto revela um total desconhecimento da *realidade brasileira*. Vamos exemplificar. O custo de um presídio, quer para a construção, quer para a manutenção, é altíssimo. A Penitenciária de Avaré, neste Estado, recentemente construída, custou aos cofres públicos a soma elevada de Cr\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de cruzeiros), ou seja dezesseis bilhões de cruzeiros antigos. A sua manutenção mensal custará aproximadamente um bilhão de cruzeiros antigos. Isto sem se mencionar a carência de pessoal habilitado, etc.

A situação do Estado de São Paulo, quanto às prisões e as populações carcerárias, sofreu detido exame por um Grupo de Trabalho, cujo relatório foi encaminhado ao Exmo. Sr. Governador do Estado, em 9 de dezembro de

1969, pelos Exmos. Srs. Secretários da Justiça e da Segurança Pública. Os dados seguintes foram por nós extraídos desse relatório: a população carcerária do Estado, naquela ocasião, era de 12 428 presos, e existiam na Delegacia de Vigilância e Capturas do DEIC 41 965 mandados de prisão por cumprir. A Casa de Detenção de São Paulo estava com um excesso de 2 186 detentos e o Manicômio Judiciário com 700 internados a mais. A Cadeia de Santos, construída para comportar 200 detentos, tinha, na época, 465 presos!

A previsão para 1980 é da ordem de 31 000 presos, com uma deficiência de 19 000 vagas. Tais dados, extraídos de um relatório oficial, não são meras conjecturas. Portanto, onde está a visão do legislador?

Pensamos que, *em face da realidade brasileira*, deveríamos realizar um trabalho de pesquisa buscando substitutivos penais satisfatórios, especialmente para cominação aos pequenos delitos e para aplicação aos criminosos de escassa ou de nenhuma periculosidade. Há notícia de que na Alemanha Ocidental os pequenos furtos não são mais objeto de punição carcerária, encaminhando-se os sentenciados para atividades laborativas fiscalizadas, servindo parte do produto do trabalho para reparar o dano resultante do delito, além de beneficiar-se o delinqüente com a sua reintegração em uma vida normal, produtiva e honesta.

Estariamos errados se pensássemos assim, por exemplo, no caso de um réu processado por apropriação indébita, cuja personalidade não revelasse periculosidade?

Quantos outros exemplos poderiam ser alinhados, após uma cuidadosa pesquisa, *em face da nossa realidade social*?

Parece-nos que isso seria encaminhar uma solução inédita, original, nacional, para os nossos próprios problemas, abrindo novas perspectivas e novos horizontes.

Preferiu o legislador seguir, de cabeça baixa, os rastros do passado, limitado no tempo e no espaço, condicionado àquelas que lhe parecem ser a única solução para o problema do crime: o maior rigor nas penas e uma poética e utópica sistematização do cumprimento das mesmas.

Também fóra da nossa realidade está o Anteprojeto do Código de Processo Penal. Esperávamos que a nova legislação viesse, a final, a dinamizar o processo, criando instrumentos rápidos e eficientes para o desfêcho dos casos, com vistas ao ideal de Justiça rápida e barata. No entanto, mais uma vêz ficamos decepcionados.

Vamos dar um único, mas frizante exemplo, já que o tempo se escôa. O nóvo Código de Processo Penal, se prevalecer o Anteprojeto conhecido, criará cinco novos casos de recursos à segunda instância, como demonstraremos:

1.º — O art. 298 institui o despacho saneador, hoje inexistente, e o art. 303 confere recurso de apelação das decisões proferidas nessa oportunidade.

2.º — O art. 606 cria o agravo de instrumento, que caberá de tôdas as decisões proferidas no processo, salvo os despachos de mero expediente e os casos em que tenha cabimento a apelação.

3.º — O art. 616, § único, confere ao Ministério Público o direito de opôr embargos infringentes, hoje só concedidos ao réu.

4.º — O art. 655 cria o que se chamou na lei de “processo sumarissimo” Deveria ser rápido o seu rito, como o nome sugere, e realmente o é. Todavia, se da sentença proferida *initio litis* resultar a absolvição do réu, o Ministério Público pode apelar. Se resultar a condenação, poderá o réu opôr-se, a fim de obter a ação penal formal. Se o juiz rejeitar a oposição, caberá recurso para a segunda instância. Êste recurso também inexistente hoje.

5.º — O art. 768 instituiu a chamada “ação revocatória”, recurso que se destina a obtenção de uma reabertura da discussão da causa, após a sentença, favorecendo o réu foragido ou ausente, e que deverá ser julgado em segunda instância. Mesmo que seja declarada improcedente a ação, o réu não perde o direito de apelar ou de pedir revisão cri-

minal, caso posteriormente venha a ser prêso. Este recurso, que hoje não existe é, além de inútil e dispensável, altamente desaconselhável.

Portanto, aqui se encontram cinco novos casos de recursos, que certamente engorgitarão ainda mais a segunda instância. Por isso mesmo dissemos que o legislador processual ignorou totalmente a realidade. Tomando por base a Justiça Penal de Segunda Instância do Estado de São Paulo, veremos que é caótica a sua situação, que se complicará ainda mais com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal.

Em 1951, ao instalar o Tribunal de Alçada em São Paulo, o então Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Alcides de Almeida Ferrari, justificou a necessidade da criação do novo órgão julgador afirmando, em discurso pronunciado na ocasião (*Revista dos Tribunais*, vol. 193/520), que o serviço a cargo do Tribunal estava insuportável, exigindo dos Desembargadores um esforço extraordinário para manter em dia as pautas de julgamento. E, fazendo a indicação dos números, assegurava que no ano anterior cada Desembargador havia recebido 312 processos para relatar.

Pois bem. Em 1970, cada um dos 16 juizes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, recebeu, para relatar, 658 processos, simplesmente o dôbro daquele número considerado serviço insuportável em 1951. Enquanto que naquele ano os 34 Desembargadores do Tribunal de Justiça julgaram 10 086 feitos, no ano de 1970 os 16 juizes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o Tribunal que maior número de feitos, *per capita*, julgou no País, relataram 10 543 processos.

Isto aconteceu no ano passado, com o número de recursos atuais. O que acontecerá no próximo ano, com o significativo aumento previsto, em razão dos novos recursos criados pelo novo Código de Processo?

Estas as razões que nos fazem acreditar que o legislador ignorou, pura e simplesmente, *a realidade brasileira*.

Criou, no papel, recursos e ações, ritos e procedimentos, como se estivesse legislando para um mundo ideal, dando curso à imaginação e aos devaneios doutrinários, sem se lembrar de que as leis se destinam a ser cumpridas por gente que existe, aqui e agora.

Perguntamos: quem foi ouvido a respeito desse Anteprojeto? Foram auscultadas as opiniões daqueles que lidam diuturnamente com o processo? Foram ouvidos professores, juizes, promotores, advogados, delegados de polícia? Alguém viu o Anteprojeto, antes de ser publicado, para receber sugestões, em 29 de junho de 1970?

E, depois disso, foram examinadas as críticas e sugestões feitas? Houve alguma modificação no texto original?

Não conhecemos, honestamente, as respostas. Mas, segundo está sendo noticiado pela imprensa, até o dia 31 do corrente mês de março, o Governo enviará o Projeto ao Legislativo.

Não seria o caso de reexaminar-se o assunto, pelo menos no que tange a este insuportável aumento de serviço em segunda instância?

Lembrâ-mo-nos de que durante muitos anos foi discutida a chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”. Em 1943, LEVY CARNEIRO denunciava já essa crise, decorrente da plethora de feitos que chegavam ao Pretório Excelso. Soluções paliativas foram procuradas. PHILADELPHO AZEVEDO apontava a única verdadeira: redução do número de recursos. NOÉ AZEVEDO, comentando os pronunciamentos aludidos, afirmou, em discurso proferido no ato de instalação do Tribunal de Alçada, que também o Tribunal de Justiça de São Paulo estava necessitando de remédio para o engorgitamento de feitos. Mas, ponderava, solução mais ajustada seria a criação de juízos coletivos de primeira instância, julgando soberanamente em matéria de fato, reservado o julgamento do Tribunal de Justiça para as questões de direito. Esta lição do experiente Mestre deveria merecer uma consideração mais detida. Entretanto, o legislador processual não só não pensou em aliviar a crise da segunda

instância, através da redução dos recursos, como até mesmo aumentou o número dêstes, quase que deliberadamente agravando a já difícil situação dos Tribunais. Isto, ao que nos parece, é desconhecer inteiramente a realidade.

O tempo não nos permite maiores delongas, apesar da atração e do fascínio que o tema exerce sôbre nós. Antes de encerrar esta aula, porém, desejamos dizer que seria necessário criarmos um movimento de opinião nacional, visando sustar a reforma penal, tal como está projetada. Apêlo nesse sentido fazemos daqui ao nosso eminente colega, o Professor ALFREDO BUZAID, digníssimo Ministro da Justiça, e a todos os responsáveis pela reforma da legislação pátria. O assunto é sério. Hoje ainda, em uma reunião de Secretários da Justiça dos Estados, que se inicia em Nova Friburgo, o representante de São Paulo fará idêntico apêlo no sentido de que seja reexaminada a matéria relativa à reforma penal, desde o Código Penal até o Código das Execuções Penais, mediante um planejamento ordenado, racional e produtivo, que permita uma verdadeira reforma e não apenas uma alteração de fachada.

Depois desta reforma, o que não ficar pior, vai permanecer como está. E continuaremos no mesmo clima em que vivemos há mais de trinta anos. E continuaremos a alimentar as mesmas fontes de corrupção dos máus policiais, através de mandados de prisão que não se cumprem e que, se cumpridos, não permitiriam o recolhimento de todos os condenados. E continuaremos a alimentar a corrupção, através da ação de máus policiais que manipulam os inquéritos policiais, longe das vistas do Poder Judiciário. Êste é um campo em que a Revolução de 1964 ainda não entrou, para sanear, para purificar, para conferir tratamento igual a pobres e a ricos. Tudo isto precisaria ser examinado a fundo, por homens inteligentes, experientes e práticos, visando extirpar o câncer dessa corrupção, dificultando-a ao máximo, pelo menos.

Êste é o apêlo que, nesta hora solene, com a responsabilidade dos cargos que exerço, de professor e de magistra-

do, faço aos homens responsáveis pelo destino da nossa Justiça. Êste o apêlo que dirijo aos meus colegas, prestigiosos e influentes colaboradores do mais alto escalão do Govêrno Federal. Êste é o grito ansiado de quem vive nas lutas da Justiça Penal há mais de vinte e cinco anos e que, desalentado, confessa que nada mudou nêsse tempo.

Usando as próprias palavras proferidas pelo Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, quando pronunciou conferência nesta Casa, a respeito do *Anteprojeto Tornaghi*, eu diria para finalizar:

“Quando se podia esperar uma grande obra de renovação legislativa, porque a tarefa foi entregue a quem estava em condições de fazer essa reforma, pela qual todos aspiram na justiça penal, infelizmente” (até aqui palavras do Mestre), infelizmente,

prosseguimos nós, a reforma não se apresentou como a esperada renovação legislativa, capaz de dinamizar o processo, de conferir um tratamento penal adequado ao delinqüente, de encaminhar a solução do problema carcerário no país, e de muitas outras soluções aguardadas durante anos e anos.

Não gostaríamos de entregar o bastão à geração que já vem nos suceder — pois nossos filhos já estão, muitos dêles, em plena luta forense — da mesma forma que o recebemos, sem nada mudar para melhor, sem nenhuma colaboração original, sem alguma solução nova para problemas velhos.

Acreditamos que da união dos esforços de todos os que realmente se interessam pelo problema penal, surgiria uma nova luz, capaz de indicar o caminho seguro pelo qual trilharia o legislador, numa obra que anteciparia o futuro, colocando o Brasil na posição de destaque a que faz jús, pela inegável cultura jurídica dos seus filhos.

Enciclopedia Internacional de Direito  
Comparado.  
Direito do Trabalho.

*Antonio Ferreira Cesarino Junior*

Professor Catedrático de Direito Social na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Sob os auspícios da “Associação Internacional de Ciência Jurídica” está sendo preparada uma *Enciclopedia Internacional de Direito Comparado*, em 16 volumes, tendo como Editor Responsável o Professor KONRAD SWEIGERT, Diretor do “Max Planck Institut For Foreign and Comparative Law”, com sede em Hamburgo. “International Association of Legal Science”, é uma organização internacional não governamental fundada sob os auspícios da UNESCO, subsidiada por ela e seu órgão consultivo, assim como do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. O objetivo da Encyclopedica é dar um impulso essencial à comparação mundial do direito em geral e ao mesmo tempo ajudar a realizar as suas numerosas práticas.

Resumiremos aqui as comunicações feitas a respeito, pela “Associação”, assim como duas notícias do “The American Journal of Comparative Law”, publicado em “Ann Arbor”, pela Associação Americana para o Estado Comparativo do Direito (Vol. 14, n. 1, ns. 211/2 e vol. 15, ns. 1.2, ps. 412/5).

A enciclopedia se dirige em primeiro lugar aos legisladores nacionais e internacionais e depois ao mundo acadêmico. Aos legisladores a Enciclopedia deseja oferecer modelos para a solução de importantes problemas legais de relevância atual, que ajudariam os legisladores dos países desenvolvidos a melhorar a legislação e auxiliariam os juizes no desenvolvimento do direito estatutário e jurisprudencial. Para os países em desenvolvimento ajudará os esforços para a codificação, como fonte de informações, de idéias e de experiência. Do ponto de vista acadêmico, será útil instrumento para o ensino do direito comparado, apresentando as mais importantes soluções típicas dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Não terá uma divisão geográfica, a não ser no primeiro dos 16 volumes (*National Reports*), com breves descrições de cada sistema legal. Os outros 16 são dedicados à comparação, com informações sobre as soluções divergentes dos problemas jurídicos. Para cada problema somente as soluções típicas serão descritas em pormenores pelo recurso ao sistema legal que mais caracteristicamente a adota, com breves referências a outros países que sigam essencialmente a mesma solução. Após sua apresentação e análise, haverá uma crítica comparativa e sugestões para o aperfeiçoamento.

Para a realização deste projeto o Comité Internacional de Direito Comparado, que é a comissão executiva da Associação Internacional de Ciência Jurídica, estabeleceu uma comissão especial para a *Encyclopedia* composta dos Srs. ANGEL, LIPSTEIN, VAN MENCHREN, REMIKANEN, NOZMARIN, TUNC e Prof. KONRAD ZWEIGERT, este último designado seu “Editor Responsável”, tendo o Dr. ULRICH DROBNING como “Secretário Executivo”. Cada volume, de cerca de 1 000 páginas, em formato de dicionário, tem um “Editor-Chefe.”

O do volume XIV, consagrado ao Direito do Trabalho (*Labour Law*) é o Professor OTTO KAHN-FREUND, da Universidade de Oxford, na Inglaterra. Cada editor-chefe é assessorado por um Conselho Consultivo, no qual estão repre-

sentados todos os grandes sistemas de Direito e com êle dispõe o plano para o seu volume. A seguir escolhe os “Relatores-Gerais para cada capítulo, cada um dos quais assume a responsabilidade definitiva, podendo recorrer a consultores nacionais para questões referentes ao seu direito pátrio. Os projetos de todos os relatores gerais serão lidos e discutidos pelo Conselho Consultivo de cada volume. A *Enciclopédia* será publicada em inglês, sendo estabelecida uma terminologia uniforme, tendo em conta as diferenças do inglês britânico e americano.

É o seguinte o Conselho Consultivo do Vol. XIV (*Labour Law*): Prof. CAMERLYNCK (Paris), Prof. CESARINO (São Paulo), Dr. JENKS (Genebra), Prof. RIESENFELD (Berkeley), Prof. SCHMIDT (Stockholm), Prof. SUMMERS (New Haven), Prof. SZUBERT (Lodz).

São os seguintes os capítulos com os respectivos Relatores Gerais: 1. Sources of Labour Law. National and International Legal and Non-Legal Sources of Norm and Sanctions; a International Sources — C. F. JENKS, Genebra; b National Sources — Prof. KAHN-FREUND, Oxford; 2. Scope of Labour Law as regards Persons and Subject-Matter. Categories of Employees and their Relevance — Prof. GIUGNI, Roma; 3. Making, Modification and Termination of Employment Relationships and the Obligations resulting from such Relationships in General — Prof. CAMERLYNCK, Paris; 4. Wages and Remuneration in General. The Determination of Wage Rates, Forms of Wages, Methods of Payment, Protection of Wages, Holidays with Pay, Pensions and other Fring Benefits — Prof. WELTNER, Budapest; 5. Hours of Work. Weekly Rest. The Employment of Protected Persons — Prof. CESARINO JR., São Paulo; 6. Health, Safety and Welfare — Prof. SZUBERT, Lodz; 7. Accidents at Work and Occupational Diseases.; a) Private Law — Prof. FLEMING; b. Social Insurance — Prof. DUPEYROUX, Paris; 8. Labour Market Regulation. Man-power Policy, Employment Services, Vocational Training (incl. Apprenticeship), Equ-

lity of Treatment in Employment and Occupation. Unemployment Insurance — Prof. BLANPAIN, Louvain; 9. Trade Unions and Employers' Associations — Prof. SUMMERS, New Haven/USA; 10. Collective Bargaining and Collective Agreements — Prof. SCHMIDT, Stockholm; 11. Representation of the Employees at Plant and Enterprise Level — Prof. GAMILLSCHEG — Göttingen; 12. Prevention and Settlement of Labour Disputes, other than Conflicts of Right — Mr. GIVRY, Geneva; 13. Strikes, Lockouts and other Hostile Actions — Prof. SIMITIS Giessen; 14. Organization, Jurisdiction, Composition and Procedure of Labour Courts, and of Organs of Arbitration for the Settlement of Grievances Arising from Existing Contracts of Employment, Collective Agreement, and Plant Agreement — Prof. AARON, Los Angeles; 15 Organization and Functioning of Administrative Authorities Concerned with Labour Problems, incl. Organs. of Inspection and Enforcement — Prof. YAMAGUCHI, Tokyo.

# A arrecadação do direito de autor na Europa.

*Antônio Chaves*

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

Tenho a honra de apresentar a Vossa Excelência o relatório de minha viagem a Las Palmas de Gran Canaria, a fim de tomar parte por ocasião do XXVII Congresso Mundial dos Autores e Compositores, nas sessões dos dias 26 e 27 de Junho último, da Comissão Jurídica e de Legislação da “Confédération Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs”, para a qual tive a honra de ser eleito em outubro do ano passado, completando assim o quadro de 21 representantes do mundo inteiro.

Sem ter tido o ensejo, antes de partir, de entrevistar-me pessoalmente com Vossa Excelência, entendi valiosa a oportunidade para estabelecer contacto com as principais sociedades de direitos autorais da Europa, o que me levou, em vez de diretamente a Las Palmas de Gran Canaria, via Lisboa, a Madrid, onde permaneci um dia, seguindo no dia 24 para o Congresso.

Encerrados os trabalhos, visitei Roma, Munich e Paris razão por que o presente relatório é dividido em cinco partes.

Peço antecipadamente escusas pela extensão do mesmo. Os dados materiais que encerra não são próprios de jurista:

---

\*. Relatório de viagem apresentado, em data de 27 de julho de 1970, ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZAID.

são porém indispensáveis para que o jurista possa formar uma idéia da importância e da complexidade do problema da arrecadação dos direitos autorais, não apenas sob o ponto de vista econômico, mas, principalmente sob o ponto de vista social e cultural.

### I. Sociedad General de Autores de España (SGAE)

O Presidente Víctor Ruíz Iriarte e os principais dirigentes da SGAE estavam ausentes, pois foi justamente sob os seus auspícios que se realizou o XXVII Congresso.

Fui, no entanto, acolhido com a maior fidalguia pelo sr. MIGUEL PORTOLEZ GONZALEZ, Chefe da Secretaria, que tudo fêz para responder ao meu questionário por vêzes indiscreto, sôbre as particularidades relativas ao funcionamento da entidade, permitindo-me acompanhar o mecanismo da arrecadação dos direitos de autor, desde a organização dos programas, até a distribuição efetiva do numerário a cada interessado.

A SGAE é a única sociedade de autores da Espanha, o que facilita, racionaliza e reduz o custo administrativo da arrecadação e distribuição do direito de autor.

Está instalada num majestoso e originalíssimo prédio, de estilo barroco-catalão, à Rua Fernando VI, n.º 4, mas já insuficiente para acolher tôdas as repartições, razão por que, ao lado do mesmo foi construído um moderno edifício com oito andares, no subsolo do qual algumas já se encontram instaladas.

A SGAE há cinco anos vem operando pelo sistema de computadores eletrônicos.

Tôdos os cálculos, no que diz respeito à *execução musical* — parte mais complexa da matéria e que, por isso mesmo, vai ser objeto de preocupação exclusiva do presente relatório — têm seu ponto de partida nos programas de:

- a) execução mecânica;
- b) radiodifusão;
- c) execução humana;
- d) variedades (festas, números de teatro de variedade que não constituam espetáculos domésticos, etc.);
- e) reprodução mecânica;
- f) direitos de radiodifusão;
- g) direitos de televisão.

Com base em geral nos programas das execuções musicais, é organizada a ficha inicial qualificada de “*determinação de local.*”

Dela constam:

- a) quantia cobrada;
- b) avaliação do programa;
- c) número do talão de cobrança;
- d) número de fôlha;
- e) número de títulos;
- f) número de *partes* (súmula dos títulos), executadas em cada dia do mês;
- g) data e local.

Nesta seção conta a SGAE com 10 máquinas perfuradoras, ocupando outros tantos funcionários.

A seção conta ainda com um “listador de verificação”, com uma máquina “intérprete”, e com um amplo fichário.

Temos aí o trabalho preparatório que permite a passagem para a fase ulterior: a do *ordenador* (computador eletrônico).

Para cada programa, no qual figuram os nomes dos autores, dos intérpretes e as “partes”, existe uma ficha da qual consta o total das “partes” e o total das “pesetas” cor-

respondentes, bem como uma ficha de títulos, em que figuram os títulos com as respectivas partes.

O *ordenador* da SGAE, marca IBM, é de capacidade menos que mediana, equivalendo a cerca de 1/25 das possibilidades dos demais. Assim mesmo opera com 16.000 dados, num determinado instante (fração de segundo), fazendo tôda a divisão e apontando o número de pesetas que corresponde a cada “parte” dentro de cada programa.

São conservados os programas, por cinco anos, e os “listados”, extensas listas de dados necessários para os cálculos, por não interessarem ao autor ou ao intérprete, por apenas seis meses.

Para economia de espaço, as fichas são gravadas magnèticamente, à razão de 400.000 por rôlo de fita magnética.

O *ordenador* opera com três funcionários.

Encerra o ciclo de operações uma máquina intercaladora de novas peças e uma classificadora.

Bem se percebe a quantidade enorme de mão de obra especializada e cara que êsse sistema permite poupar.

Apenas cerca de 20% do arrecadado em matéria de direito de autor e direitos conexos são absorvidos pelas despesas de administração, de acôrdo com as diferentes categorias, além dos impostos e gravames gerais.

## II. XXVII Congresso Mundial dos Autores e Compositores

Cheguei no dia 24, à noite, em Las Palmas de Gran Canaria, mas apenas no dia 26 tiveram início os trabalhos da Comissão Jurídica e de Legislação, na “Casa de Colón”.

Na ausência justificada do dr. VALERIO DE SANCTIS, foi indicado para assumir a presidência dos trabalhos o dr. ROGER FERNAY, que abriu a sessão e procedeu às formalidades preliminares, constantes da ordem do dia (anexo n.º 1).

O Sr. Presidente fêz a leitura, em resumo, de uma exposição do dr. VALERIO DE SANCTIS sôbre a evolução do direito de autor no plano internacional (anexo n.º 2).

Seguiu-se um relatório verbal do dr. CLAUDE JAUBERT, sôbre as medidas visando favorecer os países em vias de desenvolvimento. É a matéria relativa à revisão do desastrosos Protocolo de Estocolmo, que agita e preocupa os especialistas em direito de autor do mundo inteiro, e a qual foram dedicadas as duas sessões dêsse dia: a das 10,00 às 13,00 horas, e a das 16,00 às 19,00.

O relator fêz um resumo das discussões travadas nas reuniões de Paris e de Genebra do Comité encarregado de preparar o anteprojeto francês para a Convenção Internacional, encarecendo a diferença de atmosfera com relação às anteriores reuniões de Estocolmo e de Washington, parecendo todos animados pelo desejo de sairem da situação.

Do teor das manifestações deduz-se que a idéia da fusão dos dois textos, da Convenção de Berna e da Convenção Universal está completamente abandonada, considerando a grande maioria, se não a totalidade dos congressistas, ponto fundamental a separação.

Na sessão da tarde o Presidente sugeriu, devido à escassez do tempo, que tôdas as questões fôsem reunidas em cinco grupos: I — direitos fundamentais das Convenções Universal e Revista; II — traduções, em conjunto para as duas convenções; III — direito de reprodução; IV — determinação da acessibilidade à Convenção de Berna para novos membros; V — questões diversas, — seguindo-se animados debates sôbre cada um dos tópicos.

As discussões ocuparam mesmo parte da sessão do dia seguinte, que teve lugar entre 10,00 e 13,00 horas.

Chegou-se, finalmente, ao item 6 da ordem do dia, quando coube ao signatário a palavra para falar sôbre o delicado problema da percepção — melhor diríamos, da não percepção — no Brasil, do direito de autor em matéria

de músicas de filmes cinematográficos, decorrentes da publicação do decreto-lei 980, de 20 de outubro de 1969.

Pareceu a Vossa Excelência — no que me pus logo de acôrdo, pois eram êsses os meus sentimentos — que não ficaria bem a um representante, senão oficial, pelo menos oficioso do Brasil, levantar, ao estrangeiro, o problema da inconstitucionalidade dêsse diploma legislativo.

Eliminei, por isso, na leitura que fiz do “rapport” enviado com muita antecedência quaisquer expressões que pudessem afetar os brios da nossa nacionalidade, o que justifiquei com a escassez do tempo e com o fato de ter sido já determinado por Vossa Excelência um estudo em profundidade da matéria.

O representante de Portugal, dr. LUIZ FRANCISCO REBELLO pediu a palavra para cumprimentar o orador que acabava de falar, cujos méritos entendeu que podia ressaltar nessa primeira oportunidade em que comparecia a uma reunião da Comissão Jurídica e de Legislação da CISAC, propondo fôsem encaminhadas às autoridades brasileiras moções que expressassem os sentimentos unânimes dos membros presentes no sentido da urgência da suspensão do referido decreto.

À manifestação associou-se o próprio Presidente, que também se referiu à pessoa do signatário com palavras elogiosas, afirmando que o doutor REBELLO se havia antecipado a uma iniciativa que êle mesmo pretendia tomar.

Generalizaram-se, durante cêrca de 45 minutos, debates, interpelações e pedidos de explicações, ficando finalmente decidido que seriam encaminhados telegramas, em nome da Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores, e, pois, praticamente, em nome dos autores e compositores do mundo inteiro, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República e a Vossa Excelência, encarecendo a urgência de providências da suspensão dos efeitos de um diploma legal que contraria flagrantemente todos os compromissos assumidos pelo Brasil ao assinar as Convenções de Berna e de Washington.

Foi lido, em seguida, um relatório do Prof. WALTER DERNBERG sôbre a revisão do Copyright nos Estados Unidos (anexo n.º 4). Os Profs. DESBOIS e CARLOS MOUCHET teceram comentários, respectivamente, sôbre a lei grega (anexo n.º 5) e sôbre o Projeto de Lei de direito de autor da Argentina, que submeteram também a incisivas críticas.

Finalmente, o sr. VICTOR HAZAN fêz um estudo sôbre a evolução do direito de autor em Israel.

Às 13,00 horas foram encerrados os trabalhos, sem que tivessem sido abordados itens importantes da pauta, como o relatório do sr. DENIS DE FREITAS, que apesar das ressonâncias lusitanas é inglês, sôbre os sistemas de gravações electro-video (anexo n.º 6), e o apresentado pela JASRAC sôbre a nova lei japonesa sôbre Direito de Autor (anexo n.º 7), a serem abordados em nova reunião, já marcada para outubro, possivelmente em Paris.

### III. Società Italiana Degli Autori ed Editori (SIAE)

No dia 2 de Julho às 10,00 horas em companhia do dr. DANIEL ROCHA, Diretor da Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT) e Assessor do Govêrno nas recentes reuniões para a revisão das Convenções de Berna e da Unesco em Paris, Genebra e Washington, do sr. EMILIO VITALE, da Irmãos Vitale S. A. Indústria e Comércio, editora gráfica (Editora de Música e de “Lex”) e fonográfica (Copacabana), e conselheiro suplente do Serviço de Defesa do Direito Autoral (SDDA), e do sr. NEWTON TELXEIRA, Diretor-Tesoureiro da Sociedade Brasileira de Autores e Compositores de Música, todos delegados brasileiros ao Congresso de Las Palmas, estive em visita à sede da SIAE, no Viale della Letteratura (Eur).

Fomos recepcionados efusivamente pelo dr. LEONELLO CECCHINI, Diretor Central da Secção, que nos deu, inicialmente, um apanhado histórico, das funções e da importância da SIAE.

Tem ela, efetivamente, proporções de um verdadeiro ministério, como resulta do número de funcionários efetivos, cêrca de 1250; do total de direitos que arrecada, 16 bilhões de liras em 1968, 18 bilhões em 1969, correspondendo a 30 milhões de dólares, dado impressionante, especialmente quando comparado ao total arrecadado no Brasil no ano passado, que atingiu apenas uma décima parte: 3 milhões de dólares, e que êste ano vai sofrer o desfalque da não arrecadação dos direitos autorais em matéria de cinematografia; das proporções dos prédios que ocupa: um com cinco andares, com 75 salas cada, e outro, de dois andares, onde foi instalado o computador eletrônico.

Os 16 bilhões arrecadados em 1968 provieram das seguintes fontes:

- 33% — manifestações dançantes,
- 18% — filmes cinematográficos,
- 26% — radiodifusão e televisão,
- 16% — repertório geral (revistas de variedade, concertos, instrumentos mecânicos, bandas),
- 7% — repertórios estrangeiros.

Êsses dados ficam naturalmente sujeitos a oscilações, estando previsto para o ano próximo um importante incremento decorrente dos direitos fonográficos.

A relevância do direito de autor em matéria cinematográfica resulta dessa contribuição de 18% sôbre o total. Na Itália a cobrança é feita “a forfait”, na percentagem de 2,10% sôbre o valor da entrada do cinema, considerada pequena, mas incomparavelmente mais satisfatória do que a de 0,50% atribuída no Brasil pelo decreto-lei 980.

Assinalem-se, além dessas, duas diferenças fundamentais:

- a) na Itália o direito é efetivamente arrecadado e escrupulosamente distribuído;

b) na Itália a produção de filmes, e portanto, a retribuição dos autores, compositores e interpretes é incomparavelmente maior.

*Organização.* A SIAE não é nem estatal nem para-estatal. Tem, no entanto, exclusividade de mediação em matéria de direitos autorais e conexos, bem como a exclusividade da representação para os países estrangeiros, não podendo sofrer a concorrência de qualquer outra sociedade congênere, como ocorre, já foi visto, na Espanha com relação à SGAE.

É formada por mais de 10.000 *inscritos*, entre autores, compositores, editores, etc., e 800 *sócios*.

É fundamental essa distinção entre as duas categorias: sòmente podem ser *sócios* os que alcançam uma certa importância pela sua produção intelectual ou pela sua contribuição cultural ou artística.

Chegar ao “status” de sócio oferece três vantagens fundamentais:

a) permite exercer o direito de voto para a constituição das Comissões Técnicas, Conselhos de Administração e Disciplinar;

b) autoriza ser eleito para um dèsses cargos;

c) possibilita obter aposentadoria ao atingir os 60 anos, com 180.000 liras por 13 meses ao ano.

Já os simplesmente *inscritos* gozam vantagens bem menores: só alcançam a aposentadoria aos 35 anos de inscrição ou 70 anos de idade, mediante a ajuda de 25.000 liras por 12 meses ao ano.

Para ser inscrito numa determinada categoria, p. ex. de editor, é preciso apresentar provas de certa profissionalidade: determinado número de composições impressas, obedecendo a requisitos pré-fixados.

Apenas excepcionalmente é admitida a inscrição de súditos não italianos, que não poderão estar inscritos em sociedades estrangeiras, e que comprovem estar residindo no país desde há determinado tempo.

A SIAE é chefiada por um Presidente, que a representa legalmente, e gerida por um Conselho de Administração, constituído de 9 elementos. Três representam os autores (sendo um compositor musical, um autor dramático e um autor de obra literária); três representam os editores (um de música, um de obra literária e um de obra cinematográfica); dois são representantes ministeriais (um do Presidente do Conselho de Ministros e outro do Ministério da Economia e Finanças); e o próprio Presidente, que é sempre um autor, eleito pela assembléia dos sócios e nomeado pelo Presidente da República.

Existem várias Comissões de Secção: de Música, de Teatro (DOR isto é dramático, operetas e revistas), de Obras Literárias; de Obras de Arte Figurativa, de Cinema, reunindo-se, ordinariamente, uma vez por ano.

Existe também uma Consultoria Legal, presidida pelo Presidente da Sociedade, da qual fazem parte um representante do Ministério das Finanças, um do Presidente do Conselho de Ministros, um do Departamento da Propriedade Literária, um do Ministério da Pública Instrução e quatro juristas especializados em matéria de direito de direito de autor, nomeados pela assembléia de Comissões de Secção cada três anos.

Existem ainda uma Comissão de Recursos, um Diretor Geral e um Conselheiro Jurídico, que também é o diretor da Revista Oficial da SIAE: *Il Diritto di Autore*.

*Administração.* A administração da SIAE, complexa pela natureza das suas atribuições, sofre ainda o encargo que lhe é atribuído pelo Estado da arrecadação de determinados impostos, tributos e contribuições.

Fundamental, para os autores e intérpretes, é o custo da arrecadação e distribuição de seus direitos. Varia êle de acôrdo com a categoria. Assim, cobra a SIAE, em matéria de:

Teatro — 10%

Rádio e televisão — 20%

Bailes — 28%

Estereo — 5%

Contribuição para o Estado — 5%

A arrecadação em prol do Estado é efetuada a preço de custo. Mas o encargo é compensado pela vantagem de proporcionar à Entidade a fôrça e o prestígio de um verdadeiro agente estatal.

Convirá para o Brasil um sistema tão complexo e tão minucioso? Compensará manter, ainda que inicialmente, em proporções, numerosos funcionários, pagar aluguel de máquinas custosas para prover à distribuição rigorosa dos, cêrca, de 14 milhões de cruzeiros de direitos de autor musical atualmente arrecadados no Brasil?

Não quis o dr. LEONELLO CECCHINI pronunciar-se. Reconhece existirem setores que são mais onerosos do que outros: assim, por exemplo, 20% do trabalho desenvolvido é consumido na distribuição de apenas 5% do total representado pelas cobranças relativas aos bailes.

Mas os inscritos e sócios estão há muitos anos acostumados a êsse sistema, e dificilmente aceitariam um diferente, embora em outros países, como na França e na Alemanha, as retribuições, pelo menos em parte, sejam feitas por “amostras”, sondagens ou padrões, sistema Gallup.

A própria SIAE abre exceções ao princípio, que denomina de “capilaridade” da arrecadação e pagamento dos direitos de autor e intérprete, que prevalece integralmente em outros setores, como o rádio e a televisão, em que a gravação de todos os programas permite uma verificação, minuto por minuto, de tôdas as músicas e obras executadas.

Para determinadas modalidades, existe opção entre dois sistemas:

a) “a punteggio”. Nas execuções cujo valor, em matéria de direito de autor, não exceda 10.000 liras, o respectivo montante é dividido pelo número de obras, estabelecendo-se uma média, que é atribuída a cada uma das obras executadas;

b) por quöta. Leva em conta, nas execuções de maior valor, uma importância fixa, que é dividida pelo número de peças. Assim, se um salão de baile executa 50 peças, e deve pagar a importância fixa de 100.000 liras, divide-se esse montante pelo número de peças, o que dará um total de 2.000 liras por peça.

O número de programas por quöta é pequeno, não chegando a 30% da arrecadação total, o que facilita sua fiscalização.

A SIAE, sempre que pode, faz acórdos com tódas as categorias de interessados, evitando, por essa forma, acusações de prepotência nas decisões que toma.

O sistema de “capilaridade” é mantido com relação à radiodifusão, à televisão, aos filmes, às revistas de variedade, e para todos os demais setores em que não atinja grande desenvolvimento a cobrança dos direitos.

Aconselha o dr. CECCHINI, antes de chegar-se a uma solução definitiva, um estudo acurado da estrutura legal e da organização teórica a ser alvitrada que deverá procurar, de qualquer maneira, restringir a uma só as sociedades arrecadoras para o País, a fim de reduzir os custos de operação.

Passou então a fazer-nos companhia o dr. MARIO FABIANI, professor universitário e Vice-Diretor Central.

Entre numerosos outros detalhes, que seria impossível reproduzir neste relatório, esclareceu que de acórdo com os artigos 180 da Lei Italiana, 10 e seguintes do estatuto e 27 do regulamento do estatuto, na retribuição dos proventos deve ser sempre reservada uma quöta ao autor, o que significa não ser admitida a validade da cessão total dos seus direitos.

Existe, por outro lado, um encadeamento bem definido de responsabilidades: pela exibição do programa das obras a serem executadas, pelo sistema de reprodução; “in vigi-lando” dos executantes do programa e supletiva do proprietário do estabelecimento.

Também são protegidos os títulos da obra, nos termos dos artigos 100 da lei e 31 do regulamento.

Não é a SIAE depositária de qualquer arquivamento de contratos, nem recebe obras em depósito.

Enquanto que para as criações de autores vivos cobra 10%, para as de domínio público cobra 5% sôbre o preço bruto arrecadado.

*Visitas às secções.* Passamos então a percorrer as diversas secções.

O “*Ufficio Programmi*”, como sempre, é o ponto fundamental. Já ficou consignado que perfaz 1250, o número de funcionários efetivos da SIAE. Dêles, cêrca de 650 trabalham junto à Direção Geral, e os demais 600 no interior. Muitos dêstes últimos fazem parte, no entanto, do quadro de agentes locais, que são 2.000, operando na base de percentagem. Há, ainda, 20 “*Direzioni di Sedi*” regionais, espécie de agencias ou sucursais, nas cidades mais importantes, contando com entre 10 a 50 funcionários.

A percentagem de remuneração varia, conforme a natureza da obra ou do trabalho, indo de um máximo de 10% (música) a um mínimo de 2 ou mesmo 1% (direitos erariais).

A secção programas, como ocorre na Espanha e em todos os países devidamente aparelhados, é tôda mecanizada. Conta com uma máquina de retomada de microfilmes: “*Microfilm Fotostat*”, italiana; com capacidade de fazer 120 microfilmes por minuto; com uma “*sviluppatrice*”, máquina reveladora, marca “*Omac*”; também fabricada no país, e um visor-leitor “*Agfa*”.

Cada mês são microfilmados de 40 a 50.000 programas, 2500 em cada rôlo a uma média de 30 rolos por mês, que são conservados por 3 anos depois de remetidas as retribuições para as sociedades estrangeiras.

Há, ainda, a Secção Cortes dos Programas, o que é feito por meio de uma guilhotina, que os reparte em 36 pedaços, em cada um dos quais uma máquina cortadora e carim-

badora: “tickometer”, carimba o mês e ano e o gênero da execução, completando assim os demais elementos: nome do autor e da composição, dia da execução e montante em liras que cada cupão já continha.

*Secção coordenação e seleção das cédulas.* No dia seguinte prosseguiram as explicações. A secção, como o nome indica, encarrega-se da seleção das cédulas por compositor e por obra, levada a efeito manualmente por 30 funcionários, de maneira a permitir a verificação do total do importe devido a cada autor, compositor ou intérprete.

As cédulas, depois de distribuídas de acôrdo com a sua composição, já contendo “uma qüota”, cujo valor é estabelecido em função de diversos elementos: categoria do local em que é executada, de maior ou menor luxo; importância, etc., são agrupadas de acôrdo com a espécie. Uma só composição, tal seja a sua popularidade, pode encher 3 ou 4 gavetas de aço do arquivo. Por ocasião do “riepilogo”, isto é, do resumo, faz-se o agrupamento geral por autor e por composição.

Está então a contabilidade habilitada a efetuar a remessa das quantias correspondentes, o que faz duas vêzes ao ano, em geral nos meses de abril e outubro.

A importância da secção música é revelada pelo número de funcionários que ocupa na sede central: 150, e pelo número de salas que ocupam: 150, totalizando dois andares do prédio.

As obras musicais são distribuídas em 4 classes. A classe terceira é relativa à utilização radiofônica e televisiva. Seu contrôle e verificação são muito fáceis pois existe uma única estação em todo território italiano: RAI.

Envia, ela, quinzenalmente à SIAE, programas minuciosos, com indicação de cada compositor, cada obra, hora de início, e duração em minutos e segundos acompanhados de uma gravação total, minuto por minuto, para permitir a sua verificação. Êsses elementos são elaborados pela secção e transformados num documento interno mecânico fãbulado, ou lista mecanográfica.

Chega-se assim à conclusão, por exemplo, que no dia 21 de dezembro de 1969 “Tosca” de Puccini foi executada durante 55 minutos. Como extrair desses dados a retribuição devida, uma vez que existe domínio público pago?

Estabelecendo-se a relação entre a duração e um certo coeficiente, e multiplicando-se os dois elementos, temos um total de, digamos, 1650 “punti”, que serão somados aos relativos às demais composições do mesmo autor cujo nome está representado pelo número de uma cédula, no caso, 12.993, totalizando pontos relativos às execuções durante 6 meses ou 1 ano.

Outro exemplo. A composição “Notte”, de ADAMO, foi executada no dia 3 de janeiro de 1969 duas vezes: uma durante 27 segundos, outra durante 29. O centro mecano-gráfico apurou que até o fim do ano houve 27 execuções, atribuindo-lhe 61629 pontos.

A *terceira classe* é constituída pela Rádio e pela Televisão, e obedece aos mesmos critérios.

Uma vez inscritos os montantes nos resumos, os dados são transcritos numa cédula mecanográfica, com o respectivo montante já anotado, fazendo afinal o cérebro eletrônico a prestação de contas para cada um dos inscritos, para cada autor, de 6 em 6 meses, ou, se tratando de rádio, de ano em ano.

A prestação de contas é enviada pelo correio, uma vez que o estatuto da SIAE estabelece que o autor deve dar o seu endereço, e, se não o tiver, deve ser considerado como tal o da própria SIAE.

A segunda classe é constituída pelos filmes cinematográficos, cujos dados são providos diretamente ao centro mecano-gráfico, sempre pelo mesmo critério.

No prédio anexo visitamos a sala de perfuração, com suas 14 máquinas e seus 14 funcionários correspondentes.

Acaba de ser instalado o sistema 360/30 IBM a discos, que concentra todo trabalho realizado.

Terminada a visita, despedimo-nos e muito agradecemos ao dr. LEONELLO CECCHINI a boa vontade com que nos proporcionou todos os dados.

#### IV. Gesellschaft für musikalische aufführung und mechanische vervielfältigungsrechte (GEMA).

O dia todo de segunda-feira, 29 de julho, foi consagrado à visita à GEMA, cuja denominação corresponde à “Sociedade para o Direito de Execução Pública e Reprodução Mecânica Relativas às Obras Musicais”.

Ocupa um amplo prédio de 5 andares, 8 München 2, Herweg-Wilhelm-Strasse 28, tendo outra séde em 1 Berlin 30, Bayreuther Strasse 37/38.

Na Alemanha Ocidental existem outras duas sociedades de direitos autorais: a Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL — Sociedade para a Gerência dos Direitos de Prestação de Serviços, ou seja Direitos de Produtores Fonográficos e Artistas Executantes, 4 2 Hamburg 52, Charlotte-Niese-Strasse 8) e Verwertungsgesellschaft Wort (VG WORT — Sociedade de Gerência de obras literárias 8 München 2, Damenstiftstrasse 7).

Nota-se na GEMA uma grande preocupação no que diz respeito à simplificação do setor contabilístico.

Os serviços estão divididos nas duas sédes: a de München só cuida dos direitos mecânicos e dos que vêm do estrangeiro, centralizando também a direção financeira, enquanto que a de Berlin, que é a “oficial”, concentra todos os demais serviços de repartição dos direitos autorais: rádio, televisão, música ligeira, inclusive por meios mecânicos, música sinfônica e filmes sonoros.

No impedimento ocasional do dr. ERICH SCHULZE, fomos muito bem recebidos pelo sr. WOLFGANG SCHIEDUNG, Diretor do Serviço Estrangeiro, que passou o dia inteiro conosco.

Explicou-nos que na Alemanha Ocidental qualquer pessoa pode fundar outra sociedade de direitos autorais. Mas

precisa obter autorização do registro de Patentes, com obediência aos requisitos estabelecidos pela lei de 9-9-1965.

*Organização.* Os destinos da GEMA são determinados pela Assembléia Geral dos Membros com direito a voto. Existem três categorias de participantes:

1. *Titulares de direitos representados:* meros administrados, sem direito a voto ou de participação nas atividades direcionais;

2. *Membros extraordinários:* são os de maior número, cerca de 6.000, em geral jovens compositores, cessionários ou sucessores.

Têm de preencher certas condições, como a de ter percebido determinada quantia a título de direitos autorais, durante alguns anos, para passarem a

3. *membros ordinários:* aproximadamente 1.000.

A *Assembléia Geral* é constituída pelos sócios ordinários, que, para qualquer decisão modificadora dos estatutos ou do critério de distribuição, deverão chegar a uma decisão unânime das três categorias ou grupos: compositores, editores e letristas.

Em cada categoria, as decisões são tomadas por 2/3; na Assembléia Geral, por unanimidade. Cada um dos grupos elege sua representação no Conselho de Vigilância, constituído por seis elementos dos compositores, cinco dos editores e quatro letristas.

O *Conselho de Vigilância* elege também o Presidente e Diretor Geral da Sociedade, responsável pela administração da mesma, funções essas que podem ser atribuídas a duas pessoas.

O Conselho de Vigilância (que não é bem Conselho Fiscal, pois não controla os atos do Presidente) elege as Comissões:

1. *Econômica*, que verifica a gerência da Sociedade;

2. *De obras*;

3. *De taxação,*

e tôdas as demais cuja a constituição for considerada útil, como, por exemplo, quando surge a necessidade de modificar o contrato estabelecido com a empresa de televisão, etc..

Existem ainda:

*Secretaria Geral*, com as sub-seções do Secretário Chefe, da Administração, Geral, e dos Serviços IBM;

*Serviços* (admissão, troca de seções, etc.);

*Revisão e Organização*;

*Percepção dos Direitos Mecânicos e Fonográficos* (conclusão de contratos com produtores de discos);

*Relações com a Radiodifusão* (preparo dos contratos);

*Serviço jurídico*, constituído por um só advogado-chefe e diversos funcionários;

*Serviço de Pessoal*;

*Direção de Finanças* (Contabilidade Geral, Contabilidade dos Membros, Caixa);

*Serviço Estrangeiro*, (que se encarrega de repartição dos direitos que provêm do estrangeiro e constitui a central internacional de repartições);

*Representações* nas cidades mais importantes para GEMA: Bruxelas, Buenos Aires, Estambul, Copenhague, Londres, etc.;

*Serviço de Documentação* (Nacional e Estrangeira) que conta com um musicólogo;

*Distribuição dos Direitos*, dividida em Rádio e Televisão, Direito de Reprodução Mecânica, Música leve, Música sinfônica e filmes sonoros.

A GEMA, também não é estatal, nem sequer para-estatal, não sofrendo qualquer interferência do Estado, devendo apenas obedecer às determinações da referida lei de 9-9-1965.

Uma vez publicadas suas tarifas no *Diário Oficial*, são aí assinaladas tôdas as modificações.

Os direitos são calculados, para facilitar as operações, em duodécimos.

Um editor jamais poderá ter mais do que 6/12, em se tratando de obra de um só autor.

Se forem mais de um os autores, caberá pelo menos 5/12 ao compositor da música; 3/12 ao letrista e 4/12 ao editor originário.

Para contratos com estrangeiros, permite-se que o editor tenha até 6/12, que pode ceder total ou parcialmente, mas que em geral divide pela metade com o cessionário estrangeiro.

De acôrdo com o regulamento de 24 e 25-6-1969, em se tratando de uma cessão da Alemanha para o estrangeiro, pode se escolher uma destas três modalidades:

a) 6/12 para todos os autores interessados (compositor, autor, sub-autor, arranizador, etc.);

3/12 para o editor;

3/12 para o cessionário do editor no estrangeiro;

b) 6/12 para todos os criadores intelectuais;

2/12 para o editor originário;

4/12 para o sub-diretor;

c) 6/12 para todos os criadores intelectuais;

4/12 para o editor originário;

2/12 para o sub-editor.

Em se tratando de obras estrangeiras, se forem editadas na Alemanha, aplica-se a mesma chave, com o seguinte acréscimo:

6/12 para todos os cessionários e sucessores originários;

6/12 para todos os subcessionários ou sucessores.

*Arrecadação, Administração e Distribuição.* A GEMA conta com apenas 900 funcionários no país, dos quais 400 em Berlim e Munich, e os demais nas direções regionais,

nenhum dos quais percebe remuneração mediante percentagem.

Para o Estado, a GEMA cobra somente a nova taxa sobre o valor acrescido, estabelecida pela Comunidade Européia, de 11% sobre o valor de qualquer autorização, e cujo montante pode ser deduzido dos impostos devidos pela GEMA ao Estado.

A soma arrecadada em 1969 foi de DM 167.261.000, correspondente a perto de 50 milhões de dolares, registrando-se sensível aumento com relação ao ano anterior, devido, principalmente ao desenvolvimento do direito mecânico.

Para esse total contribuíram:

Radiodifusão e Televisão (para os dois direitos de emissão e mecânico) .	34%
Tôdas as demais reproduções mecânicas (31% indústria de discos; 1% gravações particulares, pequenas indústrias, etc.)	32%
Música viva (concêrtos, músicas ligeiras) .	12%
Música executada por meios mecânicos .	8%
Direitos recebidos do estrangeiro .	8%
Outras receitas (comissão para percepção em teatros; etc.) .	4%
Filmes ...	1,7%

As despesas gerais de administração, que em 1960 eram de 15,8%, foram sendo sucessivamente reduzidas, até, chegarem a apenas 12,4% no ano passado.

O surpreendentemente baixo custo de administração só é possível por contar a GEMA com contratos generosos com a radiodifusão e com a indústria fonográfica, que lhe garantem 66% sobre as percepções.

Não podendo ser controlado o comparecimento às salas de exhibições cinematográficas, foi necessário estabelecer

uma tarifa fixa que leve em conta o número de lugares, o número de execuções e a categoria do estabelecimento.

Os últimos anos registraram uma evolução explosiva, principalmente em matéria de discos, que de 1968 para 1969 proporcionaram um aumento de direitos autorais de mais de 20%, tendo tido também a indústria fonográfica um aumento de quase 20%.

Nos demais setores, com exclusão do disco, o aumento foi de 12%, o que é extraordinário num país que não sofre inflação.

O direito mecânico tem taxas fixas de administração, que compensam as despesas e permitem diminuir o custo dos outros setores.

Para os bailes e saraus leva-se em conta, entre numerosos outros fatores, a importância das cidades.

A diferença de várias percentagens, com relação à Itália, explica-se pelo fato de, na Alemanha Ocidental, cobrar a GEMA também direitos fonográficos, o que não ocorre com a SIAE. Na verdade, ainda existe a SEDRIM, Società Esercizio Diritti Riproduzione Meccanica, Via A. Bordoni, 32, I-20124 Milano, embora com tendência de ser absorvida por aquela.

Assinale-se que a lei alemã, apesar de recente, vai ser reformulada em dois pontos principais: no que estabelece isenção de direitos autorais para a publicação de livros escolares, e no que diz respeito à execução gratuita de música nas igrejas e pelas bandas militares.

*Cobrança de direitos.* Existem duas tarifas: *normais*, para os particulares e as entidades que não estão consorciadas (avulsas); e *preferenciais*, para as firmas que se agrupam em organizações.

Assim, por exemplo, a Associação Alemã de Esporte, da qual dependem milhares de associações grandes e pequenas de futebol, conclui um contrato-tipo que estabelece as condições de uso para a música controlada pela GEMA. A associação-mãe estipula com cada uma das organizações

a ela vinculadas um contrato definitivo, obtendo tôdas, por essa forma, um abatimento de 20%.

Existem mais de 300 contratos-tipo: com a Associação Alemã de Restaurantes e Cafés, com a Igreja Católica, com a Igreja Protestante, com a dos Empresários de Espetáculos de Variedades, com a Associação do Cinema, com a Organização das grandes firmas industriais que fazem produzir filmes publicitários, com empresários de concertos, com associações de teatros, com as estradas de ferro, com os bombeiros, com os sindicatos, com as associações municipais, com as emprêsas de ônibus, etc.

Das emprêsas de aviação são cobrados 1,50 marcos por ano e por avião, para a permissão de fazer uso da música tão sòmente por ocasião da decolagem e da aterrissagem, com a condição de não transmiti-la durante o vôo. Vai ser renovado o contrato antigo que existe há oito ou nove anos. Pretende-se estendê-lo também à projeção de filmes durante o vôo.

Algumas situações apresentam problemas particulares. Assim, por exemplo, as “juke-boxes” e as audições radiofônicas em estabelecimento público: bares, cafés, etc., em que não há possibilidade de um programa prévio

A secção específica de distribuição da GEMA, estabelece uma qüota de tudo o que é recebido durante um ano, atribuindo:

40% à execução por rádio;

60% à execução de músicas ligeiras de obras que saíram em discos no período anterior de um ano.

Assim, se para a música ligeira são calculados 600 pontos, poderão êles ser atribuídos mais uma vez.

Os usuários que se utilizam de programas, deverão, depois, entregá-los a GEMA, que todavia não tem, por lei, o direito de exigí-los, contando apenas com a obrigação contratual que, se fôr desobedecida, implicará numa multa de 10 marcos.

A música sinfônica é executada 100% na base de programas.

Já a música ligeira fornece à GEMA 80.000 programas por ano, o que perfaz um total de 70 a 80%.

Com relação à radiodifusão e à televisão registra-se uma inovação interessante e muito importante para reduzir os custos administrativos: os programas já vêm discriminados em fichas perfuradas e prontas para serem submetidas a computadores eletrônicos.

São remetidas pela rádio cada quatro meses e pela televisão cada trinta dias.

A GEMA incumbe-se de fazer a verificação, principalmente com relação à televisão e particularmente no que diz respeito à execução e aos filmes norte-americanos.

A Sociedade tem procurado critérios adequados para a solução de problemas particulares.

Assim, é praticamente impossível evitar o uso abusivo dos “tapes”, “cassetes”, aparelhos gravadores de música, etc.

Prefere, por isso, estabelecer uma espécie de taxa relativa ao direito de autor sôbre o valor exclusivamente dos aparelhos vendidos em público *para uso privado*.

Para a sua arrecadação as três sociedades de direito autoral alemãs formam um escritório central, distribuindo-a entre si, na base de 40% para a GEMA; 40% para os artistas executantes e 20% para os autores de obras literárias.

A fiscalização exige um serviço muito extenso, com direções regionais nas principais cidades.

No que diz respeito ao *uso comercial*, os restaurantes, bares, etc., devem pagar um direito de execução na base de 100% sôbre o qual é calculado um acréscimo de 50% a título de execução mecânica pelo uso de gravadores, tapes, etc.

Com relação às gravações privadas, distribuídas como direitos mecânicos, pagam 100 de direito de execução, mais uma sobretaxa de 50 para a reprodução da gravação mecânica.

Havendo execução sem programa, o pagamento é feito na base de:

60% dos direitos mecânicos em geral;

75% dos direitos mecânicos rádio;

25% dos direitos mecânicos fono.

Um milhão de marcos por ano é arrecadado apenas em matéria de gravações, distribuído na base de 50% aos produtores fonográficos, e 50% aos artistas executantes.

Para as gravações com finalidades comerciais, diretamente da rádio ou por meio de discos, a fim de serem executadas em bares, dancings, cabarés, etc., existe uma tarifa para o direito de execução por meios mecânicos, recaindo sob a rubrica de direito de execução.

Se é o proprietário ou concessionário de estabelecimento quem faz a gravação, paga um suplemento de 50% para remuneração do direito mecânico.

Do montante encaminhado à GEMA, ela paga fono (discos) 25% como direito de autor, produtor e artistas intérpretes; 75% de direitos mecânicos: rádio e execução mecânica.

Para as demais gravações que não discos nem fitas, a GEMA tem percebido um suplemento de 20% para artistas executantes e produtores de fonogramas.

A distribuição do numerário é feita pelo correio ou por meio dos bancos, uma vez por ano em tôdas as secções, com exceção dos direitos mecânicos sonoros, em que é feita duas vêzes.

Com relação aos produtores fonográficos, a cobrança relativa à edição é feita diretamente junto à firma, com o que se poupam despesas de administração.

Dois funcionários fazem a verificação das contas na fábrica, existindo para a repartição dos direitos um serviço especial.

*Sistema de trabalho.* Assinale-se, antes de mais nada, que um dos fatores da organização da GEMA é a nenhuma

interferência dos autores na gestão da sociedade. Todos os funcionários, mesmo os mais graduados, como o Presidente, os Diretores de Secção, etc., são condignamente remunerados, não podendo porém ser sócios nem ordinários, nem extraordinários. Os sócios apenas podem fazer parte das comissões especiais.

Por outro lado, não existe, como na SIAE ou na SGAE, corte de programas em “cupons” para a formação dos fichários relativos à contabilidade das execuções: funcionários específicos anotam os dados necessários em fichas correspondentes.

A GEMA distribui aos interessados uma série de formulários impressos, relativos a:

1. Condições a serem preenchidas pelos filiados;
2. Contrato tipo com associações de transportes;
3. Pedido de autorização para a realização de espetáculos públicos;
4. Variedades em cabarés;
5. Música mecânica e radiodifusão;
6. “Dancings” por meio de aparelhos radiofônicos;
7. Caixas de música;
8. Música automática;
9. Música mecânica, quando o próprio interessado faz a gravação;
10. Rádio;
11. Rádio nos quartos dos hotéis;
12. Música sinfônica;
13. Música intercalada nas peças teatrais;
14. Música de cena;
15. Direito de reprodução mecânica, com exceção para a indústria cinematográfica;
16. Casas públicas e restaurantes que fazem gravações;

17. Modêlos de programas;
18. Tarifas ônibus: rádio-recepções e “cassetes”;
19. Execuções ocasionais em restaurantes ou associações;
20. Variedades e circos;
21. Recepção rádio e recepção televisão;
22. Filmes sonoros para cinema com projeções ocasionais e habituais;
23. Execução de música, etc.

A ficha de trabalho para distribuição dos direitos do autor e do editor, contendo o número, ou código da obra passa por uma máquina eletrônica.

Para cada país é aberta uma nova ficha, visto que um disco pode ir para o estrangeiro, dando margem quando fôr aí vendido, a que o interessado receba uma participação.

O registro das fábricas de discos é feito por meio das cópias para contrôle, que têm, ou melhor que contêm todos os elementos necessários ao trabalho dos computadores, que já são enviados preparados semestre por semestre.

Percorremos o extensíssimo fichário geral de obras, com classificação por compositor da Alemanha Ocidental e por compositores do mundo inteiro, para execução pública e para direito mecânico.

A BEMA conta com um serviço IBM/360, para fazer todos os cálculos e com um IBM/2311, para o registro e verificação da qüota.

Outro elemento simplificador do trabalho de cálculo da distribuição do numerário decorre de não se indicar na ficha o valor de cada obra. Prefere-se atribuir-lhe um certo número de pontos, fazendo-se o cálculo no fim do ano.

Tôda percepção de música sinfônica resulta de uma conta.

As percepções são distribuídas pelas obras executadas num concerto, estabelecendo-se distinção entre as várias categorias.

Se se trata por exemplo, de uma pequena obra cantada, ou de uma sinfonia, terá, digamos, 1008 pontos. Outra obra pode ter 24 pontos. Tôda a arrecadação, de qualquer tipo, é dividida pelo número total de pontos.

E às execuções que não obedecem ao programa, juntam-se também os pontos respectivos no mesmo cálculo.

A vantagem consiste em que, em vez de se fazer a conta programa por programa, faz-se apenas uma soma final, dividindo-se o número de pontos pelo número de peças executadas.

A fim de evitarem-se prejuízos, multiplica-se por três o número de pontos para as músicas ligeiras executadas em music-halls, cabarés etc., porque sua incidência é proporcionalmente maior.

A GEMA faz ainda uma distinção entre a valoração da obra e a valoração levando em conta a percepção.

*Discos e Radiodifusoras.* Os fabricantes de discos enviam, para cada registro e cada disco, uma ficha em dois exemplares, com todos os dados necessários, e obtêm a devolução da duplicata com autorização, no verso, para fabricar, ou para exportar para todos ou para determinado país.

O fabricante pode fazer tôdas as prestações de contas por meio de fichas perfuradas.

Tem êle um contrato geral, mas só pode fazer prevalecer os direitos que êste lhe outorga quando tenha cumprido as suas obrigações, inclusive no que diz respeito às anotações, antes de fazer a distribuição dos discos para venda.

A radiodifusora opera, no tocante a essa parte, além de com o disco, com o “prato” gravado. O “prato” difere da fita magnética em que os elementos nêle contidos são

tomados diretamente, o que aumenta muito a velocidade da operação.

A fita gravada, como o prato, são utilizados para fazer o trabalho de distribuição dos direitos aos interessados, fazendo o computador o cálculo diretamente sobre a fita gravada.

#### V. **Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM).**

O dia 8 de julho foi dedicado à visita à SACEM, instalada à Rua Chaptal, n. 10, onde ocupa três amplos edificios, um com sete e dois com seis andares cada um. Tão logo, porém estiver pronta sua séde, vai mudar para Neuilly.

Prestou-nos esclarecimentos e acompanhou-nos na visita a sra. GINETTE DUCROUX, delegada dos negócios estrangeiros.

A sociedade conta com 420 funcionários na séde e 136 agentes arrecadadores no interior do país, e elementos além mar. Recebem em geral remuneração fixa, mas alguns percebem, além dessa, uma retribuição que varia de acôrdo com o serviço apresentado e o domínio geográfico da sua circunscrição.

*Arrecadação.* A SACEM arrecadou, em 1969, um total de mais de 185.536.000 francos, correspondendo a US\$ 33.552.000. A contribuição vinda do estrangeiro, para êsse total, orçou em Fr. 31.021.000.

Assinale-se o progresso notável que se registra com relação ao ano de 1968, em que a arrecadação havia sido de Fr. 163.590.000.

Tais montantes são alcançados graças à circunstância de que muitos poucos usuários deixam de pagar o direito de autor.

Por outro lado, as despesas de administração também registram diminuição de ano para ano, como se pode ver

pelo seguinte quadro, que também consigna o aumento nos juros correspondentes às quantias em depósitos:

	1968	1969	Diferença
Despesas . . . . .	26,05%	25,23%	—0,82%
Juros ... ..	4,06%	4,77%	+0,71%
	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	21,99%	20,46%	—1,53%

*Estrutura.* A direção da sociedade é formada pelos seguintes cargos: Diretor Geral, Diretor Jurídico, Delegado da Direção para Negócios Estrangeiros e Culturais, Negócios Gerais, Secretaria Administrativa, Negócios Estrangeiros, Contrôle Geral da Arrecadação, Chefe da Distribuição, Chefe da Documentação Geral, Chefe da Contabilidade, Caixa, Serviços Musicais, Serviços Jurídicos, Fichário das Contas Correntes, Informatística (antiga Mecanográfica).

Todos são *funcionários* da Sociedade, cujos Estatutos proíbem a qualquer sócio ocupar postos dessa natureza.

Mas, além da direção existe a administração da entidade, constituída por um Presidente, três Vice-Presidentes, um Secretário Geral, um Secretário-Adjunto, um Tesoureiro, um Tesoureiro-Adjunto e sete Administradores. Dêses quinze cargos, cinco são ocupados por autores, cinco por compositores e cinco por editores.

Existem três categorias principais de sócios, além de uma que não goza dessa prerrogativa: a dos *aderentes*.

Êstes não precisam preencher, o que só é admitido excepcionalmente pelo Conselho de Administração, tôdas as condições previstas para os estagiários. Não precisam provar que têm obras publicadas, bastando que demonstrem ter duas ou três registradas em discos, ou executadas em público, ou divulgadas pela rádio ou pela televisão, ou por qualquer grande estabelecimento, de modo que a veracidade da afirmação possa ser averiguada.

Nos termos do artigo 6.º, 3.ª alínea, do Regulamento, são membros da Sociedade, estando por êsse título, subme-

tidos às mesmas obrigações dos Estagiários, mas não poderão ser admitidos na qualidade destes a não ser quando tenham preenchido tôdas as condições previstas pelos estatutos e pelo Regulamento Geral.

O aderente não poderá assinar nenhuma obra com um colaborador da sua categoria, autor ou compositor.

Participa, no entanto, a repartição dos proveitos nas mesmas bases e nas mesmas condições dos sócios.

a) *Estagiário*. Todo candidato a autor ou compositor deve, nos têrmos do artigo 11 do Regulamento Geral, passar por um exame, que consiste:

Para o Autor, em escrever uma canção de duas cópias e de um refrão, uma poesia de forma clássica, um poema em versos livres, um monólogo, “sketch” de 10 a 15 minutos;

Para o Compositor, em desenvolver e harmonizar por escrito, sôbre 16 medidas pelo menos, um motivo dado, concebido no caráter das obras que figuram no “dossier” do postulante;

Para o Melodista, em escrever um canto sem acompanhamento sob tema dado. Não poderá ser admitido na qualidade de Melodista senão o candidato precedentemente admitido na qualidade de Autor Societário.

Poderá ser dispensado de qualquer exame o postulante que tenha uma notoriedade bem estabelecida e cuja admissão seja considerada útil ao interêsse social. Torna-se

b) *Estagiário profissional*, nos têrmos do artigo 25, mediante parecer favorável do Conselho de Administração, provando: I. ser estagiário ha mais de dois anos; II. ter recebido, no curso de cada dois anos anteriores, uma soma de direitos de execuções públicas igual à soma que é fixada para cada ano no início do exercício pelo Conselho de Administração. Passa a:

c) *Sócio definitivo*, também mediante parecer favorável do Conselho de Administração:

1. Salvo derrogação excepcional, ser francês ou pertencente a país em que a sociedade exerce diretamente sua percepção;

2. Ter sido admitido na qualidade de Estagiário profissional há pelo menos três anos;

3. Ter recebido da Sociedade, no decurso de cada um dos três anos anteriores, determinados montantes de direitos autorais;

4. Não ter sofrido do Conselho de Administração, qualquer medida disciplinar no curso dos três anos anteriores.

*Repartição dos direitos.* Realiza-se na base da declaração das obras e da sua inclusão tanto na lista dos interessados, como nas fichas do repertório social.

O cálculo do valor da execução das obras musicais, vocais, ou instrumentais é feito, em princípio, com base numa divisão em seis partes, salvo principalmente os trêchos que não excedam de um minuto, que serão taxados no máximo em três ou em seis partes, conforme comportem ou não palavras e música.

São taxadas em seis partes as obras do repertório de duração de um a cinco minutos e que não entrem numa das categorias a seguir definidas.

São taxadas em nove partes as obras de duração de cinco a seis minutos e meio: pequenas “ouvertures”, grandes marchas, grandes valsas a números, quadrilhas, andantes, adágios, curtas peças sinfônicas, prelúdios, peças de piano ou outros instrumentos, adaptações (melodromas); atrações, pequenos côros, melodias ou árias de óperas; extratos de sonatas; trios, quartetos, quintetos etc.

São taxadas em doze partes tôdas essas obras que tenham duração de seis minutos e trinta segundos a oito minutos.

Existe, em seguida, uma taxação de 18 a 102 partes, sem consideração ao gênero de todos os trêchos com dura-

ção de 8 a 50 minutos, e uma taxaço das obras literárias (sainetes, poemas, monólogos e duos).

A repartição é minuciosamente regulada pelos artigos 52 — 75 do Regulamento Geral.

Com relação ao estrangeiro, são reconhecidos 50% aos titulares dos direitos originários e 50% aos sucessores ou cessionários da edição.

*Casos especiais: execuções por meio de discos em estabelecimentos públicos.* Os bares, cafés, etc. terão que pagar à SACEM dois direitos: um pela execução, outro pela utilização do disco. No futuro, quando venham a ser cobrados pela SACEM também os direitos dos artistas e intérpretes, terá que ser atendida também essa terceira categoria.

A SACEM não impõe contratos-tipo. Não porque não aprove o sistema, mas porque as diversas categorias de interessados não chegaram ainda a uma solução ideal.

*Juke-Boxes.* Problema relacionado com o anterior. Para dizer da sua importância basta lembrar que existem 25.000 dessas máquinas instaladas em tôda França.

A dificuldade que apresenta resulta da inexistência de programas que permitam controlar as execuções.

Antigamente procedia-se a um complicado e dispendioso sistema de escuta. Verificada a impossibilidade de controlar as milhares de máquinas em que são solicitadas as músicas mais diferentes, o sistema foi abandonado por dois motivos: 1. para diminuir as despesas; 2. por ter-se averiguado que muitas das relações enviadas continham dados falsos ou inexatos.

Hoje realiza-se o sistema por amostragem ou sondagem: sôbre cada 100 máquinas, “leitores” de pontos efetuam uma verificação durante duas horas em dez aparelhos, fazendo-se no fim do ano uma relação de tudo o que se executou.

Operam-se então cálculos que levam em conta o número de máquinas, a espécie do estabelecimento, o tamanho da cidade, etc., fazendo-se a repartição de acôrdo com os dados fornecidos por êsses dez aparelhos, que são generalizados.

A segunda investigação será feita sôbre outros dez, e assim sucessivamente, de maneira que, dentro de um determinado período, todos os aparelhos são comprovados.

Para corrigir os efeitos do azar, aplicam-se fórmulas matemáticas, destinadas a eliminar as obras em “fim de carreira” e a substituí-las pelas que acompanham as preferências do público.

*Música viva*: bailes, etc. A repartição dos direitos autorais é mais fácil, pois os estabelecimentos transmitem música de acôrdo com programas impressos, fornecidos pela sociedade, à qual, depois de executados são devolvidos.

Houve, porém, como em tôda parte, falsificações, beneficiando autores ou composições.

A SACEM selecionou, então, 1800 chefes de orquestras entre os mais idôneos, aos quais, em vez de módulos a serem preenchidos, entrega cadernos em que já vêm anotados os nomes das composições mais conhecidas, cuja execução é assinalada com um simples traço, de cada vez. No final dos cadernos existem espaços em branco, a fim de serem apontadas composições solicitadas que não constam do rol.

De acôrdo com a maior ou menor intensidade das execuções, os cadernos são devolvidos mensal, bimensal ou trimestralmente.

Existem fiscais também para êsse serviço.

Se o chefe de orquestra não obedece às instruções, perde o privilégio, e fica obrigado a preencher novamente os programas, o que dá muito mais trabalho.

E se de todo não fornecer sequer o programa? Fica sujeito às sanções previstas no regulamento, entre as quais, pagar em dôbro o direito autoral.

Os cálculos para cobrança dos direitos autorais são feitos pela SACEM com fundamento em minuciosos elementos consignados em três livros de fôlhas sôltas, para facilitar a atualização, procurando levar em conta todos os dados ponderáveis: população da cidade em que se executa

o número, importância do estabelecimento, preço cobrado pelos aperitivos etc..

Com relação à rádio e à televisão, a cobrança é feita com base em programas organizados e enviados pelas entidades respectivas.

As demais execuções musicais, em que não existe programa prévio, também são calculadas de acôrdo com um sistema de sondagens, que, com base no número de discos mais vendidos realiza cálculos matemáticos minuciosos, que permitem uma correção de êrros, na base mais rigorosa possível.

Todos os dados colhidos são computados eletronicamente.

Até 1967 o trabalho era feito pelo modo tradicional.

De então para cá começaram os trabalhos para implantação de um sistema eletrônico mais evoluído, denominado de “Terceira Geração”, que permite, o que não ocorre com o da “Segunda Geração”, efetuar várias operações *ao mesmo tempo*.

Todos os programas são transferidos em “Quotas”, e são modificados, efetuando-se então os agrupamentos para chegar a codificações separadas de cada uma das execuções.

O Código das Obras, o Código das Repartições e as respectivas qüotas são transferidos para o prato magnético, apurando afinal o computador eletrônico o número de pontos a que faz jús cada obra.

A SACEM conta com um da “Terceira Geração”, marca Borroughs, de média potência, com capacidade de gravar na “memória” 19.200 posições ou caracteres, registrando-se diretamente os programas na fita magnética.

É suficiente dar o número do programa, para que a máquina faça todo o trabalho de seleção.

Enquanto que o sistema da “Segunda Geração” grava sòmente 800 programas, correspondentes a 800.000 caracteres sòbre cada fita magnética, o da “Terceira Geração” grava vinte milhões de caracteres em cada fita.

Existem em funcionamento na SACEM vinte aparelhos de uma terceira marca, também norte-americana: o MSD, que constitui a perfuração pelo registro direto na banda ou “tape magnético”.

Foram êsses os elementos fundamentais que pudemos colher nessa visita sumária, que estabeleceu um importante primeiro contacto com o que de mais moderno se pratica, na Europa, em matéria de arrecadação do direito de autor.

O relato outro objetivo não tem senão o de prestar serviço a quem tiver, no futuro, a responsabilidade de lançar as bases de um sistema de cobrança de direitos autorais mais digno e mais condigno com as nossas tradições, nessa matéria de fundamental importância para o progresso cultural do País.

É-me grato o ensejo, Senhor Ministro, para reiterar a Vossa Excelência os meus protestos da mais elevada consideração.

## Professor Paulo José da Costa Junior na Sorbonne.

Convidado pelo diretor do Instituto de Direito Comparado de Paris, professor Dr. René Rodriére, e pela Secção de Ciência Criminal, o professor Dr. Paulo José da Costa Junior, catedrático de Direito Penal nesta Faculdade, proferiu conferência no Centro Francês de Direito Comparado, em Paris, a 18 de janeiro último, sôbre a *Aplicação da pena no novo Código Penal Brasileiro*.

Presidindo à sessão, o professor Marc Ancel, membro do Instituto e presidente da Câmara na Côte de Cassação de Paris, saudou o conferencista, apresentando-o à seleta assistência.

Compareceram, dentre eminentes figuras do mundo jurídico e político francês, e de outros países, o professor Dr. Georges Lavasseur, catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito de Paris; professor Dr. Pièrre Bouzat, decano da Faculdade de Direito da Universidade de Rennes e presidente da Associação Internacional de Direito Penal; Dr. Marc-Henry Barbet, conselheiro de Estado de Paris; Dr. Raoul Combaldieu e o Dr. V. Berger-Vachon, conselheiros da Côte de Cassação de Paris; Sr. Amor, advogado geral da mesma Côte de Cassação; Dr. Juan A. Lisbonne, advogado da Côte de Apelação de Paris e Henry Feraud, chefe da divisão jurídica da C. I. P. C. INTERPOL.

Da Yugoslavia, o catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito de Zagreb e o secretário geral da Associação Internacional de Direito Penal, Dr. Bogdan Zlatariè.

Do Brasil, o professor e Sra. Dr. Philomeno Joaquim da Costa, catedrático de Direito Comercial nesta Faculdade. O Sr. e Sra. Eduardo Muylsert Antunes, bacharel por esta Faculdade, e o representante da Embaixada do Brasil, em Paris, o Sr. Osmar Wladimir Chohfi.

Terminada a conferência, iniciaram-se prolongados debates sobre o tema, já tão discutido no Brasil, cujos resultados se constituiriam, indubitavelmente, em preciosos subsídios para a redação do novo Código Penal Brasileiro.

# *CONTRIBUIÇÕES PARA AS MEMORIAS ACADÊMICAS.*

## Rui Barbosa e Campinas.

*Ataliba Nogueira*

Catedrático de Teoria do Estado na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

Distinguido como município da sua preferência para o repouso periódico, Campinas considerou a honraria e o privilégio que lhe dava Rui Barbosa e dos quais participou com Petrópolis e Lambari. Correspondeu largamente à distinção que lhe era conferida.

Manifestando-se grato, dedicava-lhe Rui atenção tóda especial. Não se clausurava no êrmo da fazenda a que se acolhia, mas participava de festas e recepções, visitava e recebia visitas, interessava-se pelos homens e coisas locais.

Mais do que aquelas cidades, Campinas testemunhou-lhe o apreço que dava à sua presença e mais do que a elas, Rui deu a Campinas provas da sua estima, consagrando-a mesmo, em páginas admiráveis das letras pátrias, que exaltam o carinho do grande brasileiro por Campinas.

E assim, por tóda parte e por todo o sempre, deixou sinal dêsse liame, perpetuando-se a gratidão reciproca. Deu-lhe ela dias sem conta de tranqüilidade, de paz, de alegria, de restabelecimento da saúde, de doce convivio com a espôsa e filhos e com os parentes de Campinas. Pagou-lhe Rui com acréscimos à glória e tradições da cidade. De tal maneira se estreitaram os laços de afeição mútua, que já não é possível omitir-se a terra campineira na sua biografia, da mesma forma que o seu nome é obrigatório na história do município.

### Primeira hospedagem

Rui conheceu a Campinas próspera, rica e culta de 1884, mais populosa que a capital da província e ainda, sob outros aspectos, também a ela superior, pois São Paulo não passava da sede do govêrno e burgo estudantil.

Residiam em Campinas os seus três primos Albino José Barbosa de Oliveira, Luís Albino Barbosa de Oliveira e dona Maria Amélia de Rezende, filhos do conselheiro Albino José Barbosa de Oliveira, presidente do Supremo Tribunal de Justiça do Império.

O conselheiro Albino era homem de sociedade, fidalgo no porte e em tôdas as atitudes, sisudo, não obstante gentil no trato, juiz austero e reto, o único que no mais alto tribunal do império absolvera d. Antônio de Macedo Costa, bispo do Pará, na célebre questão religiosa que tanto abalou as instituições políticas de então.

Casado com nobre mulher paulista, dona Isabel Augusta de Sousa Queiroz Barbosa de Oliveira, filha do coronel Francisco Inácio, chefe da “bernarda” contra os Andradas, o conselheiro residia na Côrte; em Campinas tinha fazendas.

Os seus dois referidos filhos casaram com filhas dos barões de Ataliba Nogueira: o dr. Albino com Luisa (Lalá, era o seu apelido) e o dr. Luís Albino com Camila, residentes na fazenda do Rio das Pedras. Outra filha do conselheiro, Maria Amélia, casou com o futuro barão Geraldo de Rezende, proprietário da fazenda de Santa Genebra. Os demais filhos e genros residiam no município neutro.

Rui chegou pela primeira vez à fazenda do Rio das Pedras em meados de janeiro de 1884 e já no dia 22 sua mulher narra em carta ao primo Jacobina os encantos da hospitalidade. Copiamos certo trecho das impressões: “Os primos Lulu (Luís Albino) e Camila tem-nos penhorado de obséquios constantes, dando-nos a melhor hospedagem que podíamos sonhar. Não sei como lhes agradeça a amizade,

que não se esgota conosco, nem se fatiga no meio de suas aflições e incômodos.”

A baronesa Geraldo de Rezende, que os fôra receber á estação, conta também a uma das suas irmãs, na Côrte, os passos dos hóspedes em Campinas. Eis fragmentos da sua carta: “. . .fui à cidade esperar Maria Augusta e já dei disto conta creio que à mamãe. Anteontem vieram para cá os primos Camila e Lulu e passaram conosco o dia e a noite. Ontem às oito e meia da manhã fomos todos menos Geraldo para o Rio das Pedras; êle prometeu vir para jantar, mas passou muito incomodado e não foi. Depois do almoço saímos todos, menos Marieta e Bininho, vimos o paiol, chiqueiro, galinheiro, o tanque, o quadrado, a serra, as máquinas, engenho, tendal, tulhas, telheiros de café e depois, por fim, metemo-nos nos troles e fomos ao Morro, onde Maria Augusta apreciou a bela residência que lá está abandonada.

“Rui partiu hoje para São Paulo. Amanhã vou à cidade buscar Maria Augusta que vem passar êstes dias comigo. A 21 volta Rui e nós vamos juntas daqui para esperá-lo. A 30 é o batizado; falam em pequena “soirée” e Maria Augusta vai com o vestido salmão; vou com o de sêda “grenat”. Mas não lhe contei que ontem à hora do jantar choveu muito; foi grande tempestade que passou, tanto que depois do jantar tomamos os troles, Rui e Maria Augusta para a cidade e também Lulu e o Rodrigo, que apareceu lá de manhã a passeio e passou o dia”.

Refere-se a missivista a dois netos do conselheiro Albino: Luís Albino Barbosa de Oliveira, mais tarde engenheiro da Companhia Mogiana e Albino José Barbosa de Oliveira, mais tarde proprietário da mesma fazenda do Rio das Pedras, ambos primeiros netos dos barões de Ataliba Nogueira. Foi memorável a festa do batizado, a que assistiu o casal Rui Barbosa, fato sempre lembrado na família.

Esta primeira visita de Rui a Campinas sugere algo de curioso, que, porém, não constitui problema biográfico, por ser de fácil explicação.

Por que não teria vindo a Campinas ao tempo em que cursava a Academia de Direito do Largo de São Francisco? Desde 1868 já estava em São Paulo o jovem acadêmico transferido do Recife. O conselheiro Albino era a pessoa mais respeitável da família. Longas temporadas passava o conselheiro na Fazenda do Rio das Pedras. Rui declarou sempre ser êle o seu maior amigo e protetor de seu pai, afirmando dever-lhe muita gratidão. Como se explica que ainda o não tivesse visitado em Campinas?

Convites lhe não faltaram. Leiamos uma página de longa carta que lhe dirigiu Rui, a 11 de abril de 1870: “Quanto ao seu amável e instante oferecimento para que eu vá passar a Semana Santa na sua fazenda, agradeço-lhe de todo o meu coração. É mais uma fineza que guardarei sempre como prova do interêsse que me dedica. Sinto, porém, não me ser possível gozar por êsses dias tão invejável companhia como a do primo e de tôda a sua ótima família. Seria para mim o maior dos prazeres, mas infelizmente alguns trabalhos urgentes e sérios que tenho de desempenhar durante estas férias não me permitem semelhante felicidade. Rogo-lhe pois que aceite a minha justificação, como sincera que é, recebendo ao mesmo tempo mil agradecimentos pelo seu obsequioso convite.”

O trecho imediato desta carta já nos elucida o caso: “Lamento que o primo chegasse a afligir-se com a notícia dos meus sermões. Acredite que não disse inconveniências, pois que a verdade nunca pode ser inconveniente. Quanto à política pode o meu primo crer que lhe tenho horror, isto é, a política mesquinha e interesseira que têm exercido todos os partidos em nosso país. A política que eu posso e desejo seguir está ainda muito longe; por ora é apenas uma esperança; ainda não mete medo aos figurões”.

Como diz Américo Jacobina Lacombe, no seu livro *Mocidade e Exílio*, já “deviam ter chegado aos ouvidos do conselheiro Albino os ecos das conferências realizadas pelo primo em São Paulo” (pág. 54). Não lhe teriam agradado

as novidades e as atitudes políticas do jovem estudante, que dêle recebeu carta neste sentido. Era principalmente a questão da alforria dos escravos, que dominava a maioria dos estudantes do Largo de São Francisco, muito embora contra os interesses dos seus pais e dêles próprios.

É o eterno conflito das gerações, que cada época esquece ser a regra e julga não ter havido no passado. É natural o conflito e até nisto estão errados os môços ao julgarem da originalidade do seu pensamento e ação, e os velhos a se esquecerem dos seus dias de atrevimento na juventude.

Convém meditar as palavras que a sabedoria da Igreja insere na liturgia de certa missa, há tantos séculos: *Senex puerum portabat: puer autem senem regebat*. O velho levava o menino, mas o menino conduzia o velho (missa da Purificação de Maria, 2 de fevereiro).

### A fazenda do Rio das Pedras.

Muitas vêzes Rui, d. Maria Augusta, filhos e genro passaram temporadas em Campinas, sempre na fazenda do Rio das Pedras, de preferência nos primeiros meses do ano, fugindo por esta forma ao verão carioca e aproveitando o recesso do Congresso Nacional para descansar das suas atividades de parlamentar, de político, de juriconsulto, de advogado e de jornalista. Veremos, entretanto, em breve, que homem daquele feitio e posição só podia gozar de descanso relativo.

Os seus numerosos parentes e os numerosos parentes dos seus parentes, aqui, com o correr dos anos, em virtude de novas alianças de família e sua descendência, elevavam-se a centenas. Também primo de Rui, que fixou residência em Campinas, era o engenheiro Eugênio Barbosa de Oliveira, casado na família do dr. Tedoro Langard.

No Rio das Pedras faziam as honras da casa as famílias de Albino e Lulu (dr. Luís Albino). Suas mulheres, Lalá e Camila, sabiam hospedar com rara fidalguia. Todos os tra-

tavam por primos: “primo Rui, prima Maria Augusta”, correspondendo-lhes com igual tratamento o conselheiro e sua mulher. Dirigia-se Rui à mulher na segunda pessoa do singular — tu — empregando a terceira pessoa — você — para os demais.

Situada ao norte de Campinas, era a fazenda antiga propriedade agrícola de boas terras — a terra roxa — lavradas especialmente para o café, sua cultura principal. Para desmentir o nome, não passa por ali nenhum rio e não possui nenhuma pedra. Em compensação ostenta lago bellissimo, de águas claras e profundas, recobrando vários alqueires de terra, àquele tempo fechado à cabeceira pelo verde da mata, a se refletir no límpido espelho. Principalmente ao crepúsculo da tarde era soberba a variedade de côres e a riqueza das luzes, coados os derradeiros raios luminosos através da folhagem das árvores esbeltas.

O passeio predileto de Rui era êste, ordinariamente sòzinho e às vêzes com todos os parentes. Sòzinho percorria também o pomar, terreiros de café, as tulhas até a casa das máquinas de beneficio do café ou então até a moenda da cana e o alambique.

Depois do almôço, a sesta e, a seguir, a leitura da correspondência, jornais e livros.

Fugiam à canícula. Rêdes, cadeiras preguiçosas, poltronas, havia por tôda a casa. Mesmo assim, muita vez foi o illustre parente surpreendido junto de alguma janela, de pé, lendo Nick Carter ou outra publicação do gênero, que a outros também dava a ler a fim de discutirem os portentos de imaginação que êle admirava no autor daqueles contos policiaes. Com os primos Lulu e Albino, cultos e viajados, formado um em direito e outro em agronomia, êste na Bélgica, aquêle em S. Paulo, conversava e discutia assuntos graves, preferindo os de agricultura, literatura e política. Às primas e aos primos moços pedia-lhes a descrição dos passeios e contava-lhe passagens interessantes da vida política. Maria Augusta e Camila eram formosas,

muito parecidas uma com a outra, pelo que muitos imaginavam que o seu parentesco proviesse do sangue e não da afinidade. Lalá encantava pela irradiante alegria; igualmente formosa, tinha gênio em extremo comunicativo, e quase por si só bastaria para encher a casa de vida, não fôsse o numeroso e irrequieto grupo de jovens.

Trinta e tantos convivas sentavam-se à mesa do almoço e jantar, nunca menos. Antônio Batista Pereira, genro de Rui Barbosa, quando passou a freqüentar a fazenda, após o casamento, aumentou ainda mais o ar folgazão daquelas temporadas memoráveis. O Batistinha, como nós o conhecíamos, tinha conversa deliciosa e, com os mais velhos, erudita.

Belos tempos viveu o solar da fazenda do Rio das Pedras. Quantas recordações guardam aquêles amplos salões, os corredores enormes, com a longa teoria de dormitórios de um e outro lado, mais de vinte; as paredes altas, com os retratos dos antepassados, as fotografias de numerosos grupos em que figuravam Rui e os seus, fixando para sempre reuniões, festas ou simples passeios.<sup>1</sup> Não acostumado à vida rural, tendo vivido sempre a vida urbana, já há longos anos radicado no Rio de Janeiro, desde os tempos da Côrte, Rui e d. Maria Augusta vestiam-se à moda das cidades. Nunca deixou êle de usar fraque, embora de linho, côr parda; ela, lindas “toilettes”, sempre, porém de gola alta, segundo a moda. Os nossos maiores não apreciavam uns tantos figurinos que menos denotam comodidade do que desalinho e desmazêlo. Iam todavia muito além. Assim, Lulu e Albino, fora das horas de direção dos trabalhos agrícolas, na própria fazenda vestiam-se com aprumo, sem nunca dispensar o colarinho e a gravata.

---

1. A fazenda do Rio das Pedras pertence hoje ao ilustre dr. João Adhemar de Almeida Prado. Continua suas glórias, pois o seu nôvo proprietário nela recebeu, dentre outros visitantes ilustres, a rainha Isabel II, da Inglaterra e o rei da Noruega.

O próprio solar da fazenda era de modelo citadino, com a fachada larga e ampla, em majestoso estilo de “chalet”.

Recordação curiosa. Lembra-me ter ouvido, mesmo depois da morte do conselheiro Rui Barbosa, a sua voz, a de meu pai, de meus tios e outros parentes, gravadas em discos cilíndricos, reproduzidas com nitidez em elegante gramofone. Onde estarão êles hoje?

### O Jaguari.

De tipo colonial era a outra fazenda, aonde Rui nunca deixou de ir com a sua família, ainda que por um dia, nas suas temporadas em Campinas: a fazenda de Santa Úrsula, conhecida por Jaguari, pois é circundada pelo rio dêste nome, em duas largas e graciosas curvas. Pontificavam ali os seus proprietários, o barão e a baronesa de Ataliba Nogueira, continuadores de velhas famílias, origem de novas famílias que lhes continuam as tradições de honradez, de trabalho e de amor à terra campineira. Pais de Lalá e Camila, primas de Rui, por êste e sua mulher sempre foram distinguidos com a visita, que já se tornara habitual nas temporadas do Rio das Pedras. Após a morte da baronesa, em 1912, parece que o casal Rui Barbosa timbrava mais ainda em demonstrar o seu carinho ao velho titular do Império.

Quase ao cimo do outeiro, dominando o rio Jaguari, voltado para o poente, ergue-se o majestoso e antigo solar colonial, de dois pavimentos. Todo caiado por fora, o branco das paredes altas é contrastado pelo azul dos batentes e fôlhas das portas, janelas e rótulas. Acima da grande porta de entrada corre a sacada, com gradil também azul, para a qual se abrem três portas envidraçadas. De um e outro lado as janelas, em grande número, tanto as da frente, como as da face do nascente, estas dando para o pomar de requíssimas e variadas frutas.

Caracteriza-se o solar de d. Úrsula, sua fundadora há quase dois séculos, pelo saguão em baixo; na entrada e, em cima, os salões enormes, os amplos dormitórios e as alcovas. Além disto, dois terraços, duas cozinhas, sendo uma para doces, adega, despensa, compartimentos para arrecadação e os quartos dos serviçais. Circundam o solar três jardins, um dêles em nível elevado, e o pomar a que já aludimos.

Além de outras notas pitorescas, como a dada pelos pesqueiros, é curioso relembrar o veículo que conduzia os passageiros e cargas da estação de Jaguari, da Companhia Mogiana, para a propriedade agrícola. Todo o percurso era feito em bondes pertencentes à fazenda, correndo sôbre trilhos na bitola de sessenta centímetros. Na entrada da sede da fazenda, a linha de bondes atravessava duas aléias de majestosos paus-d'alho e paineiras, árvores esbeltas e copadas, de grande altura, denotadoras de boas terras. Há fotografia evocativa de Rui e família, passageiros do bondinho.

Antigo chefe do partido liberal no quinto distrito da província de São Paulo, o barão de Ataliba Nogueira tinha real estima pelo conselheiro Rui Barbosa, entretendo-se com êle longamente, em palestras de cunho político, geralmente assistidas pelos parentes e outros visitantes. Nunca o velho titular do Império deixou de repetir-lhe que compreendia o seu auxílio à república, porém lhe não perdoára o decreto de banimento do imperador e da imperatriz. Parece-me que Rui explicava a origem de ato tão injusto pela inexperiência do tenente França, que ao imperador fizera entrega do ofício do govêrno provisório, comunicando-lhe a dotação que lhe havia sido destinada. O original do decreto não se referia ao banimento, cuja cláusula foi acréscimo posterior à primeira lavratura. É assim que o ilustre diretor da Casa de Rui Barbosa, Américo Jacobina Lacombe, interpreta as duas caligrafias de próprio punho do conselheiro, no autógrafo do decreto.

### Poços de Caldas.

Poucas vêzes o grande brasileiro buscou o clima maravilhoso e as águas virtuosas de Poços de Caldas. Para lá seguia na companhia de seus parentes de Campinas, pelo que a estação naquela cidade mineira vinha a constituir verdadeiro prolongamento das suas temporadas na nossa terra.

Hospedou-se, na sua primeira estada em Poços, no Hotel do Globo, de d. Sinhá Cobra, que lhe reservou tôda uma ala. A sua saúde estava muito combalida, a reclamar cuidado especial, dispensado pelos três médicos Pedro Sanches, Faria Lobato e Mario Mourão, juntamente com o seu médico assistente, Luís Barbosa, do Rio de Janeiro.

Certa tarde estavam apreensivos os seus íntimos com o ruído que havia de ocasionar, naquela noite, a sessão do cinema, situado em frente ao hotel. Sabedor da dificuldade, um dos hóspedes, o coronel Francisco Martins, fazendeiro em Franca, prontificou-se logo a resolver o caso: comprou tôda a lotação. Naquela noite não houve cinema.

Várias pessoas da estância mineira tornaram-se amigas de Rui, além dos médicos já mencionados. Dentre outras, o ilustre advogado Francisco Escobar. Mero provisionado era, porém, notável jurista. Horas e horas com êle passava Rui, que lhe apreciava a cultura e lhe chamava doutíssimo.

Para lhe proporcionar maiores comodidades, outro gênro do barão de Ataliba, o dr. Carlos Augusto de Arruda Botelho, ofereceu ao conselheiro e sua família, em outra ocasião, a Vila Pinhal, situada dos lados da fonte dos Amôres e pertencente à sua mãe, a condessa do Pinhal. Guardase com carinho memorável grupo fotográfico tirado naquela vivenda, bem como outro, por ocasião de ser inaugurado o edificio do Forum, naquela mesma temporada.

### Na intimidade.

Na intimidade, Rui tinha os seus repentes. Certas circunstâncias súbitas, às vêzes desconhecidas dos que o rodeavam, faziam-no tomar atitudes bruscas, inesperadas, a revelarem gênio impetuoso e vontade pertinaz, aparentando verdadeiros caprichos. Dona Maria Augusta era nestes momentos o anjo tutelar, que o conduzia para a melhor solução.

Às vésperas de seguir para Haia, disse que ia desistir da viagem. Desta vez demoveu-o do intento desastroso, em que persistia, sua irmã mais velha, d. Francisca Barbosa de Oliveira Jacobina.

Geralmente, porém, a afabilidade com os seus ia até à liberdade com que lhe preparavam brincadeiras, nem sempre agradáveis.

No início de 1912 chegou a Campinas o aviador alemão Planchuh. Fêz várias exhibições sôbre a cidade, sendo apreciados da fazenda do Rio das Pedras os seus vôos e acrobacias. Foi a grande novidade da temporada. Jamais haviam visto avião os campineiros, que, entretanto, anos antes, tributaram as maiores homenagens a Santos Dumont, que viera colocar a primeira pedra do monumento a Carlos Gomes e participar do banquete no sobrado do presidente da comissão, o barão de Ataliba.

É natural que o assunto obrigatório na família passasse a ser o das peripécias de Planchuh. Vai daí e pela manhã do dia seguinte, do Barsoti, principal restaurante da cidade, telefonam à fazenda. Alguém com forte sotaque estrangeiro anuncia que desejava prestar homenagem ao conselheiro, sobrevoando a fazenda e, se possível, visitá-lo. Tia Lalá aprovou a visita e com grande dificuldade se fêz entender para explicar que o melhor ponto de aterragem era o pasto das Palmeiras. Afinal o interlocutor declarou que fixou bem a localização do pasto e o ponto de referência das palmeiras. Seguiria para lá dentro em meia hora.

Tocam o sino da fazenda em rebate para avisar os colonos. A numerosa família Barbosa de Oliveira, os parentes e outros hóspedes, todos se dirigem para as cercanias do capinzal das palmeiras. Depois de uma hora de espera, sob sol inclemente, tia Lalá volta à casa e telefona para o restaurante Barsoti.

Consegue ouvir a mesma voz, que lhe diz: “Desculpe senhora, eu errar muito. Em vez de gasolina, eu pôr no avião só chopps.”

Percebeu imediatamente que era uma das muitas chocarrices de seu irmão Washington Ataliba. Passou-lhe reprimenda e terminou: “Primo Rui não é seu brinquedo”.

Foi geral a decepção.

Rui também pregava peças. Lembra-me de ter ouvido ao dr. Luís Albino que, numa das ocasiões, chegou do Rio de Janeiro muito aborrecido com a política. Deitou-se à rêde da sala de jantar e, como de costume, disse ao primo, em bom inglês — “at home”, ou em linguagem: “estou em meu lar”. Poucos momentos depois, ditaram pelo telefone o texto de telegrama, que lhe endereçavam dois eminentes políticos, anunciando-lhe que viriam do Rio de Janeiro para fazer-lhe uma consulta. Decidiu Rui não lhes dar tempo de tocar em política. Combinou com seu primo, que haviam de conversar sòmente sôbre agricultura, enquanto durasse a visita. E, no dia da visita, da manhã à noite, o conselheiro discutiu os mais especializados temas agrícolas, com tal competência e tão apaixonadamente que os referidos políticos saíram convictos de que Rui parecia decidido a abandonar a política e tornar-se lavrador.

### Amigos e visitantes.

Do Rio, de S. Paulo, de outras cidades e principalmente de Campinas, acorriam visitantes à fazenda do Rio das Pedras.

Assim, estiveram ali, dentre muitos outros, os jornalistas José Eduardo de Macedo Soares e Irineu Marinho; Washington Luís, secretário da Justiça do Estado de São Paulo; monsenhor Gonçalves de Rezende, do Rio, e o sacerdote francês e brilhante escritor padre L. A. Gaffre.

O jornalista Júlio Mesquita, ilustre campineiro e seu grande amigo, freqüentava assiduamente a fazenda para encontrar-se com Rui. No seu jornal, *O Estado de S. Paulo*, publicava todos os discursos de Rui e, neste período, muitas das suas notas políticas sem dúvida foram fruto da troca de idéias com o grande brasileiro.

Outro amigo de Rui, assíduo nas visitas e a quem êle nunca deixou de pagá-las, foi saudoso e benemérito bispo de Campinas, D. João Batista Correia Neri. Tive o prazer de acompanhá-lo por mais de uma vez até a fazenda e, não obstante ainda menino, assistir aos seus colóquios com o conselheiro.

Infundável a lista dos amigos de Rui na nossa cidade, sendo raro aquêle que, um dia, não fôsse distinguido com carta, cartão ou fotografia do ilustre patricio. Sem obedecer a qualquer critério de ordem, posso arrolar os seguintes nomes, além dos já referidos: Alberto de Faria, Raul Soares de Moura, Pedro de Magalhães, Orozimbo Maia, Benedito Otávio, Rafael Duarte, Basílio de Magalhães, Américo de Moura, Leopoldo Amaral. Outro nome a ser recordado é o do dr. Lopes Martins, dos maiores amigos de Rui e que sempre o acompanhou por tôda parte até a morte do mestre. Tinha sido genro dos barões de Ataliba Nogueira. Casou em segundas núpcias com a escritora dona Amélia de Rezende Martins, prima do conselheiro.

Amigo seu e dos mais chegados foi Francisco Glicério, bem como Campos Sales. Quanto ao primeiro é interessante recordar a sua carta ao dr. Jacobina, em que lamenta não haver conhecido Rui quando da sua primeira visita a Cam-

pinas. É que o grande brasileiro, não sendo republicano, não teve contacto nenhum com os republicanos de Campinas. A amizade entre êles e mesmo o seu conhecimento datam do govêrno provisório de que fizeram parte.

### Páginas jurídicas e literárias.

Sem dúvida alguma foi aqui que preparou ou redigiu vários trabalhos publicados naquela época. Dêles, porém, se tem pouca notícia. A pedido do acadêmico e professor Aloísio de Castro escreveu longo parecer, de mais de cem páginas, datando-o do Rio das Pedras e relativo a uma questão de interêsse dos catedráticos da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro.

Deve-lhe Campinas algumas páginas escritas quer em seu benefício, quer para a sua glória.

Entre aquelas está o parecer que lhe solicitou o bispo D. João Neri. O nosso conterrâneo, dr. Rafael Duarte, vereador municipal e outros edis desejavam que a prefeitura municipal doasse à diocese um terreno a fim de nêle ser construído, como foi, a “Creche de Bento Quirino”. Argüiram de inconstitucional o projeto: impossível a dádiva, em virtude do preceito de separação da Igreja e do Estado. D. Neri recorreu às luzes do principal autor da Constituição de 1891. Não tardou o parecer de Rui, agradecido pelo bispo em telegrama, arquivado na “Casa de Rui Barbosa”.

“A prática nos Estados Unidos — assevera Rui, como escreveria mais tarde no programa do Partido Republicano Liberal — a prática americana é, pois, necessariamente, o nosso modelo na interpretação da nossa lei nacional quanto às relações entre o poder público e as diferentes confissões, que o nosso regime, isento do espírito sectário, irreligioso e ateu, não considera inimigas, mas úteis colaboradoras na educação moral e cívica do povo.”

### As andorinhas.

Campinas é imortalizada nas páginas da literatura nacional graças à descrição empolgante que Rui fêz da chegada das andorinhas, tôdas as tardes, para se recolherem sob o teto gasalhoso do antigo mercado municipal, convertido por elas mesmas em “casa das andorinhas”. Despejou-se o mercado para sossêgo dos hóspedes habituais.

Por diversas vêzes foi apreciar de perto o originalíssimo espetáculo, tendo o cuidado de cobrir-se com o seu guarda-sol cinzento, todo forrado de verde. E tomava pela mão para acompanhá-lo o menino que hoje recorda com prazer a honra não avaliada naquela oportunidade.

Apesar do valor literário de outras descrições da revoada cotidiana das andorinhas, entre outras a do poeta Alberto de Oliveira, cabe-lhe sem dúvida a primazia. Em língua francesa precedeu-o o padre L. A. Gaffre, nas páginas de “Visions du Brésil”.

Se se sentem empolgados todos quantos lêem a descrição de Rui, os campineiros, aos quais o fato era familiar, além do entusiasmo, nela apreciam a exatidão do observador, a precisão com que gravou as minúcias, reconhecendo-lhe, no domínio de bela linguagem, a fidelidade com que perpetuou aquelas maravilhosas cenas campineiras do ante-por do sol. Espetáculo deslumbrante, encantador, sem igual.

Eis como, em meio afeito ao espetáculo, com o fascínio da sua palavra fixou o regresso ao lar das andorinhas de Campinas.

“Muitas e muitas vêzes me atraiu aqui, nas tardes de estio, à vossa praça de Carlos Gomes, o espetáculo da volta das andorinhas. Louvada seja a vossa edilidade por haver respeitado essa maravilha, e não ter desfeito a antiga pouxada a êsses alados mensageiros do espaço. Os estranhos, os peregrinos da curiosidade e do gôsto virão com frequência contemplar embevecidos, como eu, o incomparável qua-

dro vespertino. O pincel dos amigos da natureza trabalhará por debuxá-lo nas telas com as mais suaves tintas da sua palheta. Algum poeta o dedilhará na lira, em versos que perdurem como os de Anacreonte.

Eu não canto, nem pinto; mas revejo e recordo.

Pelo límpido azul já sem sol, antes que se lhe esvaia de todo o ouro dos seus átomos de luz, mas quando o crepúsculo entra a desmaiar do seu brilho a safira celeste, um ponto retinto, perdido nos longes mais remotos, se acentua em negro na cúpula do firmamento, lá bem no alto, bem de cima, como se a ponta de uma seta, desfechada perpendicularmente do além, varasse ali a redondeza anilada.

Era um e, logo após, são muitos, já vem surdindo inumeráveis, já parecem infinitos; já se cruzam e recruzam; já se encontram e circulam; já se condensam, e escurecem. |Era um grupo; e já formam um bando, já vêm crescendo em longas revoadas, já se referem em enxames e enxames, já se estendem numa vasta nuvem agitada. Toldaram o céu, encheram o ar, vem-nos ondeando sôbre as cabeças. Agora, afinal, com os movimentos de uma grande vaga sombria, ponteadada de branco, a librar-se entre a terra e a imensidade, baixa a massa inquieta, rumorejando, oscilando, flutuando, rasga-se na coroa das palmeiras, açoita os fios telegráficos, resvala pelos tetos do casario e, ao cabo, arfando e remoinhando, turbilhoando e restrugindo, com o estrépito de uma cascata argentina, de uma cachoeira de cristais que se despedaçam, chilreada imensa de vozes e grasnidos às dezenas e dezenas de milhares, pende, mergulha e desaparece, numa imensa curva borbulhante, por sob o largo telheiro abandonado que essa aérea multidão erradia elegeu entre vós para abrigo do seu descanso nas cálidas noites de verão.”

Já hoje esta página é de mera evocação do passado: foragidas as andorinhas, deserto o velho prédio do antigo mercado, ficaram elas, porém, imortalizadas ali pelo clássico da língua portuguesa.

### Campanha civilista.

No empolgante movimento de propaganda eleitoral realizado por Rui quando candidato à presidência da República, em 1909, coube a Campinas posição de relêvo, por havê-la escolhido para ali pronunciar o mais importantes dos discursos da campanha. Foi antes longa conferência, de duas horas, proferida no velho teatro de S. Carlos, já hoje demolido.

Saudado pelo professor Basílio de Magalhães, lente do Ginásio Estadual “Culto à Ciência”, Rui inicia o seu discurso recordando que Campinas havia sido a “Meca republicana”. Referiu o nome dos principais batalhadores da causa: Barata Ribeiro, Francisco Glicério, Campos Sales, Júlio Mesquita, Alberto Sales, Jorge Miranda, Quirino dos Santos.

A seguir anuncia o tema. Os seus adversários reviviam as já rebatidas acusações contra a sua gestão na pasta da Fazenda do govêrno provisório, reeditando não apenas a crítica à orientação administrativa, como também sovadas calúnias: “As minhas vitórias contra os meus caluniadores se contam pelo número das acusações.” “Não volverei a me desagrar de falsos testemunhos rebatidos e retrilhados. Mas da nota de incapacidade administrativa, com que me procuram depreciar os censores das finanças do govêrno provisório, não quero que continue a correr a campanha presidencial sem que se desforce a minha justiça”.

Antes de aduzir os dados precisos, com datas e algarismos, os resultados colhidos e o juízo de nacionais e estrangeiros sôbre a sua obra à frente do Ministério da Fazenda, alude à grande dificuldade que o govêrno provisório teve de enfrentar, por ser a república inteiramente impopular: “Encerrava a revolução de 15 de novembro o mais temeroso dos pecados originais: era a reação militar. Emergia das fileiras do exército por um imprevisto, e a outro imprevisto da mesma natureza podia pouco depois succumbir. Em França houvera um choque popular, mas para se estabelecer por

uma aclamação geral, logo após, a aderência entre o nôvo sistema constitucional e o país. Entre nós, foi como um espetáculo, uma surpresa, um sonho, passado fora da nação, a que o sr. Aristides Lôbo confessou que ela assistiu “bestificada”, e para a qual se continuou a portar com a mesma indiferença. Ninguém podia antever a durabilidade de instituições criadas por uma revolta das baionetas e recebidas pela nação com essa glacialidade. Em França as mudanças de Constituição eram, havia sessenta anos, um espasmo quase periódico a que o mundo já se acostumara. Nós contávamos, pelo contrário, sessenta anos de ordem constitucional com a monarquia e dela variáramos súbitamente para uma novidade que não tinha a menor radícula na história ou no temperamento nacional.”

Já hoje o julgamento definitivo do ilustre gestor das nossas finanças, em período tão difícil, foi pronunciado pela alta autoridade de um técnico de valor, o dr. Oscar Bormann, no longo prefácio aos dois volumes da nova publicação do *Relatório do Ministro da Fazenda (Obras completas, vol. 18, tomo 2)*.

Não deixa de ser significativa, pois, a escolha de Campinas para Rui pronunciar tão importante discurso. Preferência que a ligou ainda mais à sua vida. Campinas não foi apenas sítio do seu repouso. É também um dos marcos da sua glória política.

### Instituições campineiras.

Foi por ocasião da campanha civilista que Rui visitou pela primeira vez o Centro de Ciências, Letras e Artes, no dia seguinte ao discurso a que acabamos de aludir.

Volta ao notável sodalício, anos depois, quando lê a sua página admirável sobre as andorinhas (24 de junho de 1914) e que constitui parte do discurso de agradecimento às homenagens do Centro de Ciências, Letras e Artes e à saudação do seu orador oficial, o professor Lino de Moraes Le-

me. O jovem catedrático da escola normal e mais tarde da Faculdade de Direito de São Paulo, abre a sua oração com estas palavras. *O pirilampo saúda o sol.*

Outras instituições receberam também a sua visita, exarando êle sempre as suas impressões no livro competente: Santa Casa de Misericórdia, Liceu de Nossa Senhora Auxiliadora, Companhia Mogiana, Escola complementar. Os alunos dêste último estabelecimento de ensino procuraram cercar sempre de carinho a pessoa do grande brasileiro, merecendo dêle, certa vez, recepção especial, em casa do futuro senador Euclides Vieira, casado com Isabelita Barbosa de Oliveira, prima de Rui e exímia pintora. Nesta ocasião saudou-o o aluno Ernesto Leme, hoje, como seu referido irmão, ilustre professor da Faculdade de Direito de S. Paulo (17 de maio de 1914).

Entre as homenagens recebidas em Campinas, quero recordar que por minha iniciativa, quando aluno do Ginásio Diocesano, em 1917, foi fundado o “Grêmio Literário de Rui Barbosa”, do qual fui presidente durante dois anos. Do seu arquivo constava a carta de agradecimento do patrono.

Sem que esgote o assunto, urge terminar.

De tal sorte Campinas se sentia jungida ao conselheiro, que lhe ergueu em praça pública um monumento, inaugurado no dia do seu aniversário natalício, logo no primeiro anos após a morte, antecipando-se assim a qualquer outro município. Erigiu-o em local duplamente histórico, altamente evocativo: na sua mais bela praça pública, amplo jardim cercado pelas altíssimas e esbeltas palmeiras imperiais e consagrada ao nome de Carlos Gomes, precisamente onde Rui mais se demorava a contemplar as andorinhas.

Aquêle chão tem algo de sagrado e de místico. Inspirou as notas do *Guarani*, cuja protofonia nos enleva e arrebatá, e o mimoso discurso das andorinhas.

Desde então o bronze testemunha e perpetua a recíproca amizade entre Campinas e Rui Barbosa.

# A Faculdade de Direito e a sua importância na História de São Paulo e do Brasil.

*Aureliano Leite*

Presidente do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo.

Embora se deva a São Paulo o descobrimento de mais de um têtço do imenso território do Brasil, alcançando a Capitania dominar além da área que lhe sobrou, após a independência, da ocupada hoje pelos estados de Minas Gerais, Santa Catarina (o Paraná pertenceu-lhe até 1853), Rio Grande do Sul, Goiás e Mato Grosso, pouca ou nenhuma importância tiveram os piratininganos nos fatos de nossa História nos últimos tempos da Colônia. Frizo, nos últimos tempos da Colônia. Conseqüência, sem dúvida, de seu empobrecimento, tendo chegado a perder a sua autonomia, que só seria restaurada em 1765, com a designação do pródigo Morgado de Mateus para seu nôvo governador.

Com a vinda da família real de Portugal para o país e a promoção do Brasil a Reino Unido, em 16 de dezembro de 1815, só então os Paulistas começaram a revelar-se na política.

Principiam a aparecer Antonio Carlos e Martim Francisco (José Bonifácio ainda permanecia em Portugal), Diogo Antônio Feijó, o Marechal Almeida e Souza, o Marechal Toledo Rendon, o Desembargador Veloso de Oliveira, o Brigadeiro Gavião Peixoto, Fernandes Pinheiro, Paula Souza, Manuel da Silva Bueno, da família de Amador Bueno, o que não quis ser Rei e outros poucos.

José Bonifácio, chegado às vésperas do glorioso episódio da Independência, na liderança dessa falange de Paulistas, firma o prestígio da já Província junto do singular Príncipe Regente e de sua inolvidável consorte, a Princesa austríaca Dona Leopoldina.

Até então, São Paulo não dispunha de coisa alguma no que tocava à instrução superior laica, ainda que se fale numa Escola de Medicina criada pelo Capitão General Franca e Horta. A mocidade que possuía recursos monetários rumava para a velha Coimbra. A mocidade pobre contentava-se com aprender disciplinas secundárias e um pouco de Teologia e Retórica com os frades do Convento de São Francisco, pois que o célebre Colégio dos Jesuítas já havia cerrado suas portas, por efeito do banimento de seus chorados componentes, desde 1759.

Por sinal que notáveis sacerdotes brasileiros passaram pelo Convento, tais como Frei Sampaio e Frei Monte-Alverne.

O vasto sobrado no qual viveram os inacinos tornou-se ocupado pelos delegados de Portugal na direção da Capitania.

Aproveitando-se da oportunidade de se pretender criar no país, já Império, dois cursos de Direito, um no Norte, outro no Sul, é quando se pensa em fixar um dos dois cursos em São Paulo.

Mas a oposição contra êsse legítimo pensamento do solo em que nasceu a Pátria é tremenda.

Veremos isso daqui a pouco.

Lembra ANTÔNIO CONSTANTINO, até a morte serventuário da atual Faculdade, que a primeira tentativa para ser instalado o ensino de Direito no Brasil data de 14 de julho de 1823, quando o santista José Feliciano Fernandes Pinheiro, depois Visconde São Leopoldo, entrou em nossa primeira Assembléia Nacional Constituinte com a indicação propondo que no Império se criasse quanto antes uma Universidade, pelo menos, para assento da qual devesse ser

preferida a cidade de São Paulo, pelas vantagens naturais e razões de conveniência geral.

“Ficou célebre a frase de Fernandes Pinheiro ao asseverar a necessidade da emancipação do estudo jurídico que, apesar de proclamada a Independência, continuava sujeita aos rançosos cânones de Coimbra, à margem do Mondego. E o ilustre santista ponderou, comparando as duas cidades, a brasileira e a portuguesa: o Tietê vale bem o Mondego do outro hemisfério.

“Dissolvido o parlamento, a 12 de novembro de 1823, pela violência autoritária de Pedro I, somente a 5 de julho de 1826, é encaminhado pela Comissão de Instrução Pública ao plenário da primeira Câmara Legislativa o projeto sobre o assunto de autoria do Padre Januário da Cunha Barbosa que, após calorosos debates em que se procurou vetar a preferência por São Paulo, foi convertido na Lei de 11 de agosto de 1827, instituindo os Cursos Jurídicos na Paulicéia e em Olinda.”

ANTÔNIO CONSTANTINO conclui dizendo que se rompiam os liames coimbrãos com a preponderância brasileira, Há um certo exagêro nessas expressões, porque o método, as disciplinas e os professôres, tudo seguiu por algum tempo e de certa maneira o espírito, os hábitos, o ritual de Coimbra.

Mas a guerra, na imprensa e no parlamento, contra a localização de um dos dois cursos em São Paulo, capital, calcava-se em argumentos como êstes:

- a) o clima da Capital era péssimo;
- b) falava-se aqui uma linguagem feia;
- c) o acesso era difícil, dada a nossa situação geográfica.

Quanto ao clima, realmente para os brasileiros do Norte — São Paulo não agradava — e era José da Silva Lisboa, baiano, depois Visconde de Cairu, e o notável mineiro Bernardo de Vasconcelos, os que mais insistiram nesse e no segundo argumento.

É lembrar que, bem mais tarde, o condoreiro CASTRO ALVES, que aqui estudou, escrevia para um conterrâneo, na Bahia (AUGUSTO ALVARES GUIMARÃES):

“Se leres poesias nebulosas, germânicas, tiritantes, híbridas, acéfalas, anômalas... não critiques nunca, antes de veres se são de São Paulo, e se forem. cala-te... São Paulo não é Brasil... é um trapo do pólo pregado à goma arábica na fralda da América. .”

Isto, quanto ao clima. Quanto à linguagem, concedamo-lhes também um tanto de razão. A cidade, influenciada pelos ituanos, sorocabanos, tietenses, capivarianos, bragantinos, costumava deturpar a pronúncia do idioma pátrio. Frequentemente, mesmo entre pessoas educadas, trocava-se o *r* pelo *l*, e vice-versa.

Isso, além de outros vícios prosódicos que chegaram até os nossos dias. Jamais esquecemos daquele incidente pitoresco, na Universidade de Lisboa, com o nosso saudoso Prof. Waldemar Ferreira. Êste, convidado para proferir um curso de Direito Comercial, perante aquela douta casa de ensino superior, o fêz com grande mestria e maior sucesso. Mas, na sua primeira aula, chegou o provocar risadas prolongadas a sua pronúncia bragantina.

O terceiro argumento da distância, pelo menos, para os mineiros não valeu. Pois, tentaram êles levar para a cidade de Mariana uma universidade, quando se discutiu o assunto na Assembléia Constituinte. Ora, a cidade de Mariana localiza-se muito mais distante da orla marítima que a nossa Capital, bem no interior de Minas.

Por sinal que coube ao senado da Câmara de Campanha da Princesa, inspirado talvez no gesto de Bernardo de Vasconcelos, levar à Constituinte a pretensão das Alteirosas. Possuimos em nosso arquivo de família a mensagem a respeito, assinada, entre outros, pelo Coronel Matias Moinhos de Vilhena, nosso antepassado materno.

Afinal, S. Paulo ganhou a partida. A profecia do Padre José de Anchieta de que São Paulo seria a Metrópole do Brasil estava a caminho, quando se considerar que, ao lado

de outros fatores, a localização dessa casa do Direito à margem do glorioso Rio Tiête contribuiria imensamente para a realização que os dias de hoje testemunham.

Mas em boa hora instalou-se a escola numa parte do colonial casarão do Convento de São Francisco, construído em meados do século XVII, desalojando-se dali os seus frades.

Nesse nobre e vetusto casarão, ocupados os seus dois pavimentos, conservado no centro o pátio claustral, rodeado de arcos romanos, viveu gloriosamente a já chamada Academia até 1936, quando a mudaram para o aparatoso edifício atual, ideado e construído pelo arquiteto luso Ricardo Severo.

Fomos, ao tempo, contra a demolição do vetusto convento. Na verdade, com o progresso espetacular da cidade, o prestigioso e velho estabelecimento de ensino precisava de melhor acomodação. O número de salas de aula tornara-se insuficiente. Faltavam a essas salas e demais dependências condições de higiene, ofereciam-se escuras e sem arejamento bastante.

Verificados êsses graves inconvenientes, sem falar no pior dêles, que era a situação imprópria para uma escola de sua importância no centro tumultuoso da urbe, o que o bom senso aconselhava, parece-nos, era a retirada do estabelecimento para outro local, a Cidade Universitária, por exemplo, e deixar ali, de pé, o tradicional casarão, documento vivo de nosso passado e que podia comportar um de nossos mais expressivos museus históricos.

Lastimavelmente, o convento, com as suas paredes de autêntica taipa de pilão, contendo sobejos de nossos pró-homens, talvez os do próprio Amador Bueno, reduzidos a pó, sofreram o mesmo destino de outras relíquias paulistanas que a picareta desumana do progresso destruiu — a Igreja do Colégio dos Jesuítas, a Sé Catedral, a Igreja dos Remédios, a Igreja do Rosário, a Igreja do Carmo etc. etc. .

Quando pela primeira vez representámos o Estado de São Paulo na Câmara Federal, ouvimos, dolorosamente,

partidos de parlamentares de outros estados, os mais veementemente ataques contra a demolição do velho prédio da Faculdade. É que esse prédio era por eles considerado não uma reliquia apenas de nossa capital, mas de todo o Brasil, uma vez que haviam transitado por êle filhos inúmeros de outras regiões nacionais.

Ouvimos calados as justas queixas. Mas, em dado momento, quando as justas queixas dirigiram-se ao então governador Armando de Sales Oliveira, levantámo-nos para defendê-lo, pois o ato não partira dêle, que contrário lhe foi, mas da própria Congregação da Faculdade, então soberana, presidida pelo prestigioso diretor Professor Alcântara Machado.

Todavia, o que foi, foi. Lembram os americanos que não adianta chorar o leite derramado. .

Voltemos, com mais algumas minúcias, aos primeiros tempos da velha Academia, agora chamada Faculdade.

Sendo Ministro do Império o já referido Fernandes Pinheiro, depois Visconde de São Leopoldo, a Academia acabou instalada a 1.º de março de 1828. Seu primeiro diretor foi o doutor em Direito, por Coimbra, Tenente General José de Arouche Rendon, ao mesmo tempo militar e agricultor, tendo sido o introdutor da cultura do chá na Província. E em que condições? Roubando do Jardim das Alagôas da Corte as mudas que plantou no antigo Largo do Arouche. A escolha do primeiro professor recaiu na pessoa do luso José Maria de Avelar Brotero, também vindo de Coimbra.

Começou sem dúvida nesse momento histórico a participação da Academia nos acontecimentos nacionais.

O já citado ANTÔNIO CONSTANTINO, que aliás não se bacharelara em Direito, mas que adorava aquelas famosas Arcadas, narra como se passou a primeira comemoração acadêmica da data de nossa emancipação política:

“Nos seus primórdios, em 1829, a Faculdade, agitada pela crise política do Império, promoveu a comemoração da efeméride da Independência, acontecimento de largas

repercussões na Paulicéia. Cêrca de 600 acadêmicos (achamos êsse número demasiado, deve tratar-se de apenas 60 acadêmicos), procedentes de todos os pontos do país, se reuniram na colina do Ipiranga, no sítio onde o Príncipe quebrara os grilhões da Colônia. A exaltação subia ao auge. Ressaltam as crônicas que 600 bôcas beijaram a terra da Independência. Era êsse o ardor acadêmico. Seria dessa forma pelo adentrar dos tempos”.

Êsse ano de 1829 marcou o início do ciclo da movimentação patriótica dos moços do curso superior que aqui estudavam e aprendiam a amar a Pátria, procedentes de tôdas os rincões do território emancipado, notadamente de Minas Gerais, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, do Espírito Santo, de Goiás, de Mato Grosso, da própria Bahia. Da Bahia para cima, estudava-se geralmente em Pernambuco.

A Faculdade de Direito tornar-se-ia, destarte, no principal centro de vida cultural, social e cívico, não só de nossa província, como das que acabamos de enumerar.

“São lançados os primeiros jornais, todos sob a influência do Curso Jurídico: *O Paulista*, dirigido por Antonio Mariano de Azevedo Marques, o primeiro poeta da Academia; *O Farol Paulistano*, dirigido por J. da Costa Carvalho, mais tarde Marquês de Monte Alegre, terceiro diretor da Faculdade; e o *Observador Constitucional*, do italiano Líbero Badaró”, que não tardaria a ser b̃arbaramente assassinado por sicários pagos por inimigos políticos.

O escritor e jornalista AUGUSTO EMÍLIO ZALUAR, que conheceu a cidade em 1860, deixou em seu conhecido livro *Peregrinação pela Província de São Paulo*, entre muita coisa mais, estas palavras sôbre o que viu e guardou em seu saco de viagem:

“Apesar da majestosa natureza que circunda a cidade, da suave elevação em que se acha colocada e do ameno clima que a bafeja, São Paulo é triste, monótona e quase desanimada”.

“Quando os estudantes da Faculdade vão às férias, então é que se reconhece melhor o que acabamos de dizer. A mocidade acadêmica imprime à povoação, durante a sua residência nela uma espécie de vida fictícia, que, apenas interrompida, a faz recaída no seu estado de habitual sonolência.”

“A antiga cidade dos Jesuítas deve ser considerada, pois, debaixo de dois pontos de vista. A Capital da Província e a Faculdade de Direito, o burguês e o estudante, a sombra e a luz, o estacionarismo e a ação, a desconfiança de uns e a expansão muitas vêzes libertina de outros, e, para concluir, uma certa monotonia de rotina personificada na população permanente e as audaciosas tentativas do progresso encarnadas na população transitória e flutuante”.

Um outro célebre viajante, Eugênio Maria de Hostos, notável publicista puertorriquenho que por aqui transitou alguns anos depois (1874), atribuiu a São Paulo maior adiantamento intelectual sôbre as cidades do interior e outros pontos do Brasil, afirmando que tal se devia à Faculdade de Direito.

Se dessa data saltarmos para os fins do século, encontraremos a célebre artista francesa de origem israelita Sara Bernhart, dando à cidade, pela cultura de seus estudantes, o nome de Capital Artística do Brasil.

Podíamos encarrilhar outras opiniões tôdas concordes na influência de São Paulo, sob o prestígio de sua maior escola, nas letras poéticas e na prosa, assim como o reflexo das Arcadas na própria política nacional.

Não seria por menos.

Com paciente cuidado pode-se encontrar, nos trabalhos dos memorialistas JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA NOGUEIRA e SPENCER VAMPRE, relação, ano a ano, dos figurões de nomes nacionais que passaram pelo velho Convento, povoando a nossa História Política, Social e Cultural.

Os maiores poetas do país aqui estudaram e alçaram o vôo para a conquista de planos mais altos. De nossa ga-roa e do convívio com a nossa sociedade patriarcal, do

casario típico da antiga vila jesuítica, da paisagem do planalto circundado pela Serra da Cantareira e atravessado pelo glorioso Tietê, tiraram a melhor inspiração para os seus versos.

Assim foram Álvares de Azevedo, Fagundes Varela, Castro Alves, Francisco Otaviano, Paulo Eiró, Raimundo Corrêa, Lúcio de Mendonça, Olavo Bilac, Luiz Guimarães, Luiz Murat, Teófilo Dias, Vicente de Carvalho, Afonso Celso, Silvio de Almeida, Pedro Luiz, Batista Cepelos, Alfonso de Guimarães, Guilherme de Almeida e outros menores.

Pelas Arcadas passaram os nossos maiores juristas — Teixeira de Freitas, Barão de Ramalho, João Crispiniano Soares, A. Joaquim Ribas, Perdigão Malheiro, Duarte de Azevedo, Ruy Barbosa, Lafayete Pereira, Tavares Bastos, João Mendes Junior e João Mendes, seu pai, Pedro Lessa, Reinaldo Porchat, Carvalho de Mendonça, João Monteiro, Andrade Figueira, Cândido Mota, Spencer Vampré, Almeida Nogueira, Francisco Morato, Dino Bueno, Gama Cerqueira, Alcântara Machado, João Arruda, Brasilio Machado, Estevão de Almeida, Gabriel de Rezende, Veiga Filho, Waldemar Ferreira, Mendes Pimentel, Falcão Filho, Plínio Barreto, Herculano de Freitas, Jorge Americano, Augusto Cesar, Laudo de Camargo, Costa Manso. .

Pelas Arcadas passaram os nossos mais conhecidos estadistas: José Antonio Saraiva, Américo Brasiliense, Gaspar Silveira Martins, Teofilo Otoni, Campos Sales, Rodrigues Alves, Prudente de Moraes, Couto de Magalhães, Alberto Torres, Wenceslau Brás, Delfim Moreira, Artur Bernardes, Antonio Prado, Visconde de Ouro Preto, Florêncio de Abreu, Borges Medeiros, Julio de Castilhos, João Luiz Alves, João Pinheiro, Bias Fontes, Cesário Alvim, Afonso Pena, Bernardino de Campos, Altino Arantes, Antônio Carlos (III), Raul Fernandes, Cerqueira Cesar, Washington Luiz, Julio Prestes, Carlos de Campos, José Carlos de Macedo Soares...

Pelas Arcadas passaram os nossos mais conhecidos diplomatas: Marquês de São Vicente, Barão do Rio Branco,

Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Ciro de Azevedo, Davi Campista, Salvador de Mendonça, Assis Brasil, Pedro de Toledo, Rodrigues Alves (Filho), José Bonifácio (III).

E também passaram pelas Arcadas os nossos mais conhecidos jornalistas: Ferreira Viana, F. Rangel Pestana, Almeida Nogueira, Martim Francisco (III), Eduardo Prado, Silva Jardim, Wenceslau de Queiroz, Alberto Sales, José Maria Lisboa Júnior, Plínio Barreto, Júlio Mesquita...

E ainda os mais renomados romancistas: JOSÉ DE ALENCAR, MONTEIRO LOBATO, LUCIO DE MENDONÇA, BERNARDO GUIMARÃES, GODOFREDO RANGEL, AUGUSTO DE LIMA, RIBEIRO COUTO, etc. etc.

Nas suas visitas a São Paulo (quatro ao todo), o Imperador D. Pedro II, orgulhoso da obra criada por seu pai, D. Pedro I, costumava visitar a Academia. Não se limitava à simples presença, ao protocolo costumeiro, fazia questão de sentado no estrado, ao lado do lente catedrático, a quem incumbia a preleção, argüir os estudantes.

É de imaginar-se o pavor dos pobres rapazes diante da figura daquele príncipe barbado, de olhos doces, que Victor Hugo chamou de neto de Marco Aurélio.

A única coisa que quebrava um tanto a majestade física do Imperador, um belo homem, era a sua voz de falsete.

Por sinal que a alta consideração que os moços acadêmicos sentiam por Pedro II decaíu bastante desde quando um grupo respeitável de políticos, à frente o mineiro Cristiano Ottoni e o pernambucano Saldanha Marinho, alçou na Côrte Imperial a bandeira republicana, lançando o histórico manifesto de 1870.

A idéia do nôvo regime, que aliás, já não constituiu novidade dentro das Arcadas, inflamou a rapaziada. Daí por diante, a República e a Abolição da escravatura passaram a ser a sua preocupação máxima. A pregação se fez por todos os meios possíveis naquele tempo. Indiscutivelmente, a cooperação daqueles moços nas duas causas deu-lhes muita fôrça.

Sobretudo a escravatura da pobre criatura negra, arastada desumanamente do continente africano para o Brasil, inspirou aos seus bardos poemas épicos que enchem páginas de nossa literatura.

A Lei Aurea de 1888, assinada pela magnânima Princesa Isabel, teve com certeza nesses cantos patrióticos e humanos um de seus motivos.

Vem a talho lembrar que ainda existem no mundo, segundo dados fornecidos por uma filantrópica associação inglesa, alguns milhões de escravos, espalhados na Ásia e em África!

Isso e as guerras mostram que a crueldade da humanidade não desapareceu da face da terra.

Mas, estamos vendo que a importância da Faculdade, desde os seus primeiros dias até os primórdios da República, ou melhor, até, pelo menos, os primeiros lustros do século, era verdadeira e por todos apreçada.

Mas os estudantes nesses gloriosos tempos correspondiam ao valor de seus mestres. Não houve movimento cívico no começo do século em que não colaborassem salientemente. Assim foi na campanha pelo serviço militar obrigatório, dirigida pelo admirado poeta Olavo Bilac. Assim foi na campanha civilista contra o Marechal Hermes. Assim foi na campanha desenvolvida pela Liga Nacionalista, mandada trancar pelo Presidente Artur Bernardes.

Daí saltando para 1932, chegamos à Revolução Constitucionalista. Nela o papel, quer do corpo discente, quer do corpo docente, marcou páginas cintilantes. O velho convento recolheu e daí partiram os primeiros voluntários civis, compostos em geral de professôres e alunos. Entre os professôres que lutaram de arma na mão, via-se um Ernesto Leme, um Jorge Americano, um Manoel Pinto Pereira. Este, como se considerasse de origem africana, nas horas em que não havia combate, trocava o fuzil por um avental e um gorro espalhafatoso. E exclamava: “Negro nasceu

para a cozinha"! Era a Academia numa confusão, ou melhor, numa comunhão dos mestres e alunos, naquele casa-rão que guardava as tradições de nossa raça.

Essa importância, êsse prestígio, abrangia não só estudantes, mas também os mestres.

O caso que vamos lembrar transmite uma idéia de quanto valiam os mestres. O Prof. Pedro Lessa, que lecionou no primeiro ano Filosofia de Direito (1906), era de exigência pouco comum, constituindo verdadeira barreira à conquista da série superior. Quem não soubesse a matéria ensinada não lograva aprovação. Vivia em desacôrdo com os dirigentes da educação, que com medidas irregulares, inadequadas, tumultuavam, anarquizavam o ensino. O Ministro J. J. Seabra, no fim do govêrno Rodrigues Alves, tornou-se um dos responsáveis por tal descalabro. Pedro Lessa reagiu, imaginando e praticando um grande escândalo para chamar a atenção pública sôbre a desmoralização reinante. Aprovou com distinção, grau 10, todos os seus alunos, dissessem as maiores barbaridades nos exames.

Pois bem, êsse professor, ao invés de sofrer um inquérito administrativo, severa punição, foi daí a pouco guindado ao pôsto de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Admirável prestígio dêsse grande mestre!

Quando escrevemos e reunimos em volume *Retratos a Pena*, nos quais tratámos de várias figuras de seus professores, oferecêmo-lo ao velho Convento com estas palavras:

“À FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

o maior laboratório de homens que tem tido e há-de ter o Brasil”.

Experimentamos o grande contentamento, verdadeiro prêmio a nosso esforço, de saber a despreziosa obra apreciada nestes têrmos pelo escritor e pensador JOÃO RIBEIRO, que apenas conhecíamos por haver estudado o idioma pátrio na sua primeira Gramática Portuguesa:

““Os “RETRATOS A PENA” merecem um lugar em tôda a biblioteca de brasileiro amigo de sua pátria.

JOÃO RIBEIRO

Jornal do Brasil — 22-5-929””

Atrás, reproduzimos conceitos de viajantes estrangeiros sôbre a Faculdade. Mas quem melhor e mais coloridamente parece exprimir a admiração pela nossa escola foi o notável escritor e jornalista LUCIO DE MENDONÇA, já por nós citado, que freqüentou os seus duros bancos até 1870.

Dêmos-lhe a palavra:

“Ali, sob aquêlê amplo céu, onde parece que ainda vagam na imortalidade da glória os grandes espíritos de seus melhores filhos, Rodrigues dos Santos, Paula Souza, Feijó, e outros, cujos nomes constelam as tradições paulistanas; ali, na vasta esplanada, varrida de ventos, alta, tão alta que de lá se avista o futuro do Brasil inteiro; ali, na luta obscura e porfiada, ainda que ao lado de atletas e recebendo nas armas leais o reflexo de seus triunfos, nutri-me do pão dos fortes, enrijei-me às auras vitais daquela terra; bebi, a longos sorvos, o seu alento vigoroso; aqueci o peito ao calor de seu peito de gigante; — verme, senti arrojões de água; encarei de face com o Sol; antevi, em sonhos grandiosos, o largo destino da pátria republicana, e, no solo paulista, tive o orgulho de ser brasileiro”.

E assim conclui LÚCIO DE MENDONÇA:

“Terra sagrada de homens honrados, terra a que eu devo, mais do que o nascimento, a educação cívica; berço de minha crença, formosa terra de São Paulo, nobre plebéia robusta, mãe de espíritos, leôa que amamenta as almas modernas, que vão da luta a grande luta, salve! em nome da mocidade e do povo, salve! mãe intelectual de nossa nacionalidade, esperança de nossa redenção, alma do Brasil nôvo, coração de pátria livre!”

Nesse magnífico hino a São Paulo sente-se no fundo, o seu amor religioso pela escola que lhe deu a sua carta de bacharel.

É não esquecer também outro aluno da Faculdade, o chamado Águia de Haia, RUI BARBOSA, citado por CÂNDIDO MOTTA FILHO, nestes parágrafos lapidares:

“O regime imperial quase logo após a nossa independência consagrou ao Direito duas faculdades, uma ao Norte, outra ao Sul, como situações polares, dominantes ao nosso mundo moral. Sem desfazer, porém, na realeza de Olinda, a pérola do Norte, amortecida, talvez, mas não desluzida, jamais, do seu Oriente, não se poderia seriamente duvidar que o magistério de São Paulo exerceu sempre um grau mais alto, com influência muito mais poderosa e muito mais larga amplitude a sua missão nacional”.

E acresceu RUI BARBOSA:

“Bolonha, famosa outrora entre as cidades letradas pela sua *universitá scholariam* e pelos seus *doctores legentes*, se chamava por antonomásia, a um tempo, a *douta e a livre*, associando nas suas antigas moedas a legenda solene de seu direito: *libertas*, o fôro por excelência do mestre: *Bononia docet*. A São Paulo, indisputavelmente, lhe cabem os dois títulos no mesmo brasão: — professa a liberdade e ensina a Justiça”.

Comentando êsse trecho de RUI, diz MOTTA FILHO:

“Muito embora não recusando o influxo coimbrão, tendo como professôres mestres preparados em Coimbra, a Faculdade de São Paulo iniciou a emancipação intelectual da Cultura brasileira: A cidade se transfigura. Toma nova fisionomia, adquire novos centros de interêsse, de seus novos problemas, amolda, por fim, uma nova mentalidade.”

Para terminar, apesar de que se reconheça que a velha Faculdade, com o desenvolvimento fabuloso da cidade, mesmo no campo da educação e cultura, encontra hoje numerosos concorrentes espalhados por todo o Estado, é-se obrigado a ponderar que a despeito de instalada em apa-

ratoso prédio moderno, ainda que mal situado, com mais de três mil alunos, goza ainda de alto conceito, considerada que é das mais famosas escolas no gênero da América.

Assim sendo, mantém de certa maneira boa parcela de colaboração efetiva na vida social e cultural da Nação.

O invejável progresso material a que o Estado atingiu, deveu-se à sua lavoura da rubiácea abissínica, que encontrou no braço livre para que o imigrante europeu grandemente contribuiu, substituindo o infeliz trabalhador escravo, o seu melhor propulsor.

Êsse progresso ganhou também impulso no desenvolvimento da indústria, consequência inegável da preponderância do café, que acabou sobrepujado pela maquinaria.

Sabemos que estamos repetindo um truísmo. Mas é para lembrar que êsse estupendo progresso material de hoje teve um coadjuvante indiscutível no alto nível da instrução superior de São Paulo, da qual, até alguns lustros do século XIX, a mais forte expressão foi a tradicional Faculdade do Largo de São Francisco, vinda em boa hora, aos 1827, governando o país êsse estouvado príncipe a que o Brasil deve a sua emancipação — Dom Pedro de Bragança.

## BIBLIOGRAFIA.

PAULO JOSE DA COSTA, *Riflessioni sulla aberratio ictus*, Padova, 1967, pag. 92 (vol. IV della Collana di Studi penali scritta diretta da Giuseppe Bettiol).

Come osserva GIUSEPPE BETTIOL nella prefazione a questo volume, si tratta di una serrata monografia che, pur versando in materia alla quale la dottrina penalistica italiana ha dedicato importanti e approfonditi contributi (basterebbe ricordare, oltre uno scritto dello stesso BETTIOL, il volume del Leone e lo *studio del Gallo*), presenta vivo interesse per la precisa messa a punto di non pochi problemi e per la pertinenza di tante osservazioni.

Il lavoro si divide in tre parti: la prima dedicata alla struttura oggettiva dell'*aberratio ictus*, la seconda alla sua struttura soggettiva, la terza al suo trattamento punitivo; ed è subito da rilevare che, nonostante i nessi ovviamente strettissimi tra i temi trattati nelle tre parti, ognuna di queste riesce a mantenere la sua autonomia, con vantaggio della chiarezza dell'esposizione e della comprensione dell'istituto.

Nella prima parte dopo aver inquadrato il fenomeno della *aberratio ictus*, al pari di quello della *aberratio delicti*, nei casi di discordanza tra il voluto ed il compiuto ed aver messo in rilievo i punti di contatto con i problemi dell'omicidio preterintenzionale, del reato diverso commesso dal concorrente, del mutamento del titolo di reato nel concorso di più persone e dei reati aggravati dall'evento, il DA COSTA affronta l'identificazione del carattere tipico della divergenza tra voluto e realizzato propria della *aberratio* e si sofferma in particolare sulla locuzione "o per un'altra causa" collocata dagli artt. 82 e 83 a fianco dell'ipotesi dell'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato; e perviene alla conclusione che una dizione così generica non può non comprendere anche tutti i casi in cui lo sviamento sia dovuto al puro caso fortuito. La conclusione è che, tanto nell'*aberratio ictus* quanto nell'*aberratio delicti* l'inabilità non è un elemento necessario, presentando invece entrambe le figure normative, come propria caratteristica essenziale, solo uno sfasamento nel risultato cagionato. A questo punto l'autore procede a porre in rilievo i punti di differenziazione tra *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, affrontando tra l'altro il punto delicato rappresentato da quei reati in cui la particolare qualificazione del soggetto passivo porta al mutamento del titolo del reato, sì che questi casi si inquadrano nella *aberratio delicti*. Questa prima parte si conclude infine con l'esame dei rapporti tra tentativo di reato ed *aberratio ictus* e con la duplice con-

clusione sia della non necessità, ai fini dell'applicazione dell'art. 82, dell'esistenza di un vero e proprio tentativo nei confronti della persona designata, sia della impossibilità di assumere il tentativo nell'ambito dell'articolo 82, considerato applicabile soltanto ai delitti in cui vi sia effettiva realizzazione dell'evento. Dal che poi deriva che anche nel caso previsto dal secondo comma dell'articolo deve sempre trattarsi di una pluralità di reati consumati.

Nella seconda parte, dedicata alla struttura soggettiva della *aberratio ictus*, il DA COSTA affronta, sempre con stringatezza di ragionamenti e con estrema chiarezza, i problemi più cruciali della materia, anche dal punto di vista dommatico: contributo chiarificatore che la espressa previsione dell'ipotesi dell'art. 82 primo comma apporta alla nozione del dolo accolta dal codice italiano vigente, rapporti tra errore e circostanze, esclusione dell'applicabilità dell'articolo 82 nel caso di dolo eventuale verso la persona colpita, titolo della responsabilità per il *plus* non voluto. A questo ultimo proposito l'autore dimostra come non si possa se non aderire alla concezione della responsabilità oggettiva.

La terza parte, intitolata al trattamento punitivo, è sostanzialmente dedicata all'art. 82 capoverso, concernente l'*aberratio ictus* con pluralità lesiva, e ai numerosi suoi tormentati problemi, anche di ordine pratico. Il DA COSTA esclude ogni assimilabilità di questa figura sia ai delitti aggravati dall'evento che al reato complesso e al reato continuato, per concludere che si tratta di una particolare disciplina data ad un caso di concorso ideale di reati. Affrontati poi i casi controversi dell'offesa a più persone diverse (sia quando è accompagnata dall'offesa a persona designata, sia quando la persona designata sia rimasta del tutto illesa) ed esposte le numerosissime soluzioni proposte al riguardo, il DA COSTA conclude nel senso che tutte queste ipotesi rientrano nella disciplina dell'art. 82 capoverso, senza necessità di ricorrere ad altra qualsiasi soluzione. Quanto infine ai casi di reato diverso in danno di persona diversa, l'autore distingue due ipotesi: quella in cui l'agente abbia voluto un reato più grave nei confronti della persona designata ed abbia cagionato un reato meno grave in danno di persona diversa (l'agente vuole uccidere CAIO e invece ferisce Sempronio); e quella in cui l'agente abbia voluto un reato meno grave in danno della persona ideata ed abbia invece cagionato un evento più grave in danno di persona diversa (vuol ferire CAIO ed uccide invece Sempronio). In conformità della maggior parte della dottrina italiana, l'autore ritiene applicabile l'art. 83 (*aberratio delicti*) nel primo caso e l'art. 584 (Homicidio preterintenzionale) nel secondo.

Fa piacere vedere come il DA COSTA, brasiliano ma libero docente nella Università di Roma, pur tenendo conto anche delle opere degli studiosi d'altri paesi, si sia del tutto immesso nella dottrina italiana, al cui movimento e alla cui cultura veramente può dirsi che egli appar-

tenga non meno che a quella del suo Paese; cosicché è ancor maggiore il piacere con cui siamo lieti di salutare la sua recente chiamata a coprire como titolare una delle cattedre di diritto penale della grande Università statale di San Paulo.

GIULIANO VASSALLI

(Da Revista *La Giustizia Penale*, 1970, Parte Segunda: Diritto Penale, pág. 928).

MOACYR LOBO DA COSTA, *Assistência*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1968, 202 páginas.

El profesor LÔBO DA COSTA, que en 1961 había publicado *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*, y más tarde varios trabajos de revista sobre el mismo tema del libro que hoy nos ocupa<sup>1</sup>, condensó sus estudios sobre la “*Assistência*” en este volumen, que se inicia diciendo que “la asistencia pasa por ser la figura jurídica de intervención de terceros en el proceso que más dudas y controversias ha suscitado en el derecho nacional y extranjero”. El libro consta de seis capítulos, de carácter histórico los cuatro primeros, aunque el tercero y cuarto sean de historia reciente. Los dos amplios capítulos V y VI tratan de la institución en el Código vigente y en el Anteproyecto Buzaid.

El origen romano de la asistencia se afirma categóricamente frente a quienes le atribuyen origen moderno o la antigüedad se la reconocen sin excesiva firmeza, LÔBO DA COSTA, apoyándose en SEGNI<sup>2</sup> demuestra que la asistencia no podía tener cabida en los dos primeros períodos del proceso romano (acciones de la ley y formulario) pero sí en la tercera etapa, sin lugar a dudas; la naturaleza contractual ya no se daba y, por tanto, faltaba la dificultad para la intervención del tercero. Cita, con toda firmeza, las fuentes que así lo acreditan, y llega a los trabajos de BETTI y de ORESTANO, de tan extraordinaria claridad.

De allí pasa a las *Ordenações Alfonsinas*, que se reproducirán en las *Ordenações Manuelinas*, pero sólo en cuanto a la apelación del

---

1. Véanse los siguientes trabajos: “Origem romana da assistência”, en “Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, vol. LIX, 1964, pág. 152; “A assistência nas Ordenações do Reino”, en “Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, 1965, vol. LX, pág. 172; “A assistência no Anteprojeto do Código de Processo Civil”, en volumen de “Estudos em Honra de Luiz Machado Guimarães”, publicado por el “Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil”

2. “L'intervento Adesivo”, Roma, 1919, es para nuestro autor el libro reputado como la investigación científica más profunda sobre el tema.

tercero; y lo mismo en la codificación promulgada por “El Venturoso”, en 1521.

El autor nos da el texto en que la asistencia, como figura procesal propia, entra en el derecho portugués, en la Carta Regia de don Juan III, en 1526, pasando después a la compilación que se conoce como “Código sebastiánico” y, más tarde, a las *Ordenações Filipinas*. Todo el Capítulo II es una exposición amplia de cómo se consolida la institución, a través de la influencia de DIEGO DE COVARRUBIAS sobre los redactores portugueses de las *Ordenações Filipinas*; una influencia que llega a contraponerse a la de Bartolo<sup>3</sup>.

La asistencia llega así al Reglamento n. 737, que se promulgó en 25 de noviembre de 1850, en el que se disciplinaba el proceso de las causas comerciales, que después, en 1882, se extendió a las causas civiles. Ese Reglamento — nos dice el autor — sólo encuentra un código más antiguo entre los de Europa: el francés de 1806, y no tiene nada que envidiarle “en cuanto a distribución de las materias, precisión de conceptos, claridad de disposiciones y simplificación de actos y términos procesales”<sup>4</sup>. Pasó la institución a través de la *Consolidação* (imperial) de 1876 y del Decreto (de la República) de 1890.

El federalismo, al igual que en nuestro país, atribuyó a los Estados la competencia para legislar sobre derecho procesal; y nacieron así los códigos estatales, aunque, como nos señala LÓBO DA COSTA<sup>5</sup>, el Reglamento n. 737 fue “la espina dorsal de todos los organismos procesales de los Estados”, los cuales se parecían “como gotas de agua de la misma fuente”. Ese Reglamento, en sus líneas básicas, estaba superado; pero puede tener razón el autor cuando sale al paso de censuras que se le han dirigido. Si el Reglamento “es un diploma legal que retrata bien la incultura procesal en que nos mantenía el praxismo entonces vigente”, ¿qué decir de las leyes republicanas y de los códigos estatales

---

3. Lóbo Da Costa nos señala (pág. 17) que Covarrubias, el mayor jurista español del siglo XVI, llamado el “Bartolo español”, ejerció preponderante influencia sobre el derecho de toda la Península y no sólo de su patria. Añádase que las “*Ordenações*”, para Portugal, se compilaban en nombre de un Rey que, ante todo, lo era de los otros Reinos de la Península, aunque la unidad española no estuviera todavía lograda.

4. El autor nos da la opinión de Liebman sobre el Reglamento: “En él se mantiene sustancialmente inalterada la estructura fundamental del proceso, pero se formulan sus reglas con gran claridad, en breves y precisas disposiciones, según la técnica legislativa moderna” (Istituti del Diritto comune nel Processo civile brasiliano”, en “*Studi in onore di Enrico Redenti*”, Milano, 1951, vol. I, pág. 591). Sólo quisiéramos, por nuestra parte, agregar que en España, desde 1830 estaba vigente la Ley de Enjuiciamiento en negocios de comercio; y en el Cantón de Ginebra regía la “*Loi sur le procédure civile*”, desde 1819; ley que con el comentario de Mr. Bellot tanto ha influido en algunas leyes americanas y en particular argentinas (véase Sartorio, “De la prueba de testigos en el procedimiento federal”, Ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 23).

5. Con cita de Alfredo A. López da Costa, “*Direito processual civil Brasileiro*”, Ed. 1947, vol. I, pág. 31.

que se limitaron a copiarlo, cincuenta y hasta ochenta años después? <sup>6</sup>. El capítulo contiene una especificación detallada de la institución en los distintos códigos del país, hasta llegar a la unificación procesal, que es materia del Capítulo V.

Se estudia, a través de todos los trabajos preparatorios, del Anteproyecto que precedió al Proyecto preliminar; de todas sus críticas y de los comentaristas del código; se contemplan así todas las manifestaciones de la *asistencia*.

Y se llega de esta manera al *Proyecto Buzaid*, que bien puede convertirse en Código en fecha próxima. Si FRANZ KLEIN hizo su código desde el Ministerio de Justicia, nada de raro tendría que BUZOID consiguiera la aprobación de su *Proyecto* ocupando esa cartera actualmente en el Brasil. El autor, que dedica este volumen "A Alfredo Buzaid, Mestre e Amigo", que se siente discípulo de ese compañero titular de la cátedra, de la que él es profesor asistente-docente, es natural que inicie ese capítulo señalando la manera perfecta en que la institución aparece regulada en el Anteproyecto: en él "fueron debidamente corregidas todas las imperfecciones, comenzando por la ubicación del instituto. Redactado por un auténtico Maestro, no había de repetir el error palmario de dislocar la asistencia, figura típica de intervención de tercero, llevándola al capítulo del litisconsorcio... La colocación del instituto en el capítulo destinado a la intervención de terceros, demuestra el cuidado en la distribución de las materias, según rigurosa técnica legislativa".

La asistencia ha encontrado, entre los procesalistas brasileños, su monografía. Un trabajo realizado con verdadero amor de estudioso; después de haber encontrado su perfecta regulación en el Anteproyecto redactado por una de las figuras más destacadas en América, entre quienes dedican sus afanes al estudio del proceso; es de desear que ese Anteproyecto que BUZOID ha construido con tanto esfuerzo, se convierta en código. Pagará, con esa satisfacción, aunque no sea más que en parte, los sinsabores que indudablemente debe producir hoy en día colaborar en el gobierno de una Nación.

SANTIAGO SENTÍS MELENDO

(Da "Revista Argentina de Derecho Procesal", janeiro-março, 1970, págs. 148/149).

HECTOR B. VILLEGAS, *Derecho Penal Tributário*, Ediciones Lerner, 1965, Buenos Aires, 190 páginas.

A literatura juspublicística argentina sempre gozou de grande prestígio entre nós. Últimamente, os especialistas em direito tributário,

---

6. Además del valor científico de la monografía comentada, y para quienes difícilmente podríamos adquirir datos precisos de la codificación procesal civil brasileña, el libro de Lôbo Da Costa nos ofrece una reseña completa de esa codificación en los diferentes estados del Brasil; véanse págs. 71 y sigts.

de modo particular, têm penetrado no Brasil e encontrado excepcional aceitação. Isto se deve ao alto nível dos trabalhos publicados e às manifestas afinidades entre o nosso direito e o argentino.

Últimamente, têm surgido excelentes trabalhos da nova geração de tributaristas argentinos, dos quais devemos salientar HORÁCIO GARCIA BELSUNCE e HECTOR VILLEGAS.

Dêste último, acabamos de receber o seu excelente *Derecho penal tributário*, livro de porte médio, com boa apresentação gráfica.

O tema é de grande atualidade científica e a leitura do livro demonstra quão oportuno é repensar, em profundidade e com amplitude, questões a respeito das quais ainda não se deu a última palavra, como é o caso das sanções tributárias.

A natureza dos ilícitos tributários vem aqui tratada com espírito penetrante, segurança e mão de mestre, pelo jovem professor de direito tributário da Universidade Nacional de Córdoba.

No Brasil, está ainda aberta a discussão sobre se estamos diante do direito penal tributário ou do direito tributário penal. Se o ênfase se põe no penal ou no tributário, qual termo deve ser substantivado, qual deve ser adjetivado.

O livro é valiosíssimo e trata da colocação científica da lei repressiva fiscal, com o estudo de sua natureza (na primeira parte), tratando do regime jurídico da infração tributária (na segunda parte) e, por último, do regime jurídico das sanções tributárias.

É exaustivo o estudo da multa, como retribuição, como reparação e como sanção mista, bem assim as conseqüências de cada colocação diante dos problemas da pessoalidade da multa, da morte do infrator, da responsabilidade de terceiros, da responsabilidade das pessoas jurídicas e da sua conversibilidade. Interessante é também o estudo que faz VILLEGAS dos juros e demais encargos, das multas e das sanções acessórias. Excelente é a sua colocação da questão, tal como colocada pela doutrina dominante, por meio de suas principais correntes, no presente momento. A doutrina argentina, como a internacional são examinadas e debatidas com detença pelo autor.

Assim é que estuda, na primeira parte, a lei repressiva fiscal, como capítulo do direito tributário, como capítulo do direito penal, como direito autônomo, como parte do direito penal administrativo e, por último, examina e estuda tôdas as conseqüências jurisprudenciais da adoção de qualquer dessas doutrinas.

Resume as perspectivas adotadas pela generalidade da doutrina universal a respeito das posições penalista, autonômica e administrativista, que são as que constituem a tricotomia doutrinária, a propósito do assunto.

A parte mais interessante do seu trabalho, entretanto, a nosso ver — e que maior utilidade pode oferecer para sistemas federais, como o

nosso — é a que trata do conflito jurisdicional entre justiça federal e estadual, no caso de adoção da tese penalista.

Examina VILLEGAS as teorias sôbre a infração tributária — bem como as formas de solução dos problemas da avaliação das diversas soluções — exclusivamente sob o aspecto tributário, em relação ao problema jurisdicional e legislativo, quando o autor tem oportunidade de afirmar que o que seja essencialmente matéria criminal, ainda que tenha relação com o tributário, é de exclusiva competência do Congresso Nacional, enquanto, pelo contrário, no campo da infração tributária, tanto o Estado Federal como os Estados Federados têm suas respectivas competências.

Neste ponto, o sistema argentino é exatamente igual ao brasileiro; daí a extrema utilidade das meditações desenvolvidas, com segurança e objetividade, por VILLEGAS. Idêntica problemática temos nós no Brasil.

A definição de crimes, mesmo em matéria tributária, é privativa do Congresso Nacional, enquanto que a definição das demais infrações, conforme o caso, será simplesmente federal, estadual ou municipal, quer se as classifique como tributárias, administrativas ou civis.

Esta parte do estudo do prof. HECTOR VILLEGAS é, a nosso ver, o ponto culminante de seu trabalho, que deve merecer de nós especial atenção.

Da mesma forma que TULLIO ASCARELLI, distingue — para firmar a sua posição — como fundamento da autonomia de uma disciplina científica, o seu aspecto filosófico-teórico dos demais; êstes devem ser discernidos dos problemas de conveniência e oportunidade, partindo da observação da realidade do fenômeno da interrelação sócio-jurídica, o que se transforma em questão prática, do ponto de vista jurídico.

Conclui, portanto, que, no sistema jurídico argentino (neste ponto, também bastante semelhante ao nosso), podemos encontrar as seguintes características:

a) são idênticas, entre si, as normas do direito penal tributário, enquanto tendem à proteção da arrecadação fiscal, mediante sanções à sua inobservância;

b) são regidas por princípios gerais que lhes são peculiares e distintos do direito penal comum, sendo, entretanto, em alguns casos, similares aos de outras normas repressivas de caráter administrativo;

c) sob certos aspectos e em certos momentos, os princípios são necessariamente comuns com os do direito penal e, em outras circunstâncias, êstes últimos não são incompatíveis com a essência da infração tributária, podendo, neste caso, serem aplicados os princípios penais.

Muito importante, na sua tese, é a demonstração de que o crime é substancialmente distinto da contravenção (da qual se aproximam certas

figuras penais-tributárias). O crime é um atentado contra a segurança pública; a contravenção é um atentado à função administrativa ordenadora desenvolvida, pelos órgãos estatais. A infração tributária participa deste último caráter. Isto parece inquestionável ao autor. O problema não se resolve só com esta verificação, nem se reduz a tal simplicidade.

O que é questionável é a exceção que diz respeito ao contrabando, o que o qualifica como delito comum contra a ordem pública.

Outro problema que o autor resolve, em função da questão principal da autonomia do direito penal tributário, é o das repercussões constitucionais das teses negativas ou afirmativas desta autonomia, conforme já assinalamos.

O estudo da ação infringente da lei — ou comportamento infrator, segundo VILLEGAS — deve reconhecer que este comportamento pode assumir três formas diferentes:

- a infração substantiva;
- a infração formal;
- a infração fraudulenta.

Desta colocação, extrai as mais interessantes conseqüências para o estudo do direito positivo, com grande utilidade, inclusive para nós.

Desta forma, se vê que não só do ponto de vista doutrinário e teórico — mas também do ponto de vista prático — este livro se apresenta como uma das mais excelentes contribuições ao estudo do direito tributário, neste capítulo tão controvertido.

Das premissas que assenta, extrai a inarredável conclusão de que as normas do direito penal tributário são inteiramente enquadradas no regime constitucional dos delitos, do que decorre que estão sujeitas ao princípio da legalidade, da tipicidade, da impossibilidade da aplicação da analogia e da irretroatividade, que vigem para o direito penal comum.

Do caráter também compensatório das sanções mistas, decorre a ausência de personalidade da pena, da qual deriva a responsabilidade por fato alheio, a responsabilidade das pessoas jurídicas e a não extinção da sanção por morte do infrator. Em segundo lugar, a proibição da aplicação de condenação condicional a terceiro e a não aplicação de algumas regras do código penal sobre concurso de crimes. Em último lugar, salienta algumas diferenças relativamente ao regime penal, em matéria de prescrição.

Por tudo isto, sustenta a aplicação subsidiária da parte geral do código penal ao deslinde de questões de direito penal tributário, que, para o autor, é uma parte do direito penal administrativo.

Dadas as peculiaridades dêste último — embora a parte especial do direito penal não seja aplicável à solução de questões de direito penal tributário — o mesmo não acontece relativamente à parte geral.

Interessantíssimo é o trato que dá ao tão debatido problema da evasão fiscal. Na opinião do autor, a infração fraudulenta caracteriza a evasão fiscal, que se diferencia da defraudação fiscal, enquanto esta leva ínsita a noção de fraude, maquinação ou engano e aquela se refere à eliminação ou diminuição de uma carga fiscal, mediante ato ou omissão transgredindo disposições legais.

Enfim, tôdas as questões abordadas pelo autor são da mais palpitante atualidade e de um grande valor doutrinário, o que recomenda a leitura, meditação e aproveitamento dêste tão oportuno estudo.

Mais uma vez se confirma a utilidade e mesmo necessidade do intercâmbio doutrinário e literário entre Brasil e Argentina, com grandes vantagens para ambos.

GERALDO ATALIBA

GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, 2 volumes, 2.<sup>a</sup> edição atualizada e ampliada, Edições Depalma, Buenos Aires, 1970.

Acaba de ser publicado, na Argentina, o primeiro volume da 2.<sup>a</sup> edição do já famoso *Derecho Financiero*, de um dos mais autorizados tributaristas latino-americanos, dr. GIULIANI FONROUGE — autor de renome e responsável pelos ante projetos que resultaram no código fiscal da Província de Buenos Aires e na criação do Tribunal Fiscal de la Nación — que, com seu valor, muito jovem, conquistou a cátedra de direito financeiro da Faculdade de Direito de Buenos Aires.

Êste livro, que fêz grande sucesso, entre nós, desde a publicação da primeira edição, em 1962, depois de esgotado, aparece agora em primorosa segunda edição, que foi inteiramente atualizada e ampliada pelo seu autor, o renomado diretor da prestigiosa revista “Impuestos”.

A estrutura da obra está perfeitamente ajustada aos lineamentos gerais da edição anterior. Mas, inúmeras circunstâncias — que são assinaladas pelo autor, nas “palavras preliminares” — não só justificam a atualização e ampliação introduzidas, como assinalam uma nova fisionomia ao conteúdo dos diversos capítulos.

Êste primeiro volume contém uma parte geral de direito financeiro e quase tôda a teoria do direito tributário.

Começa pelo estudo da atividade financeira do estado e desenvolve as noções gerais do direito financeiro, para ingressar no estudo do orçamento, sua forma, seu conteúdo e sua exposição doutrinária.

Em seguida, trata da doutrina da tributação, começando pelo estudo *dos tributos e do poder tributário*, com as colocações pessoais do autor, que se fêz conhecido e acatado por sua firmeza e sólida fundamentação científica, qualidades por todos admiradas.

Como inovação, encontramos — depois do tratamento do poder tributário, em seis tópicos do capítulo I do título III — o estudo do *poder de conceder isenções*, matéria esta que, com o desenvolvimento da extrafiscalidade, se tem acentuado, principalmente nos últimos tempos, vindo efetivamente a se erigir em matéria obrigatória, importante e sobretudo extensa, em todo o mundo ocidental, mas, especialmente nos países em desenvolvimento.

Os aspectos doutrinários — sobretudo constitucionais — envolvidos pelas questões abordadas nestes tópicos são importantíssimos, razão da extensão dêste tratamento, e de seu destaque, tal como dados pelo autor.

GIULIANI FONROUGE é escritor que dispensa tôda e qualquer espécie de apresentação, dado o extraordinário renome que conseguiu obter entre nós e o prestígio que sua obra alcançou.

Depois, principalmente, da publicação do *modelo de código tributário para a América Latina*, elaborado sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos e do Banco Interamericano de Desenvolvimento, por uma comissão integrada, além do autor, por VALDÉS COSTA e GOMES DE SOUSA, firmou-se de maneira sólida, definitiva e indiscutível o nome de GIULIANI FONROUGE nos meios jurídicos latino-americanos.

Hoje, a citação de sua opinião a propósito da discussão de qualquer questão doutrinária, entre nós, é obrigatória e de uma freqüência que dá muito bem a medida do prestígio que o seu conceituado nome alcançou.

A justificação doutrinária de tôdas as questões e sobretudo dos pontos de vista do autor é a mais ampla e sólida. A fundamentação científica das posições que adota é igualmente ampla e segura.

Além de vastíssima e autorizada bibliografia, de cunho universal, a propósito dos temas que são tratados, pelo autor, com proficiência e detença, em todos os aspectos, encontra-se um estudo fantástico do direito comparado, relativamente às principais questões que aborda em seu livro, agora re-editado.

Para nós, é de especial interêsse e simpatia a circunstância de terem sido levados em consideração os autores brasileiros de maior proeminência e sobretudo de não ter deixado GIULIANI FONROUGE de citar o nosso código tributário nacional, bem como as nossas normas constitucionais, sempre que isto se fêz oportuno ou interessante. Assim é que BALEEIRO, GOMES DE SOUSA, AMÍLCAR FALCÃO, ULHOA CANTO etc. são freqüentemente invocados nestas excelentes lições.

É de se notar que as referências que faz aos problemas doutrinários do orçamento são, para nós, cada vez de importância mais acentuada, já que a inclinação da doutrina brasileira e especialmente a tendência que a nossa prática vem revelando — traduzida nas constantes alterações que as modificações constitucionais têm trazido à colocação institucional do problema orçamentário — vão exatamente no sentido das teses propostas por GIULIANI FONROUGE.

As notas de rodapé, com que GIULIANI FONROUGE fundamenta tôdas as suas principais afirmações, são as mais amplas, as mais profundas, as mais ricas e as mais variadas que se possa imaginar. Constituem excelente fichário indicativo de fontes bibliográficas, da mais alta utilidade. A respeito de tôdas as grandes e capitulares questões do direito financeiro, como do direito tributário, GIULIANI FONROUGE fornece ao leitor as indicações bibliográficas mais atualizadas, mais seguras e sobretudo mais variadas, de sorte a fornecer informação mais do que completa a quem deseje penetrar com maior profundidade o estudo de uma série de questões, assim teóricas, como práticas.

O interesse doutrinário dêste livro é absolutamente inquestionável. A circunstância de ter seu autor alcançado reputação como expositor e renome como cientista, não só em tôda América Latina, como também em terras de Europa, constitui-se no mais cabal apôio desta assertiva, ao lado do êxito da edição anterior.

Quanto ao interesse prático — não só pela circunstância de o direito argentino ser muito semelhante ao brasileiro — como pelo fato patente e indiscutível de que o adiantamento doutrinário do direito tributário argentino é quase idêntico ao nosso — bem como, ainda, pelo fato de GIULIANI FONROUGE prestigiar imensamente nossos maiores juristas e referir-se reiteradamente a soluções que o direito brasileiro tem dado a certas questões, tudo isso bem demonstra que também do ponto de vista prático, por incrível que pareça (já que se trata de livro publicado em outro país) êste livro de GIULIANI FONROUGE, agora acessível a todos, mediante a publicação desta segunda edição, encontra a maior utilidade e oportunidade.

Daí porque o saudamos com efusão e a mais profunda simpatia.

GERALDO ATALIBA

PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Companhia Editôra de Pernambuco, 2.<sup>a</sup> edição, 1970, 690 páginas.

O eminente jusfilósofo e professor de direito constitucional da tradicional Faculdade de Direito de Recife, PINTO FERREIRA, acaba de publicar a segunda edição ampliada e atualizada do seu magnífico *Curso*

de *Direito Constitucional*. À sua opulenta bibliografia, nos campos da sociologia, do direito público e da filosofia do direito, vem acrescentar mais êste magnífico trabalho de natureza didática, de indiscutível utilidade, não só para os alunos dos cursos jurídicos de todo o país, como para todo e qualquer estudioso do direito público em geral e, especialmente, do constitucional, dada a indiscutível autoridade do autor que se sobressai como dos mais categorizados escritores do nosso meio, e cujo renome de muito já ultrapassou as fronteiras nacionais.

Seis anos se passaram desde a primeira edição dêste excelente *Curso*. Em virtude de se ter esgotado, viu-se o autor na contingência de providenciar esta segunda edição que demorou para sair, certamente em razão da circunstância da trabalhosa revisão e atualização, que esta nova edição mereceu.

Ao lado do excepcional prestígio que dá aos autores brasileiros, desde os clássicos até os escritores da atualidade, tem oportunidade de dar, em caráter didático, ao leitor, as fontes mais diversas de tôda a literatura internacional referente a cada capítulo do seu livro, correspondente aos pontos dos programas adotados pela maioria das faculdades de direito do país.

Ao lado de uma visão genérica e didática de tôda a problemática atual do direito constitucional, tem oportunidade PINTO FERREIRA, com a segurança que lhe é peculiar, de aprofundar, até as minúcias, uma série de questões, com ampla discussão de todos os aspectos suscetíveis de controvérsia.

A divisão da matéria é bastante minuciosa (122 capítulos) não deixando de lado nenhuma das questões reputadas fundamentais e essenciais ao moderno direito constitucional.

Ao lado de uma minuciosa e abundantemente documentada história do direito constitucional brasileiro — e da discussão filosófica da conceituação de constituição, suas classificações e elementos teóricos fundamentais — temos a exposição completa de cada capítulo da nossa *Constituição*, dos principais problemas que a sua exegese suscita, bem como uma análise das opiniões doutrinárias mais importantes que foram suscitadas pelo debate, exatamente, de cada questão colocada.

O opulento cabedal de cultura de PINTO FERREIRA aqui aparece auxiliado por seu extraordinário senso didático, tendo-se, só da leitura do índice geral do seu livro, idéia do acervo magnífico de informações que nele se contém.

Pode-se mesmo dizer que, entre os cursos de direito constitucional — quer nacionais, quer estrangeiros — poucos haverá que possam ser reputados mais completos, mais extensos e mais amplos, sem prejuízo do seu caráter didático.

Tratando-se de uma edição absolutamente recente, não se omite o autor em discutir — do ponto de vista jurídico — os atos institucionais

e complementares, bem como a demais legislação revolucionária e seu enquadramento nas categorias rigorosas da ciência do direito constitucional atual.

Nada menos do que dezessete capítulos são dedicados ao estudo dos direitos e garantias individuais, de forma bastante pormenorizada, agrupando o autor, aquêles constantes do nosso art. 153 da Constituição, segundo suas afinidades e características comuns.

Enfim, ao lado daquelas questões que clássicamente são tratadas pelos compêndios didáticos de direito constitucional, encontramos a discussão — tanto quanto possível aprofundada e em pormenor — de outras questões não menos importantes que, entretanto, são negligenciadas no comum dos livros do gênero.

O que mais impressiona o leitor é que — não obstante a instabilidade da legislação revolucionária, mesmo de nível constitucional, e a novidade de uma série de institutos e formas de sua apresentação no direito constitucional brasileiro vigente — êste curso não deixa de estudar, com detença e atenção, as mais novas modificações trazidas, não só pela *Carta Constitucional de 1967*, como pela *Emenda Constitucional n.º 1*.

Assim é que o nôvo regime dos partidos políticos, a representação parlamentar, as imunidades parlamentares, as novas formas de equacionar as questões das incompatibilidades parlamentares ou ainda as questões orçamentárias, ou de fiscalização da execução orçamentária, organização e competência da Justiça Federal especial e temas que tais são tratados à luz, não só do texto da *Emenda Constitucional n.º 1*, como até mesmo da produção literária, ligeira, que a seu pretexto se publicou, como ainda mesmo a jurisprudência que, eventualmente, teve estas matérias como objeto.

Por tôdas essas razões — e pelas excepcionais qualidades de seu renomado autor — recomenda-se a leitura dêste livro, inteiramente, não só, repetimos, aos estudantes de direito de todo o país, como aos estudiosos, que somos todos nós dedicados à ciência jurídica.

GERALDO ATALIBA

NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O Processo Legislativo*, edição Saraiva, São Paulo, 1969.

O ilustre catedrático de Teoria do Estado da tradicional Faculdade de Direito da Bahia — que já nos brindara com o magnífico *Da Investigação Parlamentar* (1964), e *O Poder de Reforma Constitucional* (1954) — assim que publicada a Constituição de 1967, dedica-se a um

profundo estudo de seu capítulo dos mais interessantes, que é exatamente aquêle que trata do *processo legislativo*.

Destarte, publica, pela tradicional Editôra Saraiva, um livro sob o título de *O Processo Legislativo*, como uma das subdivisões do direito adjetivo ou formal.

Como muito bem adverte o seu prefácio, êste livro não trata da organização e composição do Poder Legislativo, nem das prerrogativas de seus membros.

Pelo contrário, seu objeto é o estudo dos diversos atos legislativos e o processo de sua formação, inclusive a elaboração orçamentária.

Depois de uma sùmula da natureza do processo legislativo e dos seus vários tipos, o livro dedica especial atenção ao processo legislativo vigente no Brasil, um dos temas em que mais inovou a *Constituição de 1967*.

Muito embora anterior à emenda constitucional n.º 1 de 1969, o livro é perfeitamente atual, não só pelo alcance doutrinário das assertivas formuladas pelo ilustre professor NELSON DE SOUZA SAMPAIO, como porque a emenda constitucional n.º 1, no tocante à matéria, introduziu pouquíssimas alterações.

A compreensão do nôvo processo legislativo, à luz da nossa história constitucional, e o comentário do direito vigente e especialmente dos artigos 49 a 68 da Constituição de 1967, são o objeto precípua do referido livro de modestas proporções materiais (140 páginas), mas de grande alcance e sobretudo, excepcional atualidade.

O livro se divide em seis capítulos que tratam respectivamente do *conceito e natureza jurídica do processo legislativo* (I), *tipos de processo legislativo* (II), *atos legislativos* (III), *a elaboração legislativa* (IV), *a elaboração orçamentária* (V) e *o contrôle de constitucionalidade do processo legislativo* (VI).

Êste livro apareceu quase ao mesmo tempo que outra edição Saraiva, de igual oportunidade, como o livro de idêntico título, do prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Encontrará aí, não só o especialista mas o leitor interessado em manter-se atualizado com as capitulares questões do nosso direito público, especialmente do constitucional, um acervo sistemático de critérios rigorosamente dispostos, tendo em vista a formação de um substrato que permite rigoroso conhecimento do nosso sistema constitucional e sobretudo do processo de elaboração das normas jurídicas superiores da nossa ordenação jurídica.

O trabalho é de grande atualidade e inexcédível utilidade — não só pelos méritos do seu autor, como pela circunstância de a matéria ser quase virgem entre nós — mas sobretudo pelo seu capítulo sexto

e último, êste livro se insere na nossa bibliografia juspublicística como uma das mais decisivas contribuições que têm surgido para meditação da nossa problemática especial, quanto à matéria.

Se foi excepcionalmente feliz o legislador constituinte, ao dispor, num só capítulo, o rol das normas jurídicas superiores da nossa ordenação, bem como o processo da sua elaboração, mais feliz ainda foi NELSON DE SOUZA SAMPAIO ao comentar, de forma expositiva, sintética e sobretudo didática — sem nenhum prejuízo do rigor científico que se reconhece neste grande constitucionalista brasileiro — não só o sistema adotado, como um todo, mas cada qual de suas partes, em seu conteúdo essencial.

Êste último capítulo (o contrôle de constitucionalidade do processo legislativo) começa a abordagem de uma nova problemática, que agora vem colocada de maneira direta e explícita pela própria Constituição, ao disciplinar as fórmulas, formas, procedimentos e solenidades que deve o legislador obedecer a fim de produzir a sua obra legislativa.

Dáí se extrai a lógica consequência que a inobservância do processo constitucionalmente previsto acarreta a nulidade do produto legislativo, emanado em contraste com os requisitos e cânones constitucionais assim dispostos.

A simples afirmação, entretanto, desta verdade vai encontrar os seus fundamentos, abundante exposição e sobretudo sólida fundamentação neste derradeiro capítulo do precioso *O Processo Legislativo* de NELSON DE SOUZA SAMPAIO cuja leitura se recomenda não só aos estudiosos e especialistas da matéria, como a todos quantos, como advogados, magistrados, procuradores públicos ou meros estudiosos do direito, têm interesse em conhecer com rigor a norma jurídica no seu processo de formação, como condição mesma de sua ulterior aplicação.

A lei complementar está sujeita a regime de prazos para votação? O decreto-lei pode versar matéria de inquilinato? A lei delegada é superior ou inferior à lei ordinária? As resoluções são formalmente normas jurídicas? E substancialmente? O vício de elaboração compromete a eficácia de uma norma?

Estas e outras indagações de não menor importância são respondidas proficientemente — de forma clara e direta — por NELSON SAMPAIO, neste livro que se destina a ser um clássico do nosso direito constitucional, de leitura obrigatória a quem intente conhecer nossa Constituição e especialmente o processo constitucional de formação das leis e demais normas jurídicas superiores, no direito vigente.

FAVILA RIBEIRO, *O Ministério Público em Ação*, Fortaleza, Ceará, 1968.

A lacunosa e deficiente bibliografia brasileira de direito público vem ultimamente se enriquecendo com um acêrvo respeitável de trabalhos, das mais diversas espécies, que têm colaborado para o incremento de nossos estudos especializados no setor.

Dentre êstes trabalhos destaca-se êste volumoso e magnífico *O Ministério Público em Ação* do prof. FÁVILA RIBEIRO, catedrático de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará e Procurador Regional da República, naquele Estado.

O livro — que contém mais de seiscentas páginas — é um repertório e repositório dos pareceres e arrazoados do Procurador Regional da República no Estado do Ceará, versando as mais diferentes matérias.

Quem conheça pessoalmente FÁVILA RIBEIRO, uma das jóias do ministério público da União, e uma das cabeças mais lúcidas dedicadas ao estudo do direito público entre nós, bem pode avaliar o que significa um trabalho seu, desta categoria e dêste porte.

Quem não tem a ventura de conhecê-lo pessoalmente deve, entretanto, buscar nas páginas dêste magnífico livro não só a lição doutrinária mais autorizada e atual, como solução prática para os mais variados e diferentes problemas que a respeito, quer de questões tributárias, quer administrativas, quer constitucionais pôde sua inteligência, descortínio, dedicação e espírito de trabalho encontrar para, não só promover o interêsse da União em juízo, mas sobretudo assegurar a fiscalização do fiel cumprimento da lei pelos órgãos judiciários e pela própria administração pública.

Assuntos tais como a apreciação da lei em tese para a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade, estabilidade de servidor público, função do ministério público na vigilância da ordem constitucional, argüição de inconstitucionalidade de leis e atos assim estaduais como municipais, problemas relativos à intervenção no domínio econômico, vencimentos da magistratura, regime jurídico dos ministros do Tribunal de Contas do Estado, sociedade de economia mista, intervenção no domínio econômico, o direito à obtenção de certidões, a situação dos catedráticos vitalícios diante da reforma constitucional, emprêsas públicas e seu regime jurídico, intervencionismo estatal, bens públicos, autonomia universitária, função de fato e investidura nula, contagem de tempo de serviço, acumulação de cargos, abertura de inquérito administrativo, penalidades disciplinares, enriquecimento ilícito, lançamento tributário, questões relativas a impostos federais, questões de natureza previdenciária e outras de não menor importância e atualidade são objeto sobretudo de inúmeros pareceres que vêm compendiados neste excelente volume, e que estudam do ponto de vista jurídico — e sempre tendo

em mira o interêsse jurídico da prevalência da lei e o interêsse da defesa da União — tão variados assuntos e questões.

A sua leitura é útil para advogados e magistrados, como inclusive e principalmente, para seus colegas do Ministério Público da União, que encontrarão nas linhas precursoras, abertas pelo eminente professor e dedicado procurador, um guia com segura orientação e muitas vêzes solução pronta para os problemas que têm diuturnamente diante de si e que — se não se repetem na integridade dos seus aspectos fáticos — encontram nos princípios esposados, estudados e explorados por FÁVILA RIBEIRO, neste seu trabalho, a diretriz ou pelo menos o ponto de partida para a sua solução.

Tôda e qualquer estante jurídica fica valorizada com a presença dêsse volume; mas sobretudo a daqueles que militam perante a Justiça Federal aos quais é absolutamente indispensável o conhecimento do conteúdo dêste magnífico livro, que honra as tradições jurídicas da gente cearense.

GERALDO ATALIBA

## ÍNDICE

### IN MEMORIAM.

Professor emérito Antônio Ferreira de Almeida Junior — <b>João Baptista de Oliveira e Costa Junior</b> . . . . .	7
José Loureiro Junior — <b>Vicente Marotta Rangel</b> . . . . .	21

### DOCTRINA.

Perecimento do Estado — <b>Ataliba Nogueira</b> . . . . .	25
O fatôr econômico como propulsor da ciência Jurídica — <b>José Pinto Antunes</b> . . . . .	45
Seabra Fagundes, doutor “Honoris Causa” — <b>Ataliba Nogueira</b> ..	51
A Nação — <b>Ataliba Nogueira</b> . . . . .	77
Notas sôbre a história dos impostos em Direito Romano — <b>Alexandre Augusto de Castro Correa</b> . . . . .	97
O projeto brasileiro do código de Direito do Autor e Direitos Conexos — <b>Antônio Chaves</b> . . . . .	105
Reincidência específica e crime culposo — <b>Manoel Pedro Pimentel</b>	149
Novos rumos para a sociedade anônima — As emprêsas no contexto social — <b>Oscar Barreto Filho</b> . . . . .	161
Prerrogativas e sujeições da administração pública — <b>Cretella Junior</b> . . . . .	175
Da jurisprudência como direito positivo — <b>Rubens Limongi França</b> .	201
Os fundos de investimento — <b>Félix Ruiz Alonso</b> . . . . .	223
Alguns aspectos da política fiscal para o desenvolvimento — <b>Paulo Roberto Cabral Nogueira</b> . . . . .	273

### PARECER.

Impôsto Municipal sôbre serviços — diversões públicas — ausência de base impossível exclui a incidencia do imposto — <b>Geraldo Ataliba</b> . . . . .	295
---	-----

### CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

Quando a velha república era nova — <b>Cândido Mota Filho</b> . . . . .	337
O manifesto de 1870 e os paulistas — <b>Aureliano Leite</b> . . . . .	349
A reforma penal — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> . . . . .	367

**NOTÍCIAS CULTURAIS.**

Enciclopedia internacional de direito comparado — direito do trabalho — <b>Antônio Ferreira Cesarino Junior</b> .....	389
A arrecadação do direito de autor na Europa — <b>Antônio Chaves</b> .....	393
Professor Paulo José da Costa Junior na Sorbonne .....	429

**CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS.**

Ruy Barbosa e Campinas — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	431
A Faculdade de Direito e sua importância na história de São Paulo e do Brasil — <b>Aureliano Leite</b> .....	451
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	467

## TABLE OF CONTENTS

### IN MEMORIAM.

Emeritus professor Antônio Ferreira de Almeida Junior — <b>João Baptista de Oliveira e Costa Junior</b> .....	7
José Loureiro Junior — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	21

### DOCTRINE.

The Perishing of State — <b>Ataliba Nogueira</b> .... .. .	25
The economic factor as a helping factor to the juridical science — <b>José Pinto Antunes</b> .....	45
Seabra Fagundes, doctor «Honoris Causa» — <b>Ataliba Nogueira</b> .. .	51
The Nation — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	77
Notes on the History of taxes in Roman Law — <b>Alexandre A. de Castro Corrêa</b> .....	97
The Brazilian project to the Code of Rights of Authorship and connected Rights — <b>Antônio Chaves</b> .....	105
Specific recidivism and guilt — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	149
New trends to the corporation — The companies in the social context — <b>Oscar Barreto Filho</b> .....	161
Prerogatives and subjection of public administration — <b>Cretella Junior</b> .....	175
On jurisprudence as a positive Law — <b>Rubens Limongi França</b>	201
The investment funds — <b>Félix Ruiz Alonso</b> .....	223
Some aspects of the fiscal policy for development — <b>Paulo Roberto Cabral Nogueira</b> .....	273

### JURIDICAL OPINION.

The municipal tax on labour — public entertainment — Absence of impossible support excludes the collecting of taxes by the municipal administration — <b>Geraldo Ataliba</b> .....	295
--	-----

### CONFERENCES AND SPEECHES

When the old Republic was a new one — <b>Cândido Motta Filho</b> ..	337
The 1870 Manifesto and the «paulistas» — <b>Aureliano Leite</b> .....	349
The criminal reform — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .. . . .	367

**CULTURAL NEWS.**

The international Encyclopaedia of Compared Law — Labour Law — <b>Antônio Ferreira Cesarino Junior</b> .....	389
The collecting of taxes of authorship rights in Europa — <b>Antônio Chaves</b> .....	393
Professor Paulo José da Costa Junior in Sorbonne .....	429

**CONTRIBUTION TO THE ACADEMICAL MEMOIRS.**

Ruy Barbosa and Campinas — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	431
The Faculty of Law and its importance in the History of São Paulo and that of Brazil — <b>Aureliano Leite</b> .....	451

<b>BIBLIOGRAPHY</b> .....	467
---------------------------	-----

## INDEX

### IN MEMORIAM.

Professeur Émérite Antônio Ferreira de Almeida Junior — <b>João Baptista de Oliveira e Costa Junior</b> .....	7
José Loureiro Junior — Vicente Marotta Rangel ... .	21

### DOCTRINE.

La disparition de l'Etat — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	25
Le facteur économique comme facteur propulseur de la science juridique — <b>José Pinto Antunes</b> .....	45
Seabra Fagundes, docteur «Honoris Causa» — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	51
La Nation — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	77
Notes sur l'Histoire des impôts dans le Droit Romain — <b>Alexandre A. de Castro Correa</b> .....	97
Le projet brésilien du Code des droits d'auteur et droits connexes — <b>Antônio Chaves</b> .....	105
La récidive spécifique et crime — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	149
Nouvelles voies pour la société anonyme — Les sociétés commerciales dans le contexte social — <b>Oscar Barreto Filho</b> ....	161
Prérogatives et sujétion de l'administration publique — <b>Cretella Junior</b> .....	175
De la jurisprudence comme droit positif — <b>Rubens Limongi França</b> .....	201
Les fonds de placement — <b>Félix Ruiz Alonso</b> .....	223
Quelques aspects de la politique fiscale pour le développement — <b>Paulo Roberto Cabral Nogueira</b> .....	273

### OPINION JURIDIQUE.

L'impôt municipal sur les services rendus — Les récréations publiques — absence de fondement impossible exempte exigence de l'impôt — <b>Geraldo Ataliba</b> .....	295
--	-----

### CONFERENCES ET DISCOURS.

Quand la vieille République était neuve — <b>Cândido Mota Filho</b> .....	337
Le manifeste de 1870 et les «paulistas» — <b>Aureliano Leite</b> ....	349
La réforme pénale — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	367

**NOTICES CULTURELLES.**

L'encyclopédie internationale de droit comparé — Le droit du travail — <b>Antônio Ferreira Cesarino Junior</b> .....	389
Le recouvrement du droit d'auteur en Europe — <b>Antônio Chaves</b> .....	393
Le professeur Paulo Jesé da Costa dans la Sorbonne .....	429

**CONTRIBUTION POUR LES MEMOIRES ACADEMIQUES.**

Ruy Barbosa et Campinas — <b>Ataliba Nogueira</b> .....	431
La Faculté de Droit et son-importance dans l'histoire de São Paulo et du Brésil — <b>Aureliano Leite</b> .....	451
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	467



Composto e impresso em 1971, nas oficinas da  
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.  
Rua Conde de Sarzedas, 38, fone 33-4181, São Paulo, S.P., Brasil



## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).