

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**



N3-42

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. ANTÔNIO CHAVES

VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. ANTÔNIO CHAVES

Professores Membros:

DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA

DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA

DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA

DR. FÁBIO KONDER COMPARATO

DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA

DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO

DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)

CLÓVIS BEVILACQUA (1859-1944)

FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)

JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA

MIGUEL SEABRA FAGUNDES

PROFESSORES EMÉRITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)

JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)

REINALDO PORCHAT (1868-1957)

JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)

CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)

JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)

ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)

JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)

WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)

ALEXANDRE CORREIA

LINO DE MORAES LEME (1888-1969)

ALVINO FERREIRA LIMA (1888-1975)

VICENTE RÃO (1892-1978)

JORGE AMERICANO (1891-1969)

ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)

HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)

NICOLAU NAZO (1895-1974)

ERNESTO LEME

MÁRIO MASAGÃO

CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897-1977)

NOÉ AZEVEDO (1896-1972)

JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA

LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL

MOACYR AMARAL SANTOS

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

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

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

PROFESSORES-ADJUNTOS

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

DR. CELSO LAFER, de Filosofia do Direito
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, de Direito Processual Civil

PROFESSORES LIVRES-DOCENTES

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

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXXVI

(Janeiro-Dezembro)

1981

Comissão de Redação:

Professor Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

Redator Secretário:

Bel. em Direito e Jornalismo: Maria Angélica Rebello

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

A “REVISTA” EM NOVA FASE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em seu septuagésimo sexto volume.

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

Pode, também, ser adquirida nas Livrarias indicadas abaixo a Cr\$ 200,00 os fascículos anteriores a 1975 e Cr\$ 500,00 os posteriores, mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 10,00 os anteriores a 1975 e US\$ 20,00 os posteriores, mais porte de correio.

Endereço correto para permuta:

“*Revista da Faculdade de Direito*”

01005 — Largo de São Francisco, n.º 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição no Brasil:

Livraria e Papelaria Saraiva, S.A.

01003 — Rua José Bonifácio, n.º 203 — Tels.: 32-0046, 32-0619,
32-5104 e 33-6921

01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição internacional:

Livraria Internacional — Publicações Científicas e Técnicas

01008 — Rua Líbero Badaró, n.º 92 — 7.º and. — Tel.: 32-1225
Caixa Postal 1405

01000 — São Paulo — *Brasil*

IN MEMORIAM

In Memoriam de Anacleto de Oliveira Faria

Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Professor Titular de Introdução ao Estudo
do Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Estamos aqui reunidos para homenagear a memória de um professor desta casa. Quem fala em “memória” pensa imediatamente no passado, sentindo o fluxo dos anos como um tempo que ficou na esteira da história. Quem fala em “memória” desperta para a distância que separa os vivos dos mortos e imagina logo uma existência antiga, coroada dos sucessos normais dos que não passam apenas pela vida, mas vivem. Quem fala em “memória” percebe o pensamento estirar-se para bem longe e pretende estar diante de uma experiência acabada, que nasce num ponto qualquer e termina quando todos os caminhos já foram percorridos. No entanto, a memória que hoje reverenciamos não é a de um homem que viu completar-se diante de si o ciclo de uma existência. Pois é memória interrompida, atravessada pela morte em plena pujança da sua criatividade. Faleceu o professor Anacleto de Oliveira Faria aos 57 anos quando principiava apenas a dura tarefa de refletir sobre si mesmo, de arrancar de sua vida o sentido de sua própria existência e de propor afinal o projeto de sua posteridade.

Diziam os antigos gregos que a vida é uma eterna repetição. O movimento das estações, o ciclo interminável das colheitas, o sol que levanta e se põe, lhes diziam que a existência natural e animal não passava desta volta completa, sem começo nem meio nem fim. Mas, ao contrário disto, incrustada em um cosmo em que todas as coisas eram eternamente cíclicas, era justamente a mortalidade que se tornava a marca distintiva da existência humana. Só os homens eram mortais. E nisto consistia a sua mortalidade: mover-se ao longo de uma linha retilínea em um universo onde tudo se movia em uma ordem cíclica. Sempre que os homens perseguem seus objetivos, lavram a terra rude, forçam nas velas o vento, cortam

o mar encapelado, eles estão seccionando um movimento que é desprovido de objetivo e encerrado dentro de si. A morte é uma interrupção e, ao mesmo tempo, aquilo que possibilita um sentido à vida humana. Sem a morte somos apenas pó que ao pó retorna.

Pois é justamente porque o homem morre é que ele é também memória. A recordação o distingue da natureza física e dos animais. Na memória dos seus feitos e das suas ações, o homem mortal dá sentido a sua própria vida. Em toda filosofia verdadeiramente cristã, o homem é um "peregrino sobre a terra". Daí a importância dos eventos seculares, que devem ser guardados, por possuírem o caráter de exemplos, uma espécie de estalão no qual se mede a própria capacidade para a grandeza. Uma vida sem memória é como o ciclo das marés: não existe individualmente, não se distingue, sucumbindo no eterno vai e vem das águas.

Não faz 7 anos, Anacleto de Oliveira Faria despertava para a memória da sua própria existência. Num trabalho intitulado "Contribuição para as memórias acadêmicas", publicado na Revista da Faculdade de Direito, ele recordava. E ao fazê-lo, retirava da futilidade cíclica dos eventos de todos os dias, por exemplo, o traço humano e mortal "do famoso sino que tradicionalmente marcava — e marca ainda hoje — o início e o fim das aulas". Em 1939, tendo apenas 15 anos, lembrava-se ainda de ter sido obrigado a participar de uma grotesca procissão de "trote", todos os calouros em trajes menores, e que não se consumou pela chegada repentina do então Diretor da Escola, prof. Jorge Americano. Quantos de nós, antes e depois, não passamos igualmente por situações semelhantes! Afinal, na riqueza das suas tradições a velha Academia é um repertório de eventos simples que se repetem a cada geração, mas que a memória do homem mortal que somos perpetua e dá sentido.

Anacleto de Oliveira Faria faz parte de uma geração, a dos bacharelados de 1945, que viveu, como ele mesmo refere, citando Charles Dickens, "o melhor dos tempos e o pior dos tempos". Assim, em 1941, recordava-se ele, algum espírito bajulador tivera a infeliz idéia de propor ao Conselho Universitário a outorga a Getúlio Vargas do título de Professor Honoris Causa da Universidade de São Paulo. Na manhã de 22 de setembro a Faculdade estava, por isso, em pé de guerra, a estátua de José Bonifácio coberta de crepe negro. Neste dia, e nos subseqüentes, grupos de alunos, com estandartes vermelhos da velha Academia, percorriam as ruas adjacentes à Faculdade,

gritando “morras” ao ditador e clamando pela volta ao regime democrático. Fora decretada greve geral dos estudantes. E algum tempo depois, após um sério entreencontro com o diretor, a Faculdade foi fechada, para reabrir-se 15 dias após, prosseguindo-se as atividades normais até o fim do ano letivo. Mas, recordava-se ele, “a vitória coube aos estudantes: o desarrazoado título de Professor “honoris causa” não concedido ao ditador”.

A vida de sua geração foi, assim, marcada por um enfrentamento vigoroso, pelo desafio constante ao regime de 37, por tradição de democracia, independência e liberdade, permanecendo irredutivelmente ligada aos ideais deste velho convento franciscano, picando, constantemente com o ferrão da rebeldia, o dorso da ditadura.

Quem olha, portanto, com olhos prospectivos para os traços marcantes de sua experiência pública nascente, não se espanta de vê-lo trilhar, posteriormente, as sendas de uma vida profissional e intelectual toda ela dominada por uma reflexão vigorosa sobre o sentido da experiência democrática como uma experiência de equilíbrio, e sobre o sentido do direito como uma experiência de justiça centrada na dignidade da pessoa humana.

Numa obra de 1958 intitulada “Democracia Humana”, dizia Anacleto de Oliveira Faria que um regime democrático deve ser concebido como um triângulo que, por sua natureza mesma, possui três lados: o político, o econômico e o cultural. E como um triângulo tem de ter 3 lados ou não será um triângulo, assim também a democracia. O ângulo político da democracia traduz-se pela participação efetiva do povo na vida política, o que na prática ocorre por meio da representação popular enquanto um suporte necessário para evitar a todo transe qualquer forma de massificação desequilibradora — a tirania das massas — ou de individualismo exacerbado e excessivo — o descrédito das instituições em nome de uma pseudo-liberdade de cunho anárquico. O ângulo econômico, por sua vez, representa uma garantia material incontornável, sem a qual a democracia política é uma ilusão. Verbera, neste sentido, o capitalismo enquanto regime fundado sobre a fecundidade do dinheiro, a idéia de lucro máximo e a concorrência desenfreada. Construir, dizia ele, a participação popular à custa da miséria das massas é mistificar a democracia autêntica. Se não damos a cada homem o direito e as condições de exercício da liberdade econômica, ou seja o direito de possuir e administrar, a democracia é uma farsa. Mas tudo isto será um

triângulo de pé quebrado sem o aspecto cultural. Com uma intuição e uma percepção meticulosa, afirmava ele que mais do que qualquer regime, a democracia exige largas elites humanas em todas as classes sociais, mesmo porque, conforme Aristóteles, não deve igualar as posses, mas a educação humana, intelectual e moral dos cidadãos. Cultura, aqui, não é meio sinônimo de instrução, não significa apenas alfabetização em massa ou ensino para todos. Cultura é, antes de tudo, formação da consciência pelo exercício livre das mais dignas manifestações do ser humano enquanto recebe sua personalidade, seus direitos e seus deveres, conjugados com o respeito pelo próximo. Nestes termos, democracia é, antes de tudo, o oposto de um regime erigido sobre a propaganda cega e manipuladora e sobre a ferocidade dos tecnicismos cínicos perante a justiça.

Fundado neste tripé equilibrado e harmônico, Anacleto de Oliveira Faria verberava, então, o desencanto de uma democracia brasileira, com palavras que, escritas em 1958, parecem acompanhar tristemente a sina de nosso povo. Como conseguir a democracia, perguntava ele, se a cúpula dirigente da Nação — estruturada em grilhões políticos e econômicos — impede, por todos os meios, uma autêntica educação de massas; mantém, de forma intransigente uma legislação eleitoral falha; corrompe, de modo permanente, grande parte dos órgãos de difusão do pensamento; e seduz, pelo controle da quase totalidade desses mesmos órgãos, a massa popular, no sentido de lhe impedir um perfeito conhecimento dos problemas políticos da nação? E concluía, de uma forma profética: “enquanto não for rompido o círculo vicioso: lei falha — eleição de tubarões fantasiados de populistas — manutenção do statu quo, com a miséria cada vez maior do povo — sedução eleitoral desse mesmo povo semi-analfabeto, incapaz de vencer a pressão da propaganda — conseqüentemente reeleição dos endinheirados — enquanto não for rompido o círculo vicioso, a nossa democracia não passará de rótulo que esconde o domínio total da plutocracia viciosa e voraz”. (41-42)

Palavras fortes e veementes. Não se leia, porém, na contundência um pensador apaixonado e arrebatado. Isto porque, acima de tudo, Anacleto de Oliveira Faria foi um jurista. E como homem do direito, soube cultivar com dedicação e pertinácia, a virtude máxima da prudência. Assim, sua concepção da democracia vasada, como todas as concepções, numa retórica aberta, se concretiza na talvez única forma possível de realizá-la: no valor da pessoa, cuja dignidade e direitos são para ele da esfera das coisas naturalmente sagradas. Foi,

neste sentido, o personalismo a orientação filosófica que marcou o seu pensamento político e jurídico.

No centro de toda a sua reflexão está, assim, a pessoa, que é mais que um indivíduo, pois governando-se pela inteligência e pela vontade, não existe de modo físico, mas sobre-existe espiritualmente, constituindo, por si, um microcosmo. Em sua tese de doutoramento sobre "As alterações do contrato de locação de imóveis residenciais urbanos no direito brasileiro", apresentada em 1963 à cadeira de Instituição de Direito Privado da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo, o cerne de suas preocupações, para além das sistematizações dogmáticas que o tema exigia, era justamente o papel vivificador do personalismo no seio da ciência jurídica.

Ao contrário do jurista formalista, muitas vezes cego para as expressões humanas e sociais do direito, Anacleto de Oliveira Faria principiou sua dissertação com uma vigorosa reflexão sobre a crise do mundo moderno e o papel, dentro dela, da crise do direito. Mostrava, com isso, o pensador preocupado com as ilusões da ordem e da harmonia que o simples estudo formal do direito costuma oferecer. Afinal, num mundo acosado por duas guerras totais em menos de 50 anos, que se transforma agilmente pondo por terra situações que pareciam estratificadas e que as substitui vãmente por uma crença balofa num vazio desenvolvimento científico e tecnológico, nenhum trabalho sobre o direito poderia, a seu ver, deixar de lado uma indagação sobre o *sentido* das estruturas da ordem jurídica.

E foi assim que, disposto a enfrentar o problema, sustentou em sua dissertação a necessidade de se enfatizar com rigor de pensamento e coragem de ação que o direito deve estar a serviço da pessoa, não de um indivíduo detentor de bens e de poder, mas de um ser independente e livre que é um todo numa sociedade de todos. Pois, se o direito em crise num mundo em crise é um direito amarrado ao individualismo formal e abstrato dos códigos, o seu antídoto só pode ser um direito rehumanizado. Assim, contra o direito do domínio individualista, que atrela a propriedade ao uso despreocupado do interesse público e de terceiros, mas confia também o direito do pseudo-antidomínio socialista, que atrela a liberação do homem à eliminação da propriedade, o personalismo jurídico, a seu ver, vai fundar todos os direitos nesta forma suprema e radical de domínio que é o domínio de si mesmo, em uma palavra, no ser-livre. E como o ser-livre é a própria essência da natureza humana, segue-se que só na liberdade a proprie-

dade tem sentido, só na generalização da propriedade a liberdade tem um fim. E aqui está o seu instrumento concretizador da democracia de que falávamos há pouco. Pois, como disse então Anacleto de Oliveira Faria, “não se pode falar em autêntica democracia, num regime de homens livres se, ao aspecto político do mesmo, não corresponder o aspecto econômico: a democracia política deverá ser completada pela democracia econômica que se caracterizaria, principalmente, pela distribuição mais equânime dos bens do universo” Equanimidade esta que deve estar adstrita a um critério de prudência e razoabilidade, pois, dizia ele citando Rénard, “a propriedade humana não implica senão na quantidade de riquezas necessárias às exigências da vida e para as quais essas riquezas foram criadas”.

Eis porque, ponderava ele em sua dissertação, concluindo agora sobre as repercussões do personalismo sobre o direito em crise num mundo em crise, o direito do milionário ao seu segundo milhão não é absolutamente da mesma espécie que o do operário a alguma participação nos lucros, na gerência ou propriedade da indústria em que trabalha; eis porque também o direito de um homem possuir um iate não é um direito tão primário como o do salário mínimo; eis porque o direito do cidadão a uma casa decente para habitar não é igual ao direito do capitalista que detém dezenas de casas para viver de suas rendas.

Palavras de rigor e de coragem, escritas há 18 anos, mas que sobrevivem ao seu autor e lhe conferem o projeto da sua própria posteridade. O projeto de uma vida que, em sendo crítico perante a sociedade em que viveu, soube exercitar a sua crítica *dentro* dela, buscando a sua transformação com os instrumentos que ela própria fornecia. Por isso uma crítica menos utópica do que a daqueles que, a pretexto de transformar só querem eliminar, cerrando, muitas vezes, o próprio galho em que estão sentados. Quem conheceu, portanto, Anacleto de Oliveira Faria, sabe que sua reflexão jurídica, política e filosófica não poderia ter tido outro tema senão o direito civil cuja perenidade ele procurou arrancar das elocubrações pessimistas dos que apontam na sua publicização o sinal da sua decadência, objeto de sua tese de livre docência de 1965. Como não poderia ter tido outro tema que o princípio da igualdade jurídica que ele analisou em seu concurso para a cátedra de Instituições de Direito, com o fito de identificar as distorções que o transformam, tantas vezes, em impostura. Em ambos os temas, o mesmo espírito veemente, sem deixar de ser razoável; o mesmo crítico agudo sem pretender ser demolidor; o mesmo

pensador rigoroso, sem deixar de ter uma abertura para a experiência viva; o mesmo jurista adstrito à scientia juris, sem ignorar a dignidade maior da prudentia juris; o mesmo homem inquieto e desafiador, sem deixar de ser um homem centrado e tranquilizado nas suas próprias convicções.

Este homem não está mais hoje entre nós. Atravessou sua existência que foi, provavelmente, como ele mesmo afirmou de sua vida estudantil “o melhor dos tempos e o pior dos tempos”. Iniciou sua experiência acadêmica num período de desencanto e desolação. Exerceu sua profissão e seu magistério pregando uma política de harmonia e de justiça. No quadro de formatura de sua turma de 1945 estão inscritos os seguintes versos d’A Divina Comédia: per quel cammino acoso, entramo a ritornar nel chiaro mondo . . . e quindi uscimo a riveder le stelle”. Em verdade, tais versos aplicam-se de modo rigoroso não só à sua sofrida geração universitária. Revelam-se, neste momento, o sinal profético da vida de um homem que, na medida de suas forças, concorreu sempre para que se pudesse sair das trevas e para o qual a morte súbita, antes da existência, coroada, o fez voltar a “riveder le stelle”.

Carta de Agradecimento da Família De Oliveira Faria

Agradecendo a homenagem prestada pela Congregação ao Professor Dr. Anacleto de Oliveira Faria, nosso professor-assistente do Departamento de Filosofia do Direito Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria, filho do homenageado, remeteu ao Sr. Diretor uma carta de agradecimento que se transcreve a seguir:

São Paulo, 13 de maio de 1981

Exmo. Sr. Professor Doutor Antonio Chaves

DD. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Senhor professor,

A família de Anacleto de Oliveira Faria incumbiu-me, na qualidade de filho mais velho e de professor-assistente desta instituição universitária, de transmitir a V. Exa. e a todo o corpo docente os agradecimentos pela honrosa homenagem prestada nesta data.

Evidentemente, esta é uma responsabilidade ingrata. Pois, em sua essência, esta solenidade nada mais é do que a cristalização de uma ausência. Estamos reunidos, porque estamos sós. A solidão, disse Octavio Paz, “consiste num aspirar a realizar-se em outro”. Se as palavras deste poeta mexicano

tiverem para nós algum significado, esta nossa tentativa de “realização” na memória de Anacleto de Oliveira Faria não deve ser interpretada como reverência a um morto, mas com a lembrança viva de quem sempre perseverou na realização com o próximo.

Essa busca incessante de comunhão foi, em vida, sua palavra de ordem enquanto chefe de família, jornalista, advogado e, principalmente, professor universitário. Uma palavra de ordem que o levou, sem hesitação e às vezes com uma carinhosa aspereza, a conciliar, a seu modo, pensamento e praxis em todos os minutos de sua vida. Tinha consciência — disse-o a mim quando fui indicado para as atividades docentes no Departamento do qual mais tarde ele viria a ser chefe — de que as ações, a vida e o trabalho somente teriam sentido desde que voltados a uma explícita defesa do homem.

Animavam-no, nas recomendações a um filho recém-formado que julgava anti-ortodoxo para uma carreira no mundo jurídico, as palavras do padre Vieira no clássico Sermão da Sexagésima (do qual sempre se valeu para formalizar seus pedidos de pai): “uma coisa é o sementeiro, e outra o que semeia; uma coisa é o pregador, e outra o que prega. O sementeiro é nome; o que semeia e o que prega é ação; e as ações são as que dão o ser ao pregador”.

Anacleto de Oliveira Faria semeou e pregou desde o momento em que se formou, nesta escola, em 1945, até o dia de sua morte. Foi, antes e acima de tudo, um professor universitário. No desempenho de seu papel, estava ciente da lacuna entre a geração de seus velhos mestres — ele que a conhecera por intermédio de Sebastião Soares de Faria — e as aspirações libertárias das novas gerações — ele que também as conhecera em casa, por meio de seus cinco filhos, dois dos quais deixou nesta Academia.

Nunca aceitou valores esclerosados. Mas também jamais se impressionou com a anti-ortodoxia. Homem que a 2.^a Guerra tirou dos bancos acadêmicos para levá-lo a uma tropa que viveu a angústia de uma batalha que nunca combateu, universitário que também encontrou na luta contra o Estado Novo seu moínho de vento e católico que viveu todas as contradições de uma ambígua democracia cristã, converteu frustração por frustração na matéria-prima da compreensão da crise de seu tempo — temática, aliás, sempre presente em suas palavras e em seus textos, onde a preocupação com o individualismo e personalismo jurídicos revelam seu temor com o risco de desaparecimento da identidade individual no mundo contemporâneo.

Foi com essa argamassa que construiu sua carreira e ameaçou a respeitabilidade dos filhos — independentemente das divergências ideológicas inevitáveis. À inquietude destes, respondia que passado e tradição não eram a mesma coisa, convencido de que não se podia perder a dimensão de profundidade na existência e na experiência humanas, sob pena da própria perversão do homem livre. Explicando que a educação não poderia perder o sentido do passado, indagou-me certa vez: como ser iconoclasta num mundo muito mais antigo do que os seus 20 anos?

Em suma: sementeiro e pregador, enquanto professor preocupado em unir pensamento e ação na formação das novas gerações, ao morrer, Anacleto de Oliveira Faria era um homem tranqüilo. Estava consciente e convicto, de um lado, do seu papel presente de mediador entre o velho e o novo; e, de outro, do refluxo da liberdade num contexto autocrático. Por isso mesmo, via seu trabalho universitário sob uma lógica peculiar, abrindo um terreno no qual não caminharia: a renovação docente do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito sem risco de solução de continuidade entre o trabalho deixado por dois amigos, os professores Goffredo e Reale, e o futuro.

E, preocupado com essa tarefa, numa de suas anotações no verso de uma das atas da congregação, no ano passado, anotou — mais uma vez — as palavras do padre Vieira: “palavras sem obras, são tiro sem bala: atroam, mas não ferem”.

Portanto, esta homenagem, à qual toda a família agradece, tem para ela o significado cristalino e formal de que nosso pai realizou o que se propôs — de que viveu para a universidade, de que exerceu uma vida activa, enfim, de que pensou e agiu, construindo um nome que não é apenas motivo de nosso orgulho pessoal, mas fonte de energia — em especial para os dois filhos que deixou nesta Faculdade.

Apresentando a V. Exa. os protestos de elevada estima e distinta consideração, pedindo que nossos agradecimentos sejam extensivos a todo o corpo docente,

Atenciosamente,

José Eduardo Campos de Oliveira Faria
Professor-assistente

Repressão Penal às Violações do Direito de Autor. As Inovações Introduzidas pela Lei N. 6.895, de 17.12.1980, Aumentaram as Atribuições dos Delegados de Polícia*

Antônio Chaves

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

SUMÁRIO: 1. O direito de autor é um direito natural do homem. Fundamento jurídico de sua proteção civil e penal. 2. No rol das violações ao direito de autor, o papel desempenhado pela contrafação. 3. Atribuições dos Delegados de Polícia em matéria de propriedade imaterial. A aprovação prévia dos programas dos espetáculos públicos remunerados. 4. Colaboração das autoridades policiais com o Ministério do Trabalho. 5. O novo texto legislativo é de tamanha importância. 6. Ação penal. A dispensa da formalidade da queixa. 7. Busca e apreensão. Conceito. Vantagens. 8. Aplicabilidade tanto no âmbito civil como no criminal. 9. Tanto no direito de autor como na propriedade industrial. 10. Conseqüências práticas da simplificação. 11. O direito de autor não dispensa a preciosa colaboração das autoridades policiais.

1. O direito de autor é um direito natural do homem. Fundamento jurídico de sua proteção civil e penal

Reconhece a legislação positiva de todos os países civilizados ao autor o direito exclusivo de reproduzir ou de autorizar a reprodução de suas obras, sempre que haja intuito de obtenção direta ou indireta de lucro.

É uma prerrogativa de tão alta significação que está consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na III sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas.

* Estudo elaborado em virtude de determinação do Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral, Dr. JOSÉ CARLOS COSTA NETTO.

“Art. 27. 1. Toda pessoa tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de participar do programa científico e dos benefícios que dele advenham.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam por motivo das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora.”

Entre nós, está tradicionalmente insculpida em todas as constituições federais, art. 153 da vigente:

“§ 24. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

§ 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-la. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”

De nada, no entanto, valeria proclamar, com tanta solenidade, um compromisso sem traçar as punições correspondentes à sua eventual violação.

Por isso, cominam os arts. 669 a 673 do Código Civil e legislação complementar, normas tendentes a reprimir as mais importantes modalidades de violação dos direitos autorais, merecendo referência específica o art. 672, que recebeu na Lei n. 5988, de 14.12.1973 a seguinte redação:

“Art. 123. O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.”

E reiterando, embora com menor amplitude, o que já constava do art. 670 daquele Estatuto, consigna ainda a Lei n. 5988:

“Art. 124. Quem vender, ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes; e se a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, responderão como contrafatores o importador e o distribuidor.”

Revela a experiência que cominações de natureza civil não são suficientes: incluem, por isso, os Códigos Penais na lista das violações, os crimes contra a propriedade intelectual, entre nós reprimidos pelos arts. 184 e 185, nas figuras genérica de violação de direito autoral, e específica de usurpação de nome ou pseudônimo alheio.

Todavia, as penas aí previstas, respectivamente de detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 1,00 a Cr\$ 5,00, e detenção de seis meses a dois anos, e multa de Cr\$ 2,00 a Cr\$ 10,00, mesmo reajustadas na proporção de 1:2000 pelo art. 4.º da Lei n. 6.416, de 24.05.1977, não foram suficientes para intimidar, notando-se, de ano para ano, um extraordinário incremento nessas violações, com clamores cada vez mais generalizados, não só entre nós, como no mundo inteiro.

Procurando adaptar a legislação que se tornara obsoleta aos tempos novos, foi promulgada a Lei n. 6895, de 17.12.1980, que embora sem alterar os valores das penas pecuniárias, agilizou extraordinariamente a ação penal dispensando em inúmeros casos a formalidade da apresentação da queixa, como adiante se verá, e deu ao primeiro dispositivo a seguinte redação:

“Art. 184. Violar direito autoral:

Penas — detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1.º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

Penas — reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.”

No ofício pelo qual encaminhou o Projeto de Lei ao Presidente da República o respectivo Projeto de Lei, encarceou o Ministro da Justiça IBRAHIM ABI-ACKEL que a iniciativa atendia às normas adotadas pela Convenção Internacional sobre a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não autorizada dos mesmos, concluída em Genebra, a 29.10.1971, e promulgada no Brasil, pelo Decreto n. 76.906, de 24.12.1975.

El frisou que a inclusão de dois parágrafos ao artigo 184, objetivara

“tipificar o delito de reprodução, com apenação mais grave, cuja necessidade revelou-se imperiosa, em decorrência das infrações cometidas frontalmente, oriundas de práticas ostensivas, que se tornaram viciosas, consubstanciadas na fixação por qualquer meio, e utilização de obra intelectual, com fins comerciais, não consentida pelo titular do direito, exigindo o interesse público na repressão do crime.”

2. No rol das violações ao direito de autor, o papel desempenhado pela contrafação

A Consolidação das Leis Penais de VICENTE PIRAGIBE continha uma enumeração extensa das diversas figuras que constituem violação dos direitos autorais. O empenho de síntese levou a substituí-la, no texto do art. 184 do Código Penal, pela expressão genérica “violação de direito autoral”, compreendendo uma variedade tão ampla de casos, que raros são os autores que se lançam à tentativa de apresentar uma relação completa.

Entre eles, ROMEO GROMPONE, — Presidente da Comissão Jurídica do Conselho Panamericano da Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC) e Vice-Presidente do Instituto Interamericano do Direito de Autor (IIDA) —, realçando embora a dificuldade da empreitada, teve oportunidade, no Seminário Interamericano de Direitos de Autor, que se reuniu no Panamá em julho de 1980, de apontar os seguintes:

Edição, publicação, venda, execução, representação, por qualquer meio ou instrumento, de uma obra inédita ou publicada, sem autorização prévia do autor, sucessor ou cessionário, ou sociedade autoral que o represente.

Reprodução ou venda de exemplares em maior número do que o autorizado pelo autor, sucessores ou cessionários, ou pela sociedade autoral que o represente.

Adaptação, tradução, paródia, alteração, mutilação ou modificação de uma obra sem o consentimento de autor, seu sucessor ou cessionário, ou sociedade autoral que o represente.

Plágio.

Omissão de mencionar o nome do autor em edições, publicações, execuções ou representações ou a atribuição da autoria a outra pessoa.

Apropriação da letra para uma composição musical ou da música para uma composição escrita, ou de qualquer obra ou fragmento da mesma para sua utilização num filme cinematográfico ou fonograma em geral, ou sua inclusão total ou parcial em outras obras de qualquer índole.

Atribuição indevida da qualidade de autor, sucessor ou cessionário, ou representante deste, com a finalidade de suspender uma representação, irradiação ou execuções públicas ou espetáculos.

. A anotação indevida, a omissão ou acréscimos de obras ou autores nas planilhas de execução ou representação ou irradiação radiofônica, que devam confeccionar os usuários.

. A reiteração dos ilícitos civis contra o direito de autor.

Com ressalva da paródia, que apenas excepcionalmente, e não como tal, constituirá violação de direito de autor, aditaremos que o Projeto BARBOSA-CHAVES, que serviu amplamente de inspiração à Lei n. 5.988 (não seguido nessa parte), também fez um rol de 16 violações, separando ainda os crimes sujeitos à detenção (art. 161) dos apenados com reclusão (art. 162) :

“Art. 160 — Das violações. Constituem violações ao direito de autor e conexos, da presente lei e das exigências explícita ou implicitamente nela contempladas:

I — Utilizar ou permitir a utilização de qualquer obra protegida, com ou sem intuito de lucro direto ou indireto, sem autorização do titular do direito ou, quando exigida, do CONDAC;

II — Praticar ato contrário ao direito moral do autor, do artista intérprete ou executante;

III — Deixar ou negar-se, àquele a quem incumbe a obrigação, de efetuar ao autor, artista intérprete ou executante, a remuneração ou retribuição devida, na forma e no prazo previsto na presente lei;

IV — Obter ou receber o participante do produto de arrecadações conjuntas, na utilização do direito de interpretação, execução ou representação, quantia ou valor superior aos percentuais fixados em lei e regulamento;

V — Deixar de indicar ou omitir, quando obrigatórios, a fonte de origem, dados, indicações ou finalidades da utilização;

VI — Omitir nos exemplares reproduzidos a numeração ou permitir que seja mesmo repetida, ou lacunosa, ou excedente da contagem contratada;

VII — Utilizar obras sujeitas à prévia licença do CONDAC, sem a necessária autorização expressa;

VIII — Deixar de cumprir as determinações do CONDAC ou as obrigações legais para com aquele órgão, ou obstar, por qualquer modo, o exercício das suas finalidades;

IX — Reter, sem prestar contas, na qualidade de representante, quaisquer proventos de utilização dos direitos de autor ou conexos, ou deixar de depositá-los em estabelecimento de crédito, no prazo fixado em lei;

X — Deixar ou negar-se a cumprir, quem o deva, as obrigações previstas nesta lei ou obstar ou impedir sejam exercidos os direitos ou faculdades nela assegurados;

XI — Dar causa à resolução ou rescisão do contrato, prejudicando a parte contrária;

XII — Associar-se ou vincular-se a mais de uma sociedade de defesa de direito de autor ou conexos, a não ser em decorrência da diversidade do gênero das obras ou da atividade exercida;

XIII — Deixar ou dificultar os membros dos órgãos diretores e fiscais, funcionários das Sociedades de Defesa dos Direitos de Autor e Conexos ou qualquer servidor público de cumprir as obrigações previstas nesta lei, nas normas estabelecidas pelo CONDAC e disposições complementares;

XIV — Apresentar ou permitir que seja apresentada em público obra sem aprovação do programa prévio ou dele não fazer constar ou não exigir que constem os requisitos estabelecidos pela lei e regulamento;

XV — Exercer atividade de compositor, artista intérprete ou executante, em prejuízo dos profissionais, na forma do que dispõe o art. 184, parágrafo único;

XVI — Deixar de recolher a contribuição especificada em lei, destinada a órgãos profissionais, na forma do art. 192, §§ 1.º e 2.º.”

A qual dessas figuras poderá no entanto conduzir-se a hipótese mais comum, mais corrente, que reúne o maior número de transgressões e das mais graves, que possam caber dentro desse figurino traçado pelo novo § 1.º do art. 184 do Código Penal, quando fala em “reprodução. para fins de comércio, sem autorização expressa” e em “reprodução de fonograma e videofonograma,” etc.?

Numa que apenas implicitamente está inscrita nessas enumerações: a contrafação, que, como a palavra indica, é falsificação, imitação fraudulenta, reprodução não autorizada, que constitui ofensa das mais flagrantes do direito de autor, verdadeiro crime de apropriação indébita, violação da propriedade industrial, enriquecimento sem causa e concorrência desleal, flagrantes e indisfarçáveis.

“Recorrendo a manipulações enganadoras” — encarece SIMON, reproduzido nas primeiras páginas do *Tratado de CHARLES CHENEVARD* — “o concorrente desonesto não peca somente contra o co-con-

tratante, ao qual ele vende a sua mercadoria, mas também contra todos os concorrentes lesados pelo seu dolo; ele lança, diz KOHLER, um peso falso na balança das relações de negócios, e obtém assim uma vantagem ilícita sobre aqueles que não tomam como contrapeso senão prestações de um valor real. A perda material ocasionada ao indivíduo por um ato que engana o público em seu conjunto, desaparece em segundo plano na presença do perigo constante que correm a honestidade e a confiança, e que ameaça desmoralizar as relações de negócios e reduzi-las finalmente à impotência.”

Para certificar a existência de uma contrafação é suficiente verificar se entre as duas obras existe uma identidade de representação que possa ser reconhecida, isto é, se as duas obras constituam duas representações diferentes e originais, ou se, ao invés, seja uma representação substancialmente única.

É claro que nem toda reprodução constitui necessariamente uma contrafação.

Para que isso ocorra é necessário, ensina J. LABAURIE, *L'Usurpation en Matière Littéraire et Artistique*, Paris, Boccard, 1919, pág. 48, a concorrência de três elementos, a respeito dos quais discorre extensamente:

- 1.º) que tenha sido feita sem autorização;
- 2.º) que a obra reproduzida não tenha ainda caído no domínio da livre reprodução;
- 3.º) que constitua uma edição, conceito esse que o desenvolvimento da tecnologia fez desprender-se da relação com a edição de livros, para abranger, hoje em dia, toda e qualquer multiplicação de exemplares.

Com a mesma clareza lapidar fixa esse mesmo autor as três condições pelas quais revela a reprodução seu caráter ilícito:

- a) uma obra ainda protegida;
- b) a falta de autorização;
- c) a publicação (págs. 106 e segs.), no caso da nossa lei, a reprodução para fins de comércio.

É o princípio firmado pelo Código Civil:

“Art. 669. Quem publicar obra inédita, ou reproduzir obra em via de publicação ou já publicada, pertencente a outrem, sem outorga ou aquiescência deste, além de perder, em benefício do autor, ou

proprietário, os exemplares da reprodução fraudulenta, que se apreenderem, pagar-lhe-á o valor de toda a edição, menos esses exemplares, ao preço por que estiverem à venda os genuínos ou em que forem avaliados.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares fraudulentamente impressos e distribuídos, pagar-á o transgressor o valor de mil exemplares, além dos apreendidos."

3. Atribuições dos Delegados de Polícia em matéria de propriedade imaterial. A aprovação prévia dos programas dos espetáculos públicos remunerados

A legislação pátria tem sempre procurado resguardar os direitos dos autores e artistas, intérpretes e executantes por meio de duas providências fundamentais no que diz respeito aos espetáculos públicos: a exigência da *aprovação prévia dos programas* a serem executados, e a *prova* de que tais programas são acompanhados, de cada vez, da *autorização do titular do direito*.

Quanto à primeira, dispunha o Decreto n. 4.790, de 02-01-1924: "Art. 2.º — Nenhuma composição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, poderá ser executada ou representada em teatros ou espetáculos públicos, para os quais se pague entrada, sem autorização, para cada vez, de seu autor, representante ou pessoa legitimamente sub-rogada nos direitos daquele".

O Decreto n. 5.492, de 16-07-1928 determinou, em seu art. 26, repetido no art. 47 do Decreto 18.527 de 1928, que essa e as disposições seguintes se applicassem a todas as composições musicais e peças de teatro, executadas, representadas ou transmitidas pela radiotelefonía, com intuito de lucro, em reuniões públicas.

O parágrafo único de cada um desses dispositivos considerou realizadas com intuito de lucro quaisquer audições musicais, representações artísticas ou difusões radiotelefônicas em que os músicos, executantes ou transmitentes, tenham retribuição pelo trabalho, e o art. 27 responsabilizou os proprietários ou empresários de quaisquer estabelecimentos de diversões, salões de concertos ou festivais, pelos direitos autorais das produções aí realizadas.

O Decreto n. 18.527 em seu art. 42, exige, para autorização da representação da obra teatral, aos efeitos da fiscalização dos direitos autorais, a apresentação, para registro, à

Censura das Casas de Diversões, no Distrito Federal, e da repartição competente nos Estados, do contrato celebrado com o autor.

De conformidade com o art. 43, essas mesmas repartições deverão aprovar previamente o programa de qualquer espetáculo em que se representem peças teatrais de qualquer espécie, ou executem número de canto, bem como — art. 46 — de representações, exibições ou irradiações que se realizem em teatros, cinematógrafos, “dancings”, “cabarets”, sociedades radiotelefônicas ou outros quaisquer estabelecimentos de diversões públicas.

O Decreto-lei n. 20.493, de 24-01-1946, que aprovou o regulamento do serviço de censura de diversões públicas do Departamento Federal de Segurança Pública, consolidou essas disposições.

A Lei n. 2415, de 09-02-1955 subordinou no art. 1.º a outorga, no território nacional, de licença para a realização de representações, execuções públicas e teletransmissões pelo rádio ou televisão, de que tratam os arts. 42 e 43, § 1.º do Decreto n. 18.527, de 10-12-1928 e 88 do Decreto n. 20493, de 24-01-1946 exclusivamente ao próprio autor ou a sociedade legalmente constituída para defesa de direitos autorais, à qual o autor é filiado e que o tenha registrado na forma do art. 105, § 1.º, do Decreto n. 20.493, de 24-01-1946.

Alterando e revogando dispositivos do regulamento aprovado pelo Decreto n. 18527, de 10-12-1928, o Decreto n. 1023, de 17-05-1962, “para melhor execução de dispositivos constantes dos Decretos ns. 4790 de 02-01-1924 e 5492 de 16-07-1928, especialmente na parte relativa à proteção e fiscalização dos direitos de autor”, estendeu aos Estados e Territórios o que já dispunha a legislação em vigor no Distrito Federal pelo Decreto n. 20.493, de 24-01-1946 que aprovou o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública:

“Art. 1.º. Qualquer espetáculo público (representações, execuções, irradiações, funções esportivas e beneficentes, etc.), realizado em teatro, cinema, estações de rádio e televisão, circo, parque, cassino, clube, associações recreativas ou esportivas, salões de dependências adequadas, *depende de aprovação do respectivo programa*, pelo Serviço de Censura de Diversões Públicas (S.C.D.P. — hoje Divisão C.D.P.) no Distrito Federal e pela Autoridade policial nos Estados e Territórios, seja o espetáculo ou função promovido por pessoa física ou jurídica, ou por entidade de organização comercial ou de organização civil.”

Coloca o art. 2.º (art. 80 do referido Decreto 20493) na expressa dependência dessa condição prévia, “indispensável sob qualquer alegação”:

I. As representações de peças teatrais e qualquer espécie, integralmente ou em parte;

II. As representações ou execuções de variedades de qualquer espécie ou gênero, inclusive as que constem de aparelhos mecânicos;

III. As execuções de números de cantos, música, bailados, peças declamatórias e pantominas;

IV A projeção de filmes cinematográficos;

V. As audições de discos e aparelhos sonoros em estabelecimentos de diversões públicas ou em quaisquer outros destinados à frequência coletiva;

VI. As funções e divertimentos quaisquer, realizados em hotéis, restaurantes, dancings, cabarés, cafés-concertos, assim como audições musicais verificadas em estabelecimentos de qualquer gênero, destinadas à frequência coletiva, com ou sem entrada remunerada;

VII. As funções realizadas em auditórios das estações emissoras radiofônicas e de televisão, seja em suas sedes, ou em qualquer outro local em que se realizem tais funções, com ou sem remuneração, de qualquer maneira, por parte dos assistentes;

VIII. Os espetáculos públicos de qualquer natureza, pagos ou gratuitos, que, embora não estejam discriminados nos números anteriores, constituem divertimento público.

Não existe o menor fundamento para as incertezas suscitadas sobre a aplicabilidade do referido Decreto n. 1023, uma vez que não está revogado nem expressa nem implicitamente.

Foi, ao contrário, ratificado pela Lei n. 4944, de 06-04-1966, que “Dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão e dá outras providências”.

Com efeito o art. 11 e seu parágrafo determinaram a regulamentação da lei pelo Executivo, com inclusão das “disposições dos Decretos ns. 4.790, de 22-01-1924, 5492, de 16-07-1928 e 1023, de 17-05-1962, a ela aplicáveis” o que ocorreu pelo Decreto n. 61.123, de 01-08-1967, que incorporou quase todas as disposições do Decreto n. 1023.

Mais do que confirmado, está pois este transfundido no novo texto.

Acresce que, se dúvida pudesse persistir, ela foi dirimida por ven. acórdão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal de 20-06-1972, no rec. extr. n. 74.170, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Piauí, que negara vigência ao Decreto 1023.

Reconhecendo embora que nem sempre as repartições de polícia contam com pessoal suficiente para exercer suas amplas e múltiplas funções, teve oportunidade o Conselheiro CLÁUDIO DE SOUZA AMARAL, em ofício dirigido em data de 27-06-1972 ao sr. Secretário de Segurança Pública do Estado de Goiás, de demonstrar extensamente que por importantíssimas razões de ordem pública, além de conceder a licença para a realização do espetáculo, deve ainda a autoridade policial comparecer ao mesmo com o fim de fiscalizar, verificar e providenciar:

a) se o programa aprovado é o que está sendo executado;

b) no caso de alteração do programa, se o responsável representa ou executa obra que atente contra a moral, os bons costumes e a Segurança Nacional, *impedindo no ato* o prosseguimento e instaurando a ação criminal cabível;

c) mesmo não ocorrendo a hipótese acima, mas havendo simples alteração do programa, punir o infrator com as *medidas administrativas* determinadas em lei (Decreto Federal n. 1.023, de 17-05-1962), formando o respectivo processo também administrativo."

Conclui-se que, quem pretenda realizar execução musical dependente de licença autoral *é obrigado a apresentar à autoridade competente a relação das obras a serem executadas acompanhada da licença dos respectivos titulares* do direito de execução.

Ao princípio da aprovação dos programas, apenas três exceções abre o Decreto n. 1.023, para:

a) as funções de caráter cívico ou educacional, promovidas por entidades oficiais sem nenhum intuito de lucro, sendo apenas necessário que seja feita, antecipadamente, comunicação da realização das mesmas ao S.C.D.P. ou a autoridade policial (art. 11);

b) a matéria puramente noticiosa (notas, crônicas, comentários, críticas, etc.).

c) a matéria comercial (anúncios) dos programas radiofônicos, respondendo cada um pelos abusos que cometer, na forma do art. 1.º do Decreto-lei n. 8.556, de 12-12-1945 (art. 14).

Nem mesmo os espetáculos públicos *gratuitos*, seja qual for sua natureza, inclusive aqueles em que não haja remuneração para os que nele tomam parte, ficam isentos da apresentação de programas, que devem ser acompanhados pela relação completa dos que participarem graciosamente, com as firmas reconhecidas (art. 12 e seu parágrafo).

Complementa o art. 13 que, quando figurarem em programas de qualquer espetáculo, artistas que estejam contratados por empresas de diversões públicas, que não sejam as promotoras desses espetáculos, deve ser exigida a prova, por meio de autorização escrita, de que tais artistas podem tomar parte de dito espetáculo.

A segunda das aludidas providências administrativas fundamentais consiste na complementação da aprovação dos programas com a *prova da autorização do titular do direito*, proibindo o art. 10 do Decreto n. 1.023, de 1962 (como fazia o Decreto n. 20.493, de 1946, art. 88), a aprovação de programa de quaisquer audições musicais, representações artísticas ou difusões radiotelefônicas, em casas de diversões ou lugares de reuniões públicas ou coletivas, para os quais se pague entrada, por meio de convites, ou quando constitua atração com intuito de lucro, direta ou indiretamente, sem que os mesmos programas preencham as formalidades legais e venham acompanhadas, cada vez, da autorização do autor ou de pessoa sub-rogada nos direitos deste.

Adita o parágrafo único não dispensar a apresentação de certificados de censura cinematográfica e da prova de autorização do autor ou pessoa sub-rogada.

4. Colaboração das autoridades policiais com o Ministério do Trabalho

Determina o art. 93, n. VI do Decreto n. 20.493, de 24-01-1946 apóie o S.C.D.P. as autoridades do Ministério do Trabalho, no que diz respeito às relações trabalhistas entre artistas, auxiliares e demais elementos participantes de espetáculos de diversões públicas com as empresas que operam no ramo. Objetivando o necessário entrosamento e cooperação dos órgãos descentralizados da censura com os Delegados Regionais

do Trabalho, resolveu o Departamento de Polícia Federal, através de Portaria n. 33, de 16-04-1969, do Serviço de Censura de Diversões Públicas:

“I. Não serão liberados programas e espetáculos de teatro, variedades, circos, buates, produções cinematográficas, radiotelevisão, canto, números musicais, gravações fonográficas e de “video-tape”, declamação e congêneres sem que haja contrato de trabalho entre a empresa ou o empresário responsável pela função e os artistas e demais elementos desta participantes.

II. O SCDP e as Turmas de Censura das Delegacias, Subdelegacias e Postos do DPF exigirão dos interessados que façam constar dos requerimentos de censura e de aprovação de programação a relação nominal dos artistas, auxiliares e demais participantes de espetáculos de diversões públicas bem como esclarecimentos relativos aos respectivos contratos de trabalho.

Parágrafo único — Sempre que julgar necessário a autoridade censória exigirá a apresentação do contrato de trabalho do pessoal artístico e técnico participantes de espetáculos de diversões pública.

III. Os órgãos descentralizados da censura farão na ficha de registro referida no item I, art. 94, do Decreto n. 20.493, de 24-1-1946, as anotações necessárias a fim de atualizarem-se e manter o controle da situação empregatória de artistas e técnicos que trabalhem em casas de diversões nas áreas territoriais respectivas.”

5. O novo texto legislativo é de tamanha importância

A nova redação dada ao parágrafo único do art. 186 do Código Penal, dispensando a queixa na quase totalidade das violações dos direitos de autor, nas reproduções não autorizadas, para fins de comércio, lança, à plena luz da evidência, as atribuições dos Delegados de Polícia, que deixam de ser órgãos passivos, meros expectadores e ordenadores do procedimento, para serem convocados a participar diretamente das atividades processantes, principalmente através da medida fundamental da busca e apreensão.

A contribuição desse importante setor da Administração Pública ficou bem ressaltada no prelúdio do Decreto uruguaio de 21-01-1943, objetivando a adoção de medidas de caráter policial que tendam a proporcionar uma maior garantia dos direitos autorais:

“Considerando: que além de ser boa técnica administrativa proporcionar a utilização, pela autoridade policial, de procedimentos preventivos que resol-

vam sem violência a respeito dos direitos reconhecidos por uma Lei da Nação, normas expressas desta atribuem à polícia uma função de amparo contra possíveis violações dos bens protegidos pela referida disposição, que resulta conveniente regulamentar aos fins de uma execução adequada da mesma..."

E antecipando-se justamente nesse sentido, já foi ressaltado, o art. 646 do Projeto do novo Estatuto processual penal, joga à inteira responsabilidade daquelas dignas autoridades, não apenas a nomeação dos dois peritos, como ainda a busca e apreensão de amostras dos instrumentos e do objeto do crime.

O novo texto legislativo é de tamanha importância na evolução da idéia de que não estão mais os titulares dos direitos de autor — nesta década recém-finda das comunicações, assinalada pela conquista dos satélites artificiais, jungidos ao carro de boi das providências legais do começo do século —, que pode-se dizer constitui um marco definitivo no caminho do aperfeiçoamento das nossas instituições.

Operou verdadeira revolução na repressão penal das violações do direito de autor, aumentando de forma tão extraordinária as atribuições dos nobres componentes da carreira policial que nos grandes centros industriais, comerciais e culturais o razoável cumprimento da determinação legal irá exigir, sem dúvida, a criação, estruturação e devido aparelhamento em homens competentes e material pertinentes, de Delegacias Especializadas.

Contribuição de Melhoria e Taxa de Iluminação Pública

Ruy Barbosa Nogueira

Catedrático de Direito Tributário e Professor
de Direito Tributário Comparado — USP.
Presidente do IBDT.

SUMÁRIO: *A execução da obra de iluminação pública e seu custeio pela Contribuição de Melhoria — A manutenção e fornecimento do serviço de iluminação das ruas e logradouros para o povo, como despesa geral a ser custeada pelos impostos e jamais por meio de taxas — Características constitucionais, legais e doutrinárias das taxas — Soluções jurisprudenciais — A lógica e harmonia entre os vários tributos na organização destes em SISTEMA — As comprovações no campo do Direito Comparado.*

Na 352.^a reunião da MESA SEMANAL DE DEBATES do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, entidade complementar à USP, realizada na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, foi levantada a questão de saber-se se as Prefeituras Municipais podem cobrar dos munícipes Taxa de iluminação das ruas e logradouros públicos ou, como diz o Anteprojeto de Código Tributário do Município de São Paulo, taxa “de manutenção da rede elétrica”, e, ainda, se por ocasião da realização da obra de iluminação pública pode seu custo ser ressarcido por meio da Contribuição de Melhoria.

Designado relator, apresentamos o seguinte trabalho, que foi unanimemente aprovado:

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA: realização de obra pública

I — De acordo com o art. 18 II da Constituição Federal, explicitados pelos arts. 81 e 82 do CTN e na conformidade da jurisprudência já sedimentada por reiterados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, para se indenizar do custo da obra pública de iluminação das vias e logradouros, o Município pode instituir, lançar e cobrar dos proprietários de imóveis valorizados por tal obra, Contribuição de Melhoria, que terá como limite total a *despesa realizada* e como limite indivi-

dual o *acréscimo de valor* que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (Vide no magnífico trabalho do jurista LUIZ JOSÉ DE MESQUITA, publicado no Suplemento Tributário LTr n. 44/81 e também na revista Fisco e Contribuinte n. 5, maio de 1981, sob o título *Taxa e Contribuição de Melhoria*, especialmente os itens: “13. A jurisprudência atual do STF. 14. Sentenças luminosas. 15. Conclusões”.)

Observe-se bem que nesta primeira parte deste estudo estamos nos referindo à *realização da obra de iluminação pública*, da qual resulte valorização para os imóveis beneficiados e não ao *serviço ou manutenção dessa iluminação*. A valorização está, precisamente na consideração de que essa obra, uma vez concluída, proporcionará a iluminação pública, isto é, deverá necessária e suficientemente ser mantida em funcionamento para o uso geral ou comunitário.

II — Pois bem. O *substrato*, fato ou relação fática que distingue a possibilidade da cobrança da *Contribuição de Melhoria* da cobrança da *Taxa*, está precisamente em que, para a primeira, o governo realize *obra pública* de que resulte valorização dos imóveis dos respectivos contribuintes, enquanto que, para legitimar a cobrança de taxa de serviço é preciso que efetivamente preste ou ponha à disposição do respectivo contribuinte *um serviço público específico* para o utene e por isso mesmo, quando esse serviço atenda a um grupo ou coletividade, seja de natureza *divisível* entre os usuários e compulsório.

A distinção entre *obra* e *serviço*, para esses efeitos, foi feita com clareza e precisão pelo Mestre HELY LOPES MEIRELLES, em seu já clássico livro, *Direito Municipal Brasileiro*, nestes termos:

“O que caracteriza a *obra* e a distingue do *serviço* é a predominância do material sobre o trabalho (mão-de-obra), pois em toda obra entram serviços, mas estes são superados pelos materiais empregados na estrutura em formação ou modificação. Essa distinção entre obra e serviço é feita pela Administração Pública, tanto para a determinação dos tributos, que podem incidir sobre aquela e este, como para saber-se qual a modalidade de *licitação* a que fica sujeito o *contrato da obra* ou do *serviço*” (Editora Rev. Tribunais, S. Paulo, 1977, 3.^a ed., pág. 148).

III — Assim, respondendo à dúvida sobre a possibilidade de o Município instituir, lançar e cobrar a *Contribuição de Melhoria* dos beneficiários da valorização imobiliária, para se

indenizar do custo de cada obra de iluminação pública que realize, respondemos Sim: pode instituir, lançar e exigir tributo indenizatório por meio da espécie ou categoria denominada Contribuição de Melhoria, nos termos dos citados dispositivos da Constituição Federal e do CTN.

Para mais amplos esclarecimentos aos srs. legisladores e prefeitos municipais, em relação às possibilidades da *correta* instituição, lançamento e cobrança deste importante tributo, recomendamos a magnífica obra de JOÃO BAPTISTA MOREIRA, *Contribuição de Melhoria* que constitui o vol. VIII do Tratado de Direito Tributário Brasileiro, idealizado por ALIOMAR BALEIRO, edição Forense, Rio, 1981.

Taxa por prestação de *serviço público*

IV — De acordo com os textos da Constituição Federal (art. 18, I e § 2.º); do CTN (arts. 77 e 78), da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a nosso ver da melhor e quase unânime doutrina pátria, como a dos maiores tributaristas de países cujos sistemas tributários, em matéria de taxas, são afins com o do Sistema Tributário Nacional, não pode o Município instituir TAXA para se indenizar do custo da manutenção do serviço de iluminação de vias e logradouros públicos, porque esse serviço público é de *uso comum* ou “*ut universi*”. Não é serviço específico, não é serviço especial nem divisível “*ut singuli*”. Tal serviço é parte integrante dos chamados serviços públicos gerais que o Estado proporciona ou põe à disposição do povo e devem ser custeados pelos impostos pagos pelos contribuintes de acordo com suas respectivas capacidades contributivas, entre os quais se destacam os proprietários de imóveis, que aliás são também os únicos possíveis sujeitos passivos da Contribuição de Melhoria, sendo certo que esta, no caso da *obra* de iluminação pública, implica em a iluminação ser efetivamente mantida.

V — Também parece justo observar que, além de os proprietários serem os únicos possíveis sujeitos passivos da Contribuição de Melhoria, já são também eles os sujeitos passivos do Imposto municipal sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (CTN art. 32). São, de modo geral os que, revelando maior capacidade contributiva, mais se sujeitam aos impostos destinados à cobertura das despesas gerais. Não há dúvida que a manutenção da iluminação das ruas e logradouros públicos é que valoriza seus imóveis, mas como já dissemos, é precisamente em razão dessa valorização que são os únicos possíveis sujeitos passivos da Contribuição de Melhoria. É certo

que na posição de membros da coletividade, terão o direito ao uso das vias e logradouros *iluminados*, mas esse será sempre o *uso comum*, assegurado igualmente a eles como aos demais utentes, todos, indistintamente, como integrantes da coletividade. Este uso é “*ut universi*” e não “*ut singuli*”, como é óbvio e estatui o Código Civil.

VI — Com efeito. Ao classificar ontologicamente os bens públicos e teleologicamente fazer sua *qualificação jurídico-normativa*, dispõe o Código Civil Brasileiro:

Art. 66 — Os bens públicos são:

- I — Os de *uso comum do povo*, tais como os mares, rios, estradas, *ruas* e *praças*.
- II — Os de uso especial, tais como edifícios . . .
- III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios . . .

Como se vê, as ruas e praças, dentro da própria tipologia legal, são modelos de *bens de uso comum do povo*. Ao comentá-lo, Clóvis Bevilacqua diz que estes do item I “são os que pertencem a todos (*res communes omnium*). O proprietário desses bens é a coletividade, o povo. À administração pública estão confiadas a guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos”.

Como não cabe ao direito civil dispor sobre finanças públicas, teve o sábio legislador de nosso monumental Código Civil o cuidado de esclarecer, em relação à *utilização*:

Art. 68 — O *uso comum* dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.

VII — Ora, a Reforma Tributária incluiu dentro da própria Constituição Federal um capítulo especial estruturando o “Sistema Tributário” (Tit I, Cap. V), e a legislação de ordem complementar, de cogência nacional, isto é, tanto à União, como aos Estados-membros e aos Municípios, dispendo sobre as competências, sobre todos os tributos e os harmonizando entre si, permitiu, como vimos, a instituição da Contribuição de Melhoria para os citados casos de *obra pública*. Entretanto, por meio de disposições expressas e conceituais da *taxa* não permite que, pelo *uso comum* da iluminação das ruas e praças possa ser cobrada a espécie denominada TAXA, se não vejamos.

VIII — Entre as competências que a Constituição Federal outorga ao Município, encontram-se, com as respectivas limitações conceituais, ou definidoras das taxas, as seguintes normas:

Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição .. compete aos Municípios instituir:

I — *taxas*, pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos *específicos* e *divisíveis*, prestados *ao contribuinte* ou postos *à sua* disposição.

IX — Por sua vez, o CTN, com o caráter de legislação complementar da Constituição e as funções que lhe atribui o § 1.º do art. 18 desta, entre as quais as de estabelecer *normas gerais* e regular as *limitações constitucionais do poder de tributar*, dispõe que:

Art. 77 — As taxas cobradas pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, de *serviço público específico e divisível*, prestado *ao contribuinte* ou posto *à sua* disposição.

Art. 79 — Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I — utilizados *pelo contribuinte*:

- a) efetivamente, quando *por ele* usufruidos a qualquer título;
- b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória sejam postos *a sua* disposição mediante atividade administrativa *em efetivo funcionamento*;

II — *específicos*, quando possam ser *destacados em unidades autônomas* de intervenção *de utilidade* ou de necessidades públicas;

III — *divisíveis*, quando suscetíveis de utilização, *separadamente*, por parte *de cada um* dos seus usuários.

É evidente, pois, que tendo todos, indistinta ou indivisivelmente como “povo” o direito ao *uso comum* das ruas e praças, sejam iluminadas ou não, a manutenção do serviço público de iluminação não é um serviço *específico* nem tão pouco *divisível*, destacável em unidades autônomas de sua utilidade ou utilização. Se é, por sua natureza (ontologia) comum (iluminação

pública ou do povo) e por sua finalidade (teologia) a todos, indistintamente (iluminação pública ou para o povo), de acordo com a própria *qualificação jurídico-normativa* constitucional e da legislação nacional ou complementar sobre o “factum”, isto é, do “*serviço público*” suscetível de ser pressuposto fático da *taxa* (relação fática, “sachverhalt”), vê-se que esta é insuscetível de ser “fato gerador” de taxa porque não é um serviço ou *prestação de serviço específico*, nem destacável em *unidades autônomas de utilidade*, nem prestado individualmente ao *contribuinte* (mas a todos), nem individualmente por ele usufruído (mas indistintamente por todos). Em resumo é serviço de *uso comum* (ut universi).

X — Vê-se, pois, que perante o “jus in civitate positum” é manifestantemente inconstitucional e contra a legislação complementar, como também contra o direito pretoriano já asentado ao nível de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal cobrança.

XI — Quanto à doutrina pátria, salvo manifestações isoladas e que estão ao arrepio da lei e da jurisprudência, basta apontar que HELY LOPES MEIRELLES, demonstrando seu espírito imparcial, científico e nobre, reexaminando toda a matéria, em sua recente obra *Finanças Públicas*, conclui:

“Somente a conjugação desses dois requisitos *especificidade* e *divisibilidade* — aliada à *compulsoriedade* do serviço, pode autorizar a imposição de *taxa*. Destarte, não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços *específicos*, nem *divisíveis*, por serem prestados “uti universi” e não “uti singuli”, do mesmo modo que seria ilegal a imposição de taxa relativamente aos transportes urbanos postos à disposição dos usuários, por faltar a esse serviço, *específico* e *divisível*, o requisito da *compulsoriedade* de utilização.

O *funcionamento do serviço* é condição para que a Administração possa exigir o recolhimento da taxa. Com efeito, determinando a Constituição da República que as taxas são devidas *pela utilização dos serviços prestados* ao contribuinte ou *postos a sua disposição*, não basta a criação do serviço e a consequente instituição da taxa para obrigar o administrado ao recolhimento do tributo; é preciso que a *utilidade esteja em condições de ser usufruída por seus destinatários*, ou, em outras palavras, que o serviço fun-

cione efetivamente. Neste sentido, aliás, já decidiram nossos Tribunais muito antes da inovação trazida pela Emenda Constitucional 18/65 para o direito tributário”. “(TJSP RT 200/339; TASP RDA 44/140, 54/70; RT 199/539, 231/593 e 273/608)” (Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1979, págs. 15 e 16).

É importante ressaltar que o ilustre autor, dos mais conceituados administrativistas de nosso país, elogiavelmente esclarece pela nota de rodapé 14 à pág. 15:

“14 — Relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado “*uti singuli*”, mas sim, “*uti universi*”, insuscetível, portanto, de utilização *individual e mensurável*”

XII — Também o não menos notável jurista e autor José Luiz de Mesquita, no trabalho já citado, compendiando não só a jurisprudência, mas demonstrando a inconstitucionalidade, ilegalidade e arrepio à jurisprudência de opiniões isoladas e superadas, ressalta essa melhor doutrina em harmonia com o direito positivo e as manifestações já sedimentadas pela cúpula do Poder Judiciário. Várias vezes se refere à impossibilidade da cobrança pelo Município da chamada Taxa de Iluminação Pública porque esse *serviço público* sendo de uso “*ut universi*” não é *referido* (vinculado) ao contribuinte, não é *específico*, não é *divisível* como também não é de uso *compulsório*.

XIII — Bastaria a só constatação de que no caso, o *uso comum* da iluminação pública nem sequer permitiria *de fato* nem *de direito* a cobrança de Taxa, pois é impossível a *vinculação* aos indetermináveis utentes. Sem a referibilidade, imputação ou vinculação possíveis de cada um ao fato gerador é inócua sua criação. *Sujeito passivo* do tributo ou da obrigação principal, somente pode ser o *contribuinte* ou *responsável* como estatui o art. 121, parágrafo único, I e II do CTN, e de acordo com o art. 128 do mesmo CTN a lei somente pode considerar responsável pelo crédito tributário a pessoa “*vinculada* ao fato gerador da respectiva obrigação”. O STF no Rec. Extr. 77.462-MG, publicado na RTJ n.º 73, págs. 507 a 513 já deixou esclarecido:

“Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128 do CTN, ainda vigente, só a permite se houver *vinculação* do terceiro ao fato gerador”.

XIV — A atributividade, sujeição ou vinculação ao fato gerador é requisito básico ou necessário para alguém ser contribuinte ou responsável pelo tributo, universalmente.

Em nosso *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1980, pág. 147, assim expusemos:

“Portanto a qualidade de contribuinte é uma decorrência da realização do fato gerador, ou em outras palavras, a pessoa que realiza o fato previsto na lei como tributável, adquire o *status* de contribuinte. Na literatura jurídica alemã, este fenômeno é chamado de *Zurechnung*, que poderíamos traduzir por *responsabilidade* pela conta ou quantia, por atributividade do débito, pois *Zurechnunasfähigkeit* é a responsabilidade pessoal ou imputabilidade (vide Albert Hensel, *Steuerrecht* cit., pg. 80, sob o título *Die Zurechnung*, 3. ed., Köln, Adde: Klaus Tipke, *Steuerrecht*, 5. ed. Ed. Dr. Otto Schmidt, Colônia, 1978, p. 125. Esta edição já está de acordo com o novo Código Tributário Alemão, em cuja tradução, co-editada por IBDT/Forense, 1978, veja-se o § 39).

Essa atributividade é assim uma relação ou vínculo que imputa a autoria do fato tributado à pessoa que o realizou e como consequência lhe dá a qualidade de contribuinte ou devedor do tributo.

Outra expressão técnica empregada na literatura tributária francesa é *l'appartenance fiscale* ou na italiana *la appartenanza giuridica tributaria* ou ainda tedesca *steuerliche Zugehörigkeit*, que podemos traduzir por *atributividade jurídico-tributária*, ou ainda *sujeição tributária*.

Na impossibilidade de atingir o contribuinte natural, o legislador admite ainda, como sujeito passivo, o

2) *Responsável* — quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação *decorra de disposição expressa de lei*.

Observe-se que o responsável é um terceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador. O art. 128 do CTN prevê que seja uma pessoa *vinculada* ao fato gerador da respectiva obrigação.”

XV — Além de não ocorrer nenhum dos pressupostos exigidos para compor a *situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal* (art. 114 do CTN) do tributo *taxa*, é preciso atentar-se para mais um aspecto relevante da lógica dos tributos na composição de um verdadeiro Sistema Tributário.

É interessante observar que já em 1867, M. Pescatore publicou em Torino a obra *Lógica dos Impostos* (*La Logica delle imposte*). Era o início da demonstração de que os

tributos não deviam se confundir ou se interpenetrarem. Com o desenvolvimento do Direito Tributário se chegou à instituição de Sistema Tributário sob a premissa da capacidade contributiva e para impedir que cada situação venha a ser sobreposta por diferentes e conflitantes tributos. Sistema é uma composição orgânica ou harmônica. Dentro de um sistema tributário não deve ocorrer “bis in idem” econômico ou como a literatura norte-americana refere, “overload” tributário, nem tão pouco uma bitributação ou conflito de competências que seria um “overlap”. Este aspecto é da maior relevância não só do ponto de vista econômico ou das relações entre economia e direito, mas sobretudo da harmonia entre os diferentes tributos, dentro de um verdadeiro Sistema Tributário.

Sobre a harmonia interna dos vários tributos dentro de um Sistema, vide a notável obra na Suíça, de HEINZ HALLER, *Die Steuerngrundlinien Eines Rationalen Systems Öffentlicher Abgaben (Os Impostos — Linhas Fundamentais de um Sistema Tributário Racional)*, 2.^a ed., J. C. Mohr, Tübingen, 1981 e nosso livro *Direito Tributário Aplicado e Comparado*, ed. Forense, Rio, 1977, vol. II, págs. 100 e segs. É a Teoria das Relações entre os Tributos, isto é, os impostos, taxas e contribuições, que não podem se confundir ou se sobrepor.

Pois bem.

XVI — Precisamente para impedir tais conflitos, sobreposições ou caos tributário é que foi normatizado organicamente um Sistema Tributário Nacional e utilizada a técnica da rígida discriminação constitucional dos impostos, empregada para a especificação destes na distribuição das competências, especificação esta não só *nominal dos impostos*, mas ainda para as *taxas e contribuições*, toda a instrumentalidade dos conceitos.

Assim, para os impostos, a Constituição especificou privativa, nominal e pela descrição nuclear dos respectivos fatos geradores, os impostos de competência federal — art. 21 e § 1.^o e § 5.^o do art. 18; para os estaduais art. 23 e para os municipais art. 24 e, até onde interessa examinar neste trabalho, para as *taxas e contribuições* os conceitos precisos dos itens I e II do art. 18.

Além disso, no § 1.^o do art. 18 previu a nossa Lei Fundamental o estabelecimento de normas gerais de direito tributário, as disposições sobre os conflitos de competência nessa matéria e regulação das limitações constitucionais do poder de tributar, por meio de legislação complementar da Constituição.

Assim sendo, e especificamente para delimitar o poder de taxar e não permitir a instituição de taxas em relação a “situações” já atingidas por impostos, cuja arrecadação se destina à cobertura de serviços públicos gerais ou de uso comum (como o da iluminação pública), estatuiu a Constituição Federal:

Art. 18 —

§ 20 — Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.

XVII — Também o CTN, com a função complementar que a Constituição lhe dá, de regular as limitações constitucionais do poder de tributar, explicitou mais ainda:

Art. 77 — .

Parágrafo único — A taxa não pode ter base de cálculo ou *fato gerador* idênticos aos que *correspondem a imposto*,

Ora, a Constituição Federal já outorga somente à União, isto é, *privativamente*, o imposto sobre o uso, utilização ou consumo da *energia elétrica*, assim dispondo:

Art. 21 — Compete à União instituir imposto sobre:

VIII — consumo . de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de *outro tributo* sobre elas;

XVIII — A legislação federal também já é completa sobre esta matéria, bastando citar que o Decreto Federal n.º 68.419/71, com base na legislação ordinária, dispõe:

Art. 1.º — A energia elétrica *entregue ao consumo* está sujeita ao *imposto único*, cobrado pela União, na forma deste Regulamento.

Este é o chamado “imposto único” que exclui não apenas qualquer outro *imposto*, mas qualquer *taxa* de consumo, pois como se vê da CF, ela veda a incidência de outro *tributo* sobre qualquer uso, gasto, *utilização* ou *consumo* da energia elétrica. Só e só por este texto constitucional, vê-se que também já é vedado ao Município fazer incidir taxa sobre o consumo ou uso da energia elétrica, quer dentro dos estabelecimentos, das residências e muito menos sobre o povo que use ou consuma, facultativamente, a energia elétrica da iluminação pública.

XIX — Poder-se-ia dizer que, nos termos da questão suscitada, a chamada *taxa de iluminação pública* teria como “fato gerador” não o “consumo de energia” mas o “serviço de manutenção da rede elétrica”, como denominado no Anteprojeto de Código Tributário Municipal de São Paulo, em elaboração e assim o fato gerador não seria idêntico ao do imposto único?

A nosso ver isto seria apenas um sofisma ou deixar a substância, a natureza das coisas, para se apegar ao abuso das formas. Seria tomar a embalagem ou continente pelo conteúdo.

A iluminação pública não vem pelo ar. O povo não usa ou consome os postes, fios ou lâmpadas, enfim a instalação, mas apenas usufrui a claridade, como de dia, a do sol e pelas vias e logradouros não iluminados, às vezes, ainda, a do plenilúnio e/ou das estrelas que o Bom Deus lhes dá. Os postes, os fios e as lâmpadas são apenas estamentos, insumos ou veículos da iluminação elétrica. Esta, e não aquelas, é o bem de uso, consumo, enfim, a utilidade pública ou comum.

Bastaria, a nosso ver, perguntar se alguém pode usar, utilizar-se, usufruir ou consumir a iluminação pública, sem que esta esteja instalada e mantida em funcionamento.

É evidente que cabe ao Município, entre as suas funções, não só a de executar obras de instalações de iluminação pública indenizáveis por Contribuição de Melhoria, como também a da manutenção das respectivas redes elétricas, para uso comum do povo, cuja manutenção deve ser custeada com a arrecadação dos impostos, porque estes gastos são *despesas gerais*.

Direito Tributário Comparado

XX — Para finalizar, vejamos no exterior o entendimento dos maiores especialistas, não só em obras *monográficas sobre as taxas*, mas ainda em obras *sobre os tributos*, para ressaltar as especificidades daquela e demonstrar a convivência harmônica entre impostos, taxas e contribuições, pois cada um é categoria própria, são inconfundíveis e harmonizados dentro dos respectivos Sistemas.

1. Em uma das mais notáveis, e mais completa monografia, com 347 páginas, sob o título preciso de *Gebührenrecht und Grundgesetz — Ein Beitrag zum allgemeinen Abgaberecht (Direito das Taxas e Constituição — uma contribuição ao Direito Financeiro Geral)*, o Professor Dieter Wilke, como luva confortável ao presente caso, esclarece com estas palavras que traduzimos do original:

“Distinguindo-se do imposto, a taxa é um tributo cuja exigência depende de uma prestação estatal individualmente imputável (ou atribuível, referida, vinculada).

Pressuposto de uma prestação sujeita à taxa ou de uma *situação taxável* é ser a mencionada prestação de natureza pública divisível. Em contraposição segundo K. T. von Eheberg, os impostos “se destinam à cobertura dos gastos gerais acarretados pela coletividade, cuja distribuição é impossível pela natureza comunitária destas prestações públicas”

A atribuição ou divisão individualizada de prestações públicas permite uma delimitação, razoavelmente clara, entre prestações que devam ser custeadas pela *taxa* e aquelas que devam ser exclusivamente financiadas por meio de impostos”. (Editora C. H. Beck, München, 1973, pág. 67).

2. Como já vimos, enquanto para a obra de instalação da iluminação pública, como melhoramento, é possível cobrar a Contribuição de Melhoria, já pelo *uso comum* da iluminação pública não é possível cobrar taxa, porque o serviço de sua manutenção é serviço geral e deve ser custeado pelos impostos. Assim já em sua grandiosa obra *A Treatise on The Law of Taxation* de 1903, o clássico THOMAS M. COOLEY, falando especificamente da iluminação das ruas (*lighting streets*), já esclarecia com estas palavras que, do original, assim passamos para nosso idioma:

“ILUMINAÇÃO DAS RUAS — Embora o serviço de iluminação das ruas seja custeado pelo imposto, nenhuma razão existe pela qual não possa ser cobrada a Contribuição de Melhoria. Para tal existe em vários Estados legislação de Contribuição de Melhoria”.

Tendo sido contestada, àquela época, nos EE.UU., a cobrança da Contribuição de Melhoria, sob a alegação de que os contribuintes já pagavam os impostos gerais, cita o Autor, no rodapé n.º 1 da mesma página 1.178, acórdão que decidiu pela possibilidade de ser indenizado o custo da obra de instalação por meio da Contribuição de Melhoria, baseado em que essa obra pública acarretava a melhoria ou benefício aos respectivos proprietários, nestes termos:

“Os postes, fios e lâmpadas de um sistema de iluminação da rua configuram melhoria do local, cujo custo deve ser lançado a cargo do beneficiário”. (3.ª Edição Callaghan and Company, Chicago, 1903, vol. II, pág. 1.178).

Como se vê, a Contribuição de Melhoria é paga pela consideração de a obra tornar iluminada a rua, jamais se falando em taxa (em inglês "fee") para manutenção dessa iluminação, a ser usada em comum e, por isso, daí em diante mantida como despesas gerais, pelos impostos.

3. Outro destacado tributarista, KARSTEN UFFHAUSEN, escrevendo agora sobre *A Taxa de Uso (Die Benutzungsgelühr)*, também ressalta:

"Como a *taxa* é pagamento de uma prestação estatal *específica*, ela pressupõe, obrigatoriamente, que esta prestação seja de natureza específica. Isto significa que somente pode ser exigida uma taxa quando é concedido ao cidadão um serviço específico, isto é, uma prestação estatal que exceda às prestações estatais genéricas e mais, que só possa ser exigida uma taxa até esta prestação se revelar como específica, como também ser destinada a uma pessoa determinada" (*Die Benutzungsgelühr*, KARSTEN UFFHAUSEN, edição do Autor, pág. 56, Göttingen, 1970).

4. O insuperável Mestre dos Mestres, SELIGMAN, no vol. II de seu afamado *Ensaio Sobre o Imposto*, traçando as diferenças entre este e a taxa de serviços, já ensinava também, que

"Esta é uma retribuição *compulsória* por um serviço no qual deve estar presente o elemento *interesse público*, mas a taxa difere do imposto por vários pontos importantes".

Começando por ressaltar que a primeira característica do *imposto* é a sua qualidade de tributo arrecadado em função da *capacidade contributiva* e destinado à cobertura das despesas gerais, isto é, para pagar àquelas que, como a despesa de manutenção de iluminação pública, por ser de *uso comum do povo* não permite ser indenizada pela taxa, posto que, sendo a iluminação pública de uso facultativo e indeterminavelmente de todos, não ser esse serviço atribuível, imputável ou cobrável de ninguém, passa ainda a destacar, com precisão, que:

"A base do imposto é a capacidade do contribuinte; a base da taxa é a vantagem especial que usufrui o *indivíduo*.

Se se trata de um imposto, é verdade que esta capacidade pode ser influenciada em certa medida pelas "oportunidades", ou os privilégios ou as vanta-

gens recebidas. Porém, a diferença reside na *mensurabilidade*. Quando se trata de taxa, a prestação pode ser medida: se estamos diante de um imposto a vantagem não é suscetível de ser diretamente avaliada. Se se trata de taxa, o *serviço específico é a verdadeira razão do pagamento*; se se trata de um imposto, o serviço particular, se existir, será *um simples resultado ocasional da ação do Estado*". (Trechos que traduzimos da versão francesa da 8.^a edição americana do *Essais on Taxation: Essais sur L'Impôt*, traduction par Louis Suret, edição M. Giard & É. Brière, Paris, 1914, vol. II, págs. 136/137).

5. Ainda na monografia *As Taxas (Die Gebühren)*, de autoria de dois mestres de Colônia, HANSMEYER e FÜRST, no § 8, tratando de *A Seleção ou Escolha dos Objetos ou Prestações Taxáveis (Die Wahl des Gebührenobjekts)*, acentuam:

"Primeiro pressuposto para que um objeto possa ser suscetível da cobrança de uma taxa é que o Estado (o Município — Die Gemeinde), ofereça uma prestação (serviço) imputável a um *indivíduo* ou a um *grupo*, cobrindo uma *necessidade individual* dos cidadãos. A palavra necessidade individual indica que esta necessidade é sentida e avaliada pelo indivíduo ou grupo.

Prestações que sejam de interesse exclusivo da coletividade (isto é, comum ou de todos), estão, pois, *expressamente excluídas do campo da TAXA*". (*Die Gebühren — Zur Theorie eines Instrumentariums der Nachfragelenkung bei öffentlichen Leistungen*, von Prof. Dr. KARL HEINRICH HANSMEYER un Diplom-Volkswirt Dietrich Fürst, Köln, Editora Kohhammer, Stuttgart — Berlin-Köln-Mainz, 1968, pág. 43).

XXI — Em conclusão, enquanto dentro da lei e da lógica ou harmonia do Sistema Tributário Nacional entendemos cabível a *Contribuição de Melhoria* para indenizar os custos da obra pública de iluminação e dos estamentos desta, entendemos que não é constitucional, legal ou juridicamente possível a cobrança de *taxa* dos municípios, para custear a manutenção do serviço *comum* da iluminação pública. O custo dessa manutenção é despesa geral, a ser custeada com a arrecadação dos impostos.

O Princípio da Lei mais Favorável no DIP

Haroldo Valladão

Catedrático de Direito Internacional Privado das
Universidades Federal e Católica do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: I. O tema: a lei mais favorável no DIPr. II. Tratamento doutrinário e legislativo (Proj. Bras. de DIPr.). III. Origem do princípio, Cód. Prússia, 1794 e Áustria, 1811. IV. Enfoque na América Latina: TEIXEIRA DE FREITAS, Brasil, 1860 e Cód. Civ. Argentino, 1869 — Atos e capacidade. V. Repercussão em vários países. VI. Nas Convenções Internacionais. VII. O direito brasileiro — O Anteproj. Br. Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas. VIII. A razão do princípio. IX. O princípio da lei mais favorável no Direito de Família. X. Na Filiação e nos Alimentos. XI. Na Tutela e Curatela. XII. O princípio da lei mais favorável no direito de sucessões. XIII. O alteamento do princípio na Constituição Federal Brasileira de 1934 — Sua adoção no Proj. Brasileiro, art. 64 e § único. XIV No Direito de Sucessões comparado, em especial da América Latina. XV Conclusão.

I. Escolhi para este trabalho, assunto pouco estudado no Direito Internacional Privado: o princípio da lei mais favorável nos Conflitos de leis.

Muito antigo e restrito, na matéria, tomou vulto e amplitude ultimamente.

É um elemento de conexão original, pois parte de uma comparação substancial entre a lei do país onde se levantar a questão, habitualmente a lei do foro, a lei nacional, e a lei ou leis estrangeiras que a impregnaram.

E concluiu-se pela aplicação da lei que for mais favorável, seja à validade do ato, ou ao menor ou incapaz, ao filho, ao pupilo, ao alimentando, ao devedor, ao herdeiro legítimo...

II. Defendi e preguei o princípio em minha obra, *DIPr.*, vol. I^o, 1980, na Introdução: *Por um DIP progressista*, vol. II^o, 1977, Capítulos XLII, n. 8; XLIII, n. 7; L, n. 16; LII, ns. 12 e 13; LVI, n. 6; LX, n. 11; vol. III, 1978, Cap. LXII, n. 12..

Dei-lhe grande aplicação no Projeto, oficial, que organizei para o Brasil, da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Capítulo III, Disposições de DIPr.

E o fiz com muitas regras, em particular a propósito da capacidade de agir, arts. 25 § 1.º, forma extrínseca dos atos, 29, § 2.º, prescrição extintiva, 31, parágrafo único, casamento, 34, c/ §§ 1.º e 2.º; filiação, 42, tutela e curatela, 41; alimentos, 42; obrigações, 50 § 4.º; cambial, arts. 55 e 56; sucessões, art. 65, parágrafo único.

III. O princípio, também chamado do favor *negotii*, tem origem mui remota. Encontrei-o em GROTIUS, L. II, Cap. XI, n. V, 2, e, ainda, no Cód. da Prússia (1794), art. 35 “pela lei que for mais favorável à validade dos contratos” E o Código Civil da Áustria (1811) consagrou-o, declarando que “um negócio realizado por um estrangeiro neste Estado se julga seja por este Código, seja pela lei nacional do estrangeiro, por uma ou outra, segundo mais favoreça a validade do ato”.

SAVIGNY elogiou-o propondo sua universalização (§ 365) e BLUNTSCHLI incluiu-o no Código Civ. de Zurique, 1854 (art. 2.º).

IV. Na América Latina, o insigne jurista brasileiro, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, deu ao princípio alto e definitivo valor, com regra genérica na matéria, art. 5.º, § 4.º (quando as leis deste Código, em colisão com as estrangeiras, forem mais favoráveis à validade dos atos) ao lado das restrições de ordem pública, §§ 1.º, 2.º e 3.º. Leia-se da sua Justificação: “bom expediente tomado pelo Código da Prússia, e bem se vê que é geral, ou a validade do ato aproveite a nacional ou estrangeiro. Nos livros franceses, porém, essa mesma idéia aparece, mas como um favor aos nacionais, consequência infalível de sua viciosa legislação, ainda impregnada do *jus quiritium*, *jus proprium civitatis*, do primitivo Direito Romano” (nota ao texto)”.

Seguiu-o, na República Argentina, o notável jurista, VELEZ SANSFIELD, que adotou os textos de FREITAS, *integralmente* (vd. Material de Classe, pág. 279), *Cód. Civ. Argentino*, art. 14 (sempre em vigor).

V. Esse grandioso enfoque de FREITAS e do Cód. Civ. Argentino veio a ser seguido em vários textos dos principais países.

Assim foi adotado pela Lei Int. Cód. alemão, art. 7.º, alínea 3, copiado nas leis japonesas, art. 3.º, chinesa, art. 5.º, no Cód. Suíço, art. 59 c/ 7 b, e nas D.G. Cód. italiano de 1929/42, art. 17, alínea 2 (incluídas nas exceções as doações); entrando na Lei do Sião, art. 10, no Cód. da Grécia, art. 9.º (só excepcionando sucessões e imóveis sítos no estrangeiro), no Projeto húngaro, art. 47 (só para os atos de comércio), no recente Cód.

Civ. port., 28/III, e na Lei da Polônia, art. 10 (excluídos apenas direitos de família e sucessórios) enquanto a lei anterior, de 1926, só reconhece a capacidade se a segurança de um comércio honesto o exige. O Cód. Civ. da Rússia Soviética, RSFSR, art. 562, adota o princípio da validade da forma, também segundo a *lex fori*. Igualmente as Leis da Coréia do Sul, art. 10 § 2.º, e da Albânia, art. 21. Na França, um critério subjetivo, ou do “interêt national”, validando um contrato ali feito se um dos contratantes é francês (célebre *affaire Lisardi*, de 16/1/1861, de um mexicano menor de 25 anos), ou presumindo o desconhecimento pelo nacional da lei de incapacidade estrangeira (BATIFFOL, n. 417) evoluiu no Projeto francês para ter aplicação bilateral, art. 29. O Proj. argentino, 1954, art. 6.º, após determinar que a capacidade de exercício se rege pela lei do domicílio, faz ressalva amplíssima, alínea 3, estabelecendo “que o incapaz pela lei do domicílio será considerado capaz, se o for pelas leis deste Código”, na tradição de FREITAS.

VI. O Código Bustamante não formulou a ressalva, art. 27, mas acatou-a em parte, pois mandou reger a capacidade pela lei pessoal, salvo as restrições deste Código *ou do direito local*.

Está, porém, a ressalva consagrada nas Convenções de Genebra, de 1930, sobre Conflitos de Lei em Matéria de Cambial e de Cheque, art. 2.º, alínea 2, ratificadas pelo Brasil, e promulgadas pelo Decr. 57.663, de 24-1-1966.

VII. O direito brasileiro já antevia o princípio no Reg. 737, de 1850, art. 3.º, § 1.º, alínea 2, e veio depois confirmá-lo no art. 42 parágrafo único, da Lei Cambial, *para a capacidade*.

O Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas acolheu o princípio nos arts. 25 § 1.º, quanto à *incapacidade de agir*, 29 § 2.º, forma extrínseca dos atos, 34, § 1.º, forma do casamento (favor matrimonii) e 50 § 4.º fine, sobre lugar do contrato, 55 e 56, capacidade e forma da cambial.

VIII. A razão do princípio da lei mais favorável, quanto à *forma extrínseca*, apoiou-se modernamente na idéia de que a forma é um requisito precário, secundário. Não deve nunca ser fundamental, inarredável. E um ato jurídico deve ser sempre amparado, só podendo ser nulo por motivos de alta gravidade.

IX. O princípio da lei mais favorável teve grande e mui justa repercussão no direito de família.

Em nossa obra, DIP II, 1977, abrimos capítulo autônomo, n.º XLIV, sobre Direitos de Família, em geral, e estudamos, ali, em particular o conflito das leis pessoais dos cônjuges. Após

largo exame da doutrina, da legislação e da jurisprudência, pudemos concluir como se segue.

A nova Lei de Introdução ao Código Civil, consagrando o princípio do domicílio para os direitos de família, estabeleceu a lei do primeiro domicílio conjugal quando os nubentes têm domicílios diferentes, prescrevendo que em caso de abandono a mulher e os filhos terão direitos a um domicílio próprio. A eventualidade da diversidade ainda não foi examinada pela jurisprudência, mas a mulher a quem a lei concedeu um domicílio próprio terá o direito de invocar a lei do seu domicílio, sobretudo se se trata de um antigo domicílio comum e se ela é brasileira.

O Projeto da Lei Geral adotou vários critérios: para efeitos pessoais, a lei da residência habitual comum, salvo a lei brasileira no Brasil, para o cônjuge que aí reside, art. 35; para o regime de bens, a lei do primeiro domicílio conjugal e, se este não se constituiu, a lei do lugar da realização do casamento, art. 36, a separação (desquite) pela lei brasileira, no Brasil, se um dos cônjuges for brasileiro ou aqui tiver residência. Para a filiação em todas as suas formas, para a tutela e a curatela e no direito a alimentos, a lei mais favorável ao filho ou ao incapaz ou ao alimentando, dentre as leis da nacionalidade, do domicílio, ou da residência, do pai, da mãe, do tutor, do curador, do alimentante, do mesmo filho, do incapaz ou do alimentando, arts. 40, 41 e 42, mantidos todos na Revisão de 1970.

Estamos no penúltimo (o último está sempre por vir) estágio da evolução do problema. Superada a lei nacional ou domiciliar do marido, do pai, do tutor, do curador, do alimentante, caminhou-se para a do domicílio ou da residência habitual e comum, para a *lex fori* coincidente com a da nacionalidade, domicílio ou residência duma das partes, e, afinal, pela lei mais favorável à pessoa que visou proteger (*DIP cit.*, II, p. 49/50).

X. Vejamos em particular a filiação e os alimentos.

Eis o texto do Projeto da Lei Geral para a filiação: “Art. 40 — A filiação em todas as suas formas e os direitos e deveres dela resultantes se regerão segundo a lei mais favorável ao filho dentre as leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência do pai, da mãe ou do mesmo filho”

Foi a consagração de uma luta desenvolvida no século atual, no mundo e no Brasil (onde demos todos nossos esforços), não só legislativa mas, também, doutrinária e, especialmente, *jurisprudencial*, contra a tradicional aplicação, sempre, da lei dos

países (vp. H. VALLADÃO, *DIP*, II, Capit. LI, n. 5, 6 e 7; vd. também a Exposição de Motivos do Projeto, ps. 79/80).

Note-se ali a interessante evolução jurisprudencial, de uma simples aplicação da lei brasileira do filho, para aplicação da lei estrangeira do mesmo filho, se esta lhe era mais favorável.

Ficamos felizes por ver, afinal, a nossa campanha consagrada na conservadora França, anos após, na sua Lei 72, 3 de janeiro de 1972, sobre *Filiation, Aliments, Conflits de Lois*.

Admitiu, amplamente, a lei pessoal do filho, art. 311, 14 e 15, inclusive se residente em França, a lei francesa da posse de estado, mesmo se pudesse depender de uma lei estrangeira por outros elementos da filiação.

Afinal, em os novos arts. 311-16 e 17, admite-se a legitimação, seja pela lei do casamento, seja pela lei pessoal de um dos cônjuges, seja pela lei pessoal do menor, e o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade se conforme com a lei pessoal, seja do respectivo autor, seja do menor.

Em matéria conexa, alimentos, a legislação francesa também evoluiu, plenamente, no sentido do Projeto brasileiro.

Eis o texto do Projeto da nossa Lei Geral: “Art. 42 — O direito a alimentos entre parentes se rege segundo a lei mais favorável ao alimentando dentre as leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência do alimentante ou do mesmo alimentando”.

E a redação da lei francesa, citada, 72-3 janeiro de 1972, 311-18: “L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur” (vd. H. VALLADÃO, *DIP*, vol. II, Cap. LI).

XI. Acerca da Tutela e da Curatela, o Projeto brasileiro da Lei Geral, art. 41, dispôs na orientação que vimos pregando: “A tutela e a curatela gerais e especiais se regem segundo a lei mais favorável ao incapaz dentre as leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência do tutor, do curador ou do incapaz”.

Representa o último estágio do direito, da legislação e da jurisprudência, brasileiros, na matéria (vd. H. VALLADÃO, *DIP*, II, 1977, Cap. LII).

XII. Vejamos, agora, o princípio da lei mais favorável no *DIP* brasileiro das Sucessões.

É um princípio tradicional do nosso direito que vem do século XIX em Convenções Internacionais e atinge o ponto máximo desde 1934, integrando texto constitucional.

Nas Convenções Consulares do Império, vindas até os começos da República, com Portugal (Decr. 6.236 de 1876, artigo 28), com a Itália e a França (Decrs. 6.582 de 1877 e 7.110 de 1878, artigo 29), com a Espanha (Decr. 7.059 de 1878, artigo 35), com a Suíça (7.303 de 1879, artigo 23) e com a Alemanha (Decr. 8.616 de 1882, artigo 35), adotou-se para reger a sucessão o princípio da lei do país a que pertencer o falecido, aplicando-se, assim, o princípio da nacionalidade, salvo na Convenção com a Espanha na qual só o admitiu para os bens móveis.

Mas previram-se os conflitos sobre leis pessoais, concorrendo numa sucessão herdeiros nacionais e estrangeiros.

E se estabeleceu um princípio original para a solução dos conflitos das leis pessoais, entre herdeiros brasileiros e estrangeiros, consistente na *preferência* que se dava ao nacional que concorresse em seu país com herdeiros estrangeiros, *de optar pela lei de sua pátria*.

Eis o texto da convenção com a Itália: “Quando, porém, acontecer que algum súdito de uma das altas partes contratantes concorra em seu país com herdeiros estrangeiros, terá ele o direito de preferir que o seu quinhão hereditário seja regulado nos termos da lei de sua pátria”

Foi a consagração do princípio da lei mais favorável, pois dava-se ao herdeiro, em seu país, o direito de escolher a lei de sua pátria.

Esse princípio constou do Projeto Felício, art. 20, parágrafo único, e foi consolidado por CARLOS DE CARVALHO, art. 31, parágrafo único.

Mas na antiga Introdução do Código Civil, 1917, art. 14, *fine*, o preceito mandando aplicar *sempre a lei brasileira*, restringia a opção tradicional do herdeiro brasileiro ao declarar que se o falecido era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, *ficarão* eles sujeitos à lei brasileira, e, na Lei de Introdução, o § 1.º alterava o texto constitucional (H. VALADÃO, *in RTSP* 203/3 e ss., e *BSBDI*, 13-14-34 e ss.) Eram textos, inconveniente um e inconstitucional o outro.

XIII. Afinal a Constituição Federal de 1934 elevou o princípio à categoria jurídica máxima, assim o enunciando:

“Art. 134 — A vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do *de cuius*”.

O Anteproj. L. Geral manteve-o na forma da Constituição de 1946 e 1967: “Art. 64 — A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a *lei nacional do de cuius*” (art. 165, C.F.).

E o parágrafo único estendeu o princípio, por força de compreensão, com justiça, à sucessão do *brasileiro domiciliado no estrangeiro* (art. 63), e nesse sentido opinaram ESPÍNOLA e FILHO (L.I., 111-137).

Realmente, veio completar a finalidade do texto constitucional, aplicando o princípio também no concurso com a lei estrangeira do domicílio. O Supremo Tribunal Federal *consagrou tal modo de ver, aceitando esse parágrafo único no voto do eminente* Min. VILLAS-BOAS, encontrado *in* Rec. Extr. 59.871 do Rio Grande do Sul, *RTSTF*, 38/168, ali vencido mas, *afinal, acolhido unanimemente pelo Tribunal Pleno, em embargos, Relator o eminente* Min. ELOY JOSÉ DA ROCHA, ac. de 26-V-1971, *RTSTF*, 59/270. Eis a ementa: “Vocação para suceder, vigente a Constituição de 1946, em bens situados no Brasil, pertencentes a brasileiro domiciliado no estrangeiro. Incidência da lei sucessória brasileira, em benefício de filha adotiva brasileira, igualmente domiciliada em outro país. Aplicação, por força de compreensão, do art. 165 daquela Constituição. Embargos de divergência conhecidos e recebidos”.

A Emenda Constitucional n.º 1, art. 153, § 33, substituindo no final do texto “lei nacional do *de cuius*” por “lei pessoal do *de cuius*”, veio dar, ainda, maior dimensão ao princípio, bastando que a *lei do falecido, ou de sua nacionalidade ou de seu domicílio, ou mesmo de sua residência ou religião*, seja mais favorável ao cônjuge ou aos filhos brasileiros.

XIV. O princípio existe *em grande número de países*, seguidores ou da lei nacional, Alemanha, art. 25, Honduras, 978, Holanda, Lei de 7-4-1869; ou da *lei do domicílio*, Chile, art. 998, Salvador, 995, Equador 1.056, Argentina, 3.470, Colômbia 1.034, Nicarágua, 1.024, Peru, Cód. de 1936, art. 659, e no recente Projeto da Venezuela (1963), art. 35; ou da *lex rei sitae* para os imóveis e da *lex domicílii* para os móveis, França, Lei 14-7-1819,

art. 2.º, Bélgica Lei 27-4-1865, art. 4.º, Áustria, Lei de 9-8-1854, Liechtenstein, Lei de 4-12-1911, art. 3.º, Projetos franceses, 1950, art. 55, e 1967, 2309, até no regime da *lex rei sitae* para todos os bens, do Projeto argentino de 1954, art. 18, *fine*...

XV. O princípio acima exposto e defendido, corresponde ao novo DIP que vimos pregando, a um Direito Internacional Privado progressista (vd. H. VALLADÃO, DIP, T. 1, 5.º ed., 1980, páginas iniciais, Por um DIP Progressista).

Projeto Brasileiro de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas

Incapacidade de fato (Art. 25, § 1.º) — Não será nulo o ato de direito das obrigações realizado no Brasil, se o agente for capaz pela lei brasileira.

Forma extrínseca dos atos (Art. 29, § 2.º) — Não serão nulos no Brasil, por defeito de forma extrínseca, atos que seriam válidos segundo a lei brasileira.

Prescrição extintiva (Art. 31, parágrafo único) — Será, todavia, decretada no Brasil se atingir o prazo da prescrição ordinária na lei brasileira.

Casamento (Art. 34, § 1.º) — Não será decretada, no Brasil, a inexistência, a nulidade ou anulação de casamento que for válido segundo a lei brasileira.

Filiação (Art. 40) — A filiação em todas as suas formas e os direitos e deveres dela resultantes se regerão segundo a lei mais favorável ao filho dentre as leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência do pai, da mãe ou do mesmo filho.

Tutela e Curatela (Art. 41) — A tutela e a curatela gerais e especiais se regem segundo a lei mais favorável ao incapaz dentre as leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência do tutor, do curador ou do incapaz.

Alimentos (Art. 42) — O direito a alimentos entre parentes se rege segundo a lei mais favorável ao alimentando dentre as leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência do alimentante ou do mesmo alimentando.

Obrigações (Art. 50, § 4.º) — Ocorrendo conflitos de leis sobre a conceituação do lugar do contrato, aplica-se a lei brasileira se esta o localizar no Brasil; se o conflito for entre leis estrangeiras, aplicam-se, subsidiariamente, as leis da residência habitual, do domicílio ou da nacionalidade dos decla-

rantes ou comum dos contratantes, e, na falta, as do lugar da execução; permanecendo a dúvida, regem as leis mais favoráveis à plenitude da intenção dos interessados.

Cambial — Capacidade e forma (Arts. 55 e 56) — Iguais aos arts. 25, § 1.º e 29, § 2.º.

Sucessões (Art. 64) — Igual ao art. 153, § 33 da Constituição Federal. Art. 64, parágrafo único. A vocação para suceder em bens móveis, existentes no Brasil, de brasileiro domiciliado no estrangeiro, será regulada pela lei brasileira sempre que lhes não seja mais favorável a lei estrangeira (Constituição Federal, art. 165).

Testamento — capacidade (Art. 65, parágrafo único) — Não será inválido no Brasil, por defeito de capacidade, o testamento válido segundo a lei brasileira se esta reger a sucessão.

Associações Religiosas. Natureza Jurídica

Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito e Catedrático de
Direito Civil na Universidade de São Paulo

A Igreja Católica tem personalidade jurídica internacional.

Resta saber se ela, e as diferentes frações em que se apresenta na ordem interna: dioceses, paróquias, cabidos, confrarias, irmandades, fábricas, ordens monásticas, etc. — serão pessoas jurídicas, e, em caso afirmativo, se de Direito Internacional Público ou de ordem privada.

Sob este aspecto, na verdade, ela não se apresenta em sua unidade, mas fragmenta-se, como decorrência das necessidades de sua atuação.

Registram-se, a propósito, três correntes doutrinárias. Na primeira coloca-se LACERDA DE ALMEIDA, sustentando tratar-se de pessoas de Direito Público.

Reconhecendo, embora, ser geralmente admitida a personalidade jurídica internacional da Igreja, qualifica de singular, em seu aspecto lógico, a doutrina que contesta a sua personalidade civil, isto é, sua capacidade de Direito Privado, negando-lhe no caráter de todo àquilo que admite no tocante a cada de suas partes:

“A personalidade da Igreja como todo, personalidade distinta da de cada uma de suas divisões ou partes, resulta da própria natureza orgânica da Igreja; e assim como o Estado é pessoa jurídica a que se subordinam outras constituídas pelas suas divisões e partes, assim também a Igreja, a qual não se concebe sem a personalidade, que reconhecemos nas coletividades particulares em que se subdivide”.

Na segunda posição está CLÓVIS BEVILÁQUA, quando sustenta que sob esta relação está a Igreja Católica, face ao nosso

direito “na mesma situação em que outra qualquer seita, cujos crentes se reúnam em corporações ou instituem fundações”.

Afastado o Direito Internacional Privado que aqui nada tem que ver, o Direito Internacional Público é a expressão jurídica da organização nacional como entidade política.

Estruturando-se, politicamente, o Estado é soberano. Todas as entidades, que vivem dentro da esfera de sua organização, devem ser-lhe, necessariamente, subordinadas, ao menos sob certas relações, pois é inadmissível, perante a lógica e perante os fatos, que dentro do Estado exista uma associação que tenha poder jurídico igual ou superior a ele. Se a Igreja não pode ser subordinada ao Estado, é porque não vive dentro dele, sendo mais extensa e substancialmente diversa, se não está submetida ao Direito Constitucional do Estado não é possível considerá-la pessoa jurídica de direito interno.

O que dizia da Igreja católica, em geral, devia, por identidade de razão, ou por via de consequência, dizer-se das suas divisões locais, dioceses e paróquias, que serão pessoas de Direito Público eclesiástico, mas, em frente do Direito secular, somente poderiam aparecer como associações de caráter privado, se se organizarem segundo os preceitos de Direito Civil.

Não sendo uma pessoa de Direito Público interno, mas sendo-o do externo, não se lhe podia recusar o exercício de direitos civis. Mas, por outro lado, também não podia negar ao Estado soberano a prerrogativa de regular o seu direito interno, segundo os conselhos da prudência, provendo à sua paz e conservação.

“Por isso, podendo determinar o modo pelo qual as pessoas jurídicas externas exercem direitos privados no país, e as pessoas jurídicas internas se organizam, o Estado vê na Igreja Católica, externamente, uma vasta unidade dirigida pela Santa Sé, e, internamente, uma variedade de corporações e fundações colocadas no plano das outras corporações e fundações, que o Direito Privado reconhece e protege.”

Para uma terceira corrente, intermediária, o assunto, só encontrará solução definitiva em texto expresso que precisa resolver a dúvida para evitar maiores inconvenientes, admitindo que a personalidade jurídica destas entidades advém do Direito Canônico.

Foi o ponto de vista que acabou prevalecendo no julgamento da apelação cível n. 10.848, em amplo e erudito debate travado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Lembrou o Des. HOMERO PINHO, em acórdão da Quinta Câmara Civil, publicado no Diário da Justiça da União de 18.03.1952, que, o Estado não cria a associação religiosa como pessoa de direito privado, o Código reconhece-a. "Regula-lhe a personalidade, mas não a capacidade, eis que esta é regida pela lei nacional da pessoa que no caso é o Código Canônico."

Demonstra com SARZANA, *Manuale di Diritto Costituzionale della Chiesa Cattolica Apostolica Romana*, n. 241, que a subordinação de tais associações à autoridade eclesiástica lhes é inata, tem caráter institucional, o que vale dizer que independente de convenção expressa dos fiéis no respectivo compromisso, são criadas e controladas pela competente autoridade eclesiástica.

É o que se denomina "ereção canônica" que para LACERDA DE ALMEIDA, pág. 148, nota 5, consiste "na aprovação dos estatutos ou compromissos das mesmas pelo Ordinário e autorização para exercerem os atos de devoção em tal ou tal igreja, altar ou capela, Concílio Tridentino seção: 22 de Ref. 8".

CARVALHO MOURÃO reconhece, no caso, "no direito canônico" o valor de norma geral obrigatória, não o caráter de lei, mas o de estatuto das associações e das fundações. A norma do direito canônico, depois da separação da Igreja e do Estado, perdeu o caráter de norma legal, mas tem o de norma estatutária; por conseguinte, ao regular a capacidade dos administradores, dos associados, entre si e com terceiros, nas associações religiosas ou fundações, não podemos deixar de aplicar como norma estatutária o direito canônico. Do contrário, essas associações ficariam num estado caótico e anárquico (sem norma legal). Assim como os Estatutos, votados pelos acionistas, constituem norma obrigatória, naquilo em que não forem contrários à lei, em se tratando de sociedades (associações em geral) é o direito canônico estatuto das associações e das fundações religiosas, no silêncio, ou na falta do Estatuto ou compromisso" (voto no acórdão 26.08.1940, in Rev. Forense, volume 6, pág. 354, Direito, volume 6, pág. 264).

DUARTE DE AZEVEDO, *Controvérsias Jurídicas*, assinala ser destituído de procedência pretender, a pretexto da separação da Igreja do Estado, que as dioceses, a Mitra, os cabidos, os conventos, as Irmandades e mais pessoas jurídicas eclesiásticas passaram a se subordinar apenas às leis civis, relegando as da Igreja que as constituíram e as regulamentaram.

"A separação da Igreja exautorou-a de seu caráter oficial perante o Estado. Extinto o regime

de aliança, os institutos eclesiásticos de públicos se tornaram particulares, mas as pessoas jurídicas na Igreja nada perderam de sua constituição e personalidade.”

É bem mais importante do que poderia parecer à primeira vista a distinção estabelecida.

Nunca poderiam supor os que traçaram os limites entre a Igreja e o Estado — aditou o des. FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO, — “que as corporações religiosas, subtraídas à fiscalização do Estado, por motivo de respeito à disciplina interna da Igreja, fossem recusar-se à disciplina da Igreja, sob o fundamento de terem uma autonomia que, jamais em qualquer tempo da história, lhes havia sido reconhecida. . . ”

Devia tremer a mão do juiz que mandar entregar ao arbítrio de meia dúzia de administradores, sem fiscalização nem do Estado nem da Igreja, um grande patrimônio amealhado com o correr de anos e de séculos para fins religiosos ou de beneficência.

Devia tremer ainda mais ao proclamar o caráter leigo de associações com a finalidade declarada nos seus Estatutos de promover o serviço e culto da religião católica.

“Será grande a responsabilidade daquele que considerar as confrarias e irmandades católicas meras sociedades civis, permitindo assim que a qualquer tempo, na forma do art. 21 n. 1 do Código Civil, possam ser dissolvidas pela simples vontade da maioria dos seus sócios eventuais, e, na forma do art. 22 do mesmo código, possa seu patrimônio, que, pelo destino que lhe era traçado, tomou o caráter perpétuo e inviolável de verdadeira Fundação, ser partilhado entre os sócios, num verdadeiro atentado ao interesse social.”

A única solução razoável, em matéria de associação religiosa, é uma concordata com o Vaticano, preconizada sob invocação do precedente do governo italiano, que dividiu as confrarias em duas categorias, conforme tenham ou não o escopo exclusivo ou predominante do culto.

“No caso afirmativo, tais confrarias permaneceram expressamente na dependência da autoridade eclesiástica em quanto diga respeito ao seu funcionamento e administração (Concordata, art. 29, letra

“c”, na conformidade dos cânones 688 e 725 apud SCHIAPPOLI, in *Nuovo Digesto Italiano*, volume III, *Confraternite*, pág. 817).

Quanto às confrarias que, embora de culto, tenham como escopo exclusivo ou predominante o de beneficência, ficaram equiparadas às instituições públicas de beneficência e submetidas à tutela e inspeção do poder civil, intervindo o Ordinário somente em matéria religiosa (CAVIGIOLI, *Derecho Canonico*, 1, pág. 569).”

Não há, na verdade, outra saída para o embaraço senão uma concordata, pois, a rigor, só poderiam ser consideradas como entidades de direito privado as sociedades religiosas que como tais fossem reconhecidas pelo direito positivo, que, num círculo vicioso, não pode reconhecê-las sob a invocação de sua laicidade.

Encontramo-nos em posição bem semelhante à que ocorria na Itália há meio século, antes da Concordata que se tornou executória com a Lei n. 810, de 27.05.1929. A rigor, deixando a evidência, deveríamos admitir como pessoas jurídicas de fato, e, pois, inexistentes aos olhos da lei, grande número de ordens, congregações e outras entidades religiosas.

Somente por meio de um diploma legal dessa natureza será possível rever a legislação brasileira e a própria legislação canônica, traçando diretrizes a serem observadas por ambas as partes, indicando-se as personalidades jurídicas que vão ser objeto de expresso reconhecimento.

Enquanto semelhante concordata não for alcançada, melhor definindo as posições recíprocas, há que reconhecer que entre os dois sistemas vigorantes de relações entre confissões e o Estado: separatista em sentido próprio, submissão das confissões ao direito das associações privadas, ou privilegiado em favor de uma ou mais religiões, o Brasil, como os Estados Unidos da América do Norte, optou pelo primeiro, que permite às confissões e associações religiosas viverem livremente.

Se entendem, porém, inserir-se “no ordenamento estatal (por exemplo obter o reconhecimento da personalidade jurídica)” — acentua PIETRO GISMONDI, *L'Autonomia delle Confessioni Acattoliche*, in “*Raccolta di Scritti in Onore di ARTURO CARLO JEMOLO*”, vol. I, *Diritto Canonico, Diritto Ecclesiastico*, tomo II, Milão, Giuffrè, 1963, págs. 633-662, — devem sub-

meter-se às normas de direito comum e apresentar-se como corporações nas formas típicas” elaboradas pelo ordenamento estatal, em virtude do qual não se concebe o reconhecimento das confissões e das suas entidades pela livre regulamentação dos seus estatutos.

Lembra que a contraposição entre confissões e associações com finalidade religiosa, consiste em que as primeiras apresentam caráter institucional em virtude da existência de uma comunidade permanentemente ligada pelo vínculo da fé comum, e, além disso, uma organização, uma verdadeira e própria norma, foi acolhida em acórdão de 1958 da Corte constitucional italiana, que ressaltou dela se desatarem:

“todas as conseqüências, entre liberdade de exercício dos cultos acatólicos como pura manifestação de fé religiosa e a organização das várias confissões nas suas relações com o Estado”.

Encarece que as confissões religiosas diferentes da católica dão origem a organizações extremamente diversificadas entre si, que existe desconformidade entre comunhões sociais com finalidade religiosa surtas com ordenamentos próprios específicos originariamente não conexos com as estatais, e os agrupamentos de fato, sem qualquer organização mesmo elementar, fazendo ver que a adesão a uma doutrina religiosa é diferente da manifestação de vontade que intervém na constituição ou na adesão a uma determinada associação.

“Além disso é evidente que os ordenamentos das confissões não são derivados e são portanto estranhos ao ordenamento estatal, por estarem constituídos e desenvolvidos fora dele, mas são obrigados a colocar-se em relação com o próprio ordenamento estatal, consentindo reciprocamente que algumas matérias sejam reguladas pela norma do outro ordenamento.”

Invoca o pensamento de JEMOLO: reconhecer os direitos de liberdade religiosa significa garantir aos sectários de todas as confissões o uso dos necessários meios instrumentais, aí encontrando confirmação indireta da tese que se o Estado quer garantir integralmente a liberdade natural da pessoa não pode não reconhecer relevo jurídico também às comunidades, nas quais se desenvolve e se integra à personalidade do indivíduo, com os interesses correspondentes.

Acentua que a orientação corresponde à aspiração substancial do homem moderno de combater a solidão, à qual estaria fatalmente destinado, tendo BETTI, acentuado que “quanto mais sentida é a solidariedade entre os sócios, tanto mais acentuadas tornam-se as exigências da sociedade também na regulamentação da autonomia privada”.

Com relação aos demais cultos religiosos, alguns, pela relevância que assumem, têm reconhecidas as entidades respectivas por diplomas legais.

Assim o Decreto italiano n. 1.731, de 30.10.1930, deu ordenamento especial às Comunidades israelitas, entidades jurídicas que provêm à satisfação das necessidades religiosas, na conformidade das leis e tradições hebraicas.

Cuidam do exercício do culto, da instrução e da educação religiosa, promovem a cultura, e administram instituições assistenciais e beneficentes.

2. Associações religiosas em espécie

Existe grande número e grande variedade delas, nem sempre sendo possível estabelecer limites precisos entre as sociedades religiosas e as civis.

Procuremos sistematizar a matéria, acompanhando principalmente LACERDA DE ALMEIDA, no estudo a que procedeu, sob o título de *Pessoas Jurídicas*, em seus tópicos essenciais.

As Dioceses. A Igreja em sua universalidade constitui pessoa jurídica; devem formar outras tantas pessoas as suas subdivisões, dotadas de regime e vida próprios, como as dioceses sob a autoridade dos bispos e as paróquias sob o governo dos párocos. Sob o aspecto da independência do regime, embora subordinada, como outras sociedades igualmente autônomas a uma sociedade mais elevada e vasta, a personalidade da diocese não oferece dúvida.

A polêmica só se agita no tocante à propriedade, administração e disposição dos bens.

No Direito Eclesiástico Protestante a questão não tem dificuldade: os bens eclesiásticos pertencem à comunhão dos fiéis; sua administração pode variar conforme o sistema para isso adotado, a personalidade jurídica resulta da própria existência do patrimônio pertencente à Igreja coletivamente tomada.

Perante a doutrina católica, porém, é controverso a quem pertencem os bens eclesiásticos, e que caráter têm, visto que

a propriedade dos mesmos dissemina-se em fundações e instituições pias, algumas a cargo dos bispos, mas nem por isso confundindo-se com o patrimônio da mitra ou da própria Igreja diocesana.

Isso não impedia ser verdade a existência da Diocese como pessoa jurídica.

“Em primeiro lugar porque para sê-lo não é necessário a qualidade de proprietária dos bens que estejam sob sua administração bastando-lhe o exercício dos direitos que lhe competem sobre tais bens, principalmente o de excluir a outrem v.g., o Estado ou qualquer outra corporação do gozo e posse de tais bens, e é o que basta, nas relações da Diocese com as outras corporações e com o Estado.

Em segundo lugar porque não é necessário também a existência de um patrimônio *in actu* para que seja reconhecida a existência e capacidade de uma corporação ou de um ente jurídico de existência ideal, bastando a possibilidade de adquirir esse patrimônio; e ninguém dirá que uma doação ou legado feito à Diocese caducará por falta de capacidade jurídica da legatária.

Em terceiro lugar, finalmente, porque os cânones atribuindo aos bispos todo o poder sob a Igreja à sua direção confiada, dão-lhes direitos sobre os bens compreendidos na Diocese, direitos que se não poderiam compreender nem praticar se a cada uma das instituições fosse livre reger e administrar como entendessem o respectivo patrimônio e constituíssem, nesse caráter, entidades não subordinadas ao Bispo, mas inteiramente isentas da sua inspeção e governo.”

Da Diocese, representada pelo Bispo como chefe da respectiva Igreja — a qual é corporação —, distingue-se a *mitra*, por ser um patrimônio destinado a manter a entidade Bispo como pessoa indeterminada que ocupar a qualquer tempo a sede episcopal e fundação. Aquela, como ser individual, perece; esta goza de uma espécie de imortalidade legal, na frase de BLACKSTONE, constituindo o que os juristas ingleses denominam *sole corporation* ou corporação de um só, série das pessoas singulares que ocupam sucessivamente certa dignidade ou cargo. E porque essa série é indefinida e a sucessão perpétua, surgiu

a necessidade de estabelecer patrimônio destinado a mantê-la no decurso dos tempos — daí sua natureza de fundação.

As Paróquias. “À medida que foram aumentando e complicando as atribuições dos bispos, crescendo a população e dilatando-se os limites das dioceses, entraram os bispos a nomear presbíteros que os auxiliassem na administração dos sacramentos e outros misteres da cura de almas em certos pontos da diocese, vindo com o andar dos tempos a tornar-se estáveis e perpétuas tais delegações.

Com o caráter de perpetuidade e inamovibilidade atribuído aos párocos nasceu a fixação e estabilidade dessa circunscrição eclesiástica denominada — paróquia — a qual, não raras vezes tem sido tomada pela lei civil para termo de divisão aplicável a vários fins de ordem meramente civil.

É pois, como o município, uma divisão antiqüíssima, com interesses próprios, distintos dos interesses da diocese, de que faz parte, com sua Igreja, com seu chefe e representante, e pois tem direito a personalidade jurídica, e em tal caráter lha reconhecem os autores e o confirma a jurisprudência dos nossos tribunais. Assim, praticado um ato da autoridade civil que diga respeito à paróquia, tem o pároco competência para tomar parte nele ou reclamar contra ele, defendendo e sustentando os direitos de sua igreja.”

Os cabidos. Como conselheiros natos do bispo, os cônegos formam o senado dele, assim como os cardeais o do Papa, e do mesmo modo que estes ajudam e servem ao Papa no governo da Igreja Universal, aqueles prestam os mesmos ofícios aos bispos no regime das respectivas dioceses.

“Em corporação separada do bispo, constituem o capítulo ou cabido, o qual tem incontestavelmente personalidade jurídica, pois distingue-se dos seus membros, tendo como têm honras e jurisdição que não tem nenhum dos cônegos tomados separadamente, e que desenvolve principalmente em sé vaga.”

Nota-se-lhe, além disto, o caráter de perpetuidade e renovação ou duração indeterminada pela substituição dos respectivos membros; tem direitos e interesses como corporação, bens patrimoniais, síndico ou procurador, e selo para expedir os atos capitulares, o que tudo implica a personalidade que lhe compete. O cabido, pois, tem representação jurídica ativa e passiva tanto pelo patrimônio que administra, como por qualquer outro direito que lhe compita.

Cabido ou capítulo tem sentido amplo: significa a corporação de clérigos instituída em certa Igreja para prover ao serviço do culto, e assim diz-se o capítulo da Ordem Beneditina quando incorporada a Ordem para deliberar. No sentido restrito toma-se pelo capítulo dos cônegos da Catedral.

Confrarias ou irmandades. Define-as LACERDA DE ALMEIDA como associações de leigos sob a autoridade e inspeção dos bispos destinadas à manutenção do culto e ao exercício de atos de piedade.

Vocábulo derivado do francês, *confrérie*, as irmandades podem ter várias finalidades: meramente religiosas, auxílios espirituais aos próprios componentes ou obras de piedade ou de caridade, e tomam várias denominações: Confraria do Santíssimo Sacramento, das Almas, da Misericórdia, do Espírito Santo, etc.

As pessoas que as compõem, embora crentes na mesma fé, não estão sujeitas a votos religiosos ou de obediência, anota DE PLÁCIDO E SILVA, acrescentando:

“Embora associações de caráter espiritual e religioso, subordinadas às autoridades religiosas, a fim de que adquiram personalidade jurídica, precisam atender às prescrições legais prestando, assim, obediência às leis e autoridades civis.

Em relação à sua organização interna administrativa, as confrarias, quando eretas canonicamente encontram-se subordinadas à autoridade eclesiástica.

Deste modo, fundados nos compromissos ou regulamentos das irmandades ou confrarias, os atos episcopais são rigorosamente válidos para intervir nas administrações delas no sentido de levá-las ao cumprimento de seus objetivos ou de lhes normalizar qualquer controvérsia ali verificada.

Somente quando se trata de matéria de ordem temporal, sujeita às regras do direito civil, deve intervir a autoridade leiga, desde que, em tais casos, não se trate de assuntos pertinentes à sua administração interna, sujeita à jurisdição eclesiástica”.

“São de ordinário eretas em uma igreja ou capela” — volve LACERDA DE ALMEIDA — “e têm a seu cargo uma devoção, às vezes uma ou mais instituições de caridade. Desta última espécie são as Misericórdias, que têm a seu cargo hospitais, cemitérios e asilos; são de ordinário entre nós a pessoa jurídica encarregada de funções pias.

Distinguem-se das devoções em que estas são meras congregações de fato sem compromisso ou

estatutos, que são a base de toda a associação organizada, entretanto as devoções podem usar opa como irmandades...

Com o advento da República e proclamação dos princípios de liberdade religiosa assegurados pela Constituição, cessou por completo, a ingerência do poder civil na administração das irmandades e a fiscalização a que sob diversos pretextos viviam sujeitas...

Se a jurisprudência tem negado aos bispos a faculdade de tomar contas às irmandades da administração de seu patrimônio, também não a tem outorgado aos juizes seculares como dantes, nem pode, por outro lado, desconhecer o direito de suprema inspeção que sobre tais corporações e, conseguintemente, sobre ao destino e aplicação do respectivo patrimônio deve exercer a autoridade eclesiástica”.

Fábrica. Para DE PLÁCIDO E SILVA, no sentido que lhe dá o direito canônico tomado o vocábulo na acepção de índole, estrutura ou composição de alguma coisa, significa a expressão não somente o conjunto de bens e de rendas paroquiais destinados à manutenção do culto e da própria conservação da Igreja, como o conselho ou a irmandade, a que está afeta a administração de tais bens e rendas, sob inspeção das autoridades eclesiásticas.

“Correspondendo ao patrimônio paroquial e ao poder administrativo temporal, que o rege, cujos membros se dizem fabriqueiros ou fabricanos, é a fábrica paroquial uma pessoa jurídica de direito privado, embora subordinada aos poderes eclesiásticos, a que cabe a sua direção e fiscalização.

Diz-se simplesmente temporal, em oposição a espiritual, porque atende simplesmente aos negócios temporais (profanos ou econômicos e financeiros) da Igreja, podendo ser constituído simplesmente por leigos, enquanto o poder espiritual somente é representado pelos párocos ou pelos clérigos.

As fábricas paroquiais regem-se segundo as regras do Direito Canônico, estando diretamente subordinadas às autoridades eclesiásticas, mesmo quando constituídas por leigos, componentes das irmandades, congregações ou confrarias.

Quando os bens são instituídos por uma pessoa, com a cláusula de inalienabilidade e sob cota certa e determinada, para manutenção de um culto, eles se dizem propriamente *capela*.

“Pessoa jurídica de Direito Canônico; consiste nos bens ou rendimentos destinados à conservação e reparação de uma igreja, de ordinário paroquial ou catedral, bem como às despesas

do culto”, classifica-a LACERDA DE ALMEIDA, como universalidade de bens administrados entre as fundações, pois nada mais é que um patrimônio destinado àqueles fins.

“Mas como as necessidades econômicas da Igreja consistem precisamente na conservação e reparação do edifício, altares, móveis, alfaias e guisamento, e mais despesas com a manutenção do culto; a fábrica representa a Igreja sob a relação patrimonial; é o fisco de cada igreja, como o fisco é a personificação patrimonial do Estado e de suas divisões políticas ou administrativas”.

Ordens monásticas. Em nenhuma das outras corporações é mais visível — diz o mesmo tratadista — a nota de unidade na multiplicidade, de inteira fusão e absorção da vida individual na vida coletiva, do que na organização das ordens monásticas.

Os três votos — comuns a todas as regras — de pobreza, obediência e castidade, o estão indicando. O voto de pobreza implica inteira renúncia à propriedade individual em benefício da comunhão: pouco importa que a ordem seja rica ou mendicante, o religioso é sempre pobre.

O advento da República, proclamando a liberdade de consciência e de associação, não melhorou a situação em que se achavam as comunidades religiosas, até que a Constituição de 24-02-1891, garantindo a todas as confissões religiosas o direito de adquirir bens, aboliu implicitamente o regime de mão-morta.

Quanto à *administração dos cemitérios*, foi retirado da Constituição de 1967, e não incluído na de 1969, o preceito constante do art. 141, § 10 da de 1946, atribuindo-lhes caráter secular e determinando sua administração pela autoridade municipal, permitindo a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos e autorizando as associações religiosas a, na forma da lei, manter cemitérios particulares.

A inovação é de importância fundamental, uma vez que autoriza a interpretação de que é livre a organização de sociedades para fins de exploração de cemitérios.

Permanecerá, no entanto, como é lógico, a distinção entre os cemitérios públicos e os particulares.

O Novo Direito do Mar e a América Latina *

Vicente Marotta Rangel

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

V O Alargamento da Jurisdição Horizontal do Estado Costeiro

De conformidade com a doutrina Truman, as águas superjacentes à plataforma continental (epicontinentais) manteriam seu caráter de alto mar. Era compreensível que, de forma diferente se decidisse, ou seja, que as águas epicontinentais se identificassem com o mar territorial, por uma questão de coerência lógica entre o regime da plataforma e o do mar epicontinental. Assim, não tardou a ocorrer, de fato. O decreto n. 14.708, de 11 de outubro de 1946, baixado pelo governo argentino partiu da premissa de que “na ordem internacional se encontra taxativamente admitido o direito de cada país em considerar como território nacional toda a extensão do mar epicontinental e a planície continental adjacente”. Concluía o decreto pertencerem “à soberania da Nação o mar epicontinental e a plataforma continental argentina” (art. 1.º). Era a tese que encontrava arrimo, como se verificou, em autores como STORNI, SUAREZ, NÁGERA e RUELAS, sustentada, depois da promulgação desse decreto, por outros latino-americanos, entre os quais MORENO QUINTANA e TEREZA FLOURET ^{46b}. As dificuldades, contudo, de identificação do mar territorial com

* Continuação do trabalho com o mesmo título publicado nos volumes 74-1979 e 75-1980 desta *Revista*.

THOMPSON-FLORES, Sergio. *La Maquinaria Internacional para la Zona de los Fondos Marinos y Oceánicos*, in *Derecho del Mar: una visión latino-americana*, *op. cit.*, pp. 237-247.

46a. *International Politics and the Sea: The Case of Brazil*, Westview Press, Boulder, Colorado, pp. 113 e segs.

46b. Cf. PFIRTER de ARMAS, Frida M., *Argentina y el Derecho del Mar, El Derecho del Mar en Evolución*, *op. cit.*, p. 257. Em sentido diferente: PUIG, Juan Carlos. *La Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar in Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*, Rosario, 1963, pp. 101-103.

o mar epicontinental, cujos contornos são de difícil verificação, conduziram a uma reformulação do direito positivo. A lei n. 17.094, de 29 de dezembro de 1966, passou a estender a soberania argentina ao “mar adjacente” até uma distância de duzentas milhas. Evolução semelhante se deu no Panamá, pois o decreto n. 499, de 17 de dezembro de 1946, dizia que a jurisdição do país se estendia às águas territoriais assim como sobre todo o espaço superjacente à plataforma continental. Ato posterior, contudo, o Decreto n. 58, de 18 de dezembro de 1958, circunscreveu o mar territorial panamenho até a distância de doze milhas marítimas, a qual foi, posteriormente, distendida para duzentas milhas. (Lei n. 31, de 2 de fevereiro de 1967). Como se sabe, a solução que a Conferência de Genebra (1958) deu ao problema do estatuto do mar epicontinental consistiu em considerá-lo sujeito ao regime do alto mar, em conformidade, pois, com as diretrizes das proclamações norte-americanas de 28 de setembro de 1945.

A largura das duzentas milhas parece ter sido mencionada pela primeira vez pelo Comandante don Rafael Torrico, da Armada Peruana, que a considerava em 1934, segundo relata ARAMBURU MENCHACA⁴⁷ “como la más recomendada en la opinión de los más autorizados geógrafos”. Alguns anos mais tarde, em setembro de 1939, o Presidente dos Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, teria ordenado o patrulhamento das costas de seu país até duzentas milhas de distância “para vigilar las actividades de los navios beligerantes” pois que até essa distância operava o radar a esse tempo⁴⁸. Essa distância, para fins de determinação da jurisdição do Estado costeiro em tempo de paz, se inseriu, dois anos depois de terminada a segunda guerra mundial, na legislação chilena e peruana, atendida problemática específica e a motivos de alta relevância⁴⁹, tendo o ato do governo de Santiago caráter pioneiro.

47. *Op. cit.*, p. 21.

48. *Ibidem*, p. 18. Ver também de ARAMBURU MENCHACA. *História de las 200 Millas de Mar Territorial*, Lima, 1973. Em sentido contrário, escreve Ann L. HOLLICK: “As far the connection between the size of a patrol zone and the state of military technology, it should be noted that the operational range of radar was less than 200 miles in 1939”. Quanto à iniciativa do Presidente Roosevelt, a mesma autora aduz: “No evidence of a Presidential Proclamation of a 200 miles zone can be found, however, in governmental records of the period or in subsequent compilations of U.S. claims to defensive sea areas, maritime control, and customs enforcement areas”. (*The Origins of 200-Mile Offshore Zones*, AJIL, 1977, V. 71, pp. 494-495, nota 5 in fine).

49. Sobre a eventual influência da caça à baleia na legislação chilena e peruana, vide HOLLICK, *op. cit.*, pp. 494-500.

Dada a circunstância de que os países do Pacífico Sul carecem de plataforma continental, sua iniciativa de estender o mar territorial ou zona de pesca a duzentas milhas se fundamentou em considerações geográficas, econômicas e ecológicas. A idéia do mar epicontinental não foi de todo excluída pois é mencionada na Declaração do Presidente do Chile de 23 de junho de 1947, porém, a referência é nela feita a título de precedente lógico de “la demarcación de las zonas de protección de caza y pescas marítimas en los mares continentales e insulares que quedan bajo el control del Gobierno . . . dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática proyectada en el mar a doscientas millas marinas de distancia de las costas continentales chilenas”⁵⁰. Decreto do governo peruano, de 1.º de agosto do mesmo ano, considerando igualmente necessário que “el Estado proteja, conserve y regule el uso de las aguas epicontinentales que cubren la plataforma submarina y en los mares adyacentes a ella”, dispos sobre “el control y protección del Estado sobre el mar adyacente hasta la distancia de doscientas millas”. Essa distância encontra ressonância entre países do Caribe. Costa Rica, desde 1948 (Decreto Legislativo núm. 116 del 27 de julio de 1948), “declaró la protección y control del estado sobre todo el mar comprendido dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática, proyectada en el mar a doscientas millas” (art. 4). A constituição de El Salvador, de 1950, estabeleceu o limite de duzentas milhas de mar territorial. Honduras também declarou “la protección y control del estado en el Océano Atlantico, sobre una zona de doscientas millas de anchura” (Decreto n. 96, de 28 de janeiro de 1951⁵¹). A mesma distância foi outrossim inserida na Declaração sobre Zona Marítima, de 18 de agosto de 1952.

Os governos dos países signatários — Equador, Chile e Peru — proclamaram “la soberanía y jurisdicción exclusiva que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña

50. Importa notar que a expressão *mar epicontinental* figura igualmente na Declaração de Antigua, Guatemala, adotada pela primeira Reunião de Ministros de Relações Exteriores de Centroamérica, em agosto de 1955. A Reunião declarou *su proposito de defender el patrimonio territorial, económico y cultural de los estados centroamericanos, incluyendo en el primero la plataforma continental y el mar territorial y epicontinental para que, su aprovechamiento redunde en el mejoramiento integral de sus pueblos* (Cfr. VILLAGRAN KRAMER, Francisco. *Régimen del Mar en Centroamérica e islas del Caribe. El Derecho del Mar en Evolución: La Contribución de los Países Americanos. México*. Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 191.

51. VILLAGRAN KRAMER, *op. cit.*, p. 191.

las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas". Essa medida fora determinada — como dizia a Declaração — por "los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas en las aguas que bañan las costas" dos três países⁵². Ratificada pelos três países signatários a cujos ordenamentos internos se incorporou, a Declaração não é suficientemente clara em seus termos sobre a natureza jurídica da zona de duzentas milhas náuticas. Em posições antagônicas se colocam Equador e Chile a respeito, sustentando cada qual, respectivamente, que se trata e que não se trata de mar territorial. O primeiro desses países, aliás, mediante o Decreto n. 1.542 de 10 de novembro de 1966, modificara o artigo 633 de seu Código Civil, cuja nova redação passou a estabelecer um mar territorial de duzentas milhas marítimas⁵³. A Declaração de Santiago repercutiu no II Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, celebrado em São Paulo, em 1953⁵⁴. Os acordos desse congresso estabeleceram que "los Estados que carecen de plataforma submarina, tienen... el derecho de regulamentar y fiscalizar la pesca y la caza que se realicen en las zonas del alto mar adyacentes al mar territorial, hasta el límite de 200 millas marinas contadas desde la línea exterior de aquél" Também se acordou em que "la autoridad y jurisdicción del Estado ribereño comprende, así mismo, las facultades de reglamentar y fiscalizar la pesca y la caza que se realicen en toda la extensión de las aguas que cubren la plataforma submarina, con el objeto de proteger sus recursos naturales contra su exterminio, aunque sus habitantes no practiquen tales actividades en dicha zona". O conceito de mar complementar se referia aos Estados que carecem de pla-

52. Diversos atos unilaterais completam e aperfeiçoam a Declaração de Santiago de 18 de agosto de 1952 em cuja data os governos do Chile, Equador e Peru instituíram, aliás, a *Comisión Permanente de la Conferencia sobre Exploración y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur*. Entre esses atos, cabe mencionar o *Convenio Complementario e os Convenios sobre Sistema de Sanciones e sobre Medidas de Vigilancia y control de las Zonas Maritimas de los Paises Signatarios*, assinados em Lima, a 4 de dezembro de 1954.

53. Cfr. VARGAS CARREÑO, E. *América Latina y El Derecho del Mar*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 26-32. ORREGO VICUÑA, Francisco. *La Legislación Chilena sobre el Derecho del Mar. El Derecho del Mar in Evolución: La Contribución de los Paises Americanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 277-291. PFIRTER DE ARMAS, Frida M., *La Marcha hacia el Oeste. El Derecho del Mar en Evolución*, op. cit., pp. 295-308.

54. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, I, 1959, p. 423.

taforma continental, enquanto o conceito de mar epicontinental se reportava aos Estados que a possuem de forma nítida e distendida ⁵⁵.

O critério das duzentas milhas fora influenciado pela distância em que do litoral se encontra a corrente marítima de Humboldt ⁵⁶, da qual depende a fertilidade dos recursos biológicos das águas adjacentes às costas do Equador, Chile e Peru. Havia também razão doutrinária, a necessidade de suprir a deficiência dos Estados desprovidos de plataforma continental. Surgia, assim, desses Estados uma reação contrária ao processo desencadeado pela proclamação Truman. “Considerando que outros países marítimos” — escrevia YEPES — “possuem plataforma que se estende até mil quilômetros na direção do oceano, é justo e razoável reconhecer aos países igualmente marítimos sem plataforma, em razão de suas costas abruptas, uma compensação equitativa do mar territorial” ⁵⁷, “Observaciones técnicas locales demuestran” — acrescentou BUSTAMANTE Y RIVERO ⁵⁸ — “que el ámbito de la presencia estable o habitat normal de los recursos vivos constitutivos del complejo biológico del mar peruano alcanza en veces una amplitud bastante próxima a las doscientas millas; al paso que la anchura mayor de nuestra plataforma submarina no llega a sobrepasar las sesenta o setenta millas, de modo que una protección eficaz de aquel complejo no será lograda con la vigilancia y control de sólo las aguas epicontinentales de la plataforma”. A distância de duzentas milhas atende, outrossim, à necessidade de prover de pesca as populações ribeirinhas e à circunstância de que os peixes servem de alimento às aves produtoras de guano que, por sua vez, constitui fonte de riqueza nacional ⁵⁹.

55. Veja-se meu estudo in *El Derecho del Mar en Evolución*, op. cit., pp. 11-70, especialmente pp. 26-27.

56. É interessante lembrar que o Presidente Jefferson, dos Estados Unidos da América, havia proposto que as águas neutras fossem estendidas até o limite exterior de outra corrente marítima, a do Gulf Stream, adjacente ao mesmo país como uma *natural frontier* (AUGUSTE, Barry B. L., *The Continental Shelf*, Genève-Paris, Droz-Minard, 1960, p. 40).

57. YEPES, J. M., *Les Nouvelles Tendances du Droit International Américain*, RGDIP, 1956, p. 40.

58. BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luiz. *Principios jurídicos que sustentan la Tesis del Perú*, in *Fundamentos de la doctrina de las 200 millas peruanas*. Lima, Editorial Liborio Estrada, 1973, p. 139.

59. GARCÍA SAYAN; *Notas sobre la Soberanía Marítima del Perú*, Lima, 1955, pp. 4-5.

Conquanto objeto de críticas e incompreensões⁶⁰, distendeu-se, gradualmente, a regra das duzentas milhas para os países latino-americanos (antes de o ser para demais áreas geográficas), sobretudo após o malogro das duas primeiras Conferências das Nações Unidas no fixar a largura do mar territorial. Reuniram-se em Montevideu em maio de 1970 os delegados dos Estados latino-americanos que haviam até então “extendido en razón de sus condiciones peculiares su soberanía e sus derechos exclusivos de jurisdicción sobre la zona marítima adyacente a sus costas, su suelo y su subsuelo, hasta una distancia de doscientas millas”. Tratava-se da Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Nicarágua, Panamá, Peru e Uruguai. A Declaração de Montevideo, de 8 de mesmo mês e ano, indicou seis princípios básicos do direito do mar, dos quais o último, que suscitou divergência de interpretação, estipulava “el derecho a adoptar medidas de reglamentación para los fines precitados aplicables en las zonas de su soberanía y jurisdicción marítimas sin perjuicio de la libertad de navegación y el sobrevuelo de las naves y aeronaves de cualquier pabellón”. Pouco tempo depois, teve lugar em Lima nova reunião que contou com a participação tanto dos países representados à reunião anterior como de Barbados, Bolívia, Colômbia, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Paraguai, República Dominicana, Trinidad e Tobago, e Venezuela. Entre os princípios comuns do Direito do Mar, a Declaração então subscrita, de 8 de agosto de 1970, consignou “el derecho del Estado ribereño a establecer los límites de su soberanía o jurisdicción marítimas de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus características geográficas, geológicas y biológicas, y a las necesidades del racional aprovechamiento de sus recursos”. Votaram contra a Declaração, que aliás não se referiu à regra das duzentas milhas, a Venezuela e dois países sem litoral, Bolívia e Paraguai.

Por força da decisão tomada em reunião celebrada em Caracas, no mês de novembro de 1971, entre representantes dos governos dos países ribeirinhos do mar Caribe, ficou decidida a convocação de reunião especial sobre direito do mar. Esta teve lugar em Santo Domingo após reunião preparatória realizada em Bogotá, em fevereiro de 1972. A Declaração de Santo Domingo, de 9 de junho de 1972, após afirmar, entre outros considerandos, as condições peculiares dos países do Caribe e ao mesmo tempo a coordenação da América Latina

60. Cf. FRIEDMANN, Wolfgang. *Selden redivivus — Toward a partition of the sea?*, AJIL, 1971, pp. 757-770.

para buscar uma ação conjunta no futuro, estabeleceu na parte dispositiva normas sobre mar territorial, mar patrimonial, plataforma continental, fundos marinhos internacionais, alto mar, contaminação dos mares e cooperação regional. Dez países subcreveram a Declaração, abstendo-se de fazê-lo Barbados, El Salvador, Guyana, Jamaica e Panamá. Além destes cinco países compareceram Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, República Dominicana, Trinidad e Tobago e Venezuela. Cuba não fora convidada.

Segundo a Declaração, a largura máxima do mar territorial é estipulada em doze milhas náuticas, sendo que a soma dessa largura mais a do mar patrimonial não devem exceder de duzentas milhas náuticas medidas a partir da linha de base aplicável. As disposições da Declaração, sobre plataforma continental, se mostraram conformes com a Convenção de Genebra pertinente. “Los fondos marinos y sus recursos, más allá del mar patrimonial y de la plataforma continental no cubierta por éste, son patrimonio comum de la humanidad, de acuerdo con la Declaración adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 2749 (XXV) del 17 de diciembre de 1970”. Previu-se a criação de uma “autoridad internacional con poderes para realizar todas las actividades en el área de los fondos marinos”. Em relação ao alto mar, dispôs a Declaração que a liberdade de pesca “no debe ser ilimitada ni ejercida en forma discriminada y debe ser objeto de una adecuada reglamentación internacional, preferentemente de ámbito mundial y aceptación general”. Estipulou-se, outrossim, ser “deber de todo Estado el abstenerse de realizar actos que puedan contaminar los mares y sus fondos marinos, tanto dentro como fuera de sus respectivas jurisdicciones”.

A contribuição principal da Conferência de Santo Domingo foi a cristalização de normas sobre nova área, o mar patrimonial cujo regime jurídico ficou desde então delineado em seus traços principais. A denominação do novo espaço, a qual não subsistirá, aliás, na projetada convenção de Caracas, foi empregada publicamente pela primeira vez em 1970, por Gabriel Valdés, então Ministro das Relações Exteriores do Chile, em discurso de comemoração a aniversário da fundação do Instituto Antártico Chileno. VARGAS CARREÑO versou sobre o conceito de mar patrimonial em palestra pronunciada no mesmo ano da Universidade de Rhode Island assim como no Informe apresentado no ano seguinte ao Comitê Jurídico Interamericano do Rio de Janeiro⁶¹. Definia ele o mar patrimonial como sendo

61. *América Latina y el Derecho del Mar*, op. cit., p. 74.

“el espacio marítimo en el cual el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo a explorar, conservar e explotar los recursos naturales del mar adjacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, así como de la plataforma continental y su subsuelo hasta el límite que dicho Estado determine de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus características geográficas, geológicas y biológicas, y a las necesidades del racional aprovechamiento de sus recursos”. Nessa formulação inicial, o mar patrimonial, que abrangia “tanto el mar territorial como una zona situada más allá de éste”, não deveria ter largura superior a 200 millas marinas⁶². O nome proposto, “faute d’un meilleur nom”⁶³, se devia à finalidade do novo espaço marítimo, a de “promover el máximo desarrollo de las economías de los Estados ribereños y, consecencialmente, elevar los niveles de vida de sus pueblos”⁶⁴.

Segundo a Declaração de Santo Domingo, o Estado ribeirinho “ejerce derechos de soberanía sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentran en las aguas, en el lecho y en el subsuelo” e “tiene el deber de promover y el derecho de reglamentar las investigaciones científicas que se adelanten en el mar patrimonial, así como el de adoptar las medidas necesarias para evitar la contaminación del medio marino y asegurar su soberanía sobre los recursos”. No mar patrimonial, “las naves y aeronaves de todos los estados, con litoral marítimo o sin él, tienen derecho de libre navegación y sobrevuelo, sin otras restricciones que las que puedan resultar del ejercicio, por parte del Estado ribereño, de sus derechos en el mismo mar; con estas únicas limitaciones, habrá también libertad para tender cables y tuberías submarinos.”

As três reuniões de Montevideu, de Lima e de Santo Domingo, que tiveram lugar sob o influxo dos trabalhos preparatórios da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, mostraram o propósito dos países latino-americanos de afirmarem o direito dos Estados costeiros de exercerem jurisdição até a distância de duzentas milhas das linhas de base. Dessas reuniões se infere coincidirem os participantes no reconhecimento de que o mar territorial se estende até pelo menos

62. *Informe Preliminar sobre Mar Territorial y Mar Patrimonial*, in Orrego Vicuña, *Chile y el Derecho del Mar*, Santiago de Chile, 1972, pp. 149-150.

63. CASTAÑEDA, Jorge, op. cit., p. 162.

64. VARGAS CARRERÑO. *Informe Preliminar...*, op. cit., p. 149. Sobre o histórico da utilização inicial do termo *mar patrimonial*, ver do mesmo autor *América Latina y el Derecho del Mar*, op. cit., p. 74-75.

as doze primeiras milhas náuticas. Discrepâncias surgiram sobre a conceituação da natureza jurídica da zona situada entre a duodécima e a duocentésima milha marítima e sobre a natureza da competência exercida pelo Estado costeiro sobre essa zona. Alguns Estados, como os reunidos em Montevideu, qualificaram essa zona como de mar territorial, ainda que neste reconhecessem áreas diferenciadas enquanto os reunidos em Santo Domingo propenderam para caracterizá-la como uma zona sujeita a regime específico, nem mar territorial, nem alto-mar, e denominada de mar patrimonial⁶⁵. Prevaleceu esta última diretriz. A teoria de mar patrimonial alcançou, gradualmente, larga difusão no continente americano e alhures. Dela se disse que “ha venido a completar mui utilmente los avances anteriores, dentro de um mismo concepto de la importancia de los recursos vivos y naturales del mar para el Estado ribereño” Ela sobressairia, ademais, “por su sano realismo y su aplicabilidad a las distintas situaciones de los mares estrechos como de los océanos abiertos”⁶⁶. Inseriu-se nas recomendações do Seminário Regional dos Estados Americanos, celebrados em Yaundé, de 20 a 30 de junho de 1972, no qual se baseou Kenya para apresentar na Comissão das Nações Unidas sobre Fundos Marinhos um Projeto de artigos sobre o conceito de “zona econômica exclusiva”, nome esse que acabou por substituir o de “mar patrimonial”. Entrementes, o juiz Padilla Nervo, na opinião dissidente da decisão da Corte Internacional de Justiça sobre medidas provisórias no caso das pescarias islandesas declarava que a evolução do direito internacional “conduz a admitir o conceito de um mar patrimonial que se estenderia do mar territorial a uma distância fixada pelo Estado ribeirinho no exercício de seus direitos soberanos a fim de proteger os recursos de que depende o desenvolvimento econômico da nação”⁶⁷. O novo conceito foi de certo modo introduzido, igualmente, na Resolução do Comitê Jurídico Interamericano, de 9 de fevereiro de 1973⁶⁸. Em verdade, tem sido no âmbito do sistema interamericano que as posições latino-americanas vêm encontrando foro adequado para a ressonância e mesmo acolhimento

65. Cf. CASTAÑEDA, Jorge. *La Position des Etats Latino-Américains*, in *Actualités du Droit de la Mer. Colloque de Montpellier*. Op. cit., pp. 158-163.

66. VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *Prólogo: El Nuevo Derecho del Mar*, in *E. Vargas Carreño, América Latina y el Derecho del Mar*, op. cit., p. 12.

67. Recueil n. 12, 17 de agosto de 1972, p. 27, C.I.J.

68. Vide COLINA, Rafael de la. *Evolution del Derecho del Mar en América. Contribución latinoamericana in México y el Régimen del Mar*. Tlatelolco, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, pp. 67-69.

de suas teses⁶⁹. A noção de mar patrimonial se inseriu também em diversos projetos apresentados no âmbito quer da Comissão de Fundos Marinhos, quer na própria Terceira Conferência sobre Direito do Mar. O fundamento jurídico da nova área consiste em que os recursos do mar adjacente às costas fazem parte do patrimônio natural do Estado ribeirinho.

A diversidade de qualificação da zona das duzentas milhas, que tem atendido à especificidade da legislação de cada país, persistiu de certo modo no decurso das sessões iniciais desta Conferência, mas tendeu a esvanecer-se à medida que maioria nítida se configurou em favor do reconhecimento de uma zona intermediária entre mar territorial e alto mar revestida de características jurídicas próprias. O debate entre patrimonialistas e territorialistas encaminhou-se, no contexto geral das negociações, para a prevalência das teses dos primeiros e tem sido de certo modo superado graças ao esforço comum geral dos países latino-americanos em se oporem aos propósitos de países desenvolvidos de diluírem o conceito de mar patrimonial ou de zona econômica exclusiva na categoria mais abrangente de alto mar⁷⁰. Essa tomada de posição comum latino-americana⁷¹ tem tido reflexos no âmbito da doutrina⁷² e influenciado a elaboração e consolidação das normas pertinentes do Texto Integra-

69. A Terceira Reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos, realizada no México em janeiro e fevereiro de 1956, asseverou que *Cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa*. Os princípios então aprovados foram apresentados como estudo preliminar para a Conferência Especializada Interamericana que se reuniu em Ciudad Trujillo, no mês de março de 1956. (Cfr. meu estudo in *El Derecho del Mar en Evolución*, op. cit., pp.33-34).

70. Em favor da qualificação da zona econômica exclusiva como área do alto mar: GASTINES, Louis de. *La Mer Patrimoniale*, RGDIP, 1975, pp. 447-457. SCERNI, Mario. *La Zone Économique Exclusive. The Law of the Sea*, Thesaurus Acroasium, vol. VII, Institute of Public International Law, Thessaloniki, 1977, pp. 157-186.

71. Vide ARIAS SCHREIBER, Alfonso. *Las 200 Millas en Caracas. Derecho del Mar — una visión latino-americana*. Compiladores: Jorge A. Vargas y Edmundo Vargas, México, Editorial Jus, 1976, pp. 79-118. MORALES PAUL, Isidoro. *Derechos de los Estados sobre la Zona. Derecho del Mar — una visión latino-americana*, ibidem, pp. 145-177.

72. Cf. *Mesa Redonda sobre Derecho del Mar (La Zona Económica)*, Roma, ILLA, 1978. SCERNI, Mário e TREVES, Tullio. *La Tavola Rotonda del 1975 sul Diritto del Mare*, DRI, 1976, pp. 85-89. AGUILLAR, Andrés. *The Patrimonial Sea*, in Alexander Lewis. *Law of the Sea. Needs and interests of developing countries*. Kingston, University of Rhode, Island, 1972-73, pp. 161-165. CASTAÑEDA J. *The Concept of Patrimonial Sea in International Law*, Indiana, J.I.L., 1972, pp. 535-542.

do Oficioso para Fins de Negociação (Parte V). A zona econômica exclusiva estende-se até o máximo de duzentas milhas medidas a partir das linhas de base do mar territorial. Entre outros direitos e obrigações, o Estado ribeirinho tem na zona econômica direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e administração dos recursos naturais, tanto vivos como não vivos, do leito e do subsolo do mar e águas adjacentes, e em relação a outras atividades, tendo em mira a exploração e aproveitamento econômicos, como a produção de energia derivada da água, das correntes e dos ventos. Possui também jurisdição quanto ao estabelecimento e utilização das ilhas artificiais, instalações e estruturas; investigação científica marítima; e preservação do meio marinho. Tem ele, outrossim, o direito exclusivo de construir assim como de autorizar e regulamentar a construção, exploração e utilização na zona econômica de ilhas artificiais, instalações e estruturas para o exercício de seus direitos de soberania e jurisdição na mesma zona ⁷³. Em contraposição, os demais Estados, tanto ribeirinhos como seu litoral, gozam de liberdade de navegação e sobrevôo, de colocação de cabos e oleodutos submarinos e de outros usos do mar internacionalmente legítimos relacionados com as referidas liberdades, como os vinculados ao funcionamento de navios, aeronaves e cabos submarinos.

73. *Texto Integrado Oficioso para Fins de Negociação*, arts. 55, 56, 57 e 59.

O Direito Comparado no Curso de Pós-Graduação

J. Cretella Júnior

Professor Titular de Direito Administrativo
na Universidade de São Paulo.

SÍNTESE: 1. *Introdução*. 2. *Direito comparado*. 3. *Confronto de institutos jurídicos*. 4. *Instituto personativo*. 5. *Confronto de "ramos do direito"*. 6. *Confronto de direitos*. 7. *Confronto de "sistemas jurídicos"*. 8. *Cursos monográficos rotativos*. 9. *Conclusão*.

1. Introdução

Nos Cursos de Mestrado e de Doutorado em direito — Cursos de Pós-Graduação —, a orientação de modo algum poderá coincidir com a que se imprime ao Curso de Bacharelado, já que Doutorado e Bacharelado não são o mesmo curso, apenas em dois graus quantitativamente diversos: o objeto, o método de ensino, os objetivos visados são outros.

Não tem sentido, realmente, aumentar apenas a dosagem do curso especializado e desenvolver os mesmos temas — objeto —, empregando os mesmos métodos de exposição — dedutivo ou indutivo —, procurando, por fim, formar advogados militantes mais bem informados teoricamente, juízes mais clarividentes e procuradores com perspectivas mais amplas.

A finalidade do Curso de Pós-Graduação é muito mais profunda do que a de formar advogados, magistrados e procuradores, porque o Doutorado não é um Curso de Graduação em segunda instância, com matéria repetida e exposta com o mesmo método.

Qualitativamente diversos, o traço diferencial entre ambos é a "substância", a "matéria prima" e o modo de tratá-la, jamais a dosagem no tratamento.

Ontologicamente, o Curso de Pós-Graduação deverá ter, sem dúvida, ótica diversa, parâmetros distanciados do curso

anterior, dimensão nova, já que a matéria-prima Direito — objeto material — será apresentada em plano universal, mediante CONFRONTO, transcendendo o direito do país, em que se estuda, para atingir outras espécies, em perspectivas jamais suspeitadas.

O Curso de Bacharelado ou Curso de Graduação trabalha com matrizes conhecidas e estereotipadas, mostra “o que é” o direito, num dado momento e área geográfica, prende-se muito ao direito positivo local, resumindo-se em exposição dogmática, visando, sempre, a determinados resultados práticos imediatos, tão do gosto do moderno estudante.

Ao contrário, o Curso de Pós-Graduação, abstraindo e generalizando, procura atingir o “modelo jurídico”, o “standard”, o arquétipo indiferenciado, a forma jurídica pura, a categoria jurídica universal.

Por isso, “em segunda instância”, além do objeto, o método e as finalidades são diferentes, porque, do contrário, repetimos, o Curso de Pós-Graduação deixaria de preencher o escopo em mira, caso consistisse em “aulas de reforço”, em “aumento de dosagem”, em reiteração de assuntos já tratados, em quadros nacionais restritos, em institutos limitados por dispositivos legais rígidos, em monografias exaustivas sobre temas já vistos.

Por todos esses motivos, o método de ensino, no Curso de Pós-Graduação, só pode, na primeira fase, ser um — o método comparativo, o confronto constante, o paralelo sincrônico e diacrônico entre realidades nacionais e estrangeiras, ou entre duas ou mais realidades estrangeiras. Na segunda fase, o confronto do resultado obtido com a realidade pátria.

2. Direito comparado

Direito comparado não é ramo do direito, como poderia parecer, num primeiro encontro com a expressão: é método. Direito comparado é método de exposição e de pesquisa, baseado no CONFRONTO entre fenômenos jurídicos que se passam entre coletividades diversas.

Direito comparado é o método de investigação jurídica que confronta (a) institutos jurídicos, (b) ramos do direito, (c) direitos e (d), por fim, sistemas jurídicos. Eis o quádruplo objetivo do direito comparado.

3. Confronto de institutos jurídicos

As normas jurídicas incidem sobre fatos do mundo ou sobre atos do homem, suporte fático dessas mesmas normas. Ao mundo do direito interessam as relações “*hominis ad hominem*”, reguladas pelas normas jurídicas.

A cada feixe de normas disciplinadoras das relações de homem para homem, integrando-as na ordem jurídica, damos o nome de instituto jurídico. Por sua vez, os institutos jurídicos escalonam-se pela importância e generalidade, classificando-se em principais e secundários. Formam-se, dentro dos sistemas, núcleos de institutos que se interligam de maneira direta, recebendo o nome de principais, em relação aos que os sucedem, na relação descendente e secundários, quando postos em confronto com os que os precedem, na mesma escala, ascendentemente.

A noção de *instituto jurídico*, que alguns entendem como sinônimo de instituição jurídica, é fundamental, porque todos os sistemas de direito trabalham com normas e conjuntos de normas, que convergem para determinados pontos do sistema, orientando-se para fins comuns.

A unidade lógica das regras jurídicas, vigentes num dado Estado, é imperativo do espírito humano. As normas relativas às diversas relações jurídicas são agrupadas sistematicamente, formando os *institutos jurídicos*. A coordenação dos diferentes *institutos jurídicos*, em um todo harmônico, forma o “direito”. Todo instituto jurídico tem, no respectivo direito, em que se insere, lugar próprio. Identificá-lo é determinar-lhe a natureza. Impõe-se a localização para melhor compreensão e exata aplicação das regras que o compõem.

A expressão instituto jurídico é empregada em duas acepções, ora para designar a matéria que constitui objeto da disciplinação jurídica normativa, ora para qualificar as próprias normas.

“Agrupam-se as regras em torno de núcleos, que são os institutos jurídicos. Instituto jurídico é o conjunto típico de relações organizadas pelo direito como, por exemplo, o casamento, a propriedade, o testamento, a eleição, o recurso judicial, o tratado internacional. Trata-se de instrumento indispensável à vida jurídica” (CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3.^a ed., 1948, pág. 141).

Instituto jurídico é o conjunto de regras de direito que reciprocamente se penetram, a ponto de constituírem um todo orgânico, no qual se compreende uma série indefinida de relações *de fato*, logo transformadas em relações *de direito*. Todas essas relações se originam de um só fato fundamental, que não constitui, apenas, a origem e a base do instituto, senão, ainda, o elemento que lhe ordena a organização e o desenvolvimento. (Bonniecse, *Introduction à l'étude du droit*, pág. 80).

4. Instituto personativo

No Brasil, o estudo da pessoa toma como base o direito civil, cujo respectivo Código, no artigo segundo, é preciso ao identificar "homem" e "pessoa física" (todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil).

Quanto às pessoas jurídicas, os artigos 14 e 16 esgotam, inexoravelmente, as modalidades existentes entre nós.

O Curso de Graduação, em duas disciplinas, Direito Civil e Introdução à Ciência do Direito, explica e desenvolve a *noção de pessoa*, a definição e a divisão, bem como os atributos peculiares ao instituto personativo.

Esgotar-se-ia, porém, no âmbito dos vários "direitos positivos", o elenco das pessoas físicas e jurídicas? Pessoa física ou pessoa jurídica é apenas aquilo que o direito positivo dum país, nos quadros do Código Civil, define e enumera como tal?

Em direito administrativo, por exemplo, e, em direito constitucional, as pessoas jurídicas públicas, enumeradas pelo Código Civil pátrio são (a) a União, (b) cada um dos Estados-membros, (c) o Distrito Federal, (d) cada um dos Municípios, legalmente constituídos. Além dessas quatro pessoas jurídicas públicas (União, Distrito Federal, Município e Estado-membro), devemos ainda acrescentar a Autarquia.

Em síntese, o quadro do "direito positivo" brasileiro conhece apenas cinco modalidades de pessoas jurídicas públicas: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquia. Coincidiria, entretanto, esse quadro com o do direito positivo francês? E com o do direito italiano? E com o do direito belga?

As pessoas jurídicas públicas podem ser estudadas pelo direito administrativo, pelo direito constitucional, pelo direito civil. Esse estudo está afeto, porém, aos Cursos de Graduação.

Entretanto, nos Cursos de Pós-Graduação, a ótica tem de ser outra, consistindo na indagação “tanto quanto possível” completa (já que, completa, é impossível) do elenco universal das pessoas jurídicas públicas.

Quais as pessoas jurídicas públicas existentes em outros “direitos”? Quantas são essas pessoas? Terminado o levantamento, pode-se indagar: em que medida, de que modo nosso “direito” pode aproveitar os modelos consagrados e aceitos por outras Administrações?

Já em 1930, o direito brasileiro, posto em confronto com o direito italiano, acolhia a “entidade autárquica”, a “autarquia”, acabando por introduzi-la em nosso “direito positivo”. Era um modelo importado.

Em nossos dias, a doutrina passou a estudar os nossos territórios federais (Amapá, Roraima, Rondônia e Fernando de Noronha) e, mais uma vez, inspirando-se e beneficiando-se com a realidade italiana, concluiu que aquelas porções de nosso território nada mais são do que autarquias geográficas ou autarquias territoriais, semelhantes às que existem na Itália. Sem o auxílio do direito comparado, isso não teria sido possível.

Para um grande jurista brasileiro, o território federal brasileiro, nada mais seria do que “possessão administrativa”, inovação absurda que não encontra amparo no direito comparado.

Assim, estudando o instituto personativo, podemos ver que, em cada “direito” do sistema de base romanística, o elenco das pessoas jurídicas públicas é diverso, não coincidindo de maneira alguma, nem em número (quantitativamente), nem em qualidade (ontologicamente).

Apenas para exemplificar, de maneira esquemática, assinalaremos algumas espécies, em que se desdobra o instituto personativo, em outros “direitos” do “sistema romanístico”, ou a ele ligado de certo modo:

- direito italiano: a província e a região;
- direito francês: o estabelecimento público, as coletividades territoriais;
- direito belga: os polders e os wateringues;
- direito suíço: o cantão.

Pois bem, nessa rápida e sucinta exposição, já se percebe que, do confronto de direitos, no que tange a institutos, o elenco

universal é muito mais rico, desdobra-se em espécies muito mais variadas do que o direito pátrio.

Transcendendo o “direito local”, no caso, o direito brasileiro, ponto de partida e referência para a comparação, o “direito universal” revela outras pessoas jurídicas públicas, jamais existentes, em nosso direito. E jamais suspeitadas pelo cultor, apenas, do direito pátrio.

A nosso ver, o método errado do Curso de Pós-Graduação consistiria em aprofundar, com maior erudição, as observações já feitas no Curso de Graduação, ao mesmo assunto, apegando-se ao restrito elenco do Código Civil pátrio e desenvolvendo verdadeiro curso monográfico, intensivo, sem ultrapassar as fronteiras do direito local.

O método correto, ao contrário, abrange e supera o quadro restrito da enumeração casuística local, saindo da fixação taxativa e procurando, em outros direitos, espécies inseridas em quadros mais amplos.

Quando, no futuro, aparecer entre nós uma espécie nova, não enquadrável nos modelos estereotipados existentes, basta uma incursão pelo direito de outros países para encontrar qual o arquétipo alienígena em que se insere a “species nova” brasileira.

5. Confronto de “ramos do direito”

Assim como se pode fazer o “confronto de institutos”, pode-se igualmente proceder ao “confronto de ramos do direito”. Podemos comparar o “direito penal” brasileiro com o “direito penal” inglês, o “direito administrativo” pátrio com o “direito administrativo” francês.

Por exemplo, o confronto entre dois “direitos administrativos”, a saber, um direito qualquer do sistema de base romanística, e um direito qualquer do sistema do “common law”, ou, de modo mais concreto e específico, o “direito francês” e o “direito inglês”, vai revelar vários traços típicos, de um e de outro, de tal modo que se percebe, na comparação, a presença de duas realidades, de dois mundos, de dois tratamentos, de duas técnicas, de dois regimes jurídicos diversos: (a) dualidade e unidade de jurisdição, (b) responsabilidade e irresponsabilidade civil do Estado, (c) auto-executoriedade e não auto-executoriedade do ato administrativo, (d) regime estatutário e regime trabalhista do agente público, (e) irrelevância e relevância do precedente.

6. Confronto de “direitos”

Pode-se, em terceiro lugar, fazer o confronto global de “direitos”: “direito inglês” e “direito soviético”, “direito brasileiro” e “direito francês”.

Nesses casos, pode-se principiar pela ala do direito público ou pela ala do direito privado, descendo-se do gênero às espécies, ramo a ramo, até chegar-se a uma visão global e panorâmica dos “direitos” confrontados.

7 Confronto de “sistemas jurídicos”

Por fim, chega-se ao “sistema jurídico”, à constelação de “direitos”, ao grupo ou agrupamento de “direitos”, ligados a matrizes comuns.

Uma primeira indagação preocupa os comparatistas: a classificação dos “sistemas jurídicos”, estabelecida para o direito civil, servirá para outros ramos do direito? (Como se sabe, o direito comparado nasceu e foi estruturado por obra dos civilistas. Só mais tarde foi desenvolvido pelos comparatistas de outros ramos do direito). O direito público, administrativo e constitucional, aceita a classificação dos “sistemas jurídicos”, estruturada para o direito privado?

Os “sistemas jurídicos” classificam-se a partir de critérios.

Poder-se-ia, por exemplo, seguindo o critério sócio-econômico-político, falar em “sistemas jurídicos ocidentais”, de base capitalista que, ironicamente, os socialistas chamam de “sistemas burgueses” e “sistemas jurídicos das democracias populares”, de base “socialista” de base “sócio-comunista”.

Poder-se-ia falar também em sistemas de base romanística e sistemas de base não-romanística, subdividindo-se estes últimos, em sistemas do “common law” e sistema do mundo socialista, além de sistemas exóticos, impossíveis de aglutinação, por não apresentarem denominadores comuns.

De qualquer modo, seja qual for a classificação empreendida, o que interessa é o confronto de sistemas, dois a dois, como, por exemplo, o sistema do “common law” e o sistema de base romanística.

Pode-se decompor os vários “direitos”, constitutivos do sistema do “common law” (inglês, norte-americano e direitos da comunidade britânica), bem como se pode decompor os vários “direitos” do sistema romanístico (francês, belga,

italiano, lusitano, espanhol, brasileiro) e comparar, em bloco, lado a lado, paralelamente, os “direitos” constitutivos das duas constelações jurídicas, o que é o mesmo que confrontar os dois sistemas, pois quem confronta todas as partes de um todo confronta, globalmente, o todo.

8. Cursos monográficos rotativos

Há quatro décadas, na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, em todas as seções, o método empregado era o monográfico rotativo, o que se justificava, na época, em virtude da própria estruturação do curso médio e da finalidade perseguida pela nova instituição, que era a de formar professores, cientistas e pesquisadores.

Em Filosofia, por exemplo, o professor escolhia um determinado pensador — Kant — e desenvolvia-lhe a doutrina, durante o semestre. No segundo semestre, Hegel. No terceiro, Descartes. E assim por diante, rotativamente. Nas Ciências, o mesmo método. Nas Letras, o professor escolhia um prosador ou poeta, Aristóteles ou Homero, no primeiro semestre, estudando exaustivamente, todos os aspectos, da obra do autor selecionado.

O lema da Escola era: “mais método, do que conteúdo”

Hoje, no Curso de Pós-Graduação, o método monográfico local é anacrônico, no setor do conhecimento jurídico. O casuísmo é incompatível com a formação universal do jurista. Não se justifica o estudo intensivo do direito positivo regional, da visão utilitarista imediata.

A era dos cursos monográficos está ultrapassada, o curso de direito, no Mestrado e no Doutorado, não pode circunscrever-se à mesma matéria acima do curso de bacharelado, apenas em grau “mais intenso”, “mais profundo”, de cunho monográfico.

9. Conclusão

A ótica dos cursos de Mestrado e de Doutorado não se identifica, de modo algum, com a ótica dos cursos de bacharelado. São ângulos diversos do mesmo objeto material — o direito —, em planos que se superpõem em órbitas não coincidentes.

O curso de graduação é de primeiro grau, objetivando, antes de tudo, a informação. O curso de pós-graduação tem por finalidade a formação.

O curso de graduação tem como ponto de partida o direito positivo, a lei. Depois a doutrina. Mais tarde a jurisprudência.

O curso de pós-graduação, transcendendo o plano local, procura atingir as próprias matrizes da Jurisprudência, chegando à categoria jurídica, nunc et semper, numa visão universal do modelo indiferenciado.

Lançando mão do direito comparado, que é o método de confronto de institutos, de direitos, de ramos de direitos e, por fim, de sistemas, o curso de pós-graduação em matéria jurídica, só atingirá sua finalidade última, quando deixar de lado o casuísmo, o direito nacional, o imediatismo, a pesquisa em profundidade de temas locais, já estudados, para erigir-se em plano mais alto que coloque em evidência as mais modernas conquistas da ciência do direito.

Prazo de Ação Rescisória e Direito Intertemporal

Celso Neves

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

Embora de interesse transitório, em face dos próprios dados de sua estrutura, o problema do prazo para propor-se ação rescisória — reduzido a dois anos pelo artigo 495, do C.P.C. de 1973 — tem dado margem a posições divergentes, da doutrina e dos tribunais, ora no sentido de que o direito de ajuizá-la, quando já em curso o respectivo tempo decadencial, subordina-se, desde logo, à lei nova, ora no de que pela revogada permanece regulado. A propósito do tema, em parecer, tivemos ensejo de manifestar nossa preferência por esta última alternativa, sublinhando, de início, a observação de PONTES DE MIRANDA, ao aludir à circunstância de que “grande parte dos direitos se conserva insubjetivada constituindo campo do direito objetivo puro, e outra parte subjetiva-se, mercê daquele *plus*” a que se referira — quando se reportara à subjetivação — para anotar, em seguida, a variação a que se sujeita, no tempo e no espaço, a “linha divisória entre os direitos subjetivos e os direitos não-subjetivos” e acrescentar: “Vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão e a ação. A ação, a *actio*, supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, e fato, que constitua a razão de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o dever do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, surge a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro *plus* e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico. O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui; tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe, então, a ação. Não se diga que a coação a caracteriza, nem que caracterize os dois, a ação e o

direito subjetivo; porque o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não-subjetivo e aos direitos subjetivos”. (Com. ao C.P.C. de 1973, Tomo I, págs. 121-122) “À medida que o direito subjetivo se acentua — anota, mais adiante, PONTES — se atualiza e se integra pelo advento de circunstâncias e *condiciones juris*, surgem as pretensões jurídicas.” (Ob. e tomo cit., pg. 126) “O direito subjetivo, a pretensão e a ação preexistem ao exercício, ao uso dos remédios processuais. Se o direito do Estado A confere a ação, mas o do outro não possui o remédio, o titular do direito subjetivo, da pretensão e da ação não pode, no outro Estado, provocar a Justiça. A ação não existe porque se vai exercer, condicionada à entrada do titular em juízo. Existe por si, independente de qualquer manifestação de vontade do titular.” (Ob. e tomo cit., pág. 136) Em síntese, segundo o magistério de PONTES DE MIRANDA, o “direito objetivo é a regra sobre as relações de direito e a sua eficiência, independente de qualquer subjetivação, exigibilidade ou acionabilidade”, enquanto o “direito subjetivo marca toda aquela precisão, aquela localização, aquela individuação” — (ob. e tomo cit., pág. 138) — cujas conseqüências ou operam segundo a própria normatividade daquele, ou mediante a *tutela jurídica processual*.

Percebe-se, a essa linha de raciocínio, que *ação rescisória* se insere nesta última categoria, pertencendo àquela normatividade que se efetiva pela tutela jurídica processual, inerente ao seu próprio conceito.

Se evoluiu, no fio histórico, o conceito de ação, a partir da conhecida fórmula de CELSO — *nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi* (Dig. 1.44, tit. 7, fr. 51) passando pelo direito medieval que procurou distinguir *direito subjetivo* e *ação*, vendo nesta um meio e não um direito, segundo a fórmula de HEINECCIUS — *Actio... aut accipitur pro medio legitimo jus suum in iudicio persequendi* — já GLÜCK, aludindo a uma definição de CLAR — *actio est remedium jus persequendi in iudicio* — considere-a deficiente, por não diferenciar a *ação* da *exceção*, afrontando, com isso, o texto de PAULO: *actionis verbo non continetur exceptio* (Lib. III, ad *Editum*). Depois, enunciando o seu próprio pensamento, diz GLÜCK: “Sicchè dicesi azione piuttosto un mezzo giuridico giudiziario, del quale io mi servo affinche altri sia condannato e dal giudice obbligato a darmi qualche cosa, che di pieno diritto io posso de lui pretendere. Dove l’eccezione si è un mezzo di giudiziaria difesa contro l’azione. Tanto con l’azione, quanto con l’eccezione, si

perseguta, adunque, in giudizio il proprio diritto, ma certamente con uno scopo affatto diverso. Imperocchè la persecuzione giudiziaria del diritto, fatta mediante l'azione, mira a che il convenuto sia condannato a darsi qualche cosa. Laddove chi mediante una eccezione rechiama il suo diritto in giudizio, non ha che l'intenzione di leberarsi con tale mezzo, in tutto o in parte, per sempre o almeno per un certo tempo, dalla pretenzione dell'attore." (*Pandectas*, II, págs. 448-449)

Meio e remédio são, também, as qualificações de MELLO FREIRE: "Actiones nos hic adcipimus non tamquam jura, quae nobis competunt, sed tamquam medium jus nostrum in judicio prosequendi" (Inst., Lib. IV, tit. VI, § 1). No § II escreve: "Actiones hoc est, remedia jus nostrum in judicio prosequendi".

CORREA TELLES, no § 1.º de sua *Doutrina das Ações*, define a ação como "remédio de direito para pedir ao juiz que obrigue outro a dar ou fazer aquilo de que tem obrigação perfeita"

A PLOSZ (1876) e DEGENKOLB (1877) cabe o mérito de haverem assentado a autonomia do direito de ação como direito público subjetivo do cidadão contra o Estado, à semelhança do que afirmara MUTHER. Observam eles que se o próprio vencido se tem como autorizado a promover a ação, para isso deve haver um fundamento jurídico que não está na lide, por eles relacionado ao direito de agir em juízo, direito subjetivo público, independente da afetiva existência de um direito privado. Daí sustentar DEGENKOLB que se deve encontrar, para a doutrina processual, uma base autônoma, objetiva, imparcial; uma base comum para a ação vitoriosa e não vitoriosa que não poderia estar no direito privado.

O dado essencial é ter, cada um o *poder* de convocar outros perante o juiz. Esse é o *direito de agir* que não tem caráter privado mas funda-se na própria personalidade. Esse direito preexiste à demanda judicial e com esta se exercita, cabendo a quem aluda a uma norma legal existente. DEGENKOLB erige a boa-fé do autor em condição do direito de ação. Posteriormente — *Der Streit über den Klagerechtsbegriff, Leipzig, 1905* — reconheceu que um direito de agir cabente a quem creia ter razão não é um direito subjetivo, mas uma simples faculdade jurídica, admitindo como ação um *poder jurídico* de obter contra o adversário um êxito favorável no processo, segundo observa CHIOVENDA (nota 39 à *L'azione nel Sistema dei Diritti*).

Segundo a conhecida análise de PEKELIS, a grande dissensão, na teoria moderna, gira em torno das seguintes questões:

é a ação um elemento do direito subjetivo? é parte, momento ou posição dele? relativamente a isso, é um direito autônomo, acessório, instrumental, primário, secundário? Eis o complexo de questões, mediante cujas respostas, segundo PEKELIS, pode-se retomar o movimento de idéias em torno da ação, sobrelevando a relação com o direito subjetivo como o denominador comum de todas as doutrinas da ação.

Na terceira edição do *Manuale*, LIEBMAN, depois de rápida alusão aos precedentes histórico-científicos do conceito de ação e à distinção entre direito subjetivo substancial e ação, negando que esta compita, verdadeiramente, a todos, escreve: “è un diritto soggettivo diverso da quelli del diritto sostanziale, perchè rivolto verso lo Stato, senza essere diretto ad una sua prestazione: è piuttosto un diritto d’iniziativa e d’impulso, con cui il singolo pone in movimento l’esercizio di una funzione pubblica, dalla quale spera di ottenere la protezione delle proprie ragioni, disponendo a questo scopo dei mezzi apprestati dalla legge per farle valere (pur sapendo che l’esito potrà anche essergli sfavorevole); è dunque un diritto fondamentale del singolo, che qualifica la sua posizione nell’ordinamento giuridico e nei confronti dello Stato, conferito e regolato dalla legge processuale, ma rafforzato da una garanzia costituzionale in cui troviamo scolpiti i suoi connotati essenziali.” (*Vol. I*, página 120)

Quanto a nós filiamo-nos à corrente dominante que vê na ação direito autônomo, sem vínculo elementar com o direito subjetivo material, mantendo, com este, relação de instrumentalidade mediata. Topologicamente, pertence ao direito público, subjetivando-se, ativamente, em quem exige a tutela jurídica processual e, passivamente, no Estado que detem o poder-dever de prestá-la. Seu elemento objetivo, portanto, é essa tutela teleologicamente voltada, imediatamente, para a realização do direito objetivo e, mediatamente, para a efetivação do direito subjetivo do litigante.

A linha desses dados é que conceituamos a ação como direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação de tutela jurídica processual, tendente à realização imediata do direito positivo e mediata do direito subjetivo, àquela correspondente.

Que a ação rescisória configure um direito subjetivo não se pode, pois, pôr em dúvida. Importa saber, entretanto, em que momento esse direito, como tal, se tem por *adquirido*.

Em nosso sistema jurídico, *de lege lata*, “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por

ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrém”, segundo o enunciado do § 2.º, do art. 6.º, da vigente Lei de Introdução ao Código Civil. Como acentua *Clóvis*, para “que o direito possa ser exercido pelo titular ou por seu representante, é necessário: a) que se tenha originado de um fato jurídico, de acordo com a lei do tempo, em que se formou ou produziu; b) que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo. Assim a definição da lei, referida em primeiro lugar, pode ser convertida nesta outra: *direito adquirido é um bem jurídico, criado por um facto capaz de produzi-lo, segundo as prescripções da lei então vigente, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular.*” (Com., vol. I, ed. 1927, pág. 97)

O direito de propor ação rescisória subjeta-se no litigante vencido, como direito adquirido, no exato momento em que a sentença rescindenda transite em julgado. Desde então esse direito *pode ser exercido*, até que se consume — como elemento essencial, dele integrante — o prazo para isso estabelecido na lei que tenha regido a sua subjetivação e pela qual se regulará, também a limitação objetiva do *iudicium rescindens*. Lei superveniente que regule de maneira diversa a ação rescisória, seja quanto a seus pressupostos, seja quanto ao prazo, não se aplica, pois, às ações rescisórias que, anteriormente, já poderiam ter sido ajuizadas. É esse *poder-ter-sido* ajuizada antes da lei nova que lhe assegura a imutabilidade, ainda *depois* de disciplina nova — empiorante ou eliminativa — que, se for aplicada a configurações pretéritas, violará o § 3.º, do art. 153, da Constituição da República.

Por isso a jurisprudência entende que o juízo rescisório vincula-se às hipóteses previstas na lei vigente ao tempo do trânsito em julgado da sentença rescindenda; por isso a própria eliminação da ação rescisória, por efeito de lei nova, não excluiria o ajuizamento e apreciação, segundo a disciplina da lei anterior, de ações rescisórias que, sob a sua vigência, se tornaram possíveis. O direito de propô-las nasce com o *dies supremus* que lhe é inerente. Alterá-lo será alterar o direito adquirido, em um de seus elementos essenciais, com ofensa à vedação constitucional.

Insista-se nisto: o *direito* à rescisória corresponde ao dever estatal de prestar jurisdição, solucionando a lide, na exata medida da precomposição do conflito de interesses pelo direito objetivo. Se essa prestação traz, em si, a marca de desvio — *in procedendo* ou *in iudicando* — que o sistema jurídico tenha

por presuposto de rescindibilidade, a ele cede, *durante certo tempo*, a incolumidade da coisa julgada que, *durante esse lapso de tempo*, pode ser desconstituída, mediante prestação jurisdicional a isso, especificamente, destinada. A *res iudicata* — perene por conceito — fica, *temporariamente*, sujeita a reexame, precipuamente destinado, ou a confirmá-la, ou a desfazê-la, segundo o *iudicium rescindens* seja, ou de rejeição, ou de acolhimento.

Essa estrutura mostra como e porque o *tempus* é elemento essencial ao direito de rescindir sentenças firmes, de que decorre a chamada pretensão à rescisão que, sem ele, seria ineficaz, porque a imutabilidade da sentença que transita em julgado é a isso simultânea, não deixando espaço para o pedido rescisório. Ou o direito à rescisão é concebido *com prazo* para o seu exercício, ou não será direito. Daí a essencialidade do elemento temporal de exercício que, integrando a estrutura mesma do direito, não pode ser eliminado, total ou parcialmente, sem afetação do próprio direito que só o prazo faz adquirir, na medida do disposto no § 2.º, do artigo 6.º, da vigente Lei de Introdução ao Código Civil.

Por isso a lei nova não pode modificar, senão para o futuro, o prazo de exercício do direito a rescindir sentenças trãsitas sem julgado. A isso se há de acomodar, pois, a regra do art. 1.211, do Código de Processo Civil, por respeito ao disposto no § 3.º, do art. 153, da Constituição vigente. Com isso se atende ao elemento *sistemático* de que não prescinde a interpretação das leis, segundo o magistério de *Savigny* (*Sistema* — trad. italiana de SCIALOJA, Torino, 1886, vol. I, pág. 222) e o posicionamento exato de POTHIER: “Une disposition doit s’entendre plutôt dans le sens où elle peut avoir un effet, que dans celui où elle n’en aurait pas” (*Oeuvres* — Paris, 1861, tome 1.º — pág. 456)

Se o direito de propor ação rescisória não tivesse a estrutura que apontamos, seria aceitável a idéia de que o *prazo* não é, dele, “uma conseqüência necessária e inseparável”, como entendera, no caso da consulta, o acórdão rescindendo. Ademais, exatamente porque excepcional a permissão de se demandar, em prazo fatal, o desfazimento da coisa julgada, é que o *tempus* para isso fixado integra o direito de pleiteá-lo. De outro lado, se a coisa julgada envolve “*interesses indisponíveis, de natureza eminentemente publica*”, a brecha neles aberta, com a adoção, pelos sistemas jurídicos, da ação rescisória, também resulta de interesse público na realização exata do direito objetivo que só não tem o traço da indisponibilidade

porque a certeza jurídica estabelecida pela *res iudicata* atende ao objetivo de eliminação dos conflitos de interesse que pertine aos litigantes.

Se fosse exata a tese de que a lei nova pode reduzir prazo de decadência para exercício de direito já adquirido, chegar-se-ia ao absurdo de que pode ela eliminar o próprio direito, estabelecendo prazo novo que impeça o seu exercício. As soluções de conveniência que, para esses casos, se procura ora aplicando a lei antiga, ora a lei nova, implicam, *data maxima venia*, fuga ao problema que não comporta tais acomodações. Ademais, a circunstância de serem as leis processuais de aplicação imediata, alcançando os *feitos pendentes*, essa concerne à parte formal de sua disciplina — não à material que nelas também existe.

Em plano amplo, assinala PAUL ROUBIER, ao estabelecer a diferença entre o efeito retroativo e o efeito imediato das leis: “La base fondamentale de la science des conflits de lois dans le temps, c’est la distinction de l’effet rétroactif et de l’effet immédiat de la loi. Cela paraît une donnée très simple: l’effet rétroactif, c’est l’application dans le passé; l’effet immédiat, l’application dans le présent; il ne paraît pas très malaisé de définir et de distinguer ces deux moments de la durée. Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (*facta praeterita*), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (*facta pendentia*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, que ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive.” (*Les Conflits de Lois dans le Temps* — Sirey, 1929 — Tome premier — pág. 371)

“Toutes les lois — diz, mais adiante, ROUBIER sont faites, en effet, pour déterminer un certain nombre de situations juridiques au profit ou à l’encontre de certaines personnes; c’est donc dans leur action vis-à-vis des situations juridiques passées, présentes ou futures que se résume leur action dans le temps.” (*Ob. e vol. cit.*, pág. 378)

Essa ação, em face de situações jurídicas pretéritas, vincula-se à sua admissibilidade pelo sistema jurídico de que se trate.

Entre nós, desde a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, artigo 179, § 3.º, até a atual, artigo 153, § 3.º — salvo

o hiato paraconstitucional de 1937 — vigora o princípio da irretroação da lei, dirigido ao próprio legislador, mais forte, portanto, do que o texto do art. 3.º, da antiga Introdução ao Código Civil, atual art. 6.º, sem a rigidez própria das normas constitucionais. “O legislador ordinário podia alterar, quando quisesse, tais definições, mas, pela natureza das coisas, a ciência do direito é que diz a última palavra, embora elas mesmas só fossem conceitos de direito substancial. O legislador constituinte por isso mesmo se afastou e só reteve o que corresponde à parte inicial do art. 3.º da Introdução ao Código Civil e, depois ao art. 6.º do Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que é regra de sobredireito.” (PONTES DE MIRANDA — *Com. à Const. de 1967*, Tomo V, pág. 65) Princípio vetusto e salutar, porque a “irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência”, como observa PONTES DE MIRANDA. (*Ob. e tomo cit.*, pág. 20)

Aludindo ao texto da Constituição de 1967, diz PONTES que o conceito de direito adquirido é conceito do plano da *existência*: se ato jurídico começa a existir, aqui e agora, é porque o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua juridicidade é a coloração que lhe deu o sistema jurídico, tal como *aqui e agora* ele é. O direito adquirido é o direito que nasceu a alguém. O conceito é conceito do plano de *eficácia*, porque todo direito é efeito, como são efeitos todo dever, toda pretensão, toda obrigação, todas as ações e todas as exceções. Deve ter havido, antes, *fato*, que entrou no mundo jurídico, em certo lugar e em certo momento, embora pudesse não ter sido ato, do qual se haja irradiado o direito. Por onde se vê que o legislador constituinte só aludiu ao direito, *brevitatis causa*, isto é, para não ter de mencionar todas as espécies de fatos jurídicos de que podem emanar direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Em verdade, a lei nova não incide sobre *fatos pretéritos*, sejam eles, ou não, atos, e — por conseguinte — não pode “prejudicar” os direitos adquiridos, isto é, os direitos *já irradiados* e os *que terão de irradiar-se*. Note-se bem: “terão de irradiar-se”. (*Ob. e tomo cit.*, pág. 60)

Note-se que a jurisprudência de nossos tribunais é uníssona, a esse respeito, em face da aplicação de leis anteriores e sob o império da Constituição Federal de 1946 que, em seu art. 141, § 3.º, consagrava o mesmo princípio da irretroação das leis, Confira-se, nesse sentido os v. julgados que se encontram na *Revista dos Tribunais*, vol. 192, págs. 130 e 134; vol. 193, págs. 319, 364, 833, 843, 885 e 937; vol. 194, págs. 799 e 824; vol. 195, pág. 395; vol. 196, págs. 205 e 263; vol. 197,

pág. 197; vol. 198, pág. 147; vol. 202, pág. 404; vol. 209, pág. 159; vol. 239, pág. 561; vol. 243, pág. 449; vol. 325, pág. 494.

A distinção entre normas de *direito material* e normas de *direito processual* é, pois, significativa, em face daquele *irradiar-se* que tanto pode ocorrer no plano das primeiras, como no âmbito das segundas, homogênea ou heterogeneamente. Se o direito adquirido é *material processual*, a irradiação será homogênea, no próprio plano em que o ato ocorreu; se se verificar no plano pré-processual, a irradiação pode dar-se nesse mesmo plano e, eventualmente, no processual. Neste último caso, será *heterogênea*. De qualquer sorte, sob o prisma do direito intertemporal, considera-se a aquisição do direito no plano em que tenha ocorrido e segundo a disciplina, para ele, então vigente.

Claro que o caráter continuativo da relação jurídica processual e a especificação de etapas do procedimento — postulatória; instrutória; de debate, sentencial, de impugnação para reexame — propicia ao legislador ordinário um sistema de normas de direito intertemporal que as considere, se com isso não afrontar o princípio constitucional da irretroação, para o que é essencial que se ressalvem os direitos processuais adquiridos.

Neste particular, expressivo o art. 158, *caput*, do Código de Processo Civil vigente: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.”

Os direitos daí resultantes não podem ser afetados por disciplina processual nova, não obstante o princípio da sua aplicação imediata.

Embora se configure no âmbito do direito público, “a lei nova — como assinala o Prof. GALENO LACERDA — não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência”. (*O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes* — Rio, 1974, pág. 13)

Em suma: sem embargo de lei processual nova, o direito de rescindir sentenças firmes que se tenha adquirido no regime da lei anterior, de natureza material processual, permanece incólume e pode ser exercido, *opportuno tempore*, enquanto não se escoo o prazo que, com a sua aquisição se iniciou.

Empresas Multinacionais e Soberania do Estado

Dalmo de Abreu Dallari

Professor Titular de Teoria Geral do Estado da
Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: I — *Importância e Atualidade do Tema*; II — *Pontos de Interesse e Controvérsia*; III — *A Soberania*; IV — *As Empresas Multinacionais*: 1. *O Problema da Conceituação* — 2. *Constituição* — 3. *Classificação* — 4. *O Problema da Nacionalidade*; V — *As Multinacionais e as Leis Nacionais*; VI — *As Multinacionais e os Interesses Nacionais*; VII — *O Relacionamento das Multinacionais com a Soberania do Estado*.

I. Importância e atualidade do tema

O relacionamento entre as empresas multinacionais e a soberania do Estado é assunto de suma importância e da maior atualidade, que já vem sendo enfrentado por estudiosos de várias especialidades e que se vem constituindo num desafio, sobretudo para os juristas.

Relativamente à soberania, desde logo se sabe que é um conceito fundamental, debatido há vários séculos e, apesar disso, ainda altamente polêmico. Para alguns a soberania é a base daquilo que denominam “o egoísmo dos Estados”, e por isso a condenam. Para outros a soberania, ao contrário disso, é, precisamente, a base que assegura a igualdade jurídica de todos os Estados, e por isso a louvam. Dois eminentes internacionalistas, KAPLAN e KATZENBACH, num excelente trabalho em que estudam os fundamentos políticos do Direito Internacional, mencionam a soberania como um dos temas mais difíceis do Direito, por considerá-lo equívoco e, além disso, pela constatação de que a soberania se tornou um símbolo altamente emocional. PAULO BONAVIDES chama a atenção para esse aspecto quando diz, de maneira muito expressiva, que “o nacionalismo prestigia a soberania”. E, na verdade, basta ressaltar esse aspecto para se compreender, ou para se sentir, a conotação realmente emocional que envolve o tema “soberania”

“Empresas multinacionais” é um tema que, para o Direito, pode ser considerado novo. As empresas multinacionais, de um modo geral, são a expressão de um novo poder, que decorre da internacionalização das atividades econômicas. E curiosamente, embora se esteja no plano das atividades econômicas, geralmente orientadas por critérios mais racionais, quanto às empresas multinacionais se verifica também uma reação emocional. Há os defensores intransigentes da empresa multinacional e há aqueles que a condenam de maneira absoluta.

Em face desses aspectos relacionados com a soberania e com as empresas multinacionais várias perguntas se põem: em primeiro lugar, é possível a convivência da soberania do Estado com a empresa multinacional? Se afirmativa a resposta a essa primeira indagação, evidentemente será necessário indagar em que termos será possível essa convivência. Mas, além disso, um aspecto mais específico do âmbito jurídico é a indagação a respeito de qual tem sido a reação do Direito perante os conflitos entre a soberania do Estado e as empresas multinacionais. Para responder a essas indagações, que são realmente básicas, será necessário esclarecer alguns pontos fundamentais, que passam a ser considerados.

II. Pontos de interesse e controvérsia

Em primeiro lugar, é preciso tratar da fixação do conceito jurídico de soberania e de sua significação. Assinale-se desde logo que, em relação à soberania, é tão vasta a bibliografia, tanta coisa se tem dito e estudado, que, não obstante ainda se mantenha um aspecto polêmico, seria desnecessário e inoportuno, em face do tema deste trabalho, demorar-se em demasia em sua análise. Será feita, portanto, a verificação breve de alguns aspectos fundamentais, para que se possa em seguida fazer a comparação entre a soberania do Estado e as empresas multinacionais.

Depois desse breve estudo a respeito da soberania se passará à verificação do conceito de empresa multinacional. Neste ponto, quando se penetrar no âmbito do estudo da empresa multinacional, aí sim, será necessário aprofundar mais, tanto pela circunstância de que se trata de um tema relativamente novo, quanto porque através do conhecimento mais preciso, o quanto possível preciso, de aspectos jurídicos relacionados com a empresa multinacional é que será possível responder às indagações formuladas de início.

Após ter verificado o conceito de empresa multinacional se passará ao exame de alguns problemas jurídicos da maior relevância, suscitados pela existência da empresa multinacional, a começar por considerações relativas à sua própria constituição. Em seguida, serão abordados problemas relacionados com a sua nacionalidade e depois se examinará o comportamento dessas empresas perante as leis nacionais. Isto levará, necessariamente, à consideração de um dos aspectos mais controvertidos, que é precisamente a verificação da possibilidade de controle das multinacionais pelos Estados. Prosseguindo, será analisado o comportamento das empresas multinacionais perante os interesses nacionais e depois disso se poderá concluir, fazendo o relacionamento da soberania do Estado com as empresas multinacionais.

III. A Soberania

De acordo com o plano estabelecido, deve-se iniciar com algumas considerações fundamentais a respeito da soberania. Como se sabe o conceito de soberania só aparece no século XVII e é afirmado para harmonizar e hierarquizar poderes sociais, num momento em que uma multiplicidade e uma multiplicação de núcleos de poder e num momento em que muitos desses núcleos pretendem concorrer com o próprio poder do Estado. Daí então a absoluta necessidade da hierarquização.

E quando se faz a afirmação do conceito de soberania, encontrando-se nessa afirmação a presença das circunstâncias históricas que levaram a ela, a soberania é concebida como um poder “absoluto e perpétuo”, passando depois a ser conceituada como “um poder incontestável”, ou seja, é um poder que não admite concorrentes. A soberania afirmada dessa maneira, como poder incontestável, possibilitou muitos excessos, que levaram justamente àquela afirmação de que a soberania é a base do egoísmo dos Estados.

Entretanto, com o avanço do Direito no terreno político, e por influência do Direito, a soberania também foi sendo disciplinada, foi ganhando uma significação jurídica e passou a ser considerada, segundo um conceito técnico-jurídico, como “o poder de decidir em última instância sobre a eficácia das normas jurídicas”. É, pois, o poder de decisão em última instância sobre a eficácia das normas jurídicas, significando isso que qualquer norma que pretenda atuar no âmbito do Estado fica sujeita à apreciação de sua eficácia pelo poder soberano, quer sejam normas oriundas de outras soberanias ou normas oriun-

das de grupos inferiores, públicos ou privados. Assim, portanto, em qualquer hipótese a soberania do Estado deve prevalecer.

A efetividade desse poder soberano foi obtida graças a um complemento, que foi a delimitação espacial, ou seja, a fixação do conceito de território. E exatamente pela verificação de que esses conceitos se completam e, no seu entender, pela constatação de que eles definem praticamente o Estado, foi que SANTI ROMANO concluiu que o Estado pode ser definido como “ordem jurídica territorial e soberana”, porque, a seu ver, aí estão os dados fundamentais.

Relativamente à significação da soberania, é valioso o ensinamento do professor PAULO BONAVIDES, que em várias oportunidades tratou do tema e o expôs com muita objetividade e precisão. Assinala PAULO BONAVIDES a existência de uma dupla significação: uma significação “interna”, que é a soberania como “expressão de um poder de império que tem o Estado sobre o território e sobre a população, bem como a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais, que lhe ficam sujeitos, de forma mediata e imediata”. Essa é, portanto, a significação interna, da maior relevância, que será muito importante, imediatamente importante, no confronto da soberania com as empresas multinacionais. Além dessa significação interna há uma significação “externa”, que é “a manifestação independente do Estado perante outros Estados”. Em outras palavras, é a afirmação de que a ordem jurídica do Estado não se submete a qualquer outra ordem jurídica. O Estado reconhece nos demais Estados seus iguais, porquanto são igualmente soberanos. Não os admite, entretanto, como superiores. E a consequência disso é que dentro do território todos os poderes estão submetidos ao poder do Estado.

Em face desses aspectos básicos relacionados com a soberania, já se pode então perguntar: como enquadrar as empresas multinacionais nesse Estado soberano? Por que razão ocorrem conflitos entre a soberania do Estado e as empresas multinacionais? E como vêm sendo resolvidos esses conflitos?

IV. As Empresas Multinacionais

1. O problema da conceituação

O primeiro aspecto a ser abordado é o que se refere ao conceito de empresa multinacional. O que é “empresa multinacional”? Na verdade, a resposta ainda não foi dada de maneira

satisfatória ou que possa ser considerada definitiva. Apesar de inúmeros estudos a respeito do assunto, verifica-se que ainda existe uma procura da conceituação satisfatória. Verifica-se também que, no âmbito jurídico, é menor a quantidade de estudos dedicados ao problema da empresa multinacional.

Percebendo a importância do problema e reconhecendo a possibilidade de sua influência sobre a própria paz mundial, a Organização das Nações Unidas, por seu Conselho Econômico e Social, decidiu, em julho de 1972, compor um grupo de especialistas, para estudar aspectos básicos relacionados com a empresa multinacional, a partir da própria conceituação. Esse grupo ainda não apresentou resultados, mas, para auxiliá-lo, a Secretaria Geral da ONU promoveu uma série de estudos preliminares e em agosto de 1973 publicou um trabalho que foi intitulado *Multinational Corporations in World Development*, trabalho substancial, com quase duzentas páginas, contendo quarenta e três anexos, fornecendo dados estatísticos e procedendo também a um inventário de teorias relativamente às empresas multinacionais. O Anexo II é todo dedicado aos conceitos de empresa multinacional, havendo uma coleção de mais de vinte conceitos. Dentre esses serão em seguida destacados alguns dos mais expressivos.

Dois autores ingleses, MICHAEL BROOKE e H. LEE REMMERS, assim se referem à empresa multinacional, procurando conceituá-la: "Companhia multinacional é uma empresa que realiza suas principais operações, ou fabricação ou obtenção de serviços, em pelo menos dois Estados". Outro autor, também inglês, JOHN H. DUNNING, assim a conceitua: "Empresa internacional ou multinacional é aquela que realiza ou controla a produção de bens em mais de um Estado". Finalmente, outro conceito, também bastante expressivo, é o formulado por um eminente professor de Harvard, que há vários anos vem publicando trabalhos sobre empresas multinacionais, que é RAYMOND VERNON. Para VERNON "empresa multinacional é uma companhia matriz que controla um grande conjunto de empresas de várias nacionalidades".

Procedendo-se a uma síntese desses conceitos, o que se verifica, desde logo, é que, na realidade, a conceituação resta imprecisa. Há inúmeros pontos que são comuns, há inúmeros dados que compõem nas várias conceituações, notando-se, porém, que há uma imprecisão inclusive quanto à denominação "multinacional" e outras que aparecem nesses e em outros conceitos, como "transnacional" ou "internacional". E o que se pode fixar como dado comum é que a empresa é multinacional

quando opera em dois ou mais Estados, conjugando fatores de produção. Evidentemente, é ainda uma noção precária, uma noção apenas preliminar. O exame de alguns aspectos jurídicos irá esclarecer melhor essa conceituação, além de revelar algumas das principais dificuldades relacionadas com a empresa multinacional.

2. Constituição

O primeiro ponto importante e esclarecedor é o que se relaciona com a constituição da empresa multinacional. O que se verifica é que a empresa multinacional sempre se constitui, sempre se organiza, segundo alguma lei nacional. Na prática, onde se tem um grupo multinacional, que se convencionou chamar de empresa multinacional, cada componente se constitui segundo a lei do Estado em que se localiza e isso já nos revela a autonomia de cada componente do grupo e leva, necessariamente, à afirmação de uma personalidade jurídica própria de cada componente. E dessa circunstância decorrem conseqüências de extrema gravidade.

Desde logo nota-se a existência de um evidente descompasso, porquanto a própria empresa multinacional, que desde a sua constituição já se compõe, de fato, como empresa multinacional, adota a roupagem de empresa nacional. Mas além disso, e o que é mais grave, essa empresa multinacional, exatamente porque os componentes são autônomos e têm personalidade jurídica própria, vai adquirir a possibilidade de **contratar consigo mesma**. Essa é uma possibilidade extremamente grave, que o direito dá à empresa multinacional e que tem conseqüências muito sérias, sobre as quais mais adiante se dirá alguma coisa.

3. Classificação

O segundo aspecto que aparece mencionado naquele trabalho da ONU é uma classificação das empresas multinacionais, pretendendo-se que através da classificação se tenha a possibilidade de um tratamento jurídico diferenciado. O que ali se encontra é uma classificação feita de acordo com a localização dos interesses fundamentais da empresa multinacional.

Dentro dessa orientação, são indicados três tipos de empresa multinacional: 1.º a empresa chamada "etnocêntrica", que fixa seus interesses fundamentais num determinado Estado;

2.º a empresa denominada “policêntrica”, que tem interesses dispersos por vários Estados; 3.º uma terceira espécie, a empresa multinacional “geocêntrica”, que não estabelece essa delimitação e expande seus interesses por todo o âmbito mundial. Na realidade, quanto a essa classificação — que ainda não foi considerada por qualquer legislação, embora seja mencionada com certa ênfase no trabalho referido —, pode-se dizer que ela será útil, sem dúvida, para orientar uma futura legislação. Por ora, exatamente porque não penetrou nas legislações, serve apenas para demonstrar, uma vez mais, a grande complexidade do problema.

4. O Problema da Nacionalidade

Outro ponto relacionado com as multinacionais, e também de grande importância, é o que se refere à sua nacionalidade. Qual a nacionalidade de uma empresa multinacional? Esse problema é de difícil solução e sobre ele muita coisa se tem dito, desenvolvendo-se, às vezes, uma argumentação complicada para buscar resposta a essa indagação.

O que se verifica é que, em termos de direito positivo, as empresas ou são “empresas nacionais” ou são “empresas estrangeiras”, pois as legislações ainda não criaram o tipo “empresa multinacional”. Então a empresa multinacional, ou por sua matriz ou pelas subsidiárias componentes do grupo, será julgada empresa nacional ou estrangeira, de acordo com a apreciação de cada Estado, que considere o grupo no seu todo ou considere algum dos componentes.

Pela experiência já se percebeu que a falta desse tipo especial, — empresa multinacional, que não seja nacional nem estrangeira, — já vem acarretando uma série de dificuldades, porquanto muitas vezes a empresa, que nasceu multinacional e é multinacional, vale-se do fato de que não existe nas legislações a possibilidade desse enquadramento e procura impor-se como empresa nacional, porquanto muitos benefícios lhe advêm disso. E a inexistência de critério mais claro para fixação da nacionalidade, a inexistência, sobretudo, do tipo “empresa multinacional”, torna praticamente impossível aos Estados uma definição mais precisa dessa nacionalidade. Como se sabe, inúmeros critérios vêm sendo tentados e adotados para alcançar uma definição melhor da nacionalidade das empresas.

É muito importante e oportuno examinar o que vem ocorrendo no Estado brasileiro.

É tradicional no Brasil o critério segundo o qual a forma de organização e o local da sede é que definem a nacionalidade da empresa. Entretanto, a legislação brasileira sobre o mercado de capitais, surgida em 1965, introduziu uma inovação, quando, para certos efeitos, equiparou a empresas estrangeiras aquelas que tiverem sede no Brasil mas que sejam controladas por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior. Reconheceu-se uma categoria mista, que é a empresa brasileira de capital predominantemente estrangeiro, sem chegar, todavia, à criação de um novo tipo de empresa.

Outra inovação afetando o critério tradicional relativo à nacionalidade das empresas surgiu a partir de 1969, através da legislação referente à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros. Para esse efeito, serão tratadas como estrangeiras as pessoas jurídicas organizadas segundo a lei brasileira e tendo sede no Brasil, quando a maioria do capital social pertencer a pessoa física ou jurídica que resida ou tenha sede no exterior. Também aqui se deu o reconhecimento de uma situação mista, sem haver a criação de um novo tipo de sociedade. O que importa assinalar é que o legislador brasileiro já percebeu que os critérios tradicionais, aplicáveis à definição de empresas como nacionais ou estrangeiras, não satisfazem, havendo necessidade de um reexame da matéria.

Procurando aperfeiçoar a disciplina do assunto, o anteprojeto de Código Civil, ora em debate, sugeriu várias inovações importantes, que afetarão a empresa multinacional, sobretudo nesse aspecto da nacionalidade. Assim, por exemplo, no artigo 2.º apareceu uma inovação muito séria, que é a permissão a que a lei estabeleça distinção entre nacionais e estrangeiros, quanto à aquisição e ao gozo de direitos privados. Se, na verdade, isso não é a criação do terceiro tipo, é, entretanto, a abertura de uma possibilidade de tratamento das empresas estrangeiras como estrangeiras, para efeitos de direito privado. E, naturalmente, isso poderá e deverá alcançar as empresas multinacionais, se elas forem consideradas estrangeiras, por causa de sua origem. Mas já se alegou que aquela distinção entre nacionais e estrangeiros, para o gozo de direitos privados seria uma discriminação inconstitucional.

Um segundo ponto importante do anteprojeto é que o artigo 1316 define as sociedades nacionais procurando dar uma conceituação mais precisa do que sejam as "nacionais" para não permitir as "falsas nacionais" ou as "aparentemente nacionais". É ainda importante ressaltar o artigo 1324, segundo o qual toda empresa estrangeira que queira operar no Brasil ou

funcionar no Brasil necessitará de uma autorização do governo brasileiro.

Trata-se, porém, apenas de um anteprojeto, são normas propostas à discussão, havendo ainda tempo para que se considere esse aspecto prévio fundamental que é a criação do tipo “empresa multinacional”, o que será de muito mais eficiência e maior alcance do que a simples fixação de critérios mais precisos para conhecimento da nacionalidade das empresas.

V. As Multinacionais e as Leis Nacionais

Outro ponto também de grande importância é a verificação do comportamento das empresas multinacionais perante as leis nacionais. E aqui está precisamente um dos aspectos mais polêmicos, que é a discussão da possibilidade que tem a soberania de um Estado de exercer efetivo controle sobre a atuação da empresa multinacional. Será que realmente o Estado, que é soberano, tem essa possibilidade de controle?

O que a prática tem demonstrado é que as empresas multinacionais têm muitos meios para evitar a incidência de leis nacionais, para burlar a ação do poder soberano. Em relação a algumas áreas de atividades, como, por exemplo, quanto às matérias tributárias e trabalhistas, bem como quanto à matéria de política tributária e, em termos ainda mais concretos, relativamente à remessa de lucros para o exterior e à tributação de rendas, o que se sabe é que as empresas multinacionais têm relativa facilidade para burlarem a ação do poder soberano no Estado.

Entretanto, sentindo essa possibilidade de burla e conhecendo já, na prática, vários fatos dessa natureza, os Estados procuram reagir. E o que se verifica, quanto a essas reações, é que quando o conflito entre o comportamento de empresa multinacional e a soberania do Estado é um conflito patente o Estado procura impor sanções, de acordo com sua legislação específica. Isso parece fácil, mas o que normalmente ocorre é que as empresas multinacionais, sobretudo quando operam em Estados de menor nível de desenvolvimento, estão muito melhor aparelhadas para a defesa de seus interesses do que o próprio Estado. E então, tanto através de veículos legais, quanto através de meios extra-legais, a empresa multinacional cria obstáculos à ação soberana do Estado, ficando a soberania como um poder teoricamente superior mas praticamente ineficaz.

Mas a ação do Estado, para defesa de seus interesses e preservação de sua soberania, encontra muito maior dificuldade quando há disfarce, ou seja, quando uma empresa, formalmente nacional mas componente de um grupo multinacional, oculta por muitos meios a verdadeira natureza de seus atos. Para que se tenha uma idéia dos meios utilizados para a burla e de seu alcance, basta lembrar que a empresa multinacional, entre outras coisas, tem a possibilidade de contratar consigo mesma. Tem, portanto, a possibilidade de simular contratos, tem a possibilidade de simular obrigações, tem a possibilidade de criar relações jurídicas que são apenas aparentes ou que ostentam uma natureza e se enquadram em espécies que não são exatamente aquelas que na realidade existem. É o caso, por exemplo, da simulação de uma dívida ou do uso desnecessário de uma patente para disfarçar uma remessa ilegal de lucros.

E para coibir essa burla disfarçada o Estado é obrigado a procurar caminhos indiretos, é forçado a desenvolver um grande esforço, antes de mais nada para provar a existência da burla. O caminho normalmente utilizado pelo Estado para atingir esse objetivo é a busca de uma configuração de fraude à lei, é a tentativa de demonstrar que a ação do componente do grupo multinacional foi fraudulenta.

Relativamente a essa caracterização da fraude à lei vem a propósito lembrar o que ensina IRINEU STRENGER, em sua obra *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. Ensina o Professor STRENGER que a caracterização da fraude à lei, segundo o Direito Internacional Privado, exige a ocorrência de atos que comprovem a intenção de escapar à lei que, normalmente, seria aplicável a uma relação jurídica. Essa prova de intenção é o ponto crucial para que se chegue à caracterização da fraude. O que se verifica na prática é que a fraude é utilizada, às vezes, para fugir a qualquer incidência legal. Outras vezes se utiliza a fraude numa tentativa de fazer com que a subsidiária do grupo multinacional se coloque sob uma legislação mais favorável.

E através de toda essa movimentação, no quadro desse conflito, o que fica evidente é que a empresa multinacional tem enormemente facilitada sua ação fraudulenta, exatamente porque o Estado não dispõe de mecanismos adequados para fazer face ao comportamento das empresas multinacionais. O Estado deverá buscar a comprovação da fraude, deverá tentar fazer essa prova, tratando a empresa, que supõe fraudulenta, ou como empresa nacional ou como empresa estrangeira, valendo-se dos mecanismos normais que utiliza em relação às próprias empresas nacionais.

Um problema correlato a esse que se acaba de mencionar é a questão da solução judicial dos conflitos envolvendo empresas multinacionais. Quanto a esse ponto o que fica patente é o agravamento da deficiência dos instrumentos jurídicos existentes.

Na realidade, já começa a ser bem difícil a solução do problema quando se verifica a inexistência de um tribunal específico para apreciar conflitos envolvendo empresas multinacionais. Essa lacuna, somada à inexistência de uma legislação específica sobre empresas multinacionais, que permita, inclusive, a adequada classificação jurídica da empresa como "multinacional", tudo isso acaba, inevitavelmente, criando uma série de dificuldades.

O que freqüentemente ocorre é que as empresas multinacionais, através dos contratos que celebram, sobretudo quando esses contratos envolvem dois membros do mesmo grupo multinacional, procuram afastar a competência dos Estados menos convenientes aos seus interesses. Mas se verifica também, em contrapartida, que cada Estado é cioso de sua própria competência, que é um atributo de sua soberania. E daí uma série de conflitos. O Estado querendo que a matéria fique no âmbito de sua competência e a empresa multinacional, por seu lado, querendo desviar a competência para um Estado que lhe seja mais favorável.

Também quanto a esses aspectos, é muito oportuno lembrar que o anteprojeto de Código Civil brasileiro, ora em debate, contém uma inovação importante em seu artigo 1327, que é a afirmação de que *todas as sociedades estrangeiras* ficam sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros relativamente aos atos que produzam efeitos no Brasil. Talvez se pudesse dizer que isso é pouco mais do que aquilo que hoje já está contido na Lei de Introdução ao Código Civil, mas na verdade é bem mais, é uma extensão da possibilidade de assegurar a competência dos tribunais brasileiros. Entretanto, é ainda, uma solução precária, porquanto restará sempre o problema da inexistência de um tribunal especial, que tenha procedimentos especiais aplicáveis às empresas multinacionais.

Na prática, o que se verifica é que, em virtude dessa deficiência, raramente as empresas multinacionais têm seus problemas e seus conflitos discutidos num tribunal. A solução sempre buscada e sempre preferida, tanto nos conflitos com os poderes públicos, quanto nos conflitos com grupos privados, é a solução por via de negociação, ficando à margem o poder soberano do Estado.

VI. As Multinacionais e os Interesses Nacionais

Um outro aspecto, que de certa maneira complementa esse que acaba de ser exposto, é o comportamento das multinacionais perante os interesses nacionais. Não especificamente perante as leis nacionais, mas, mais propriamente, perante os interesses nacionais. E relativamente a esse aspecto e aos conflitos ligados a ele verifica-se a presença do fator emocional, mesmo na obra dos melhores autores, quando apreciam o problema.

Raymond Vernon vê um aspecto negativo para as multinacionais quando diz que elas estão sujeitas, ao mesmo tempo, a várias soberanias. No seu entender, esse é um dado que enfraquece as multinacionais e que fortalece a soberania dos Estados. Mas ele mesmo observa que, visto o problema do ponto de vista do Estado, o que se percebe é que os Estados sentem, no comportamento das multinacionais, a influência de decisões externas, oriundas do próprio grupo multinacional, de sua matriz ou de subsidiárias, e que vêm produzir efeitos dentro do âmbito do Estado. E às vezes, o que é ainda mais grave, através do comportamento de um componente de um grupo multinacional um Estado percebe e sofre a influência de decisões de outros Estados. Isso ocorre, por exemplo, quando certo Estado toma uma decisão que afeta substancialmente a atuação de um membro do grupo multinacional, ou de matriz ou de uma subsidiária, e por repercussão vai acabar atingindo os interesses ou a autoridade de um outro Estado.

Outro autor, o economista ROBERT HEILBRONER, defensor intransigente e entusiasta das multinacionais, aponta como um aspecto favorável aos Estados a circunstância de que as multinacionais são verdadeiros "reféns" nos Estados em que se instalam. Em que sentido isso ocorreria? Diz ele que as multinacionais são verdadeiros reféns porque muitas vezes, por causa de problemas e de conflitos políticos externos, até como atitude de vingança, os Estados procedem à nacionalização das empresas multinacionais.

Entretanto, é importante observar que, relativamente às nacionalizações, muita coisa se tem dito apontando decorrências positivas e negativas para os Estados. Alguns defensores das multinacionais consideram o Estado plenamente protegido, porque pode nacionalizar a seu exclusivo critério. Por outro lado, se tem ressaltado que essa possibilidade de nacionalização é, em boa medida e sob muitos aspectos, uma possibilidade negativa. Em primeiro lugar porque a nacionalização é uma providência excessivamente drástica. Muitas vezes é necessário ou

conveniente ao Estado coibir apenas alguma prática, mas pela inexistência de instrumentos adequados, que possibilitem uma ação moderada, o Estado é obrigado à solução drástica, procedendo à nacionalização.

Além desse aspecto, que muitas vezes se tem revelado negativo, ou seja, além de ser excessivamente drástica, a nacionalização é quase sempre demasiadamente onerosa, sobretudo se considerarmos que a necessidade de nacionalizar ocorre com muito mais freqüência em Estados de nível relativamente baixo de desenvolvimento econômico.

Um terceiro aspecto também negativo, relacionado com a possibilidade de nacionalizar, é que a experiência tem revelado ser a nacionalização, normalmente, uma fonte de conflitos. Ainda que através dela alguns problemas possam ser resolvidos, sempre, inevitavelmente, do ato de nacionalização decorrem inúmeros conflitos. E estes muitas vezes são extremamente prejudiciais ao próprio Estado que procede à nacionalização. Por isso tudo se verifica que a nacionalização pode parecer o meio mais prático e mais eficiente para proteção da soberania dos Estados, em face das empresas multinacionais, mas é um meio precário, porquanto está eivado de inconvenientes.

VII. O Relacionamento das Multinacionais com a Soberania do Estado

Vistos esses aspectos, já se pode concluir alguma coisa quanto ao relacionamento da soberania do Estado com as empresas multinacionais.

Não é esta, evidentemente, a oportunidade para o estudo aprofundado do problema, mas alguma coisa de original e positivo terá sido feito se obtivermos o seu equacionamento jurídico adequado.

Em primeiro lugar, verifica-se que a soberania, por seu próprio conceito, assegura a superioridade do Estado sobre qualquer outro poder no âmbito de seu território. Dessa maneira, também as empresas multinacionais ficam sempre submetidas ao poder soberano do Estado, colocando-se numa situação de dependência perante esse poder soberano.

A par disso, outra constatação importante é que, especialmente para os Estados mais carentes de recursos e que normalmente são mais procurados pelas multinacionais, é fundamental a preservação da soberania, uma vez que preci-

samente esses Estados é que são os mais vulneráveis às investidas de outros centros de decisão. E é com base na soberania, isto é, porque dispõem de um poder soberano, que tais Estados, apesar de toda a precariedade de meios, têm alguma possibilidade de defesa contra essas investidas.

Uma terceira conclusão é que a indefinição jurídica quanto às empresas multinacionais cria embaraços à ação soberana dos Estados. Esse é, na verdade, um dos pontos mais relevantes, pois se percebe que é do interesse dos próprios Estados que se chegue a uma clara definição da situação jurídica das empresas multinacionais. Sem essa clara definição os Estados sempre terão enorme dificuldade para fazerem valer seu poder soberano. É, portanto, de seu interesse que haja instrumentos jurídicos adequados.

Deve-se observar também que essa definição jurídica, que é do interesse dos Estados, interessa igualmente às empresas multinacionais, que terão dessa maneira uma possibilidade de atuação mais definida, mais clara e menos arriscada. E para acentuar ainda mais a existência desse interesse recíproco, é também oportuno ressaltar que não é razoável, por não ter sentido prático, uma atitude "contra" a empresa multinacional ou "a favor" desse tipo de empresa. O que se deve ter em conta é que a empresa multinacional é um fenômeno, é um fato, de nossa época, sendo importante, isto sim, considerá-la e tratá-la adequadamente, procurando tirar dela e de sua atuação os benefícios e as vantagens que ela, inegavelmente, pode oferecer.

Por último, lembrando uma ponderação bastante feliz do Professor ALFREDO LAMY FILHO, o ideal seria a obtenção de uma legislação internacional uniforme, fixando as condições para a organização e o funcionamento das empresas multinacionais. Como elas operam num âmbito que excede o limite dos Estados, é indispensável que essa legislação proceda também de um âmbito situado além dos Estados. Esse é um ideal que já vem sendo buscado e para cuja consecução muitos obstáculos, alguns extremamente difíceis, terão que ser transpostos. Reconhecendo isso, diz ALFREDO LAMY FILHO que, enquanto não se atinge o ideal da legislação internacional uniforme, cada Estado deve ir adaptando sua legislação, partindo do reconhecimento das empresas multinacionais como tais e buscando oferecer condições para a conciliação de interesses. Em lugar da mera atitude de combate ou da simples fixação de restrições, ou, ainda, da tentativa de fiscalização sem meios apropriados, deve-se procurar proceder ao enquadramento jurídico adequado das empresas multinacionais.

Como conclusão final cabe assinalar que, respeitada a soberania dos Estados e com o auxílio do Direito, podem ser dadas condições para que as empresas multinacionais operem em qualquer Estado, proporcionando aos que as receberem os benefícios que elas podem oferecer, permitindo-se às empresas multinacionais que auferam, como contraprestação, um proveito justo, correspondente a esses benefícios.

Bibliografia Utilizada

- BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1967.
- DALLARI, Dalmo A., *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 7.^a ed., 1980.
- HEILBRONER, Robert L., *As Empresas Multinacionais*, In *Diálogo*, vol. V, n.º III, Rio de Janeiro, julho-agosto-setembro, 1972.
- KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B., *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Zahar, 1964.
- LAMY Filho, Alfredo, *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.
- ONU — *Multinational Corporation in World Development* — Trabalho elaborado pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais do Secretariado das Nações Unidas — New York, 1973.
- REALE, Miguel et alii, *Anteprojeto de Código Civil*, Departamento de Imprensa Nacional, 1972.
- STRENGER, Irineu, *Da Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, 1967.
- VERNON, Raymond, *Multinational Enterprise & National Sovereignty*, In *Harvard Business Review*, vol. 45 março-abril, 1967.
- *A Empresa Multinacional*, in *Diálogo*, vol. III, n.º I, Rio de Janeiro, abril-junho, 1969.
- TANNENBAUM, Frank, *Além das Fronteiras da Nação-Estado*, In *Diálogo*, vol. III, n.º I, Rio de Janeiro, abril-junho, 1969.

O Direito de Subscrição em Aumento de Capital, no Fideicomisso Acionário

Fábio Konder Comparato

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
Doutor em Direito da Universidade de Paris

I. Introdução

Na história do direito privado ocidental, a instituição fideicomissária aparece marcada por disputas constantes. A polêmica em torno do instituto, na verdade, não data apenas da Revolução Francesa e da abolição da ordem feudal. Já em 1560, a ordenação francesa dita de Orléans proibia o fideicomisso além do segundo grau. Em 1730, o chanceler DAGUESSEAO, que obteria dezessete anos depois, com outra ordenação, a reafirmação das restrições de Orléans, escrevia que “a revogação completa dos fideicomissos seria, talvez, a melhor de todas as leis”.

O Código Napoleão, como sabido, veio — muito embora não tão direta e completamente como soa o texto de seu art. 896 — atender aos reclamos do velho ministro de Luís XV, declarando nula *toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers*, nulidade essa extensiva à própria relação entre qualquer desses fiduciários e os bens fideicomitidos. BIGOT DE PRÉAMENEU, na exposição de motivos do Código, entre outras razões dessa proibição, apontou-lhe a principal: nas famílias opulentas, escreveu, as instituições fideicomissárias, tendo por escopo concentrar os bens nas mãos de um só de seus membros, esbulhando os outros, originam graves discórdias e processos constantes. Essa litigiosidade do fideicomisso, de resto, já fora assinalada por MONTESQUIEU, insuspeito para tanto, pois sustentava a importância do instituto como esteio da nobreza nos regimes monárquicos. *Le retrait lignager, reconheceu, fait une infinité de procès nécessaires*¹.

1. De *l'Esprit des Lois*, livro V, cap. IX, éd. Garnier, t. I, Paris, 1973, pág. 63.

A multiplicação de processos judiciais, oriundos de um mesmo instituto, constitui seguro sintoma de sua deficiente estrutura interna ou de seu desajustamento às funções que deve exercer na vida social. No caso do fideicomisso, o diagnóstico parece se concentrar mais nessa última causa. Com efeito, desde o direito romano a instituição fideicomissária tem servido, de modo constante, a um resultado indireto, nem sempre coincidente com a finalidade aparente de suas regras. Em Roma, tratava-se de contornar o rígido sistema de incapacidades sucessoriais, que atingia as mulheres, os *furiosi* e os *peregrini*. Desde logo, porém, percebeu-se que o mecanismo fideicomissário redundava em um reforço, sem contrapartida, do patrimônio dos fiduciários, os quais, muita vez, recusavam-se, pura e simplesmente, a devolver os bens recebidos. Daí passar-se, de um sistema de mera confiança ou simples pedidos (*ab aliquo petere, aliquem rogare*), a fórmula de autêntica constrição judicial, no processo *extra ordinem*, a partir de Augusto². No sistema aristocrático-fundiário, a vontade do testador, perdurando por gerações sucessivas, acabava criando uma linha sucessoral própria, em substituição à da lei, como se disse no preâmbulo da ordenação francesa de 1747; sistema esse que, pelas suas evidentes implicações públicas, redundava numa forma privada de regulação do poder político. Assim, quando o *discours préliminaire* do Código Civil francês profligou “essas substituições absurdas”, *qui subordonnent les intérêts du peuple vivant aux intérêts du peuple mort, et dans lesquelles, par la volonté de la génération qui n'est plus, la génération qui est se trouve sacrifiée à celle qui n'est point encore*, os interesses visados não eram exatamente *la liberté de la circulation* ou *le bien de l'agriculture*, como lá se disse. Ou, pelo menos, o que estava em jogo somente em primeira análise se identificava com a livre exploração e circulação dos bens imóveis. Na verdade, a ruína política da aristocracia, diante da ascensão burguesa, teria que consumir-se com a supressão dessa base fundiária, sobre a qual se estabeleceram a fortuna e o poder político dos nobres. A instituição fideicomissária, como observou um autor, tornando os bens fideicomitidos inalienáveis em mãos do fiduciário, forçava-o, de certo modo, a permanecer rico *malgré lui*³. Não apenas rico, mas politicamente pode-

2. cf. VINCENZO ARANGIO, RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Nápoles (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene), 1976, pág. 573.

3. LEFEBVRE, citado por GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, no *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, t. IV, Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1959, n.º 3.860.

roso. Suprimidas essas muletas legais da aristocracia, a terra e com ela o poder viriam, naturalmente, às mãos dos que tinham o dinheiro em lugar de títulos nobiliárquicos.

Percebe-se, pois, que a razão dessa excessiva litigiosidade do fideicomisso residia, como ainda reside, no fato de que a instituição tem servido, através dos séculos, a conservar o poder (econômico ou político) em determinada linha sucessoral, abolindo-se, quanto a essa realidade do comando (apesar da alienabilidade individual dos bens componentes da massa hereditária), a possibilidade jurídica de disposição por parte do herdeiro ou legatário. E não há nada que os homens possuam mais zelosa e ciumentamente que o poder. O fiduciário, que o recebe desde logo, com a abertura da sucessão do testador, raramente se conforma com a impossibilidade de instituir o seu próprio sucessor, e porfia em descobrir, por meios indiretos, uma saída para a resolubilidade do domínio. O fideicomissário, por sua vez, impacienta-se com a dilação imposta ao exercício de seus direitos sucessórios e tende, facilmente, a indispor-se com os que detêm, temporariamente embora, a *sua* propriedade.

Quer dizer-se, então, dessa forma moderna de dominação, que é o poder de controle empresarial, representado por um pacote acionário? Como desconhecer que é, doravante, em torno dele, como outrora o foi a respeito da propriedade fundiária, que se ferem os grandes conflitos de poder econômico, com repercussões freqüentes no terreno político?

O grau de litigiosidade da instituição fideicomissária avulta de tomo, certamente, quando aplicada ao controle acionário de companhias ou grupos societários. Pois as ações de sociedade anônima não são bens iguais aos que, tradicionalmente, constituíam objeto de propriedade. ASCARELLI denominava as ações de companhias "bens de segundo grau", porque se referem, sempre, a elementos componentes de outro patrimônio⁴. Mais do que isso, diríamos nós, referem-se a uma organização econômica de pessoas e bens, destinada à produção, circulação de mercadorias ou prestação de serviços no mercado, com intuito lucrativo. As ações de sociedade anônima, em uma palavra, dizem respeito à *empresa*. Assim, não se trata de bens possuídos ou usufruídos por si mesmos, mas como instrumento, veículo ou título de legitimação à posse, usufruto ou disposição de outros bens, componentes do patrimônio social. Tratando-se de um bloco de controle acionário, o direito real sobre os títulos

4. cf. o ensaio *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão (Giuffrè), 1955, págs. 228 e segs.

atribui a legitimidade do poder de comando sobre a empresa, no seu conjunto de pessoas e bens. E se, por hipótese, as ações em causa representam o controle de uma sociedade matriz de grupo econômico, com sociedades controladas em cadeia, ou coligadas em leque, aqueles títulos constituirão bens de graus sucessivos, correspondentes ao encadeamento societário.

É por esta razão que um estudo sobre o fideicomisso acionário, especialmente ligado à questão do direito de subscrição de novas ações, não pode deixar de se iniciar por uma análise desse último direito, à luz dos elementos e princípios que regem as relações jurídicas sobre títulos acionários.

II. O Direito de Subscrição de Ações em Aumento de Capital

A lei brasileira, desde 1940, fala em “direito de preferência” do acionista à subscrição de novas ações a serem emitidas em aumento de capital. A expressão é tecnicamente deficiente, pois não se trata de simples prelação ou preferência e, sim, de autêntica opção⁵. Deliberado o aumento de capital por subscrição, os acionistas não ficam submetidos à concorrência de ofertas, mas gozam de um direito exclusivo durante o prazo fixado pelo estatuto ou pela assembléia, prazo esse que não poderá ser inferior a trinta dias (Lei n.º 6.404, de 1976, art. 171, § 4.º). De sorte que a companhia não pode aceitar ofertas de subscrição de terceiros, durante esse prazo, ainda que em condições econômicas mais vantajosas que as estatuídas para os acionistas.

Por aí se revela a natureza desse direito de opção do acionista como verdadeiro *poder*, categoria de direito subjetivo que confere ao seu titular a prerrogativa de atuar, unilateralmente, sobre a esfera jurídica alheia. Mais precisamente, trata-se de um poder de criar relação jurídica, um “direito formador” (*Gestaltungsrecht*), segundo a doutrina germânica⁶

5. Sobre o assunto, *sic* PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, 3.ª ed., t. 50, Rio de Janeiro (Borsoi), 1972, § 5.329, 5, “b”, págs. 356 e 357; no direito italiano, GIANCARLO FRÈ, *Società per Azioni*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, 4.ª ed., Bolonha (Zanichelli) e Roma (Foro Italiano), 1972, pág. 734.

6. *cf.* KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munique (Beck'sche Verlagsbuchhandlung), 1967, págs. 233/4, frisando que a opção é um protótipo de “direito formador”; ANDREAS von TUHR, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, trad. de Maurice de Torrenté e Emile Thilo, 2.ª ed., Lausanne (Imprimerie Centrale), 1933, vol. I, § 3; HALUK TANDOGAN, *Notions Préliminaires à la Théorie Générale des Obligations*, Genebra (Librairie de l'Université), 1972, págs. 37 segs.

ou “direito potestativo”⁷ de acordo com os autores italianos. Ao exercer a opção de subscrição, o acionista faz atuar a deliberação autorizadora do aumento de capital social pela assembléia e, portanto, interfere na estrutura patrimonial da pessoa jurídica. Ele não tem, no caso, simples direito subjetivo a uma prestação da companhia, como, por exemplo, em matéria de dividendo. Perante o acionista que exerce a opção de subscrição, a sociedade anônima se encontra na situação passiva denominada sujeição⁸, tendo que suportar, em seu patrimônio, os efeitos jurídicos do exercício do poder pelo subscritor.

Se a lei modelou essa prerrogativa acionária de forma tão robusta, como poder jurídico e não como direito a uma prestação da companhia, e se o legislador atribui-lhe, tradicionalmente, a eminência de “direito essencial do acionista” (Lei n.º 6.404, art. 109, IV), é porque a sua função deve aparecer como primordial na economia societária. E, de fato, o direito de opção à subscrição de novas ações de aumento de capital constitui elemento indispensável à preservação do *status* ou posição jurídica do acionista na companhia. Esse *status*, como sabido, compreende, do lado ativo, tanto direitos patrimoniais quanto direitos políticos, isto é, de participação no governo social e fiscalização da atividade administrativa. Uns e outros acham-se diretamente ligados à posição acionária no capital da companhia. De acordo com o princípio capitalístico, rigorosamente seguido na sociedade anônima, o *status socii* é determinado pelo número de ações possuídas, em relação à totalidade da mesma espécie de ações em que se divide o capital social.

Assim, no tocante à situação patrimonial do acionista, se não se lhe desse o direito potestativo de participar dos aumentos de capital deliberados, atribuindo-se a terceiros as novas ações emitidas, o acionista veria reduzida a sua quota-parte na distribuição de dividendos, quando em funcionamento a companhia, ou na distribuição do acervo líquido social, no caso de liquidação da sociedade. Conseqüentemente, o valor do seu pacote acionário ver-se-ia igualmente reduzido. Deve-se observar, aliás,

7. cf. G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1939, I, p. 557; PULEO, *I Diritti Potestativi*, Milão (Giuffrè), 1959.

8. Esse conceito, correlato ao de poder jurídico ou direito potestativo, foi elaborado pela primeira vez por G. CHIOVENDA, em seu famoso estudo de 1903 *L'azione nel sistema dei diritti*, e retomado em seguida pelos escritores alemães com o termo de *Bindung* (cf. K. LARENZ, op. cit., págs. 84/85). CARNELUTTI (*Teoria Generale del Diritto*, 3.ª ed., Roma, *Foro Italiano*, 1951, págs. 168 e segs.) distingue, claramente, a sujeição, tanto do dever, quanto do ônus.

que as participações nos lucros sociais ou no acervo líquido, no caso de liquidação da companhia, constituem outros tantos “direitos essenciais” do acionista, os quais só se garantem, plenamente, com o respeito ao direito de opção à subscrição de ações, em aumento de capital.

Ressalte-se, ademais, que toda emissão nova de ações — seja com ingresso de novos recursos na companhia, seja com a capitalização de reservas e lucros, ou com a reavaliação de ativos — acarreta, em princípio, uma pressão baixista na cotação das ações no mercado, pelo acréscimo de oferta desses papéis em relação à demanda existente. Por conseguinte, a aquisição das ações de nova emissão deve representar, para o acionista, uma forma de compensação pela perda, ainda que momentânea, do valor do seu investimento acionário primitivo, no mercado.

Mas é, sem dúvida, quanto à preservação dos chamados direitos políticos do acionista que a garantia representada pelo direito de opção à subscrição de novas ações aparece em toda a sua plenitude. É que, de um lado, há minorias qualificadas para o exercício de certos poderes na companhia; de outro, há o controle acionário, definido como a titularidade de ações, que assegura, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores sociais (art. 116).

As hipóteses de minoria qualificada são as mais variadas, no sistema legal. Acionista ou acionistas, representando 0,5% (meio por cento) ou mais do capital social, têm o direito de obter relação de endereços dos acionistas aos quais a companhia enviou pedidos de procuração, para o fim de remeter novo pedido (art. 126, § 3.º). Titulares de 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social, têm direito a pedir, judicialmente, a exibição por inteiro dos livros da companhia, nas hipóteses previstas no art. 105. Com a titularidade de ações representando igual percentagem do capital, é também facultado ao acionista: a) propor a ação social de responsabilidade *uti singuli* contra os administradores, se a assembléia deliberar não promover a ação (art. 159, § 4.º); b) obter do conselho fiscal informações sobre matérias de sua competência (art. 163, § 6.º); c) propor a ação de dissolução da companhia que não puder preencher o seu fim (art. 206, II, “b”); d) propor a ação social *uti singuli* de perdas e danos contra a sociedade controladora pelos danos causados à companhia controlada, por abuso de poder (art. 246, § 1.º, “a”). Com 5% (cinco por cento) do capital sem direito a voto, ou 10% (dez por cento)

do capital votante, tem o acionista o direito potestativo de obter a instalação do conselho fiscal, nas companhias em que o seu funcionamento não for permanente (art. 161, § 2.º). Com 5% (cinco por cento) do capital votante, podem os acionistas convocar a assembléia geral, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, ao seu pedido de convocação (art. 123, parágrafo único, "c"). Com 10% (dez por cento) do capital votante, podem: a) requerer a adoção do processo de voto múltiplo, para a eleição dos membros do conselho de administração (art. 141); b) eleger, em votação em separado, um membro do conselho fiscal e respectivo suplente (art. 161, § 4.º, "a").

Imagine-se o que representaria, para um acionista titular de alguma dessas posições de minoria qualificada, à falta do direito individual de opção, a impossibilidade de participar de aumento de capital deliberado pelo controlador, resignando-se, assim, a perder a percentagem acionária que lhe dava o poder de intervir na vida social, ou de fiscalizar, de modo especial, a gestão administrativa.

Mas o reverso da medalha deve, também, ser considerado. A ausência do direito de opção, como prerrogativa essencial do acionista, poderia levar o controlador a perder o controle, em razão de manobras especiosas utilizadas por outros acionistas, ou por titulares de direito real (usufruto ou caução, por exemplo) sobre as ações, por ocasião de aumentos de capital.

Não se pode, pois, desconsiderar a importância desse direito essencial, como meio de preservação do *status* do acionista. É dessa sua função primordial na economia da sociedade anônima que decorre o seu valor no mercado.

O direito de opção, de fato, é negociado — em Bolsa ou em balcão —, como valor mobiliário distinto da ação que lhe deu origem, com fundamento em sua livre cessibilidade (Lei n.º 6.404, art. 171, § 6.º). Na determinação de seu valor, leva-se em consideração, em primeiro lugar, o sobrevalor do patrimônio líquido da companhia, relativamente ao capital social. E a razão é simples: o terceiro que venha, eventualmente, a subscrever novas ações emitidas pela companhia, adquire o direito de participar desse sobrevalor — constituído de reservas acumuladas e lucros em suspenso — já formado anteriormente. Nada mais justo, portanto, que esse novo acionista pague aos antigos sócios, sob a forma de preço de cessão do direito de opção, ou à própria companhia, sob a forma de ágio, o montante correspondente a essa mais-valia acionária.

No lançamento de novas ações à subscrição, a companhia não pode deixar de levar em conta o sobrevalor do patrimônio líquido em relação ao capital social, para a fixação do preço de emissão. Caso contrário, isto é, se vier a estabelecer esse preço muito abaixo do valor patrimonial da ação, estará praticando o que a técnica mercadológica denomina “diluição” do capital acionário⁹. O prejuízo conseqüente é duplo: para a própria companhia e para seus acionistas. Para a sociedade anônima, em primeiro lugar, porque ela deixa de recolher, pelas ações emitidas, todos os recursos de capital (no sentido largo), que poderia receber; o que significa que perde substância econômica, de certa maneira. Para os acionistas, em segundo lugar, porque o lançamento de novas ações a preço reduzido acarreta a inevitável baixa de cotação das antigas ações, reforçando-se a tendência depressora do seu valor venal, com o afluxo de novos papéis no mercado, como assinalado acima. Essa a razão da norma constante do art. 170, § 1.º da lei de sociedades por ações.

Mas, na verdade, o valor econômico do chamado “direito de preferência” não se mede, apenas, pelo excedente do patrimônio líquido da companhia em relação ao montante do capital social; da mesma forma que o direito de opção não visa a proteger, tão-só, os direitos patrimoniais do acionista, mas também os seus direitos políticos. Toda empresa, enquanto *going concern*, como dizem os norte-americanos, possui um certo número de elementos de valor econômico que não se traduzem na contabilidade: cartas-patentes de funcionamento, autorizações administrativas, reservas ocultas do imobilizado, posição privilegiada no mercado por razões históricas ou meramente conjunturais. São os chamados “valores intangíveis”, que geralmente se avaliam tão-só por ocasião dos negócios de cessão de controle (veja-se o art. 255, § 1.º da Lei n.º 6.404). Ademais, tais sejam as circunstâncias, o que pode estar em jogo, na cessão de direitos de opção à subscrição de novas ações, é a aquisição ou a perda de uma posição de minoria qualificada na companhia, atribuindo certos poderes de interferência na vida social, como explicado linhas atrás. E isto não pode deixar de ter o seu valor específico, no mundo dos negócios.

Chegamos, assim, naturalmente, à questão da qualificação do direito de subscrição do acionista, relativamente às ações

9. *Watering*, nos Estados Unidos; *dilution*, na França; *Verwässerung*, na Alemanha; *annacquamento*, na Itália.

das quais se origina. Que estas sejam a coisa principal e aquele a acessória, segundo a conceituação do Código Civil brasileiro (art. 58), não parece haver dúvida. O direito de opção à subscrição de ações em aumento de capital supõe a existência de ações primitivas, das quais exsurge ou deriva, pela boa razão de que se trata de um direito próprio *de acionista*. Mais do que isso: ele adere às ações, enquanto valores mobiliários autônomos, e não à pessoa de seu titular, por isso que pode ser livremente cedido (Lei n.º 6.404, art. 171, § 6.º), salvo estipulação em contrário no estatuto, em acordo de acionistas ou negócio particular.

A questão fundamental não é essa e, sim, a de se saber *que tipo de coisa acessória* é o direito de subscrição, em relação às ações de onde provém.

O Código Civil enumera, na classe das coisas acessórias, os frutos, produtos e rendimentos (art. 60). A enumeração é, em parte, redundante, pois como salienta CLÓVIS¹⁰ os rendimentos nada mais são do que os chamados “frutos civis”. Por outro lado, o elenco das coisas acessórias do art. 60 não deve ser tomado como exaustivo, faltando, por exemplo, a indicação das benfeitorias, reguladas nos arts. 62 e seguintes.

Fruto é todo bem ou utilidade que provém de uma coisa, sem lhe alterar a substância. Na definição de fruto, é perfeitamente dispensável a referência à periodicidade de sua proveniência¹¹, elemento, aliás, ausente da definição dada pelos melhores modelos legislativos, como o Código Civil alemão (§ 99) e o italiano (art. 820). Essencial, no entanto, é que esse bem ou utilidade proveniente da coisa frutífera não lhe acarrete, pela sua separação, uma diminuição da substância. A colheita do café não importa alteração substancial dos cafeeiros. A percepção dos juros não implica redução do capital.

Quando, ao contrário, a separação ou retirada dos bens acessórios acarreta redução na quantidade ou valor da coisa de onde provém, fala-se em *produtos* e não em frutos. É o exemplo clássico do mineral extraído da mina ou da pedra retirada da pedreira. O que distingue os frutos dos produtos é, pois, a sua possibilidade de reprodução, seja pelas próprias forças da natureza, seja por obra do homem.

10. “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado”, vol. I (Livraria Francisco Alves), 11.ª ed., 1956, pág. 234).

11. *sic*, PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, cit., t. II, § 140, I, pág. 76.

Ora, o direito de opção do acionista à subscrição de novas ações de aumento de capital não é um fruto das ações por ele já possuídas. O acionista não os percebe como bem reprodutível sem diminuição do capital acionário, à maneira dos dividendos. Ao contrário, tendo em vista a sua função jurídica já longamente explanada, o direito de subscrição do acionista é elemento integrante do capital acionário, é parte de sua substância; de tal forma que, não exercida a opção de subscrever, a posição jurídica do acionista vê-se reduzida em quantidade e valor. Nem é por outra razão, de resto, que a cotação desse direito no mercado, quando destacado da ação que lhe deu origem, se estabelece, entre outros elementos, pelo montante das reservas acumuladas e lucros em suspenso no patrimônio da companhia; isto é, pelo sobrevalor patrimonial das ações, relativamente à sua expressão monetária, como fração-alíquota do capital social. Sob esse aspecto¹², não há diferença substancial entre o direito de subscrição e as ações ditas bonificadas, porque provenientes da capitalização de reservas ou lucros.

Pode-se, hoje, dizer que já se estabeleceu o mais largo consenso doutrinário a respeito. “O direito de opção dos acionistas”, escreveu PONTES DE MIRANDA, “não é fruto, mas é direito que se irradia das ações”¹³. *Il diritto di opzione*, afirmou ASCARELLI, *non costituisce un frutto o una utilità derivata dalle vecchie azioni. Costituisce un diritto “ab origine” inerente alle vecchie azioni e volto a impedire che il valore di queste possa risultare pregiudicato attraverso un aumento di capitale che permetta a terzi (senza sufficiente tutela dell’azionista) o a qualcuno solamente tra gli azionisti di passare a partecipare di quella differenza tra patrimonio e capitale sociale cui, in forza delle vecchie azioni, partecipava ogni azionista*¹⁴. No tratado de RIPERT, editado por ROBLOT, lê-se: *Le droit de souscription est un droit mobilier qui se sépare de l’action, mais qui est cependant un complément du droit constaté par l’action. L’action ancienne baissera de valeur à la cote de la bourse après l’augmentation de capital. Il faut donc considérer ce droit, non pas comme un fruit de l’action, mais comme un capital*¹⁵. Na Alemanha Federal, a jurisprudên-

12. cf. A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *El Derecho de Suscripción Preferente del Accionista*, Madrid (Civitas), 1973, págs. 147 e segs.

13. *Tratado de Direito Privado*, cit., t. I, § 5.329, 5, pág. 361.

14. *Diritto di Opzione e Usufrutto di Azioni*, in *Studi in Tema di Società*, Milão (Giuffrè), 1952, pág. 266.

15. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 9.^a ed., t. I, Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1977, n.º 1553.

cia, segundo informa o clássico comentário de PALANDT ao Código Civil¹⁶, pronunciou-se no sentido de denegar ao direito de subscrição a natureza de fruto das ações de onde provém. Na expressão de SÁNCHEZ ANDRÉS, *el derecho de suscripción se presenta así como un valor substantivo que forma parte del contenido económico de la participación social, que potencia el valor de la aportación originaria y cumple un papel de elemento reintegrador cuando aquella participación se fracciona*¹⁷

Não se trata, pois, de fruto nem de produto e sim de um *acréscimo* (incrementum), que sobrevém às ações como parte acessória reprodutível do capital, cujo destaque deste reduz-lhe a substância¹⁸.

Analisado, assim, o primeiro elemento da dupla temática proposta, cuidemos agora de examinar o segundo, isto é, a instituição fideicomissária, antes de os combinarmos de forma harmônica, em busca do resultado almejado: a extensão, ou não, do fideicomisso às novas ações subscritas pelo fiduciário, no exercício da opção legal.

III. O Fideicomisso

A inclusão do fideicomisso no capítulo das substituições foi, sem dúvida, uma falha técnica do nosso Código Civil, como salienta PONTES DE MIRANDA¹⁹. O fideicomissário não vem à sucessão *em lugar* do fiduciário. Ele sucede *diretamente* o testador, muito embora a herança só lhe seja devolvida após a morte do fiduciário, ou a certo tempo. Os que sustentam que o fideicomissário é sucessor do fiduciário, na verdade, confundem o fato de alguém ser titular de um bem (ou patrimônio) com o fato de esse titular não poder, temporariamente, exercer os direitos e adimplir as obrigações inerentes a esse patrimônio. Fala-se, também erroneamente, em "herdeiro condicional", seguindo-se os dizeres do art. 1.733 do Código ("sob certa condição"), mas condição propriamente não há; a não ser,

16. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 37.^a ed., Munique (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung), 1978, pág. 64.

17. *op. cit.*, pág. 149.

18. Sobre a categoria dos acréscimos, ainda pouco elaborada na teoria geral do Direito, cf. a rápida alusão que faz CLÓVIS BEVILAQUA em sua "Teoria Geral do Direito Civil", revista e atualizada por Caio Mario da Silva Pereira, 2.^a ed., Rio de Janeiro (Livraria Francisco Alves), 1976, págs. 190/191.

19. "Tratado de Direito Privado", cit., t. LVIII, § 5.820; § 5.833, 1, 9 e 10; § 5.836, 4.

como observa o mesmo PONTES DE MIRANDA, uma *conditio iuris* que é elemento integrante do tipo legal ou hipótese de incidência normativa²⁰. A incerteza da devolução sucessoral ao fideicomissário é tão só de tempo, não do fato em si (*eventus incertus quando sed certus an*). Juridicamente, o fideicomissário já é herdeiro ou legatário — e, portanto, sucessor do testador —, desde a morte deste. A prova cabal dessa verdade é a norma do art. 1.737 do Código Civil, que os intérpretes brasileiros ainda não assimilaram, em profundidade: como pode, com efeito, o fideicomissário responder pelos encargos da herança que ainda restam, quando vem a assumi-la, se não é sucessor do testador?

Mas, de fato, essa concepção simples e límpida do instituto só é facilmente aceita pela doutrina alemã²¹, graças ao rigor técnico da redação dos textos sobre o fideicomisso, no BGB. Não somente se distinguem, como ainda se separam em capítulos distintos, o *substituto sucessoral* (*Ersatzerbe*, §§ 2.096 a 2.099) do fideicomissário ou “pós-herdeiro” (*Nacherbe*, §§ 2.100 e segs.). Na dúvida, estatui o Código (§ 2.102), interpreta-se a nomeação testamentária como substituição, não como fideicomisso.

No fideicomisso, portanto, há sucessão simultânea, de eficácia consecutiva. Fiduciário e fideicomissário sucedem *ao mesmo tempo*, mas assumem a herança ou o legado *um após o outro*.

Como conseqüência lógica, deve-se reconhecer que o fideicomissário, antes de assumir a herança ou o legado, não tem mera expectativa (*spes debitum iri*) ou um direito eventual, no sentido do disposto no art. 121 do Código Civil, mas direitos

20. “Tratado”, cit., § 5.820, 11.

21. cf. THEODOR KIPP, HELMUT COING, *Derecho de Sucesiones*, trad. de Roca Sastre, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona (Bosch), s/d, págs. 443 e 454; cf. também *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pág. 1792, com ampla bibliografia.

A exposição de motivos do Código Civil suíço, como informa PAUL PIOTET (*Traité de Droit Privé Suisse*, t. IV, Droit Successoral, Ed. Universitaires, Friburgo, 1975, § 20, pág. 95), declarou que *la position de l'appelé est anormale en ce qu'il acquiert de fait la succession comme héritier du grevé et qu'en droit on le considère comme un héritier du disposant*. PIOTET reconhece que, segundo a opinião dominante na Suíça, o fideicomissário sucede o testador, mas afirma que há aí simples questão de terminologia, para concluir: *l'appelé est donc un successeur du disposant par l'intermédiaire du grevé, au second degré*.

Na Itália, MARIO TALAMANCA sustenta que o fideicomissário é herdeiro do testador e sucessor do fiduciário, mas a título singular (*Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Successioni Testamentarie*, Bolonha e Roma, reimpressão atualizada da primeira edição, 1978, págs. 387/388).

subjetivos já plenamente adquiridos, embora de eficácia protraída²². Pode, assim, não apenas exercer atos conservatórios, mas *exigir as inscrições e averbações de registro em seu nome*, como autônomo titular, que é, desses direitos.

Por isso mesmo, a posição jurídica do fiduciário não é apenas de titularidade resolúvel dos bens da herança, mas também de conservação desse patrimônio em vista do seu destino, que é a passagem para o fideicomissário. Esse elemento de *fidúcia* é essencial à caracterização do instituto, não lhe podendo ser retirado sem que o fideicomisso seja degradado à situação de simples propriedade resolúvel (Código Civil, arts. 647 e 648)²³. Desde as origens romanas, o fideicomisso tem sido concebido como uma disposição de bens *em confiança* àquele que, por primeiro, vem à sucessão (*fidei tuae committo*). A exigência da mais completa boa fé pesa, portanto, sobre o fiduciário, na gestão dos bens fideicomitidos, devendo ele abster-se de praticar qualquer ato que possa, ainda que remotamente, prejudicar o fideicomissário. Sem dúvida, o fiduciário administra bens próprios e não alheios, ao contrário do usufrutuário. Mas administra-os com destinação certa, que é a sua transferência à posse do fideicomissário. Não é, portanto, o fiduciário, em hipótese alguma, um proprietário absoluto, se

22. Na doutrina germânica fala-se, de fato, em “direitos expectativos” (*Anwartschaftsrechten*). Mas LARENZ adverte que nem toda expectativa jurídica pode ser considerada um “direito expectativo”, somente assumindo esse caráter aquela que já apresenta um tal grau de firmeza que aparece, no comércio jurídico, como uma posição patrimonial atual (*eine bereits gegenwärtige Vermögensposition*), suscetível de alienação e penhora (op. cit., pág. 236). Parece óbvio, nessas condições, que um direito subjetivo desse tipo nada tem que ver com uma simples expectativa.

Na França, fala-se em “direito eventual”, mas a jurisprudência admite que o fideicomissário institua hipotecas sobre os imóveis fideicomitidos (cf. RIPERT e BOULANGER, cit., t. IV, n.º 1245 e 1246).

23. cf. PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, cit., t. LVIII, § 5.333, 8 e 9; KIPP e COING, cit., pág. 468. A doutrina italiana rejeita, unanimemente, o caráter de fidúcia no fideicomisso (cf. MARIO TALAMANCA, op. cit., págs. 267/268, com ampla citação bibliográfica). Mas ela se refere não à posse e propriedade em boa fé, no interesse alheio e, sim, à chamada “disposição fiduciária” do art. 627 do Código Civil de 1942, segundo a qual *non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta*. Como salientou ANGELO CARLO PELOSI (*La Proprietà Risolubile nella Teoria del Negozio Condizionato*, Milão, Giuffrè, 1975, págs. 184/185), *l’obbligo di conservare, sancito dall’art. 692, al. 1.º e 2.º, cod. civ., riecheggia chiaramente il principio enunciato in materia di condizione dall’art. 1358 cod. civ., secondo cui il titolare del diritto “risolubile” deve “comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell’altra parte”*

é que ainda se pode falar, hoje, em absolutismo do direito de propriedade. Ele administra bens não apenas em seu interesse exclusivo, ou egoisticamente, como dizem os alemães (*eigen-nützig*), mas também no interesse do fideicomissário, que já é titular desse patrimônio especial, embora temporariamente despojado de eficácia jurídica; isto é, em termos concretos, sem posse.

Esse elemento de fidúcia tempera e corrige o poder do fiduciário de alienar os bens fideicomitidos. O Código Civil brasileiro não tem, a esse respeito, a disposição cautelar do Código Civil italiano (art. 694), fonte de dispositivo análogo no Código Civil português, determinando que a alienação ou oneração só possa fazer-se mediante alvará judicial, em caso de evidente necessidade ou nulidade para o patrimônio fideicomitido. Tampouco contempla a proibição de alienações gratuitas, como está no Código Civil alemão (§ 2.113, segunda alínea). Mas tais normas podem se considerar implícitas na lei brasileira, pois resultam, necessariamente, tanto dos princípios cardeais que regem o instituto, quanto da própria definição legal dos direitos do fiduciário como propriedade *restrita* e resolúvel (Código Civil, art. 1.734) ²⁴.

É, aliás, altamente duvidoso que em nosso direito ainda se admitam as disposições testamentárias instituidoras de um fideicomisso *de residuo* ou *de eo quod supererit* ²⁵. Como salienta MÁRIO TALAMANCA, a faculdade reconhecida ao fiduciário de devolver ao fideicomissário somente o que restar da fortuna fideicomitada caracterizaria autêntica condição potestativa ²⁶. No direito romano, de resto, o instituto não foi criado sob o signo da arbitrariedade, pois esse tipo de fideicomisso comportava sempre, a partir do período clássico, uma caução garantidora, reconhecendo-se que o fiduciário deveria comportar-se, como administrador, segundo o *arbitrium boni viri* ²⁷

Não se trata, pois, apenas de aplicar, em nosso direito, o disposto no art. 647 do Código Civil, que disciplina a trans-

24. Sobre a proibição de alienações gratuitas dos bens fideicomitidos no direito brasileiro, cf. o que escreveu PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, t. LVIII, § 5.836, 6, "d", pág. 185.

25. PONTES DE MIRANDA reconhece o caráter "anormal" do instituto (*op. cit.*, t. LVIII, § 5.836, 20).

26. pp. 332/333. Esse tipo de fideicomisso é admitido na França, exatamente porque constitui uma exceção à proibição geral consubstanciada no art. 896 do Código Napoleão.

27. cf. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op. cit.*, pág. 576.

ferência da coisa objeto de propriedade resolúvel. Ainda é preciso que a alienação ou a oneração dos bens fideicomitidos se revelem *necessárias e úteis à preservação da substância patrimonial* dos bens objeto de fideicomisso.

Fere-se, aí, ponto de magna importância para a compreensão do mecanismo jurídico do instituto. Vejamos.

Os bens fideicomitidos, seja em herança, seja em legado, não se consideram como coisas singulares, mas formam uma universalidade de direitos e obrigações, um *patrimônio separado* no patrimônio geral do fiduciário²⁸. De um lado, os direitos herdados ou legados não se confundem com os demais elementos ativos do patrimônio do fiduciário, porque afetados pela cláusula fideicomissária. De outro lado, há dívidas ou encargos que podem ser transmitidas pelo *de cuius* aos seus sucessores (fiduciário e fideicomissário), débitos esses cuja responsabilidade vai até o montante dos ativos sucedidos, em aplicação do princípio do art. 1.587 do Código Civil. Há também obrigações reais ou *propter rem*, que gravam os bens herdados, ainda que nascidas após a sucessão, as quais, da mesma forma, passam para o fideicomissário.

Ora, em matéria de coisas universais ou coletividades, vigora sempre o princípio do art. 56 do Código Civil, ou seja, à coisa individual se sub-roga o respectivo valor, e vice-versa. Por conseguinte, vendido um bem fideicomitado, a ele se sub-roga, automaticamente, o preço respectivo, no patrimônio separado a ser transmitido ao fideicomissário.

Há mais, porém. O fiduciário tem o dever legal de conservar a substância dos bens que lhe foram confiados pelo testador, ainda que se lhe reconheça o poder de aliená-los ou onerá-los. Essa substância, na verdade, nem sempre se conserva pela aplicação da regra da sub-rogação legal acima referida. Pode suceder que os bens fideicomitidos sejam infungíveis e destinados a uma única utilidade ou finalidade econômica, geralmente declarada pelo testador, de tal sorte que a sub-rogação do preço na coisa não significa obediência ao princípio de preservação da substância dos bens.

Sobre isto, a doutrina é absolutamente concorde, aqui como alhures. "A herança ou parte da herança fideicomitada trata-se como *patrimônio* (universalidade de direito) ou bens

28. Daí por que são excluídos da comunhão conjugal (Código Civil, art. 263, III).

destinados a certo fim. Não só quanto ao *valor* como quanto à *substância*. Para o fiduciário vale o preceito: *uti frui salva substantia rerum*. Os bens do fideicomisso, como unidade, devem ir ao fideicomissário, sem alterações substanciais: consideram-se e zelam-se como organismo vivo”, escreveu PONTES DE MIRANDA²⁹. E prossegue: “Daí. ou se trate de patrimônio, ou de coisa singular afeta a um destino, dar-se, nos casos ordinários, a sub-rogação; porém, como a substância, no fideicomisso, interessa ao fideicomissário, deve este ser *ouvido* em todos os atos de mudança, troca ou alienação do todo ou parte dos bens fideicomitidos” (grifos no original).

Para THEODOR KIPP e HELMUT COING, a *idéia fundamental* do instituto, no Código Civil alemão, é que o fiduciário, embora receba os bens como proprietário, deve conservá-los de forma a entregar a sua *substância* ao fideicomissário. Sua posição jurídica, portanto, sob esse aspecto, é semelhante à de um usufrutuário, embora sob configuração especial³⁰.

Na doutrina suíça, PAUL PIOTET, comentando o disposto nos arts. 488, primeira alínea e 491, segunda alínea, do Código Civil helvético, observa: *L'obligation de "rendre la succession" signifie le devoir de faire en sorte que l'appelé acquière le patrimoine spécial dans un état résultant d'une bonne administration destinée à en conserver la substance*³¹.

Ora, essa substância econômica do patrimônio fideicomitido é apreendida em função da *finalidade* ou *utilidade* dos bens que compõem essa universalidade. Tratando-se de ações de sociedade anônima, o intérprete não pode deixar de indagar qual a posição sócio-econômica que o testador objetivou transmitir em fideicomisso. Desejou transferir, simplesmente, um capital rentável, ou quis preservar uma posição de mando ou controle empresarial? É óbvio que, na primeira hipótese, é possível e mesmo aconselhável, por vezes, substituir as ações fideicomitidas por outras, que apresentem rentabilidade maior. Na segunda hipótese, porém, não só deve o fiduciário abster-se de qualquer alienação, como está proibido, sob pena de grave infração ao princípio de boa fé, de aproveitar-se da situação de titularidade temporária das ações, para a apropriar-se do controle empresarial, de modo a esvaziar a fortuna, que lhe foi confiada, de sua verdadeira substância econômica.

29. *Tratado de Direito Privado*, cit., t. LVIII, § 5.836, 12.

30. *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 444.

31. *Traité de Droit Privé Suisse*, cit., t. IV, § 20.

IV. Direito de Preferência Oriundo de Ações em Fideicomisso

Uma vez explicitada a natureza do chamado direito de preferência à subscrição de ações como valor de capital, e bem compreendidos os princípios fundamentais da instituição fideicomissária, no tocante à preservação da substância do patrimônio em causa, é relativamente fácil demonstrar que às ações subscritas pelo fiduciário, no exercício da opção inerente às primitivas ações fideicomitidas, estende-se, logicamente, o vínculo do fideicomisso.

Tal conclusão é corroborada por respeitáveis opiniões, tanto na doutrina alemã³², quanto na italiana³³, sem que se possa colher, no estrangeiro, nenhuma tomada de posição discrepante.

No direito brasileiro, a única objeção levantada funda-se no teor da norma constante do art. 171, § 5.º da lei de sociedades por ações. Mas essa objeção, na verdade, não se assenta em sólida razão jurídica; provém, antes, de uma superficial leitura do texto e denota assinalada ignorância do mecanismo próprio dos títulos de crédito.

Com efeito, o que a lei acionária regula, no dispositivo mencionado, é a *ordem de legitimação para o exercício da opção*, não a extensão da titularidade sobre as ações subscritas. Em outras palavras, nas hipóteses de usufruto e fideicomisso — concorrência de direitos sobre as mesmas ações — a lei diz *quem* pode e *quando* pode subscrever; mas, obviamente, não altera em nada o regime de direito comum de usufruto e fideicomisso, relativamente às ações subscritas³⁴. Sobre essa questão,

32. KIPP e COING sublinham que se trata de mera aplicação do princípio de que pertence, naturalmente, ao patrimônio fideicomitido, tudo o que o fiduciário adquire com base em direito integrante daquele patrimônio (op. cit., § 49, II, I, pág. 468). Comentando o § 186 da lei de sociedades por ações alemã de 1965, o qual regula o direito de opção à subscrição de novas ações, GODIN e WILHELMI escrevem: “Pelo fideicomisso, está o fiduciário autorizado (a subscrever); o produto (da cessão) do direito de opção ou as novas ações pertencem, no entanto, ao patrimônio fideicomitido”. No original: *Bei Vorerbschaft ist der Vorerbe berechtigt; der Erlös für das Bezugsrecht die neue Aktie gehört aber zur Erbmasse (Aktengesetz, t. II, 4.ª ed., De Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 1971, pág. 1122).*

33. MÁRIO TALAMANGA observa que a emissão de novas ações, sejam elas bonificadas ou subscritas, acarreta sempre uma diminuição do valor das ações primitivas, de que derivam. Em conseqüência, *le azioni così acquistate cadranno in proprietè dell'erede fiduciario, ma saranno sottoposte al vincolo fedecommissario* (op. cit., pág. 361).

34. “As novas ações, em caso de direito de opção”, escreveu PONTES DE MIRANDA, “não são frutos; são proveito que ocorreu, por existir o direito de opção, razão por que a lei brasileira somente cogitou da legitimação a subscrever,

o art. 171, § 5.º da Lei n.º 6.404 não é de nenhum auxílio para o intérprete.

A ação de sociedade anônima, como todo título de crédito, exerce, fundamentalmente, uma função de legitimação de exercício de direitos e assunção de obrigações e responsabilidades, perante a companhia. A posse legitimada das ações indica quem está autorizado a agir perante a sociedade — quer exercendo direitos, quer fazendo atuar poderes — e quem responde pelo cumprimento das obrigações e deveres societários, notadamente a integralização das próprias ações. Mas essa mesma posse legitimada não prejulga a verdadeira titularidade da posição acionária. O portador legitimado das ações recebe dividendos ou retira certificados de ações bonificadas, subscreve novas ações de aumento de capital ou manifesta-se em dissidência pedindo o recesso. A companhia não interessa saber (nem está ela autorizada a indagar) se, de fato, tais ações pertencem ao portador legitimado que exerce tais direitos e poderes, ou se ele age no interesse de outrem — proprietário ou sócio oculto.

É por isso mesmo que o legislador brasileiro, desde 1940, referindo-se à chamada “propriedade” das ações, restringe o alcance das normas editadas ao terreno das presunções. “A propriedade das ações nominativas *presume-se* pela inscrição do nome do acionista no livro de “Registro das Ações Nominativas” (Lei n.º 6.404, art. 31). “A propriedade das ações endossáveis *presume-se* pela posse do título com base em série regular de endossos” (art. 32). “O detentor *presume-se* proprietário das ações ao portador” (art. 33). Essa presunção de propriedade é suficiente para fundar a certeza legitimatória.

A *contrario sensu*, se o verdadeiro proprietário das ações não consegue realizar as condições de legitimação acionária — porque perdeu os certificados ao portador, não obteve a inscrição de seu nome no livro “Registro das Ações Nominativas”, ou não o fez averbar no livro “Registro das Ações Endossáveis” — ficará radicalmente impossibilitado de agir contra a sociedade ou dentro dela (em assembléias gerais, por exemplo).

a optar” (op. cit., t. L, § 5.329, 5, pág. 361). E SÁNCHEZ ANDRÉS, referindo-se ao direito de opção na hipótese de usufruto: *las normas mercantiles resuelven ciertamente el problema de la disponibilidad del derecho frente a la sociedad, pero no los del goce en las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario* (op. cit., pág. 408).

Nas ações endossáveis, aliás, essa dissociação entre titularidade e legitimação, possível em todo título de crédito, é claramente afirmada em lei. O último endossatário de uma série regular de endosso é presumido proprietário, “mas o exercício de direitos perante a companhia requer a averbação do nome do acionista” no livro competente (art. 32). Vale dizer: aquele cujo nome continua averbado nos registros societários é o único legitimado a exercer direitos perante a companhia, não obstante já haver, por hipótese, endossado os certificados acionários, deixando, portanto, de ser “proprietário”.

Análoga dissociação ocorre nas hipóteses de concorrência de direitos sobre as mesmas ações, quer se trate de condomínio acionário, quer se cuide de direitos reais de garantia ou de gozo, quer se estabeleça a sucessão fideicomissária. Perante a companhia, somente um dos titulares de direitos sobre a ação, ou o representante da coisa comum, é legitimado a agir. “Quando a ação pertencer a mais de uma pessoa”, dispõe o art. 28, parágrafo único da Lei n.º 6.404, “os direitos por ela conferidos serão exercidos pelo representante do condomínio”. É caso, pois, de representação necessária e não, simplesmente, facultativa, pois aos condôminos não se permite agir conjuntamente, nas relações com a sociedade anônima. Terão que designar quem os represente.

Nas hipóteses de direitos reais sobre ações alheias, da mesma forma, não há legitimação conjunta dos titulares de direitos, para o exercício do voto. Só um pode votar, sem prejuízo dos direitos do outro ou dos outros (arts. 113 e 114).

Em suma, objeto das normas próprias da lei de sociedades por ações é, tão-somente, a legitimação para o exercício dos direitos e poderes no âmbito societário, pois é só isso que interessa ao funcionamento da companhia. A relação jurídica que o acionista mantenha com terceiros, no tocante às suas ações, é objeto de outra regulação legal, estranha ao direito das sociedades anônimas. As normas de legitimação do exercício de direitos acionários não implicam, de modo algum, que a parte legitimada possa exercer seus direitos e poderes em seu exclusivo interesse, nem que essa legitimação autorize, como frisou ASCARELLI, “uma alteração, ainda que indireta, do alcance dos direitos patrimoniais dos outros titulares de direitos reais sobre a ação”³⁵.

A razão suprema dessa origem reside no princípio da *indivisibilidade da ação em relação à companhia* (Lei n.º 6.404,

35. *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão (Giuffrè), 1955, pág. 231.

art. 28). A rigor, ainda seria possível admitir uma divisibilidade no exercício de direitos de crédito perante a sociedade, como o direito ao dividendo. Mas seria logicamente impossível cogitar de uma divisibilidade na atuação de poderes. Ninguém pode exercer meio voto, ou um quarto de fiscalização. .

Voltando, agora, à norma do art. 171, § 5.º da lei de sociedades por ações, parece fácil compreender que o seu alcance restringe-se à mera questão de legitimação no exercício do chamado direito de preferência. Na concorrência de direitos entre nu-proprietário e usufrutuário, ou entre fiduciário e fideicomissário, a lei apenas indica quem está autorizado a exercer esse poder e em que momento. No direito anterior, a regulação dessa ordem de legitimação era criticável, pois limitando-se o Decreto-lei n.º 2.627 a declarar que “o direito de preferência, se não exercido pelo acionista, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário”, fazia perdurar a incerteza até o último dia do prazo do exercício da opção. A lei nova, corrigindo essa imperfeição, veio impedir que o nu-proprietário e o fiduciário exerçam a opção no último decêndio do prazo geral de subscrição, reservando esses derradeiros dez dias para o usufrutuário e o fideicomissário.

O fato de o texto legal referir-se ao fiduciário como “acionista” não tem outro significado senão o de marcar uma posição de legitimação perante a sociedade. É ele acionista, mas não deixa, por isso, de ser fiduciário; assim como acionistas podem ser também, os menores, os interditos, as fundações ou o próprio Estado, cada qual investido de um *status* jurídico próprio. Não é pelo fato de ser acionista que o menor se torna plenamente capaz ou que o Estado deixa de ser uma pessoa jurídica de direito público interno, com todas as limitações e prerrogativas que esse *status* comporta.

Se a lei coloca o fiduciário junto com o nu-proprietário para o exercício do direito de subscrição, na primeira parte do prazo legal, e os denomina ambos “acionistas”, é, simplesmente, porque nessas duas posições jurídicas existe a propriedade. Mas a semelhança se esgota aí, pois, tal como o usufrutuário perante o nu-proprietário, o fiduciário tem o dever legal de preservar a substância do bem possuído, respeitando os direitos de fideicomissário. Sob esse aspecto, como já frisamos, o fiduciário se aproxima do usufrutuário, embora sob configuração especial. E é exatamente por isso que o regime legal das ações subscritas difere, fundamentalmente, entre fiduciário e nu-proprietário. Este, ao subscrever, salvo estipulação em contrário do ato de instituição do usufruto, adquire as ações novas

sem restrições, porque elas integram o seu capital. O fiduciário, ao revés, devendo preservar o capital recebido, para devolvê-lo, íntegro, ao fideicomissário, não pode se apropriar das ações subscritas, oriundas das que recebeu em confiança, separando-as, em proveito próprio, do capital fideicomitado.

É, aliás, muito discutível que o fiduciário possa ceder o seu direito de opção. PONTES DE MIRANDA entende que sim, embora ressaltando que “se o fiduciário cede o direito de subscrever, ou algo recebe pela renúncia, tem de empregá-lo como produto do bem fideicomitado”³⁶. Trata-se, provavelmente, de opinião colhida em autores estrangeiros³⁷, mas que não parece se afeiçoar ao nosso regime jurídico específico. Com efeito, estabelecendo a lei brasileira um prazo exclusivo de subscrição, nos últimos dez dias, ao usufrutuário e ao fideicomissário, não se vê bem com que fundamento poderiam o nu-proprietário e o fiduciário frustrar, por ato próprio, o exercício desse direito exclusivo, antes do prazo³⁸.

Seja como for, diante do princípio de que o capital fideicomitado deve ser preservado em sua substância, é totalmente desprezível a opinião nominalista, segundo a qual o fiduciário só está obrigado a conservar o mesmo número de ações que recebeu em fideicomisso. Se assim fora, em primeiro lugar, não se explicaria, racionalmente, porque a lei manda, de modo expresse, que às ações distribuídas em bonificação se estenda o vínculo do fideicomisso (Lei n.º 6.404, art. 169, § 2.º). Ademais, quando se fala em *substância* de uma coletividade, segundo o princípio geral que disciplina as coisas universais (Código Civil, art. 56), tem-se em mira, obviamente, o seu valor intrínseco e não a sua mera expressão formal. “Na coletividade, fica sub-rogado ao indivíduo o respectivo valor”. Não é preciso invocar a distinção entre dívidas de dinheiro e dívidas de valor, nem tampouco lembrar a parábola evangélica dos talentos, para saber que, se o testador deixa em fideicomisso determinada quantia de dinheiro, o fiduciário cometeria grave desrespeito ao dever legal de preservação da substância do bem, caso se limitasse, vários anos após a sucessão, a devolver ao fideicomissário a mesma quantia monetária; sobretudo num

36. op. cit., t. L, § 5.329, 5, pág. 364.

37. cf., por exemplo, na Itália, MARIO TALAMANCA, op. cit., pág. 361, nota 5.

38. MIRANDA VÁLVERDE, na vigência do Decreto-lei n.º 2.627, negava ao fiduciário o direito de ceder o direito de subscrição: “Sociedades por Ações”, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, II, n.º 580.

país como o nosso, cuja moeda vive, há décadas, no regime de invejável estabilidade que todos conhecemos.

De resto, a discussão sobre essa matéria é quase ociosa, diante da norma constante do art. 1.736 do Código Civil brasileiro. Se o fideicomissário, aceitando a herança, tem direito à parte, que, ao fiduciário, em qualquer tempo, crescer, não se podem distrair do patrimônio fideicomitido as ações novas, por aquelas geradas, ainda que subscritas pelo fiduciário. Note-se que a lei não distingue entre acréscimos naturais e voluntários. Já frisamos que o direito de opção à subscrição de novas ações não é fruto e, sim, acréscimo das ações, pois que se trata de parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo, crescer, não se reduz-lhe a substância. Se se quisesse raciocinar analogicamente, poder-se-ia comparar esse direito de subscrição, uma vez exercido, a uma espécie de benfeitoria necessária, tendo por finalidade conservar o valor da coisa (Código Civil, art. 62, § 3.º). Ora, as benfeitorias necessárias aderem à coisa benfeitorizada, como o acessório adere ao principal. O máximo que poderia pretender o fiduciário, que exerce a opção de subscrever novas ações, seria, na devolução do capital acionário ao fideicomissário, uma indenização pelo que pagou ao subscrever, consoante a regra geral do art. 516 do Código Civil³⁹.

39. Comentando o art. 1.736 do Código Civil, CLÓVIS BEVILAQUA emite uma opinião contraditória, que não merece acolhida. Declara que “os melhoramentos que o fiduciário introduzir nos bens gravados, desde que não sejam despesas ordinárias de administração no sentido mais largo da palavra, não se transferem ao fideicomissário, que os terá de indenizar, ou, melhor, que serão deduzidos na herança, quando forem benfeitorias necessárias e úteis, e trouxerem aumento efetivo e atual ao valor dos bens” (*op. cit.*, vol. 6, pág. 162). Em primeiro lugar, se trata de benfeitorias necessárias, elas não trazem “aumento efetivo e atual ao valor dos bens”, mas apenas o conservam ou evitam sua deterioração. Ademais, cuidando-se de benfeitorias, não há por que “deduzí-las” da herança, como se fossem coisas principais ou autônomas.

Do Conflito de Atribuição no Código de Processo Civil Brasileiro

J. Cretella Júnior

Professor Titular de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *O problema.* 2. *O Código de Processo Civil Atual.* 3. *O vocábulo "conflito".* 4. *Conflito de competência.* 5. *Conflito de atribuição.* 6. *Origem da confusão.* 7. *Comentadores do CPC anterior.* 8. *Comentadores do atual CPC.* 9. *A Emenda Constitucional.* 10. *Conflitos de atribuição, na prática.* 11. *Natureza jurídica do ato que dirime o conflito.*

1. O problema

No Brasil, o *conflito de jurisdição* ou de *competência* somente poderá ocorrer entre *autoridades judiciárias*. O *conflito de atribuições*, entre *autoridades judiciárias* e *administrativas*; ou entre *autoridades administrativas*.

O *conflito de jurisdição* ou *conflito de competência*, que envolve sempre juizes ou tribunais, é *matéria de direito processual*. O *conflito de atribuição*, embora envolva, de um lado, juizes e tribunais, é *matéria exclusiva de direito administrativo* e não instituto de natureza processual.

Sendo uma das *conseqüências da hierarquia*, o "conflito de atribuição", no Brasil, é, dentro de cada um dos Poderes, o choque entre duas autoridades, *em matéria administrativa*, decorrente do fato de ambas entenderem que são competentes ou incompetentes para o desempenho de determinada atividade que nada tem de jurisdicional ou de legislativa.

Suscitado o conflito, na órbita interna de cada um dos Poderes, o superior hierárquico, para efeitos administrativos, é que vai decidir qual das duas autoridades em conflito deve desempenhar a atividade, em questão.

Suscitado o "conflito de atribuição", na órbita externa, como, por exemplo, entre *autoridades administrativas* e *auto-*

ridades judiciárias, a questão complica-se um pouco, porque, na verdade, não existe superior hierárquico comum aos órgãos conflitantes, competente para dirimir o choque ocorrido, motivo por que a lei é que determinará a competência para resolvê-lo.

Denominamos “conflito de atribuição interno” o que se verifica entre autoridades do mesmo poder; “conflito de atribuição externo”, o que ocorre entre autoridades pertencentes a poderes diversos.

Excluída, assim, qualquer idéia de *jurisdição*, porque, no Brasil, a autoridade administrativa não julga, “conflito de atribuição”, no sentido que lhe dá o CPC, art. 124, a CF, art. 119, I, “f” e o RI do STF, art. 6.º, “e”, este último, aliás, transcrevendo, *ipsis litteris*, o dispositivo constitucional citado, é precisamente o de “choque entre *autoridades judiciárias* e *autoridades administrativas* que se julgam competentes ou incompetentes para o desempenho de atividade administrativa”

“Conflito de atribuição”, na França e nos demais países que admitem o contencioso administrativo”, tem outro sentido: “conflito de competência”, “conflito de jurisdição” entre duas ordens, ambas judicantes, a “ordem judiciária” e a “ordem administrativa”, porque, repetimos, na França, há tribunais administrativos que julgam.

Por não atentar para este fato é que FRANCISCO CAMPOS, transplantando para o nosso meio disposições de países que admitem o “contencioso administrativo”, introduziu no CPC de 1939 matéria incompatível com o nosso sistema jurídico, acabando por influenciar comentadores como PONTES DE MIRANDA que, ao analisar exaustivamente o CPC de 1939 e o de 1973, não percebeu o absurdo da situação.

ALFREDO BUZARD, idealizador e estruturador do atual CPC, colocou as coisas no devido lugar, ao deferir aos regimentos internos dos tribunais a tarefa da disciplinação do processo e julgamento do “conflito de atribuições” entre *autoridade judiciária* e *autoridade administrativa*.

2. O Código de Processo Civil atual

“Os regimentos internos dos tribunais regularão o processo e julgamento do conflito de atribuições entre autoridade judiciária e autoridade administrativa” — diz lapidarmente o CPC brasileiro, de 1973, no artigo 124. É a única referência, em todo o Código de Processo Civil, a esse tipo especial de conflito.

O Código de Processo Civil emprega, assim, a expressão técnica e correta “conflito de atribuições” para designar o choque de competência, “em matéria administrativa”, entre *autoridade judiciária* e *autoridade administrativa*, corrigindo, assim, a impropriedade do Código anterior de 1939 que, sem base alguma na realidade brasileira, aludia à possibilidade de “conflito de jurisdição” entre autoridades administrativas (art. 146 e art. 802), como se, no Brasil, as autoridades administrativas julgassem, exercessem jurisdição, o que, na verdade, não ocorre.

Realmente, como haver *conflito de jurisdição* entre a *ordem administrativa* e a *ordem judiciária*, se a ordem administrativa não tem a faculdade de exercer, no Brasil, *funções jurisdicionais*?

Ora, os *conflitos de jurisdição* ou *conflitos de competência*, matéria processual, por excelência, são exaustivamente disciplinados no Código de Processo Civil, em vigor; os *conflitos da atribuição*, assunto de direito administrativo, deixam de ser tratados, no mesmo Código, é claro, delegando o legislador, acertadamente, essa tarefa aos regimentos internos dos tribunais, o que também constava do Código de Processo Civil de 1939 (art. 146, I e II).

Qual o motivo por que o CPC de 1939 disciplinou tais conflitos, determinando quem tinha competência para processá-los e julgá-los e o CPC de 1973 não tratou do assunto, preceituando que a matéria ficasse a cargo dos correspondentes regimentos internos dos tribunais?

A resposta é simples. Trata-se de *matéria de direito administrativo* e não de *matéria processual*, já que, por exceção, as autoridades judiciárias também editam atos administrativos — os denominados “atos administrativos materiais”. Daí a *delegação* para os tribunais, que deverão incluir o assunto nos “*interna corporis*”. Assim, se editando *ato administrativo* ou dando origem a *fato administrativo*, o magistrado se julga competente ou incompetente para tal desempenho — que é função pública *administrativa* e não *jurisdicional* —, pode ocorrer que autoridade administrativa, no normal desempenho de suas funções, entre com ele em choque, por julgar-se também competente ou incompetente para o exercício da mesma tarefa. Nesse caso, os “*interna corporis*” estabelecerão regras para a tomada de conhecimento e solução do conflito. Suscitado e resolvido o conflito, a autoridade, considerada apta para desempenhar a tarefa, ficará encarregada de prestação da atividade que lhe foi deferida.

Para que se compreenda bem o problema é necessário relembrar algumas noções preliminares (cf. sobre o tema o artigo que escrevemos em 1964, na *Revista de Direito Processual Civil*, págs. 101-109, fundada e dirigida pelo Professor ALFREDO BUZARD).

3. O vocábulo “conflito”

Do latim *conflictu* (m), acusativo de *conflictus*, us, m., nome da quarta declinação, o vocábulo “conflito”, em qualquer dos ramos do direito, significa “choque”, “controvérsia”, “luta”, “disputa”, “embate”.

A palavra pertence à mesma raiz a que se filia o verbo “confligere”, que tem o sentido de “chocar-se”, “abalroar”, “bater”, “dar de encontro”. Falando de duas naves que colidiram, em célebre abalroamento, o escritor CAIO JÚLIO CÉSAR escreveu, no *De bello civili*, II, 6.5: “naves inter se conflixerant”. Descrevendo, na *Eneida*, II, verso 417, a fúria dos elementos, VERGÍLIO disse: “adversi venti confligunt”.

Raro o campo do direito em que não ocorra, a todo instante, o termo “conflito” para designar “forças opostas que se chocam”, “luta entre duas tendências incompatíveis”. Nesses conflitos, que são “para tomar conhecimento” ou “para não tomar conhecimento” de algo, é preciso autoridade mais alta que diga qual dos dois conflitantes deve tomar conhecimento (e depois decidir) a questão, objeto da “luta de competência”.

Não é difícil compreender-se a razão desse fato, porque o direito trabalha com elementos de natureza dinâmica, em perpétuo choque, em perene contenda, em contínua luta, cabendo-lhe, nesse caso, a imediata restauração do equilíbrio ameaçado ou violado.

Além de surgir no direito judiciário penal, no direito internacional privado, no direito internacional público, no direito do trabalho, o “conflito” ou “luta de competências” é freqüente no âmbito do *direito judiciário civil* e no campo do *direito administrativo*. Tendo vários sentidos secundários, que agora não interessam, o vocábulo “conflito” tem, entre outros, um sentido particular e técnico, embora amplo, que assume grande relevância: *luta de competência entre duas autoridades*. As autoridades podem ser judicantes ou não-judicantes (= administrativas).

Se a função jurisdicional se caracteriza pela aplicação da lei ao fato individuado para garantia dos direitos individuais (JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito judiciário brasileiro*, 3.^a ed., 1940, pág. 27), pode ocorrer que dois ou mais juízes (ou mesmo

tribunais) se declarem competentes ou incompetentes para o conhecimento e julgamento da mesma causa. Nisto consiste o *conflito de jurisdição*, positivo, no primeiro caso, negativo no segundo.

Como, no Brasil, apenas o Poder Judiciário julga, o *conflito de jurisdição* diz respeito à *luta de competência jurisdicional*, tão somente, não ocorrendo, em hipótese alguma, *conflito de jurisdição* entre *autoridades judiciárias* e *autoridades administrativas*. “Pode ser levantado *conflito* também entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas. Nesse caso, o *conflito* denomina-se, geralmente, *conflito de atribuição*” (MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo Civil e comercial*, 4.^a ed., 1939, vol. I, pág. 190). A observação de MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO é perfeita, incensurável, correta.

4. Conflito de competência

Conflito de competência, no Brasil, é *matéria de direito processual*, exclusivamente, porque entre nós apenas o Poder Judiciário exerce *funções jurisdicionais*, pelo que é como se não existissem os artigos 146 e 802 do Código de Processo Civil de 1939, que tratam da possibilidade de choques entre autoridades que jamais poderão entrar em choque, *em matéria de jurisdição*. Tão só, *em matéria de atribuição*, poderão conflitar as autoridades administrativas e judiciárias.

Na França, tal “conflito de jurisdição” é possível, recebendo o nome técnico de “conflito de atribuição”, porque, naquele país, além do Poder Judiciário, os Tribunais Administrativos exercem jurisdição. Nesse sentido, “atribuição”, na França, é sinônimo de “jurisdição”.

5. Conflito de atribuição

A expressão “conflito de atribuição”, no direito universal, tem dois sentidos radicalmente diferentes: “choque entre duas autoridades administrativas, em matéria administrativa” e “choque de competência para decidir contenciosamente”.

Nos países de unidade de jurisdição ou de jurisdição una, como o Brasil, em que vigora a regra “*una lex, una jurisdictio*”, “atribuição” é “tarefa”, “função”, “atividade administrativa”, “conjunto de poderes funcionais que órgãos ou agentes são autorizados, por lei, a exercer, no exercício do cargo”, “círculo de assuntos que devem ser resolvidos, mediante a prática de fato administrativo ou da edição de ato administrativo”

Como os três Poderes desempenham um “quantum” de Administração, existem atribuições administrativas tanto no âmbito do Poder Executivo (a regra), como na esfera do Legislativo e do Judiciário (a exceção).

Fazendo-se, pois, abstração dos Poderes (aspecto formal), para levar-se em conta, apenas, o exercício da atribuição (aspecto material), podemos dizer que “conflito de atribuições é a luta de competência administrativa entre agentes ou órgãos que se julgam, simultaneamente, aptos para o conhecimento e solução de determinado assunto, afastada, desde logo, qualquer idéia de jurisdição”. Podem os *conflitos de atribuição* ser positivos ou negativos, internos e externos.

Se duas autoridades se acham, ambas, competentes para o exercício da atribuição administrativa, temos o conflito positivo de atribuição. Em caso contrário, ocorre o conflito negativo de atribuição.

Conflitos de atribuição internos são os que se verificam dentro do mesmo Poder, quando duas autoridades entendem que são competentes ou incompetentes para o desempenho da mesma atividade ou para a edição do mesmo ato, caso em que, o superior administrativo das duas autoridades em conflito decide quem é competente para a edição do ato. Ou para o desempenho da atividade.

Nos países de “jurisdição dupla”, como a França, que admitem o contencioso administrativo, “atribuição” é o mesmo que “jurisdição”. Assim, “conflito de atribuição” é “conflito de jurisdição” entre *autoridades-administrativas* e *autoridades judiciárias*, porque ambas julgam, ambas têm poderes jurisdicionais.

6. Origem da confusão

A existência de duas ordens de jurisdições, como na França, em que, ao lado dos *tribunais judiciários*, existem os *tribunais administrativos*, dá origem aos “conflitos de atribuição”, mas esta expressão designa para os franceses “choque de competência” entre a *ordem administrativa* e a *ordem judiciária*, porque “atribuição” quer dizer, na técnica do direito francês, “jurisdição”, quando se trata de luta de competência entre as referidas ordens judicantes.

Nem sempre, entretanto, os “conflitos de competência” são “conflitos de atribuição”, porque este nome é reservado apenas para designar os choques entre as duas ordens de jurisdições,

a administrativa e a judiciária. Quando surgem, na França, conflitos “de jus dicere”, pertencentes à mesma ordem (judiciária ou administrativa), os conflitos são de jurisdição. Resolvem-se internamente, dentro da respectiva ordem. Internamente, ainda na França, dois funcionários podem entrar em conflito sobre desempenho de tarefas. Cumpre ao chefe de ambos decidir quem deve desempenhá-las.

Há ainda os denominados conflitos de decisões (ou contradição de julgamentos), que diferem dos conflitos de atribuições, por não serem conflitos de competência, mas choque entre julgamentos, nos quais se evidencia uma contradição (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1953, págs. 283-284).

Nos países como o nosso, em que ocorre unidade de jurisdição, o contencioso administrativo não existe, desde que foi abolido pela Constituição de 1891 e reafirmado nas Magnas Cartas posteriores, conforme a regra “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (CF de 1946, art. 141, IV; CF de 1967, art. 150 § 4.º; CF de 1969, art. 153, § 4.º).

Como o legislador processual de 1939 traduziu lei estrangeira, procurando adaptá-la a nosso direito, os artigos 146 e 802 do CPC dão a impressão de que há, no Brasil, o instituto do contencioso administrativo.

O artigo 802 (“O conflito de jurisdição poderá ocorrer entre autoridades judiciárias ou entre estas e as administrativas”) do CPC de 1939 nunca teve sentido, diante de nossa realidade jurídica, porque se a primeira parte é correta, a segunda parte é divorciada dos fatos, pela simples razão de que não existe, no Brasil, *conflito de jurisdição* entre “autoridades judiciárias” e “autoridades administrativas”, pois, para que tal houvesse, seria necessário que as “autoridades administrativas” *julgassem*, dissessem o direito e, não somente, *administrassem*. Ora, entre nós, as autoridades administrativas não julgam. Administram, tão só.

Não exercendo atividades jurisdicionais, mas apenas administrativas, impossível o conflito de jurisdição entre autoridades, quando somente uma delas julga — a autoridade judiciária.

Em suma, o artigo 802 do CPC de 1939 foi sempre letra morta, em nosso direito, por disciplinar matéria incompatível com a realidade dos fatos.

Redigido de maneira apressada, durante o período ditatorial, sob evidente inspiração de países que admitiam o contencioso administrativo, o CPC de 1939 disciplinou o *conflito de atribuição* como se estivéssemos na França, onde, ao lado da *justiça comum* existe a *justiça especializada*. O conflito nos Tribunais Gauleses é suscitado precisamente porque surgem lutas de competência “para julgar” entre duas ordens — a ordem judiciária e a ordem administrativa.

Ocorrendo o conflito, na França, o Tribunal de Conflitos é que vai decidir que autoridades devem tomar conhecimento e julgar a questão.

Transplantando-se para o Brasil dispositivos que regem esse assunto nos países de dúplice jurisdição, é claro que a incompatibilidade será total, porque não se ajusta à realidade brasileira.

O artigo 146 do CPC de 1939 está em ligação estreita com o artigo 802 do mesmo diploma processual, assinalando quais as autoridades competentes para o processo e julgamento dos “conflitos de jurisdição” entre autoridades judiciárias e administrativas, a saber, (a) o Supremo Tribunal Federal, (b) os Tribunais de Justiça (antes Tribunais de Apelação) ou (c) os próprios juízes de direito, nos demais casos. Onde se lê “conflitos de jurisdição” deve ler-se “conflitos de atribuição”

Ao passo que o CPC de 1973 não determinou quem processaria e julgaria o *conflito de atribuições* entre *autoridades judiciárias* e *autoridades administrativas*, assim que suscitado, o CPC de 1939 preferiu tomar posição, indicando o órgão competente para tomar conhecimento e julgar o choque de competência. Na segunda parte, o legislador de 1939 e o de 1973 concordam: seja quem for competente para conhecer e julgar o conflito, deve fazê-lo, conforme o respectivo regimento interno, sempre levando-se em conta o que a CF determinou.

7 Comentadores do CPC anterior

Comentando, em 1947, o CPC de 1939, concluiu PONTES DE MIRANDA, ao referir-se ao artigo 146: “É difícil, todavia, saber-se o que foi que verdadeiramente se pretendeu” (*Comentários ao CPC*, Rio, 1947, vol. I, pág. 508; 2.^a ed., 1958, vol. II, pág. 349).

Aceitando, sem crítica, a colocação incorreta do CPC de 1939, PONTES DE MIRANDA trata normalmente do “conflito de jurisdição entre autoridades judiciárias e administrativas”

(*Comentários ao CPC*, Rio, 2.^a ed., 1958, vol. II, pág. 347), escrevendo, a seguir que o CPC figurou os casos de conflito entre as autoridades judiciárias e as autoridades administrativas (*Comentários ao CPC*, 2.^a ed., 1958, vol. II, pág. 348). E prossegue: “Para que o Tribunal de Justiça decida conflitos de jurisdição entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas. .” (*Comentários ao CPC*, Rio, 2.^a ed., 1958, vol. II, pág. 348). Ora, tais *conflitos de jurisdição* inexistem, no Brasil, porque as autoridades administrativas não julgam.

Em outro volume dos *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, PONTES DE MIRANDA, ao comentar o artigo 802, reafirma, inexplicavelmente, que “ainda é possível o conflito de jurisdição entre os juízes ou tribunais ou ENTRE QUALQUER DELES E AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, Rio, 2.^a ed., 1960, vol. X, pág. 345).

Por fim, a seguinte inexplicável afirmação que não encontra o menor eco em nosso direito: “O conflito entre juiz e autoridade administrativa é, tipicamente, de jurisdição” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, Rio, 1947, vol. IV, pág. 613).

Em suma, por incrível que pareça, PONTES DE MIRANDA, sempre tão lúcido e veemente na crítica ao direito positivo, não atinou com o problema, aceitando, pacificamente, o absurdo das determinações do CPC de 1939, sobre o inexistente. “Conflito de jurisdição” entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas é utopia já que, no Brasil, as autoridades administrativas nem “conhecem de processos”, nem “prometem prestações jurisdicionais”.

CARVALHO SANTOS igualmente não entendeu o erro do CPC de 1939: “O Código de Processo, neste artigo que vamos comentar, admite o conflito de jurisdição entre a autoridade judiciária e a administrativa. Parece-nos que há aí impropriedade de expressão. Não há conflito de jurisdição, senão entre autoridades da mesma ordem, denominando-se conflito de atribuição, no caso de tratar-se de autoridades diversas” (*Código de Processo Civil interpretado*, 4.^a ed., 1955, vol. IX, pág. 143). Nesta primeira parte, CARVALHO SANTOS pressentiu o erro do Código de 1939, mas não aprofundou o tema.

CARVALHO SANTOS equivoca-se, ao dizer que “conflito de jurisdição ocorre entre autoridades da mesma ordem” e que “conflito de atribuição se verifica entre autoridades diversas” Ainda aqui, faltou precisão ao tratamento do assunto.

No Brasil, o “conflito de jurisdição” só se dá entre autoridades judiciárias, quando discordam sobre quem é competente ou incompetente “para julgar”, ao passo que o “conflito de atribuições” pode ocorrer, sempre em matéria administrativa, entre autoridades da mesma ordem ou entre autoridades de ordens diversas.

Em suma, no “conflito de jurisdição”, a discordância é sobre a idoneidade ou não da “prestação jurisdicional”, enquanto que, no “conflito de atribuição”, a discrepância é a respeito de quem é apto ou não para a “prestação administrativa”.

A conclusão de CARVALHO SANTOS deixa perplexo o leitor, pelo absurdo que encerra: “Como quer que seja, o que se procura é que seja real, por um meio prático, a separação de poderes, evitando que o Poder Judiciário tenha ingerência no exercício das atribuições administrativas, ao mesmo tempo que não permite que a autoridade judiciária esteja à mercê de qualquer invasão estranha às suas atribuições” (*Código de processo civil interpretado*, 4.^a ed., 1955, vol. IX, pág. 143).

Na realidade, mediante a resolução do “conflito de atribuições” nem haverá invasão do Judiciário nas atribuições administrativas, nem o inverso ocorre, porque os respectivos regimentos internos já dispuseram e dispõem a respeito de quem resolverá o conflito, quando suscitado. Aliás, nem o Judiciário pretende administrar, nem a Administração pretende (e nem pode) julgar. Os conflitos de atribuição surgem, quando há dúvidas. Se há “usurpação de atribuição” esta é, quase sempre, involuntária. A autoridade entende que a atribuição lhe está afeta. Ou que não lhe está afeta.

JOSÉ FREDERICO MARQUES (cf. *Instituições de direito processual civil*, 1958, vol. I, pág. 476), citando LOPES DA COSTA (cf. *Direito processual civil brasileiro*, 1941, vol. I, págs. 235-236), e COSTA MANSO (cf. *O processo na segunda instância*), assinala com precisão que “não é possível haver conflitos entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas. Os atos administrativos que invadirem atribuições judiciárias são nulos e deixarão de ser aplicados, quando invocados em juízo. Quer isso dizer que qualquer juiz pode resolver sobre a invalidez do ato. Daí concluir-se que não há *conflito de jurisdição*, no sentido de conflito entre autoridades judiciárias, de um lado, e, de outro, autoridades administrativas e legislativas. Só se pode entender conflitos entre autoridades judiciárias”

O antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, OROSIMBO NONATO, citado pelo professor CAIO TÁCITO (cf. *Conflito de*

atribuições, em *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, vol. XI, pág. 46), assinala que “o conflito de atribuições entre a autoridade administrativa e a judiciária, muito dificilmente se configura. Os casos são tão raros, são tão excêntricos, tão exóticos, como os que GARSONNET indica, que, praticamente, inexistem. Se a autoridade judiciária tem jurisdição sobre a administrativa — e tem-na, nos limites de suas atribuições — o que compete à autoridade administrativa é cumprir o mandamento da autoridade judiciária e não lhe disputar a competência para determinado ato. Conflito de jurisdição entre elas, inexistente, em princípio. De atribuições pode existir, em casos que serão raros, à conta de seu exotismo”.

Também o eminente julgador não apreendeu o problema em toda sua profundidade. Os casos não são tão raros, nem tão exóticos, nem tão excêntricos, por um lado; por outro lado, pode a autoridade administrativa “disputar à autoridade judiciária a competência para a prática de determinado ato”, nas hipóteses de “atribuições”, quando estão em jogo não “decisões judiciais”, mas “tarefas administrativas”.

A frase “conflito de jurisdição entre elas, inexistente, em princípio” também é suscetível de reparo, porque a parte final “em princípio” não faz sentido, devendo ser substituída por “sempre”.

“De atribuições pode existir”, por fim, é frase igualmente que merece reparo, porque “conflito de atribuições” é realidade entre nós e não mera possibilidade.

8. Comentadores do atual CPC

Ao comentar o artigo 124 do CPC de 1973, novamente PONTES DE MIRANDA se equivoca ao escrever com todas as letras: “De qualquer modo, têm de ser observadas, com rigor, todas as regras jurídicas constitucionais que alcançam a competência judiciária e A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA, QUE AÍ TAMBÉM É PARA JULGAR” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1979, 2.^a ed., vol. II, pág. 467). E repete: “A competência, de que se trata, quer a respeito de autoridade judiciária, quer a respeito de autoridade administrativa, é, AÍ, A DE JULGAR. Autoridade administrativa que aí está, em senso largo, é conceito que, no art. 124, se limita À FUNÇÃO DE JULGAMENTO” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1979, 2.^a ed., vol. II, págs. 467-468).

No Brasil, não existe competência administrativa “para julgar”. Não existe “função de julgamento” por parte de autoridades administrativas, nem o legislador pretendeu, no art. 124 do CPC de 1973, que assim se entendesse o dispositivo. Tanto que remeteu a matéria para os regimentos internos dos tribunais.

Tendo comentado os dois Códigos, de modo algum PONTES DE MIRANDA poderia escrever, pelo menos, ao analisar o art. 124, quarenta anos depois, o que escreveu, não atentando para a perfeita colocação que ALFREDO BUZAD deu ao tema a fim de que não se confundisse mais “jurisdição” com “atribuição”

CELSE AGRÍCOLA BARBI mostra, com apoio em LOPES DA COSTA (*Direito processual civil*, Rio, 2.^a ed., 1959, vol. I, pág. 315), que “a autoridade administrativa não é detentora de jurisdição que é, em regra, privativa da autoridade judiciária” (*Comentários ao Código de processo civil*, 1975, vol. I, tomo segundo, pág. 510).

SÉRGIO SAHIONE FADEL (*Código de Processo Civil comentado*, Rio, 1981, vol. I, pág. 254) principia a tratar corretamente do assunto, apoiado em CAIO TÁCITO (*Conflito de atribuições*, em *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, vol. XI, pág. 46), ressaltando que “o conflito de atribuições diz respeito ao incidente de competência entre uma autoridade administrativa e outra judiciária”, mas depois alude à “crescente especialização dos órgãos administrativos para determinados assuntos, EM QUE EXERCEM VERDADEIRA FUNÇÃO JURISDICIONAL, EMBORA NA ESFERA ADMINISTRATIVA” (cf. *Código de Processo Civil comentado*, Rio, 1981, vol. I, pág. 255).

Órgãos administrativos não exercem função jurisdicional, em nenhuma esfera e, muito menos, na esfera administrativa.

HÉLIO TORNAGHI, comentando o CPC de 1973, principia, corretamente, dizendo que “não pode haver conflito de jurisdição entre órgão judiciário e órgão administrativo” (*Comentários ao CPC*, 2.^a ed., 1976, RT, vol. I, pág. 377), mas depois oferece exemplo que não é pertinente à espécie. “Figure-se”, acrescenta, “a hipótese de um governador que, por motivos pessoais, desapropria a residência de um banqueiro. Se este recorre ao Judiciário para anular o ato por ser conseqüente ao abuso de poder e a Administração sustenta que só a ela cabe decidir o assunto, o conflito surge e pode ser suscitado” (*Comentários ao CPC*, 2.^a ed., 1976, RT, vol. I, pág. 379).

Não há aqui exemplificação de “conflito de atribuições”, mas tão somente hipótese de “desvio de poder”, motivo jurídico suficiente para a anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (cf. nosso livro *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, Forense, 1978, pág. 243 e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Parecer*, em RDA, 118:431).

9. A Emenda Constitucional

Conforme o que determina a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, art. 119, I, “f”, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente os conflitos de atribuições que ocorram entre (a) autoridades administrativas e autoridades judiciárias da União; (b) autoridades administrativas de um Estado e autoridades judiciárias de outro Estado; (c) autoridades administrativas do Distrito Federal e autoridades judiciárias de um Estado; (d) autoridades administrativas dos Territórios e autoridades judiciárias de um Estado; (e) autoridades administrativas de qualquer dos Territórios e autoridades administrativas da União.

Como entender o possessivo “destes”? Refere-se apenas a Territórios? A Territórios e Distrito Federal? Ou refere-se a Estados, Distrito Federal e Estados-membros? A nosso ver refere-se a essas três unidades.

Pelo que, à lista acima devemos acrescentar: (f) autoridades administrativas da União e autoridades judiciárias de um Estado; (g) autoridades administrativas de um Estado e autoridades judiciárias da União.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 6.º, “e” repete, *ipsis litteris*, o artigo 119, I, “f” da Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

10. Conflitos de atribuição, na prática

Caso antigo, que localizamos, de conflito de atribuição, entre nós, foi o que ocorreu, em 1936, entre o Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal e o Prefeito do Distrito Federal, a respeito de mandado proibitório expedido pelo magistrado, a requerimento de comerciante de flores, contra o Prefeito que, no exercício normal do poder de polícia e de acordo com as leis vigentes, proibira o comércio de flores e plantas na área de 300 metros, a partir do centro dos mercados de flores localizados nas proximidades dos cemitérios. Na hipótese dos autos, o interdito proibitório não poderia prevalecer contra o

ato do Prefeito, impedindo a ação das autoridades municipais no exercício legal de suas funções administrativas, amparadas por lei.

Como diz a ementa do Acórdão prolatado por uma das Câmaras da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, a lei em vigor, na época, admitia a hipótese de *conflitos de atribuição* entre *autoridades judiciárias* e *administrativas*, atribuindo a competência para a solução ao Tribunal de Apelação, não se tratando, no caso, de conflito *em matéria judiciária*, mas tão-somente *em matéria administrativa*, na qual as autoridades judiciárias podem ter *jurisdição* que coincida com as atribuições confiadas a autoridades administrativas (Corte de Apelação do Rio de Janeiro, 1936, em RF, 69:509).

Dois anos depois, o Plenário da mesma Corte de Apelação decidiu ser “impróprio o conflito de atribuição para tornar sem efeito o mandado proibitório expedido pelo Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal contra ato do Prefeito do Distrito Federal” (Plenário da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, 1938, em RF, 73:554).

Em 24 de setembro de 1941, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, contra o voto de CASTRO NUNES, relator, e de VALDEMAR FALCÃO, teve a oportunidade de examinar pretensão *conflito de atribuições* entre *autoridade judiciária estadual* e *autoridade administrativa federal*, mas não conheceu do conflito, porque se tratava de “desobediência e não de conflito de atribuições o suscitado pela atitude de autoridade administrativa federal que se nega a cumprir requisição de processo administrativo, feito por autoridade judiciária estadual” (STF, em RF, 90:99).

Vale a pena ler o debate havido em plenário, entre os Ministros CASTRO NUNES e OROSIMBO NONATO, bem como o magnífico *Parecer* exarado, na ocasião, pelo Procurador Geral da República, GABRIEL DE RESENDE PASSOS.

Outro exemplo típico de *conflito de atribuição positivo* foi suscitado em São Paulo, certa ocasião, entre o Chefe do Executivo e o Presidente do Tribunal de Apelação, achando-se ambos competentes para a prática de determinado ato administrativo.

Vago o cargo de Secretário Diretor Geral do Tribunal de Apelação do Estado, em decorrência do falecimento do titular, achou-se competente o Interventor Federal para efetuar a nomeação de substituto para o cargo do falecido, designando para o lugar o Diretor da Diretoria Judiciária da Secretaria

do mesmo Tribunal, de acordo com o diploma estatutário vigente, na época (art. 12 do Decreto-lei Estadual n. 12.273, de 28-10-1941 e art. 43, "g" da Constituição Estadual).

Por sua vez, o Presidente do Tribunal de Apelação entendeu que lhe cabia a competência para aquela nomeação, pelo que se suscitou o conflito, erradamente endereçado ao Supremo Tribunal Federal, tendo a Magna Corte decidido com precisão: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para dirimir conflito de atribuição entre Interventor Federal e Presidente de Tribunal de Apelação, agindo ambos, na esfera administrativa: a competência é do Tribunal de Apelação. O Interventor Federal é autoridade estadual, quando pratica os atos administrativos do Estado que dirige" (STF, em RT, 158:855. Obs. O processo, que recebeu o número 1.500, foi, entretanto, catalogado como de *Conflito de Jurisdição*).

No caso, as duas autoridades se avocaram a faculdade de editar o ato administrativo de provimento de cargo público — ato de nomeação —, configurando-se a hipótese de *conflito de atribuição* e não de *conflito de jurisdição*, já que se tratava de *ato de administração* e não de *ato de jurisdição*.

Neste exemplo, como decidiu com acerto o Supremo Tribunal Federal, cabe a resolução do *conflito positivo de atribuição* ao Tribunal de Apelação que, a nosso ver, age nas vestes de administrador e não no exercício de suas funções jurisdicionais, pois não se trata de competência "para julgar" e sim de competência "para administrar" (Contra: MÁRIO MASAGÃO, *Curso de direito administrativo*, 5.^a ed., 1974, pág. 320).

Podem as autoridades em conflito manifestar-se, quer na fase de conhecimento e decisão de algum assunto, quer na fase executória de deliberação. A ocorrência de *conflito de atribuição* supõe necessariamente que nenhum dos órgãos conflitantes seja hierarquicamente subordinado ao outro, pois, nessa hipótese, a decisão do órgão superior resolveria a questão.

Certa ocasião ocorreu conflito positivo de atribuição entre o Juiz de Menores da Capital do Estado de São Paulo e o Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal, no mesmo Estado, já que ambas as autoridades, no exercício do *poder de polícia* que lhes cabia, entendiam serem competentes para editar Portarias para a fiscalização de diversões públicas (caso "Flipperama"). Se tivesse sido suscitado o conflito, competente para resolvê-lo teria sido o Supremo Tribunal Federal, a cujo plenário ficaria afeta a resolução administrativa desse choque de competências.

Nítido *conflito de atribuição* ocorreu em São Luiz do Maranhão, sendo suscitante o Juízo dos Feitos da Fazenda Pública e suscitada a Alfândega de São Luiz, ou seja, houve choque de competência administrativa entre o Juiz dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Maranhão e o Inspetor da Alfândega de São Luiz, pleiteando o suscitante o prosseguimento no processo de busca e apreensão, requerido, preventivamente, pelo Procurador da República.

Suscitado o *conflito de atribuições* perante o Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema conheceu do conflito, julgando competente a autoridade administrativa, ou seja, o Inspetor da Alfândega, ordenando que lhe fossem remetidos os autos da referida diligência preliminar para que prosseguisse no respectivo processo fiscal (STF, em RDA, 53:206).

Outro caso interessante de *conflito de atribuições* ocorreu entre o Juiz de Direito da Vara Criminal e o Superintendente Regional da Polícia Federal a respeito do exercício do poder de polícia para a fiscalização da frequência de menores de dezoito anos a espetáculos cinematográficos, concluindo o Supremo Tribunal Federal que a competência cabe ao Juiz de Menores, o qual pode contar com o auxílio da Polícia local (STF, em RTJ, 66:613).

Em 20 de dezembro de 1946, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar pseudoconflito de competência administrativa, em que figurava como suscitante empresa do Distrito Federal e suscitada a Inspetoria de Rendas do Estado do Rio, não conhecendo, porém, do conflito, e ordenando, por unanimidade, fosse convertido o julgamento em diligência para que se oficiasse ao Ministro da Justiça, no sentido de ser determinado ao Interventor Federal a tomada de providências necessárias.

Concluiu o Supremo Tribunal Federal que os fatos levados à Corte não configuravam *conflito de atribuições*, sendo, na realidade, conflito entre duas autoridades fiscais, uma do Estado e outra da União, não se envolvendo, no caso, qualquer autoridade judiciária, pelo que o pedido, nos termos em que está redigido, é verdadeira consulta e, já que o Supremo Tribunal Federal não é órgão consultivo, a questão só poderá ser decidida pelos meios próprios que a lei faculta (STF, em RDA, 8:123).

11. Natureza jurídica do ato que dirime o conflito

Se, no âmbito interno de cada um dos Poderes e, em especial, na esfera do Poder Executivo, ocorrem a todo instante

conflitos de atribuições, cuja solução é matéria administrativa de fixação de competência afeta ac superior hierárquico das autoridades administrativas, em conflito, também na órbita externa o choque de competência entre *autoridades judiciárias* e *autoridades administrativas*, em assunto administrativo, é matéria administrativa e não jurisdicional, pelo que a natureza jurídica do ato do Poder Judiciário, que dirime o *conflito de atribuição*, em qualquer grau de jurisdição, é igualmente de natureza administrativa, funcionando esse Poder como o superior hierárquico das autoridades conflitantes, cabendo, no caso, recursos administrativos e não recursos judiciais, à decisão proferida.

Não pensava desse modo MÁRIO MASAGÃO, para quem, “nesses casos, as dúvidas de atribuição são resolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário, não mais nas vestes de administradores, mas no exercício de suas funções jurisdicionais” (*Curso de direito administrativo*, 5.^a ed., 1974, pág. 320).

Cumpra ainda observar que, ao resolver *conflitos de atribuição*, o Poder Judiciário não age como *órgão consultivo*, caso ocorram dúvidas sobre a existência ou não de choque de competência administrativa. Assim, certa feita, bacharel que se inscrevera a concurso para a magistratura, suscitou conflito de atribuições, porque a Banca Examinadora era integrada por dois juizes de direito, AGUIAR DIAS e PINTO FALCÃO, mas o Supremo Tribunal Federal não conheceu do conflito, porque tal não ocorre “entre autoridades administrativas e magistrados, quando estes não funcionam como tais” (STF, em RF, 156:104).

Nos dois exemplos que demos, o Supremo Tribunal Federal ressaltou com veemência que não é órgão consultivo (STF, em RDA, 8:123 e STF, em RF, 156:104), pelo que as questões que lhe forem submetidas devem ser, realmente, choques concretos, de fato, e não hipóteses de dúvida sob a forma de consultas.

A Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual Penal
da Faculdade de Direito da Universidade
São Paulo

SUMÁRIO: 1. *A tutela jurisdicional das liberdades*; 2. *Tutela repressiva e tutela preventiva*; 3. *A tutela preventiva no ordenamento brasileiro*; 4. *Habeas-corpus*; 5. *Mandado de segurança*; 6. *Habeas-corpus preventivo*; 7. *Mandado de segurança preventivo*.

1 — Direitos do homem, Direitos fundamentais, Liberdades públicas, Direitos da personalidade, Direitos públicos subjetivos: expressões diversas para indicar a mesma categoria de direitos, embora distinta segundo a perspectiva adotada por orientações jurídicas as mais variadas. E, no âmbito dos denominados *Grundrechte*, a particular espécie, de conteúdo negativo, dos *Abwehrrechte*, ou direitos de defesa.

Mas esses direitos ou liberdades, de caráter declaratório, só se completam na medida em que lhes correspondam instrumentos adequados de tutela, com conteúdo de garantia. E a garantia, posta como tutela do direito, pode operar nos mais diversos sistemas de proteção: o sistema jurisdicional, o sistema administrativo, o sistema político, os sistemas mistos.

De há muito, e em todo lugar, sustenta-se que o sistema mais eficiente de tutela das liberdades é o jurisdicional, quer pela independência e a imparcialidade do órgão a que a função é atribuída, quer pelos instrumentos organizados de tutela de que dispõe. Instrumentos organizados (vale dizer, procedimentos legais, de contornos definidos, com objeto específico e dirigidos a órgãos determinados), que permitem ao indivíduo ou ao grupo social estabelecer e assegurar as liberdades violadas ou ameaçadas, perante os tribunais, mediante o *due process of law*.

Trata-se daquela que, com feliz expressão, foi denominada *jurisdição constitucional das liberdades*,¹ a sublinhar a inolvidável advertência de CALAMANDREI: “todas as liberdades são vãs, se não puderem ser reivindicadas e defendidas em juízo”².

2 — Mas a tutela processual pode revestir-se de duas modalidades: a repressiva, ou sucessiva, e a preventiva. A primeira, sem dúvida a mais comum, opera *a posteriori*, com a finalidade de eliminar o prejuízo produzido pela lesão do direito; a segunda opera *a priori*, com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consuma³. Foi justamente salientado que, na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo jurídico⁴: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua iminência.

Não se devem confundir tutela preventiva e tutela cautelar: conceitos distintos, como observou CALAMANDREI, conquanto relacionados como gênero e espécie⁵. A tutela ordinária preventiva visa diretamente à proteção da situação material: por isso — escreveu BARBOSA MOREIRA⁶ — o provimento jurisdicional descansará no prévio accertamento do direito e jamais assumirá feição de provisoriedade, ao mesmo tempo em que o processo só será instrumental no sentido genérico em que todo o processo o é. A tutela cautelar, ao contrário, visa

1. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, 1955.

2. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, em *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pág. 289. DRAN (*Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, 1968) assim se expressa: “Il n’y a liberté publique que lorsque les particuliers disposent de voies de droit leur permettant, en cas de méconnaissance, de les faire respecter; il faut donc leur donner les moyens d’en faire sanctionner les atteintes, sous peine de voir la liberté demeurer une simple virtualité, une faculté. Ces moyens, ces voies de droit, ce sont les sanctions juridictionnelles, fruit du contrôle exercé par le juge”. Cf, entre nós, RAO, *O direito e a vida dos direitos*, vol. II, 1958, pág. 410; FERREIRA FILHO, GRINOVER e CUNHA FERRAZ, *Liberdades públicas*, 1978, pág. 321.

3. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, pág. 16. A mesma terminologia é utilizada por CONIGLIO (*Il sequestro giudiziario e conservativo*, 1926, pág. 207 e segs.), DINI (*I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile*, 1973, pág. 18 e segs.) e PROTO PISANI (*Appunti preliminari a diritto sostanziale e processo*, em *Diritto e giurisprudenza*, vol. 93, 1978, n. 1).

4. CALAMANDREI, *op. e loc. cit.*

5. ID., *ibid.*, Cf. MICHELI, *L’azione preventiva*, em *Riv. dir. proc.*, 1959, pág. 201 e segs., especialmente pág. 221.

6. BARBOSA MOREIRA, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, em *Rev. Inst. Adv. Paran.*, n. 1, 1979, pág. 91.

a assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente. Somente neste emerge a dupla instrumentalidade, a instrumentalidade “ao quadrado”, magistralmente delineada por CALAMANDREI⁷. A tutela cautelar leva a um provimento sempre provisório; a tutela preventiva, a um provimento definitivo⁸.

A superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à inviabilidade freqüente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento⁹. E a gravidade do problema, afirmou-se, aumenta de intensidade, quando se passa das relações jurídicas de carácter patrimonial àquelas categorias em que se reconhece ao homem uma situação de vantagem insuscetível de traduzir-se em termos econômicos: os direitos da personalidade. É verdade que o poder geral de cautela pode, ao menos provisoriamente, suprir a ausência de formas idôneas de tutela preventiva. Mas, observou-se também, a tutela cautelar é insitivamente instável; de outro lado, leva a um desdobramento inútil de processo, quando a rigor um só seria suficiente; e, finalmente, porque se daria a título de cautela aquilo que se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?¹⁰

Foi por razões como essas que o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas em 1958, já aprovava, unanimemente, uma declaração favorável à instituição de um “juízo preventivo geral” em todos os países¹¹.

Tudo isto reconduz, em última análise, à lição clássica de CHIOVENDA, nunca suficientemente lembrada: “*La necessità di*

7. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, pág. 21/22.

8. CARNELUTTI contrapôs o processo cautelar ao processo definitivo (*Lezioni di diritto processuale civile*, II, 1926, pág. 109 e segs.), embora em outras obras preferisse, ao termo “definitivo”, o de “satisfativo” (*Carattere della sentenza di fallimento*, em *Riv. dir. proc. civ.*, vol. VIII, 1931, pág. 171).

9. BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, pág. 86 e segs., especialmente pág. 90.

10. *ID.*, *op. cit.*, pág. 93.

11. É o seguinte o texto da declaração: “Il est désirable que dans chaque pays existe la possibilité de s'adresser aux tribunaux non seulement en cas de violation déjà accomplie d'un droit ou d'un intérêt juridique, mais aussi, avec les garanties convenables, lorsqu'il s'agit de prévenir une telle violation en cas de menace objective et actuelle. Cette protection peut être obtenue, selon le cas, soit par un jugement déclaratoire ou préventif. Il est désirable, en outre, que toutes mesures provisoires puissent être ordonnées, au besoin, même en vue d'une contestation future”: *apud* MICHEL, *op. cit.*, pág. 222, nota.

servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha ragione"¹².

3 — No campo das relações jurídicas de direito privado, o ordenamento brasileiro só conhece dois casos típicos de tutela preventiva¹³. O primeiro, o interdito proibitório, protege "o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado em sua posse", e que "poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito" (art. 932 CPC). O segundo, a nunciação de obra nova, compete: "I — ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado; II — ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum; III — ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou da postura" (art. 934 CPC), tudo sob cominação de pena para o caso de inobservância do preceito (art. 936, II, CPC). Observou-se, porém, que, exceto quanto ao último caso de nunciação de obra nova (art. 934, III, CPC), a tutela preventiva, mediante procedimento especial, fica ordenada exclusivamente à proteção da posse e da propriedade, deixando a descoberto os direitos não patrimoniais e os denominados interesses difusos¹⁵.

Além dos dois casos acima apontados, costuma-se indicar, como pertencente à tutela preventiva, a ação meramente declaratória¹⁶. Mas aqui é necessário distinguir: não se pode falar em tutela preventiva quando a ação meramente declaratória for usada após a consumação do dano, como hoje o ordenamento pátrio expressamente permite, no art. 4.º CPC¹⁷. Usada

12. CHIOVENDA, Istituzioni di diritto processuale civile, vol. I, 1933, pág. 147.

13. O código processual civil de 1939 falava em "medidas preventivas" nos arts. 675 a 688, referindo-se às medidas cautelares. As "medidas preventivas" do código revogado compõem o Livro III do estatuto processual vigente, sob o título "Do processo cautelar" (arts. 796 a 889).

15. BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 93.

16. Sobre a possibilidade de classificar as ações segundo a natureza do provimento invocado, mesmo na teoria abstrada da ação v. CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, Teoria geral do processo, 3.ª ed., 1981, pág. 232 e segs.

17. Muito discutida é a posição do código, no sentido de admitir a ação meramente declaratória sobre o direito já exigível. Para uma resenha doutrinária, v. BARBI, Comentários ao CPC, vol. I, tomo I, 1975, n. 65.

antes do prejuízo, a ação meramente declaratória exercerá função preventiva, na medida em que a parte vencida obedeça voluntariamente ao preceito, sem obrigar o vencedor a intentar outra ação condenatória: nesta hipótese, o meio de intimidação, e de coerção, seria bastante fraco¹⁸.

Outros casos de tutela preventiva foram indicados pela doutrina como reconduzíveis à condenação para o futuro¹⁹, sobre a qual escreveu magistralmente ROGNONI²⁰: assim, quanto às relações jurídicas sujeitas a condição ou a termo (art. 572 CPC), às obrigações de não fazer (art. 287 CPC) e às prestações periódicas vincendas (art. 290 CPC). Mas o sistema brasileiro não prevê, em termos gerais, um pedido de condenação para o futuro como o existente na ZPO alemã (§ 259). E, quanto à ação cominatória, prevista no art. 287 CPC, houve uma degradação da tutela preventiva, porquanto o código de 1939 dispunha que, após o conhecimento sumário e provisório, o juiz ordenasse ao devedor que se abstivesse do ato proibido, ou que se praticasse o ato devido, sob ameaça de pena para o caso de descumprimento da obrigação (e não da sentença, como hoje se prevê)²¹.

Muito mais interessante é o repertório brasileiro, quando se passa à tutela preventiva das relações jurídicas de direito público. Os instrumentos processuais específicos de que o sistema dispõe para a tutela das liberdades são a ação popular constitucional, o *habeas-corpus* e o mandado de segurança.

Mas na realidade a ação popular não é instrumento de garantia das liberdades, senão na medida em que protege, em última análise, o direito democrático de participação do cidadão na vida pública²². Sempre de caráter corretivo, visando a invalidar o ato da administração pública, a ação popular deflui do art. 153, § 31, da Constituição, sendo, em si mesma, um direito político e, contemporaneamente, uma garantia político-constitucional do cidadão: ao interesse pessoal do autor popular (*uti cives*), acresce o interesse da coletividade. E assim, a ação popular é o instrumento posto à disposição do indivíduo

18. BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 94.

19. BARBOSA MOREIRA, op. e loc. cit.; CALMON DE PASSOS, Comentários ao CPC, vol. III, 2.^a ed., 1977, pág. 257 e segs.

20. ROGNONI, La condanna in futuro, 1958.

21. Certa tendência jurisprudencial, já sob a égide do código de 1939, entendia que a multa só começaria a incidir depois do trânsito em julgado da sentença, desaguando, assim, na linha adotada pelo código em vigor: v. BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 95/96.

22. FERREIRA FILHO, GRINOVER & CUNHA FERRAZ, op. cit., pág. 475.

para a defesa dos princípios da legalidade e da probidade administrativa ²³.

Não nos deteremos, portanto, na tutela preventiva que a ação popular pode exercer. Basta recordar que a ação pode ser ativada antes que ocorra o prejuízo ao bem “de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 1.º, § 1.º, na redação que lhe foi dada pelo art. 33 da Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977) e que se permite a prevenção da lesão mediante a suspensão liminar dos efeitos do ato administrativo impugnado (art. 5.º, § 4.º, da Lei 4.717, de 1965, introduzido pelo art. 34 da Lei n. 6.513, de 1977).

Passemos, desde logo, ao *habeas-corpus* e ao mandado de segurança.

4 — O *habeas-corpus* brasileiro, como se sabe, encontra seus antecedentes diretos no direito romano, no direito inglês e no direito português da idade média. Do direito romano, e mais exatamente do *interdictum de libero homine exhibendo*, retirou a garantia criminal preventiva, que então consistia na ordem do pretor para que se lhe apresentasse a pessoa, livre de qualquer constrição, para ser interrogada e encarcerada, só se a prisão fosse justa. Também a Magna Carta de 1215, no art. 3.º, não tolerava a prisão dos barões sem o julgamento de seus pares, correspondendo, assim, a uma medida preventiva. Quanto ao *Bill of Rights*, de 1628, se bem que, introduzindo formalmente o *habeas-corpus*, mantivesse a garantia da Magna Carta, não se aplicava, na interpretação dos tribunais, aos casos de prisão ilegal, principalmente quando a ordem proviesse do monarca (exceto *per speciale mandatum regis*).

Do *Habeas Corpus Act* de 1679 — que assegurou a tutela em todos os casos de acusação criminal, mas não em caráter preventivo —, o Brasil retirou a garantia *a posteriori*. Preventiva era, ao invés, a tutela disposta nas *Cartas de Seguro* das Ordenações do Reino, como faculdade atribuída ao acusado de comparecer a juízo impunemente e, sob certas condições, de voltar em liberdade (Ord. Afonsinas, T. LVII do L. V; Ord. Manuelinas, T. XLIV do L. V; Ord. Filipinas, T. CXXIX do L. V).

A primeira Constituição brasileira — a Constituição imperial de 1824 — não abrigou expressamente o instituto, indire-

23. Id., *ibid.*, pág. 477/478, onde também se salienta a finalidade da ação popular, sob aspecto semelhante ao do *recall* e do veto popular.

tamente previsto no art. 179, VIII. Foi o Código Criminal de 1830 que delineou o *habeas-corpus*, regulado, na modalidade repressiva, pelo Código de Processo Criminal de 1832, no art. 340. Somente em 1871, pela Lei n. 2.033, de 20 de setembro, o *habeas-corpus* foi estendido aos estrangeiros e ampliado à dimensão preventiva, para os casos de *ameaça*. Foi assim que o ordenamento brasileiro conferiu ao *writ* o caráter preventivo, que não tinha sequer no direito inglês.

O remédio foi elevado à categoria constitucional pela Constituição republicana de 1891, no art. 72, § 22. É a ampla fórmula constitucional — prevendo as modalidades preventiva e repressiva — autorizou o entendimento segundo o qual o remédio brasileiro seria mais extenso do que o modelo anglo-saxônico. Argumentando com o princípio *ubi ius, ibi remedium*, a doutrina iniciou a obra de construção jurídica que acabaria levando à instituição do mandado de segurança. É por demais conhecida a engenhosa teoria da posse dos direitos pessoais, que acabou prevalecendo no Supremo Tribunal Federal o qual, em 1909, estendeu o *habeas-corpus* a casos de natureza não penal, para a proteção de qualquer direito que tivesse como pressuposto de exercício a liberdade de locomoção.

Mas uma *writ* de contornos tão amplos encontraria muita resistência. E a reforma constitucional de 1926 reconduziu o instituto a seu leito clássico, na nova redação do art. 72, § 22 da Constituição, que restringia o remédio à liberdade pessoal, nas modalidades sucessiva e preventiva.

A engenhosidade dos juristas da época pôs-se imediatamente à obra para criar um novo instituto que cobrisse a área deixada a descoberto pelo *habeas-corpus*. Mas as circunstâncias políticas do momento impediriam a introdução do novo instrumento de tutela até a Constituição de 1934. A partir daí, *habeas-corpus* e mandado de segurança seriam mantidos, lado a lado, com duas exceções: a Constituição estadonovista de 1937 e o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968; a primeira, omitindo o mandado de segurança, mantido apenas a nível de lei ordinária; o segundo, suspendendo a garantia do *habeas-corpus* para os crimes políticos, os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

No direito vigente, o *habeas-corpus* é constitucionalmente regulado pelo art. 153, § 20. Da Constituição retiram-se os seus requisitos essenciais: protege exclusivamente a liberdade de

locomoção; a ordem é concedida frente a um ato ilegal; a ilegalidade pode ser cometida pela administração pública ou por particulares; pode ser obtido em favor de todos; pode ser impetrado por qualquer pessoa, independentemente de capacidade postulatória; é previsto na modalidade sucessiva e na preventiva; é excluído nas transgressões disciplinares.

O Código de Processo Penal vigente ocupa-se do *habeas-corporis* no art. 647 e segs. Embora o inclua entre os recursos, a doutrina moderna atribui-lhe natureza jurídica de ação²⁴. O art. 648 enumera os casos de “coação ilegal”, deles defluindo a possibilidade de obter-se a ordem não somente nos casos de prisão, mas também quando se instaure contra o acusado inquérito policial ou ação penal a que falte o requisito do *fumus boni iuris*, ou quando a ação for intentada perante juiz incompetente²⁵.

5 — Quando o *habeas-corporis* foi reconduzido a seus contornos clássicos pela reforma constitucional de 1926, teve imediatamente início a ampla obra que levaria à criação de um instrumento de tutela de liberdades não reconduzíveis à liberdade de locomoção. Muitos foram os projetos legislativos, que acabaram porém melancolicamente com o regime totalitário instituído pelo movimento armado de 1930. Mas o novo instrumento processual foi incluído nos trabalhos preparatórios da constituinte de 1934, com o nome *mandado de segurança*²⁶ e, desde o nascimento, também na modalidade preventiva. A Constituição de 16 de julho acolheu o instituto, no art. 113, n. 33 (conservando o *habeas-corporis* no n. 23), nas duas modalidades de tutela.

A primeira disciplina legislativa do mandado de segurança só veio à luz em 1936, pela Lei n. 191, de 16 de janeiro. Mas doutrina e jurisprudência haviam considerado a norma constitucional imperativa e auto-aplicável, de modo que o novo e poderoso instrumento de proteção das liberdades foi utilizado antes mesmo da edição da lei, também na perspectiva da suspensão liminar do ato gravoso já praticado, que se considerou implícita²⁷.

24. V, por todos, TOURINHO FILHO, Processo penal, vol. IV, 1980, pág. 409.

25. Sobre a ampla casuística do instituto, v. PONTES DE MIRANDA, História e prática do *habeas-corporis*, 1979, vol. II, pág. 117 e segs.

26. Foi João Mangabeira que cunhou a denominação, na 20.^a reunião da Subcomissão para o Anteprojeto constitucional.

27. As primeiras decisões concessivas da segurança remontam ao mês de agosto de 1934: v., por ex., Arch. Jud., n. 31, pág. 419.

A Carta de 10 de novembro de 1937, embora mantendo o *habeas-corpus* na dimensão clássica da liberdade de locomoção, suprimiu o mandado de segurança. Mas o instituto continuou a integrar o sistema jurídico brasileiro ao menos na esfera legislativa, mantido que foi pelo Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, ressalvados os atos do Presidente da República, dos Ministros, Governadores e Interventores (art. 16). Com essa restrição, coerente com o regime totalitário da época, o mandado de segurança teve aplicação também no Estado Novo, até que o Código unitário de 1939 veio regulamentar o mandado de segurança entre os procedimentos especiais (arts. 319 *usque* 331). A restrição do Decreto-lei n. 6, de 1937, foi mantida no código (art. 319), vindo a ser suprimida somente cinco anos após a restauração do Estado de Direito, graças à Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ainda em vigor²⁸.

Devolvida a dignidade constitucional ao mandado pela Lei Maior de 1946 (art. 141, § 24), na Constituição vigente o instituto é previsto pelo art. 153, § 21. Da Constituição retiraram-se os princípios fundamentais que regulam o *writ*: seu campo é determinado por exclusão; deve ter à base um direito *liquido e certo*, no sentido da desnecessidade de dilação probatória, porquanto os fatos não de emergir à primeira vista, pelo exame da prova documental; é impetrável somente quanto aos atos da administração pública ou de seus concessionários, entre eles os agentes no exercício de uma competência delegada (como, por ex., os diretores de estabelecimentos de ensino particular). A Constituição, desde a de 1946, não mais se refere à *ameaça*: mas a ampla fórmula constitucional não exclui a tutela preventiva, expressamente prevista a nível de lei ordinária.

A disciplina legislativa do mandado é dada pela Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ainda em vigor, com as modificações sucessivas. A ação protege quer os direitos subjetivos, quer os interesses legítimos. Seu autor pode ser tanto a pessoa física como a jurídica. Réu é o Estado, e não a autoridade, muito embora as informações desta correspondam a uma verdadeira contestação. A suspensão liminar do ato gravoso é minuciosamente regulada. O termo de cento e vinte

28. Todavia, desde a época do Estado Novo a exceção era contida pela jurisprudência: entendiam-se imunes ao mandado certas autoridades, mas não aquelas que determinassem a execução do ato ilegal; assim, paradoxalmente, um instituto destinado à tutela das liberdades públicas acabou consolidando-se em um regime autoritário, porquanto não se curvou à constrição que lhe havia sido imposta quase ao nascer.

dias para a impetração é de decadência. A sentença pode ser condenatória, constitutiva ou meramente declaratória. A coisa julgada material só ocorre na hipótese de um juízo conclusivo de mérito, pelo que pode o autor recorrer às vias ordinárias se a segurança for rejeitada por inadmissível ou por incerteza sobre os fatos. A ação não pode ser proposta enquanto não se esgotarem as vias administrativas, a menos que o recurso administrativo não tenha efeito suspensivo ou exija caução. É expressamente prevista a segurança preventiva²⁹.

A jurisprudência construiu proficuamente em torno do mandado de segurança, dando à lei interpretação ainda mais aberta, como no caso do *writ* contra ato jurisdicional, inclusive sentença, quando o recurso previsto pelos códigos de processo (civil e penal) não tenha efeito suspensivo³⁰.

6 — O *perigo iminente* ou a *ameaça* de violência ou coação à liberdade de locomoção são as fórmulas constitucionais e legais que, desde 1871, autorizam o *habeas-corporis* preventivo. Hoje a Constituição prefere falar de *ameaça*; e o Código de Processo Penal, no art. 660, § 4.º, prescreve: “Se a ordem de *habeas-corporis* for concedida para evitar *ameaça* de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz”. No art. 647, repetindo a fórmula da Carta de 1937, afirma-se: “Dar-se-á *habeas-corporis* sempre que alguém sofrer ou se achar na *iminência* de sofrer violência ou coação ilegal em sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Como foi justamente salientado, o problema central das ações preventivas é o interesse de agir³¹. É o primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade do uso das vias jurisdicionais. Na Alemanha, a expressão “necessidade de tutela jurídica” é frequentemente usada para indicar essa condição da ação³².

Para quem, como nós, examina os institutos processuais penais da plataforma da teoria geral do processo³³, a questão

29. Sobre os aspectos processuais do instituto, v., por todos, BARBI, Do mandado de segurança, 3.^a ed., 1976, pág. 65 e segs.

30. Para o mandado de segurança contra ato jurisdicional, v. WATANABE, mandado de segurança contra atos judiciais, 1980, pág. 93 e segs.

31. MICHELI, L'azione preventiva cit., pág. 202/5; GROSSEN, L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari, em *Riv. dir. proc.*, pág. 417 e segs. Entre nós, cf. BARBI, op. cit., pág. 105.

32. Assim, por ex., SCHONKE e LENT: v. ALLORIO, Bisogno di tutela giuridica?, em *Jus*, I, 1954.

33. V., especialmente, da autora, O processo em sua unidade, 1978.

de fundo do *habeas-corpus* preventivo é o interesse-necessidade³⁴.

O requisito da necessidade concreta de jurisdição significa que o direito de ação não pode ser exercido, enquanto as forças do direito material ainda não se mostrem incapazes de extinguir a situação de lide³⁵.

Ora, para que a ameaça possa configurar o interesse de agir, deve ela ser séria, grave, e não pode ser examinada no enfoque de seu efeito subjetivo. O perigo de dano jurídico, a ameaça de lesão, significam, objetivamente, sinais inequívocos da iminência desta. A ameaça deve ser *objetiva* e *atual*, como se afirmou na Declaração do Congresso de Bruxelas³⁶. Será objetiva quando real, ou seja traduzida por atos e fatos, e não por meras suposições; e será atual quando exista no momento em que a tutela é pedida³⁷. É assim que deve ser interpretado o art. 654, § 1.º, b, do CPP ("A petição de *habeas-corpus* conterà: ... b) a declaração da espécie de constrangimento ou *em caso de simples ameaça de coação as razões em que se funda o seu temor*")³⁸.

É exatamente essa a linha da jurisprudência quanto ao *habeas-corpus* preventivo³⁹, observando-se apenas que não se exige a prova plena da ameaça de dano, sendo suficientes *fundadas razões* ou *indícios veementes*⁴⁰.

O campo de abrangência do *habeas-corpus* preventivo é o mais amplo possível, encontrando aplicação em todos os casos do art. 648 CPP, e mesmo nos não compreendidos na enume-

34. Com relação à ação penal condenatória, o interesse de agir, afirmamos (As condições da ação penal, 1977, pág. 103 e segs.), é inerente ao direito de ação, implícito na acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão pelas vias jurisdicionais: a necessária utilização das vias processuais, na ação condenatória, retira do processo criminal a aplicabilidade do critério de *exigibilidade*, entendida como ausência de impedimento jurídico para a satisfação voluntária da pretensão. Diversa é a situação no *habeas-corpus*, ação do indivíduo contra o Estado, para obter a tutela de sua liberdade pessoal.

35. DINAMARCO, Execução civil, 1973, n. 20.

36. V. retro, nota 11.

37. Assim, BARBI, op. cit., págs. 107/8.

38. Ver, sobre o *justo temor*, como reflexo subjetivo da ameaça, adiante, n. 7.

39. V., entre tantas, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em *Rev. Tribs.*, n. 528, pág. 308 e segs. Outra jurisprudência em PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. II, págs. 17/19.

40. PONTES DE MIRANDA, op. e loc. cit., com jurisprudência.

ração legal⁴¹. Pense-se no campo extrapenal, quando a ameaça de lesão à liberdade de locomoção provenha do juiz civil, nos casos de prisão por alimentos ou do depositário infiel (art. 153, § 17 da Constituição).

Como já vimos, a doutrina dominante considera o *habeas-corpus* uma ação, e não um recurso, embora como recurso venha rotulado no Código de Processo Penal. É verdade que em alguns casos — como no de manifesta nulidade do processo — o *habeas-corpus* exerce função equivalente à de um recurso. Mas, no sistema brasileiro, o recurso é sempre destinado à revisão de ato jurisdicional ainda não passado em julgado, sendo sua função, exatamente, a de evitar a formação da coisa julgada. Por isso, mesmo no caso de nulidade, não existindo qualquer termo preclusivo para a interposição do *habeas-corpus*, o instituto não pode ser incluído entre o rol dos recursos⁴².

Objetou-se que o *writ* pode ser concedido de ofício pelo juiz ou pelo tribunal, sem provocação, quando, no curso do processo, o órgão jurisdicional verifique a existência da coação ilegal ou de sua ameaça (art. 654, § 2.º, CPP). Mas mesmo aqui, se bem se observa o fenômeno da ação, em seu aspecto analítico, verifica-se a existência desta: ainda quando o juiz independe da iniciativa da parte para instaurar o processo, uma vez iniciado a parte é investida de poderes e faculdades na relação processual, em cujo exercício estimula o órgão jurisdicional a levar adiante o procedimento. E isto também é direito de ação⁴³.

Ação, portanto, e de conhecimento, porque já vimos que o *habeas-corpus* preventivo não pertence à tutela cautelar. O conhecimento é sempre completo e leva a um provimento definitivo.

Se é verdade que o *habeas-corpus* sucessivo pode assumir ora as vestes de uma ação constitutiva (como no caso de nulidade, quando já exista uma sentença passada em julgado⁴⁴), ora as de uma ação meramente declaratória (como quando,

41. Pretendeu-se excluir, do âmbito do *habeas-corpus* preventivo, a hipótese de excesso de pena: mas PONTES DE MIRANDA salientou a aplicabilidade da tutela preventiva no caso de ordem de prisão por tempo superior ao da pena. (op. cit., pág. 17).

42. Cf. TOURINHO FILHO, Processo penal, vol. IV, 1979, pág. 408.

43. Essa idéia, já avançada em As garantias constitucionais do direito de ação, 1973, pág. 156 e segs., foi por nós retomada, nos termos supra-mencionados, quanto à execução penal: v. CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, Teoria geral do processo, 3.ª ed., 1981, pág. 279.

44. Nesse caso, foi exatamente salientada a função de revisão do *habeas-corpus*: TOURINHO FILHO, op. cit., pág. 409.

por falta de *justa causa* — ou *fumus boni iuris* —, se declara inexistente o poder — dever punitivo e, conseqüentemente, se extingue a ação penal em curso ou se arquiva o inquérito policial), parece evidente que o *habeas-corpus* preventivo terá sempre caráter de ação meramente declaratória, no sentido de que a sentença conterà sempre e tão-só uma declaração quanto à existência do direito de liberdade pessoal, não acompanhada de outros efeitos sancionatórios. Nesse sentido já se manifestou JOSÉ FREDERICO MARQUES⁴⁵ e assim escrevemos, desde a primeira edição da *Teoria geral do processo*⁴⁶.

De natureza cautelar, ao contrário, é a concessão liminar do *habeas-corpus* que, embora não expressamente autorizada pela lei, se esboça em doutrina⁴⁷, na esteira da concessão *in limine* do mandado de segurança. A liminar do *habeas-corpus*, quer em sua modalidade preventiva, quer na sucessiva, insere-se entre os provimentos cautelares que CALAMANDREI classificou como antecipatórios de um provimento decisório definitivo⁴⁸.

7. Ao mandado de segurança preventivo referiu-se a Constituição de 1934, que o criou, falando de *ameaça*. A Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, mantida pelo Decreto-Lei n.º 6, de 16 de novembro de 1937, ateu-se à mesma terminologia. Não inovou o Código de Processo Civil de 1939, mas a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 — ainda em vigor — introduziu um conceito novo no art. 1.º: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente, ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver *justo receio* de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

45. MARQUES, Elementos de direito processual penal, vol. I, 1961, pág. 324/325, onde se fala em uma ação positiva de declaração destinada a reconhecer o direito penal de liberdade, lembrando-se a ação declaratória utilizada nos Estados Unidos da América para impedir a instauração do processo penal (cf. GOLDSCHMIDT, La sentencia declarativa, em *Rev. Der. Procesal*, 1943, págs. 400/403).

46. CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, op. cit., 1.ª ed., 1976, pág. 267 (agora em 3.ª ed., pág. 272). Sobre a *sentença mandamental* que, segundo certa doutrina, configurar-se-ia no *habeas-corpus* — como no mandado de segurança —, v. *infra*, n. 7.

47. TORNAGHI, Curso de processo penal, 1980, págs. 391/2.

48. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, pág. 38 e segs. V. também *infra*, n. 7.

Foi assim que a expressão *justo receio* substituiu a de *ameaça*, inserindo-se comodamente na ampla fórmula constitucional.

Mas o termo *justo receio* tem sido criticado por seu cunho nitidamente subjetivo. O que importa, afirmou-se, não é o receio do autor, que varia consoante a sua sensibilidade. E o que se deve qualificar não é o receio, mas a ameaça, que constitui o seu elemento objetivo. O receio é o reflexo subjetivo da ameaça, e não um elemento para definição daquela ⁴⁹.

Embora a expressão *justo receio* seja tradicional no direito pátrio ⁵⁰, é pacífico que deve ele ter uma causa, que é a ameaça: e a ameaça há de ser séria, grave e não subjetiva ⁵¹.

Assim, tanto quanto para o *habeas-corpus*, o interesse de agir — questão nodal da tutela preventiva ⁵² — configura-se, nessa modalidade de mandado de segurança, pela ameaça *objetiva* e *atual*, que corresponda a sinais inequívocos da iminência do prejuízo jurídico.

Nessa perspectiva, foi destacado o amplo campo de atuação que o mandado preventivo poderia ter contra a lei inconstitucional ⁵³: embora um princípio clássico do ordenamento afirme que não se pode atacar por via de mandado de segurança — ou por outra via judiciária — a lei em tese ⁵⁴, no caso de leis auto-executáveis já se admite a possibilidade de subtrair o autor dos efeitos da lei inconstitucional, posto que a lei não ataque a esta diretamente ⁵⁵. Quanto ao mandado de segurança preventivo, o discurso amplia-se: após a publicação da lei inconstitucional, afirmou-se, e uma vez tomadas as providências necessárias à sua execução, o titular do direito ameaçado por tais providências pode ir a juízo para impedir que a lesão se consuma. A *ameaça* será examinada na ótica dos requisitos supra-mencionados. E a sentença, em caso de afirmação do direito do autor, vai atacar aquelas providências, e não a lei: de modo

49. BARBI, *Mandado de segurança, cit.*, págs. 106/7.

50. Os códigos processuais dos Estados federativos, antes do código unitário de 1939, referiam-se com certa freqüência ao *justo receio*. A expressão foi adotada pelo código revogado e, na legislação vigente, é encontrada não só na lei do mandado de segurança, como também no Código de Processo Civil de 1973, no art. 932, que regula o interdito proibitório.

51. Assim AMERICANO, nos Comentários ao CPC, vol. II, 2.^a ed., págs. 190/191.

52. V. supra, n. 6.

53. BARBI, *op. cit.*, pág. 108.

54. Súmula n. 266 do STF.

55. V., por todos, BARBI, *op. cit.*, pág. 139 e segs.

que, nesses casos, a autoridade coatora é a que tomou as providências necessárias à execução da lei, e não a que legislou⁵⁶.

Sobre a natureza do mandado de segurança não se discute: trata-se de uma ação que tende, conforme o caso, à mera declaração, à condenação ou à constituição de um novo estado ou relação jurídica⁵⁷. Alguns autores falam em sentença mandamental, porque a ordem — assim como para o *habeas-corporis* — é dirigida a uma autoridade⁵⁸. Isso não elimina, contudo, a carga preponderante ora de condenação, ora de constitutividade, ora de mera declaração⁵⁹. O mandado de segurança preventivo, tanto quanto o *habeas-corporis* da mesma natureza, visa sempre a uma sentença meramente declaratória⁶⁰.

Lembre-se que a lei prevê a antecipação da suspensão dos efeitos do ato coativo ou da ameaça de lesão, por intermédio da concessão liminar do mandado (art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533). Essa hipótese, quer para o mandado de segurança preventivo, quer para o sucessivo, enquadra-se entre os provimentos cautelares que CALAMANDREI classificou como antecipatórios de provimentos decisórios, consistindo *in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso si sovrapporrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario*⁶¹.

Não se discute, entre nós, sobre a natureza cautelar da concessão liminar⁶², firme restando, porém, a natureza definitiva da tutela preventiva.

Nem se confundem segurança preventiva e segurança normativa. A primeira conduz a uma sentença de mérito cuja imutabilidade é contida nos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. A segunda seria aquela que pudesse estabelecer uma regra de conduta para casos futuros, indeterminados. No ordenamento pátrio inexistente a segurança normativa; ainda que

56. BARBI, op. cit., págs. 108/109.

57. V, por todos, BARBI, op. cit., 244 e segs.

58. PONTES DE MIRANDA, Tratado das ações, Tomo VI, Ações mandamentais, 1976.

59. V. CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, Teoria geral cit., 3.ª ed., págs. 270/271.

60. V. supra, n.º 6.

61. CALAMANDREI, Introduzione cit., pág. 38 e segs.

62. V, por todos, BARBI, op. cit., págs. 200/201.

63. Por todos, LOPES MEIRELLES, Mandado de Segurança, 1979, pág. 56.

a ilegalidade se repita em casos idênticos, será sempre necessária uma nova decisão para cada caso, porque os efeitos da sentença anterior se restringem ao caso concreto, entre as mesmas partes. O mandado de segurança invalida o ato impugnado, mas deixa intacta a norma considerada ilegal ou inconstitucional⁶³. A coisa julgada opera, na sentença do mandado de segurança, como em qualquer outra sentença, com a única diferença de que, em caso de incerteza sobre os fatos, a sentença que nega a ordem não impede o uso das vias ordinárias⁶⁴.

64. Súmula n.º 304 do STF. Cf. BARBI, op. cit., pág. 255 e segs.

A Revogação da Sentença no Direito Lusitano* (Perfil Histórico)

Moacyr Lobo da Costa

Professor Adjunto regente de História do
Processo Romano, Canônico e Lusitano no
Curso de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 11.3 *A confirmação das Ordenações Filipinas por D. JOÃO IV*; 11.4 *As revistas dos feitos*; 11.5 *A exposição teórica dos juristas: VALASCO e CABEDO*; 11.6 *MENDES DE CASTRO; IGNÁCIO PEREIRA e GONÇALVES DA SILVA*; 12 *O iluminismo, VERNEY e a reforma Pombalina*; 12.1 *A carta de Lei de 3 de novembro de 1768.*

11.3 — Vitoriosa a revolução restauradora de 1640, é aclamado o Duque de Bragança como rei de Portugal, com o título de D. João IV.

Em resposta ao pedido formulado em Cortes pelos representantes dos três Estados, o novo rei promulgou em Lisboa, em 29 de Janeiro de 1643, uma Lei chamada de Confirmação, em que declara: “E porque a ocasião da guerra, prevenção e disposição da segurança e defesa do Reino para meio da paz e socego publico delle, e confederação e commercio dos Principes Christãos não dão lugar para logo satisfazer ao que pelos tres Estados em Cortes se me tem pedido, de entender na reformulação e nova recopilação das Ordenações com supplemento das Leis, que depois se fizerão, e com a alteração, que com a ocasião presente for necessario haver, prover e reformar, e o que accresceu por Capítulos de Cortes dos Tres Estados, e particulares dos Póvos, sendo sempre minha tenção, que as que ultimamente estavam feitas, tenham vigor e se guardem: Hei por bem, de minha certa sciencia, poder Real e absoluto, de revalidar, confirmar, promulgar e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco Livros das Ordenações e Leis, que nelles andão, se cumprão e guardem, como se até o presente praticarão e observarão, como se por

* Continuação do trabalho publicado no volume 75, 1980.

mim novamente forão feitas e ordenadas, promulgadas e estabelecidas em tudo o que não estiver por mim feito em minhas Leis e Provisões, e outras, validamente depois dellas feitas, praticadas e observadas, em quanto não mandar fazer a dita recopilação, e não mandar o contrário”.

Entende CANDIDO MENDES DE ALMEIDA que a Revolução de 1640 dava legítimo fundamento para uma recopilação da Legislação, ou organização de um novo Código compatível, com as idéias vencedoras naquele grande acontecimento. “Mas o bom senso, o tino político, ou antes a fortuna do Poder Real inutilizou qualquer commettimento com este intuito, não obstante tudo quanto os Trez Estados nas Côrtes de 1641 neste sentido reclamarão”.

“A Lei de 29 de Janeiro de 1643, a pretexto do estado de guerra em que se achava o paiz, adiou o trabalho da organização do novo Código, determinando o Rey de *certa sciencia, Poder Real e absoluto* revalidar, confirmar, promulgar, e de novo ordenar e mandar que as Ordenações de 1603 se observassem, como até então se havia feito”

“Era o triumpho do partido absolutista apoiado em um fundamento especioso, mas à primeira vista mui acceitável”. (*Codigo Philippino cit.* Introdução p. XXX, XXXI).

Na Lei de Confirmação deu a entender o rei bragantino que pretendia mandar fazer, oportunamente, nova recopilação das Leis do Reino.

Mas, as “Ordenações Joaninas” que tinha em mente nunca se realizaram.

O que fez El-Rei, segundo INOCÊNCIO FRANCISCO DA SILVA, foi encarregar o procurador da Corôa Tomé Pinheiro da Veiga de mandar imprimir meias folhas soltas para substituir com o seu nome o de Filipe IV, no título, prólogo, e Lei da Confirmação. (*Diccionario Bibliographico Portuguez*, Lisboa 1862, tomo VI, verbete “Ordenações”, p. 327).

Com esse expediente o monarca aplacou o prurido nacionalista dos críticos das Ordenações, que então passaram a chamar “Joaninas”.

O nome da crisma não pegou.

Ordenadas por um rei que, mesmo tendo nas veias sangue real português, os nacionalistas consideravam usurpador, as Filipinas constituem, não obstante, um autêntico monumento do Direito Lusitano, na linha das Afonsinas e das Manuelinas, com as mesmas qualidades e defeitos.

E todas as tentativas para reforma-las resultaram infrutíferas.

11.4 — No Título XCV, “Das Revistas dos Feitos”, os compiladores reproduziram, com pequenas alterações, o texto correspondente do Título LXXVIII das Manuelinas, acrescentando no final aquelas regras introduzidas pela Lei de D. SEBASTIÃO.

É mantida a tradicional divisão, Revista de Justiça e Revista de Graça Especial, nos mesmos termos e para os mesmos efeitos.

De igual modo nada se alterou quanto à composição da turma de Desembargadores a que competir o julgamento da Revista, inclusivé quanto à possibilidade de substituir-se, em circunstância excepcional, o princípio geral do número maior de Desembargadores pelo critério da qualidade dos julgadores escolhidos.

A respeito da destinação dos sessenta cruzados, que a parte devia depositar quando lhe fosse concedida a revista, por qualquer modo que seja, o preceito estabelecido por D. MANUEL foi ampliado, no caso da revista ser julgada improcedente: “E achando que não foi aggravado em parte alguma, lhe não tornarão nada dos ditos sessenta cruzados: os quaes queremos, que hajão os Desembargadores, que deram a sentença de que se pedio a revista, se vivos forem, e sendo algum delles morto, se darão a seus herdeiros”.

A medida pode ser encarada como reparação do dano moral causado à memória do Desembargador falecido, que foi injustamente acusado de ter dado uma sentença eivada de vícios.

É mantido o prazo de dois meses para se requerer a Revista de Graça Especial, sob pena de preclusão, para que as demandas hajam fim e os vencedores não estejam sempre duvidosos de seu direito. O prazo contava-se do dia da publicação da sentença, e, tendo a sentença sido embargada, do dia da publicação da sentença que se deu sobre os embargos. Trata-se de regra estabelecida por D. MANUEL, em 4 de janeiro de 1516, respondendo à dúvida levantada quanto ao início do prazo de dois meses para a apresentação do pedido de revista contra sentença que tenha sido embargada. (Leis Extravagantes, Collegidas e Relatadas pelo Licenciado DUARTE NUNES DO LIÃO, cit. Parte Terceira, Tit. V. Lei I, p. 361). E sendo as sentenças dadas na Relação da Índia, as petições de revista se apresentarão no Desembargo do Paço dentro de

dois anos. No caso de as partes alegarem algumas razões, por que pareça que as petições de revista, apresentadas fora do prazo, devem ser admitidas, dar-se-ia conta disso a El Rei, para mandar o que lhe parecer.

O poder que se reservou El Rei, de conceder a revista requerida fora do prazo, em vista das razões alegadas pelas partes, vai gerar a figura da Revista de Graça Especialíssima, criada no reinado de D. JOSÉ I, pela Lei de 3 de Novembro de 1768, no âmbito da chamada Reforma Pombalina.

A Revista de Graça Especial conservou a natureza jurídica de um recurso extraordinário contra as sentenças proferidas pelos Desembargadores da Casa da Suplicação, com as mesmas características delineadas nas Ordenações Manuelinas.

De igual modo, as outras revistas, que não são de Graça Especial (as de Justiça, por alegação de falsa prova ou de suborno do Juiz, Tit XCV Proemio) conservaram a natureza de figura *sui generis*, destinada à revogação da sentença; uma mistura de recurso e de ação, que se propunha perante o Tribunal superior, mas se processava em autos apartados, e, por seu escopo, ensejava ampla liberdade probatória e plena discussão dos motivos de fato e de direito. (Tit. XCV n.º 15).

As principais inovações que os compiladores introduziram no sistema das Ordenações do Reino, a propósito da revisão dos feitos, foram as seguintes, todas transcritas do Regimento dos Desembargadores do Paço, promulgado por D. SEBASTIÃO: proibição da revista das sentenças, não passando a valia da coisa julgada de cem mil reis em bens de raiz, e de cento e cinqüenta mil reis em bens móveis, posto que a petição se ofereça dentro dos dois meses, quando a sentença de primeira instância fôr por apelação à Casa do Porto, onde foi julgada, e desta, por agravo, à Casa da Suplicação, onde também foi julgada, sendo as sentenças das Casas do Porto e da Suplicação ambas conformes.

É o estabelecimento da alçada para a revisão dos feitos, nas ações imobiliárias ou mobiliárias, que tenham sido julgadas em três instâncias, porque, como declara a lei “quando os feitos são julgados em três instâncias, parece ser a justiça das partes examinada como convem”.

O critério não prevalece para essas ações de maior valor: “Porem excedendo as ditas quantias, poder-se-hão fazer as ditas petições, offerecendo-se nos ditos dous mezes”.

Mas, se as três sentenças são conformes, não se concederá revista, qualquer que seja o valor da condenação.

Não se concederá revista, também, depois de uma vez ser negada, ou julgado o caso dela em Relação, “nem depois que El Rei mandar que a tal petição de revista se não admitta”. Nesta última cláusula se exterioriza o supremo poder real de negar a concessão da revista.

Quanto aos casos que vinham da primeira instância por apelação à Casa do Porto, ou por agravo à Casa da Suplicação, e nessas Relações eram julgados definitivamente, de maneira que não passavam por mais do que duas instâncias, sendo a sentença sobre bens de raiz de valor superior a sessenta mil reis, ou de cem mil reis sobre bens móveis, podiam as partes fazer as petições de revista e oferece-las dentro nos dois meses. Igual permissão havia para aqueles casos que eram julgados em instância única, em cada uma daquelas Relações, como são os dos feitos da Corôa e da Fazenda.

A compilação Filipina tornou explícita e taxativa a proibição da revista nos casos crimes e nos julgamentos sobre suspeições e das sentenças interlocutórias que se puserem nos processos.

A propósito das sentenças dadas em casos crimes, reza o texto que não haverá petição de revista, quando pelas sentenças não fôr julgada, além da pena crime, tanta fazenda, ou bens, que excedam as ditas quantias, e excedendo-as se poderão fazer as ditas petições no que tocar à dita fazenda e bens somente.

A concessão da revista em casos crimes, que era reprovada por texto expresso e insofismável das Ordenações, irá constituir uma das espécies da Revista de Graça Especialíssima, criada pelo absolutismo da Reforma Pombalina.

Importante preceito foi tornar a interposição da revista prerrogativa dos Procuradores que funcionavam junto à cada uma das Relações: “E nos casos, em que per esta Ordenação se podem fazer petições de revista, serão assinadas per hum dos Procuradores das ditas Relações, e de outra maneira se não receberão”.

Parece que o motivo determinante do privilégio teria sido resguardar a seriedade da revisão das sentenças, evitando sua utilização por advogados sem a necessária habilitação para postular perante as Relações.

A revisão das sentenças, na vigência das Ordenações Filipinas, por sua excepcional finalidade mereceu atenção especial dos juristas, que lhe consagram muitas páginas em seus livros de doutrina, ou de comentários às Ordenações ou

às Decisões, tendo sempre em vista que “revisio apud nos odiosa est & ideo restringenda”, como disse IGNACIO PEREIRA DE SOUSA, no tratado que escreveu sobre assunto. (Tractatus de Revisionibus, Lisboa 1672).

O caráter odioso da revista será acentuado, mais tarde, na célebre Lei de 3 de novembro de 1768, de D. JOSÉ.

11.5 — Partindo do exame literal dos dispositivos legais e da observação dos casos concretos de sua incidência na prática da Casa da Suplicação, os praxistas e comentaristas elaboraram as linhas gerais do perfil dogmático da revista, como remédio processual destinado à revisão dos feitos e conseqüente revogação da sentença, embora de forma pouco doutrinária, porque, como sempre se proclamou, os juristas da época se atinham muito mais à concretude do real que aos princípios teóricos.

Na literatura jurídica do período que antecedeu a dinastia dos FILIPES, a partir do reinado do Cardeal D. HENRIQUE, destaca-se a propósito do tema, com significativa relevância, a resposta de ALVARO VALASCO à “Consultatio LI”, na qual o eminente jurisconsulto, senador da Cúria Régia e antigo professor da Universidade de Coimbra, analisa detidamente as principais questões que se apresentam com respeito à revista, em face do texto do Título 78, do Livro III, das Ordenações Manuelinas e das modificações introduzidas pelas Leis Extravagantes Coligidas por DUARTE NUNES DO LIÃO, Parte I, Tit. 4, §§ 113 a 119, e que pode ser considerada como o melhor trabalho até então escrito, e irá servir de paradigma para os autores que posteriormente versaram o assunto.

Nos 57 itens em que se desdobra a exposição, com admirável clareza o jurisconsulto respondeu aos quesitos da Consulta, esclarecendo pontos duvidosos ou controvertidos e firmando conceitos.

Em razão da autoridade da Casa da Suplicação, como Supremo Tribunal de Justiça, e dos seus julgamentos, em última e superior instância, a revisão dos feitos para a revogação das sentenças é declarada odiosa e de regra proibida, salvo nos casos expressamente previstos no Tit. 78, ou quando for concedida por Graça Especial do Príncipe.

A revista é odiosa porque é contra o fim das lides, que se deseja em todos os juízos, e, também, pela injúria que faz aos juizes que deram a sentença cuja revisão se pede.

Entretanto, como somente Deus é infalível em seu julgamento, e os juizes, ainda que peritíssimos em direito,

podem errar “in judicando, vel humana imbecillitate, vel affectione, vel per sordes”, a revista encontra seu fundamento na conveniência dos recursos dos agravados chegarem até o Príncipe, e, para que os juizes, conquanto excelentes e supremos, não pensem que nada se dá além de seu juizo e que não há na terra quem corrija seus erros.

Duas são as espécies de revista: por Graça Especial do Príncipe, ou em certos casos, expressos na regra proibitória da revisão, e que se chama de Justiça.

A Revista de Graça Especial pode ser definida como “*Facultas alicui petenti à Rege concessa ex gratia speciali, causa summatim cognita, ad revidendam sententiam contra aliquem latam*”, a qual não será concedida senão depois da informação de dois letrados que examinaram o feito, sendo ambos conformes que é caso de ser deferida.

A Revista de Justiça, que é admitida em certos casos, quando a parte alega ter sido condenada por falsas provas ou por falsos instrumentos (declarando especificadamente a falsidade deles, a qual não foi alegada no processo, ou se foi alegada não foi acolhida); ou quando é proposta contra sentença proferida por juiz subornado, ou corrupto.

Na resposta ao sétimo quesito são examinados os pontos em que diferem as duas espécies de revista, dos quais, por interessarem mais de perto ao presente trabalho, são referidos dois: que a Revista de Graça Especial não se pode pedir senão dentro de dois meses, enquanto “*Haec autem revisio de justitia non habet illud praescriptum tempus*”; e que, na primeira, as partes não podem alegar nada de fora dos autos, salvo se forem alegações de direito, mas por aqueles mesmos autos por que foi dada a primeira sentença se julgue o feito e se justifique ou reprove a sentença de que foi pedida a Revista; ao contrário “*Ceterum in revisione de justitia, proceditur ordinariè productis novis instrumentis, et probationibus, ultra jam producta in processu*”

A afirmação que o prazo de dois meses não se aplica ao pedido da Revista de Justiça, e que nesta se procede de modo ordinário, produzindo-se novos instrumentos e novas provas, além das que já foram produzidas no processo, comprova que esta dava origem à formação de um outro processo, em autos próprios, destinado à apuração da falsidade da prova ou do suborno do juiz, enquanto que a Revista de Graça Especial, sujeita àquele prazo e processada nos mesmos autos da sentença revogada, sem possibilidade de produção de outras

provas, era uma espécie de remédio extraordinário que o Príncipe concedia depois de esgotados os recursos ordinários, como é esclarecido na resposta ao oitavo quesito.

Prosseguindo na exposição do assunto que faz objeto do oitavo quesito, VALASCO aborda a controvertida questão da concorrência de dois remédios contra a sentença dada por falsas provas ou por juiz subornado: o ordinário “per viam nullitatis”, de que trata o Tit. 60 *in princip.*, e o extraordinário da Revista de Justiça, “& sic concurrit remedium revisionis concessae à Principe cum remedio ordinario nullitatis sententiae, quod potes allegari omni tempore, juxta praedictam legem Regiam, & est hoc peculiari nota dignum”, e, depois de refutar as opiniões que afirmavam não ser nula “ipso jure” a sentença proferida por falsas provas, “sed per in integrum restitutionem rescindenda”, conclui a argumentação: ‘Et ita in puncto juris veriore arbitror illam opinionem minus communem, quam probavit lex nostra Regia, ut scilicet sententia ex falsis instrumentis, aut testibus lata, sit nulla ipso jure, & omni tempore talis nullitas possit allegari, non solum per viam remedii nullitatis, ut d. tit. 60 lib. 3, sed etiam per viam revisionis de justitia, ut d. tit. 78 in princip. nec unum remedium, licet extraordinarium, tollatur per aliud, in odium illorum, qui tale scelus admiserunt’

Mas quanto ao cabimento de um ou do outro, VALASCO reformulou sua antiga opinião a respeito da concorrência dos dois remédios, no sentido de que a impugnação “per viam nullitatis” se destinava à sentença proferida em juízo inferior e a “per viam revisionis, de licentia Principis”, quando se tratasse de julgamento dos juizes superiores, para concluir, após ulterior meditação, que em tais casos era possível agir de nulidade mas ao modo e solenidade de que trata o Tit. 78, que assim uma lei se declara por outra, sem indicar no entanto qual a via para ser proposta a nulidade, e advertir o consulente para que reflita melhor sobre isso.

A despeito de sua extensão, o trecho merece ser transcrito por inteiro: “Olim tamen legendum illum articulum de concurrentia remedii ordinarii & extraordinarii, ad conciliandas illas leges Regias, *d. tit. 60. in princ. cum princ. d. tit. 78. cogitabam, si dici possit text. in d. tit. 60. procedere in fententiis latis praefato modo ab inferioribus judicibus, ut adverfus eas audiantur partes per viam nullitatis. Secùs si fint latae à judicibus fuperioribus, quales funt enumerati in principio, d. tit. 78. quia tunc non audientur, nisi per viam revifionis, de licentia Principis. Sed difplicuit haec conciliatio, quia non*

convenit text d. tit. 60. quae fimpliciter loquitur 1. *non distinguemus, ff. de arbitr.* Verùm ulteriùs cogitabam dici posse, quod in praedictis casibus agi queat de nullitate, *ut d. tit. 60.* fed eo modo & folemnitate, de qua *in d. tit. 78.* ut fic una lex declaretur per aliam, 1. *nan pofteriores, ff. legib.* vel quod in d. tit. 60. tractatur tantùm, quanto fententia fint nulla, quoad hoc, ut non fit necefsè ab eis appellare, ut patet ibi, E por tanto nam, *he neceffario fer della, appellado, ex rubric, illius tit.* non autem qua via debeat talis nullitas proponi, de qua *in d. tit. 78. in princ.* Haec in propofito memoro, ut tu interim meliora cogites”.

Ao tratar da falsa prova, que autoriza a revogação da sentença, VALASCO faz uma percuciente observação, distinguindo entre falsos instrumentos e falsas testemunhas corrompidas por dinheiro.

Se os instrumentos são falsos, compete à parte declarar especificadamente a falsidade e que seja concludente.

Quanto às falsas testemunhas, não é suficiente a prova de que foram corrompidas por dinheiro ou qualquer outro modo, mas é necessário provar que depuseram falsamente e falso é o que foi testificado, isso porque, “apud nos ex sola corruptione testium probata non retractabitur sententia, & cauti debent esse advocati, ut articulos faciant de falsitate depositionis testium”

Nos itens subseqüentes o juriconsulto examina longamente os aspectos processuais da revisão das sentenças e os casos de não cabimento do remédio, para encerrar o extenso e erudito parecer com primoroso estudo de confronto entre a Revista de Graça Especial e a Suplicação (de direito comum), esclarecendo no que se assemelham e quais são as fundamentais diferenças existentes entre ambas. (Cf. VALASCI, Opera Omnia, nova editio, Tomus Primus, Consultationum, Coloniae 1735, Consultatio LI, p. 81 a 92).

Não obstante a forma de parecer, respondendo aos quesitos de uma consulta, essas páginas constituem o primeiro (no tempo e na qualidade) estudo jurídico sobre a Revisão das Sentenças, de vez que os publicados posteriormente, tomando-o por referência, mais não fizeram senão ampliar o exame de algumas questões ou discutir pontos controvertidos, sem acrescentar nada de verdadeiramente original, que já não tivesse sido observado pelo eminente juriconsulto.

JORGE DE CABEDO foi um dos compiladores das Ordenações Filipinas, como ele mesmo declara em duas passagens de seu

justamente famoso livro de decisões. Referindo-se ao senador AFONSO VAZ TENREIRO, que foi seu colega na mesa dos agravos da Casa da Suplicação, escreve “& fuimus ambo electi à Rege Philippo hujus nominis I Rege Portugaliae felicis memoriae, ad novam legum hujus regni recopilationem, in qua per multos annos insudavimus” (Decisio CCI n.º 6); e, noutro passo “ad quarum legum recopilationem ego (licet indignus) electus fui ab eodem Rege, ut assisterem cum aliis senatoribus: in quo opere per multos annos laboravimus” (Decisio CCXI n.º 7).

A despeito da proclamada modéstia (“licet indignus”), CANDIDO MENDES DE ALMEIDA considera-o como o principal recompilador. (Cod. Philip. cit. Introd. p. XXIII).

Por seus reconhecidos méritos de jurista, comprovados nos valiosos comentários às decisões do Supremo Senado do Reino, de que fez parte, é reputado como dos mais autorizados intérpretes do direito vigente em Portugal, à época da promulgação das novas Ordenações. A primeira edição de seu livro é de 1604, (GEORGIO DE CABEDO, Practicarum observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Ulyssipone MDCIV), o que revela tratar-se de comentários a decisões proferidas a respeito da interpretação e aplicação das Ordenações Manuelinas e posteriores Leis Extravagantes, então em vigor.

Um livro contra o qual, por motivo de patriotismo, seus desafetos nada podem alegar.

Pela clareza, segurança e profundidade dos comentários, um livro do mesmo nível dos já publicados por ALVARO VALASCO e ANTONIO DA GAMA, os mais conceituados no gênero.

Pois, obnubilado pela aversão aos juristas portugueses que trabalharam na compilação das Ordenações a mando de um rei tido como usurpador, o professor FRANCISCO COELHO DE SOUZA S. PAIO, que substituiu MELLO FREIRE na regência da cadeira de Direito Pátrio, na Universidade de Coimbra, em 1789, e compartilhava dos sentimentos manifestados por seu antecessor, não teve dúvida em afirmar que aos compiladores, entre eles JORGE DE CABEDO, “faltavam as luzes necessárias para preencherem os fins de tão grande obra”. (Prelecções de Direito Pátrio, cit. Primeira Parte, Tit. I cap. V, § XII p. 12).

Semelhante juízo não foi confirmado pelos pósteros. Referindo-se à Revista de Graça Especial, que se impetrava mediante súplica ao rei, JORGE DE CABEDO assinalou que no Direito Português o termo “supplicatio” tem duas principais

significações: uma é a sopricação ordinária (“dicitur” seu agravo ordinário) outra “est supplicatio quae revisio dicitur” (Decisionum, cit. Pars Prima, Decisio XI nos 14 e 17).

Era o entendimento predominante. ANTONIO DA GAMA, igualmente, já havia assinalado que, “supplicatio, in qua petitur revisio processus, magis equiparatur supplicationi quam appellationi” (Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae, Antuerpiae 1683, Decisio CX n.º 12, p. 152).

Todavia, tendo em vista sua precípua finalidade, VALASCO acentuara com superior discernimento e grande propriedade que a Revista de Graça Especial, “quo utimur in isto Regno, habet peculiarem naturam”.

É a natureza peculiar da Revista de Graça Especial que a caracteriza como um recurso extraordinário, no sistema processual inaugurado com as Ordenações Manuelinas.

Editadas em 1521, foram reimpressas em 1533, em 1539 e em 1565, e estiveram em vigor até 1603.

Para fins didáticos e uso dos estudiosos, a Universidade de Coimbra promoveu a publicação em 1797, de uma cuidada edição, sob a direção do lente de leis FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS, coadjuvado, segundo consta, pelo erudito JOÃO PEDRO RIBEIRO.

11.6 — Após a promulgação das Ordenações Filipinas sobressaem na literatura jurídica lusitana os escritos de MENDES DE CASTRO, IGNACIO PEREIRA DE SOUSA e GONÇALVES DA SILVA, por ordem cronológica de publicação, como os mais autorizados no tratamento da revisão das sentenças, entre outros de menor expressão.

MENDES DE CASTRO é apontado, em Portugal e no Brasil, como o maior dos processualistas (cf. P. J. MELLO FREIRE, *Historiae* cit. § CXVII; BRAGA DA CRUZ, *Historia* cit. p. 425; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1978, tomo 17, *Bibliografia* p. 430).

De seu livro “*Practica Lusitana*” disse MELLO FREIRE “nullam certe aliam hac meliorem practica habemus” e BRAGA DA CRUZ, que é talvez a melhor obra do gênero e a mais completa.

Na esteira de VALASCO, cuja opinião invoca seguidamente, o emérito processualista dedica dois capítulos à descrição minudente da praxe no processo da causa de revisão, estabelecendo segura e precisa distinção entre as duas formas de revista: “Alia est, quae ex mera gratia conceditur, alia,

quae conceditur, quando nullo dato remedio juris ordinarii, pars aliqua vult infringere sententiam, quam dicit esse latam ex falsis probationibus, quae licet sit nulla, potest tamen pars recurrere ad Principem, & petere, ut iterum processus revideatur”

Com respeito ao processo da revista “ex mera gratia concessa”, escreve que “concessa revisione, debēt (Senatores) revidere processum ex iisdem actis, & sententia proferre, nullo admissio libello, petitione, allegatione, probatione, scriptura & dilatione, etiam per viam restitutionis in integrum, vel aliquo modo intentato, nisi fuerint allegationes juris” (EMMANUELE MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana*, Parte Primeira, Liv. 3 cap. 20, ed. Conimbricae 1739 p. 97).

Na segunda parte da *Practica*, ao discorrer sobre a diferença entre as duas espécies de revista, no que concerne à praxe do processo, entre outros aspectos distintivos acentua que a Revista de Graça Especial deve ser impetrada no prazo de dois meses e a de Justiça a qualquer momento, pois não há prescrição de tempo; que aquela deve ser processada nos mesmos autos, o que não ocorre com a Revista de Justiça, porque nesta as partes podem alegar e provar as causas pelas quais foi concedida a revista; além disso, porque na Revista de Graça Especial procede-se sumariamente e nesta, na verdade, procede-se de modo ordinário, produzindo-se novos instrumentos e provas além das que já foram produzidas no processo. (*Practica cit.* Segunda Parte, p. 379).

As indicações traçadas pelo praxista não discrepam da lição teórica professada pelo jurisconsulto ALVARO VALASCO, no memorável parecer que proferiu ainda no regime das Ordenações Manuelinas e que continuou sendo o melhor e mais completo estudo sobre o assunto.

No Tratado sobre a revisão das sentenças, único no gênero publicado em Portugal, e que, apesar das pequenas divergências quanto a pontos secundários manifestadas por autores posteriores, seria invocado sempre como autoridade, IGNACIO PEREIRA DE SOUSA discorreu exaustivamente sobre o assunto, examinando e discutindo uma por uma as questões peculiares a cada uma das espécies de revista, cujas figuras ressaltam individualizadas pelas respectivas características de natureza processual.

Entre os autores que discrepam de PEREIRA destaca-se ALEXANDRE CAETANO GOMES (*Manual Practico*, 1.^a ed. Lisboa 1748, Cap. XLIII sobre as Revistas; e *Dissertações Jurídicas*,

Lisboa 1756, dissertação V n.ºs 170 a 188). O desembargador JOAQUIM RAPHAEL DO VALLE, que reviu atualizou e anotou a nova edição do Manual Pratico, de 1854, em Nota ao cap. 43, p. 202, assinala que “as idéas do author em theoria, mesmo conforme a legislação antiga se não podem adoptar”

Reproduzindo o conceito expressado por GABRIEL PEREIRA DE CASTRO (De Manu Regia, 2.º Parte cap 37 n.º 37) PEREIRA definiu a revista como “*petitio Principi facta pro revisione & retractatione sententiae, contra qua ob dignitatem & excellentiam iudicium, appellatio vel simile remedium denegatur*” (Tractatus de Revisionibus, Lisboa 1672 p. 6).

Em consonância com a definição, esclarece a propósito da Revista de Graça, que “*revisio vero est remedium extraordinarium & subsidiarium introductum in defectum alterius jure ordinario competentis*”

Quanto à Revista de Justiça, tendo observado de acordo com VALASCO, que ela concorre com a ação de nulidade, em razão de seu escopo, “*Unde sequitur & evidentur dicitur, quod revisione de justitia supplicans supponit sententiam nullam, quoniam sententia eo modo lata, scilicet interveniente probationem falsitate, sive iudicium corruptione, perpetua nullitate laborat, it aut omni tempore retractari potest, cum in rem iudicatam minimé transeat, nec fit necessarium ab illa interponi appellationem*” (op. cit. p. 13).

Como na Revista de Justiça é permitida a produção de novas provas e a apresentação de novas alegações, nela se procede de modo ordinário, “*in hujusmodi novis allegationibus procedendum sit ordinarié*” “*Ex quibus verbis (ordinarié) videbatur — quod formatis articulis de harum allegationum materia & ex adverso contrarietate impugnatis, posset replicatio & triplicatio in illis admitti, quod praxis observare consuevit in ordinariis litibus, per ea, quae idem MENDES, parte 1, lib. 3 cap 10 n.º 3*” (op. cit. p. 391).

Sob o ponto de vista processual o enquadramento da Revista de Justiça como ação ordinária, e não como recurso extraordinário que é a Revista de Graça, não poderia ser mais explícito, uma vez que nos recursos não há réplica e tréplica, que se costuma observar de praxe nas lides ordinárias.

Os ensinamentos do notável tratadista foram seguidos até o advento da Reforma Pombalina, quando, então, como adverte LOBÃO, devemos prescindir do quanto sobre a índole e natureza das nossas revistas discorreram PEREIRA, SILVA e os mais reinícolas, “à face do que nos declaram a L. de 3 de novembro

de 1768 e Alvará de 6 de janeiro de 1813". (MANUEL DE ALMEIDA e SOUSA, de LOBÃO, Segundas Linhas sobre o Processo Civil, Lisboa 1817, Parte II, p. 133).

Nos Comentários às Ordenações, que escreveu a partir do Título 13 do Livro III, em continuação aos extensos, exaustivos e eruditos, mas prolixos Comentários de PEGAS, o jurisconsulto GONÇALVES DA SILVA se deteve na análise do texto do Título 95, procurando esclarecer o sentido de suas normas, com apoio nas opiniões dos diversos autores citados a cada passo.

Dos comentários emerge uma adequada estrutura dogmática do instituto da revisão das sentenças, segundo os ensinamentos dos muitos doutores que dissertaram a respeito, de maneira, pode-se dizer, unânime.

No tocante ao enquadramento da Revista de Justiça, entretanto, entendeu o comentarista de sustentar opinião pessoal, contrária à regra estabelecida de que nela se procede de modo ordinário.

No comentário ao § 15, do Tit. 95, que reza: "E quanto às outras revistas, que não são per special Graça, poderão as partes allegar e provar as causas por que lhe foi concedida a revista, e sejam sobre isso ouvidas com seu direito", SILVA escreveu, com propriedade: "Constitutum est in hoc textu, quod in revisionibus de justitia admittuntur novae allegationes & novae probationes testium, ac instrumentorum. Thom. Valasc. allegat 90 n.º 18, Alvar Valasc. consult. 51 sub n. 10. Gab. Pereira. De Manu Reg. cap. 37 n.º 37 versc Deinde in fine. Exornat Pereira De Revisionib. cap. 84 n. 1. Mendes in Prax. p. 1 lib 3 cap. 20 n. 2 e 3." (EMMANUELIS GONÇALVES DA SYLVA, Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae Ulyssipone MDCCXLII, Tomus Tertius p. 437).

Sem dúvida, era nesse sentido a lição de tais autores em face do texto legal examinado.

De maneira surpreendente, porém, prossegue o comentário: "Sed non ordinarié agitur, quia proceditur allegando in supplicatione subornationem testium & corruptionem judicum in terminis principii hujus tituli; & concesso revisionis rescripto, deducitur materia per articulos, qui ab adversario contrariantur absque ulla replicatione eo modo, quo proceditur in appellatione & gravamine ordinario, petendo licentias ad non deducta deducenda, & probanda, ex Ord. lib. 3 tit. 20 § 29, tit 83 in princip. Pereira De Revision. cap. 84 ex nu. 5 cum seq." (op. cit. loc. cit.)

É curioso observar que a afirmação feita “Sed non ordinarié agitur”, está em aberta divergência com o que escreveram alguns dos autores que o comentarista citou no trecho imediatamente anterior, como ALVARO VALASCO, que ensinou, desenganadamente, “Et ita in ea proceditur ordinarié”; MENDES DE CASTRO que “in hac vero proceditur ordinarié” e PEREIRA, inclusivé, que “in hujusmondi novis allegationibus procedendum sit ordinarié”.

Quanto aos outros dois autores citados no comentário anterior, TOMAS VALASCO e GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, nenhum deles abona o entendimento de SILVA. GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, no lugar referido por SILVA, examina a diferença entre a apelação, a suplicação e a Revista de Graça Especial (que é uma modalidade de suplicação) mas não diz absolutamente nada quanto à forma do processo da Revista de Justiça. (cf. GABRIELIS PEREIRA DE CASTRO, Tractatus de Manu Regia. Lugduni MDCCLXXIII, Parte Segunda cap 37 n. 37, p. 57).

E TOMAS VALASCO, também, não alude ao modo de proceder na Revista de Justiça, escrevendo somente “quod si petatur per viam justitiae, poterunt probare causas adductas”. (cf. THOMAE VALASCI, Allegationes, Conimbricae MDCCXXXI, allegatio XC n.º 18 p. 337).

O entendimento divergente de SILVA permaneceu isolado na doutrina dos reinícolas.

O pequeno itinerário através das páginas dos mais autorizados juristas, que escreveram no regime das Ordenações Manuelinas e Filipinas, antes da Reforma Pombalina, contribuiu para ressaltar a diferença fundamental entre as duas espécies de revista, quanto ao modo de proceder e quanto à correspondente conceituação como institutos de direito processual: uma, modalidade de suplicação, de natureza peculiar, na forma de recurso extraordinário, e, a outra, figura *sui-generis*, misto de ação e de recurso, a ser proposta na instância superior, que se processava de modo ordinário em autos apartados e, por seu escopo, ensejava ampla liberdade probatória.

Sem sombra de dúvida, o ancestral lusitano da ação rescisória do direito brasileiro, como assinalado anteriormente.

Por uma lei de D. PEDRO II, de 26 de junho de 1696, a alçada para a concessão da revista nas causas julgadas em três instâncias é elevada para a quantia de trezentos e cinquenta mil réis nos bens de raiz e de quatrocentos nos bens móveis, ficando porém em vigor a disposição referente a três sentenças

conformes. E nas causas que são sentenciadas em uma ou duas instâncias somente, a alçada é elevada para cento e vinte mil réis nos bens de raiz e trezentos nos móveis. (cf. ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica Judicial*, Lisboa 1730, cap. Reformação da Justiça p. 46).

12. O movimento de renovação cultural, que no século XVIII provocou uma verdadeira revolução no campo das idéias filosóficas, políticas, religiosas, científicas e literárias, nos principais países da Europa, caracterizando-o como o “Século das Luzes” ou do “Iluminismo”, que os historiadores alemães denominaram de “Aufklärung”, só chegou a Portugal na segunda metade do setecentos, no reinado de D. JOSÉ, durante o governo do todo poderoso MARQUÊS DE POMBAL, graças à atividade pedagógica dos padres da Congregação do Oratório e, de maneira preponderante, à difusão das obras de LUIZ ANTONIO VERNEY, com razão considerado como o mais importante “aufklärer” da cultura portuguesa, formado na escola daqueles religiosos.

Seu livro “Verdadeiro Método de Estudar”, que ANTONIO SÉRGIO reputou, por alguns aspectos, “como a maior obra de pensamento que se escreveu em português” (*Ensaio*, 2.^a ed., tomo II, p. 66), foi a principal fonte em que largamente se abeberaram, sem o confessar, os autores do “Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra” e os membros da Junta de Providência Literária que reformou e reformulou os Estatutos da Universidade promulgados em 1772.

O simples confronto das profundas transformações introduzidas no ensino das diferentes disciplinas universitárias, pela reforma de 1772, com as correspondentes medidas apontadas por VERNEY, nas Cartas que compõem seu livro “Verdadeiro Método de Estudar” — publicado em Nápoles em 1746, e por causa da Inquisição introduzido clandestinamente em Portugal — revela a marcante influência de seu pensamento reformador, após a expulsão dos jesuítas, quando suas idéias são acolhidas e os métodos pedagógicos que preconizou se convertem em normas dispositivas dos novos Estatutos.

A presença do ideário iluminista de VERNEY fez-se sentir ao longo das mais significativas etapas da ampla reforma empreendida pelo MARQUÊS DE POMBAL, de quem foi, no dizer de CAMILLO CASTELLO BRANCO “outro e mais fecundo oráculo” (cf. *Perfil do Marquês de Pombal*, 2.^a ed., Porto 1900, p. 101) e não apenas, na reforma da instrução pública, com o considerável arsenal que forneceu para a luta vitoriosa contra os retrógrados métodos de ensino dos inicianos.

VERNEY, na opinião insuspeita de FR. FORTUNATO DE S. BOAVENTURA, "foi o maior sábio português do século XVIII" (cf. História de Portugal, Edição Monumental da Portucalense Editora, Barcelos 1934, vol. VI, p. 428) e encarnou, como nenhum outro pensador português, o sentido e o espírito da época.

Foi um iluminista empenhado em difundir as luzes, em todos os campos do saber.

E o pombalismo, na exata apreciação de ilustre mestre da Universidade de São Paulo, "representou, na sua essência, a forma característica do iluminismo português. A sua justificação, como forma de modernização ideológica, política e econômica, embora concretizada sob as limitações do absolutismo, traduz as preocupações genéricas do movimento iluminista". (LAERTE RAMOS DE CARVALHO, *As Reformas Pombalinas da Instrução Pública*, edição da Universidade de São Paulo e Saraiva S.A. S. Paulo 1978, p. 186).

Na Carta Décima Terceira, que tem por objeto o ensino do Direito, VERNEY teceu severas e procedentes críticas à maneira atrasada e ineficiente como se ministrava o curso jurídico na Universidade, e indicou os pontos fundamentais a serem modificados, passando a descrever pormenorizadamente os métodos recomendados para as diferentes disciplinas jurídicas, segundo o critério exposto pelo notável iluminista italiano LUIZ ANTONIO MURATORI, de quem VERNEY se confessava discípulo, em seu famoso livro "Dei difetti della Giurisprudenza". (cf. Verdadeiro Método de Estudar, edição organizada pelo professor A. SALGADO JÚNIOR, Livraria Sá da Costa, Lisboa, vol. IV, p. 109 e segs.).

Uma das causas determinantes do baixo nível cultural dos universitários portugueses, na época em que publicou sua crítica, era a ignorância da História das instituições jurídicas, civil e canônica, cujo estudo fora relegado ao abandono por entender-se desnecessário à formação profissional do jurista.

Dirigindo-se ao seu interlocutor, a quem eram endereçadas as Cartas, diz VERNEY, "Quando V.P. ouvir dizer a um Jurista que não sabe a História Civil, principalmente a Romana, e a um Teólogo que ignora a História da Igreja, sem mais outro exame assente que nem Leis, nem Teologia sabe; porque a História é uma parte principal destas duas faculdades, sem a qual não é possível que um homem as entenda". (Verdadeiro Método, vol. cit., p. 119).

Partindo desse pressuposto, estabelece um Plano de Estudos Modernos de Direito Civil, abrangendo a História do Direito Civil, particularmente do Direito Justinianeu, e o estudo do Direito Português e de sua História.

No Livro Segundo dos Estatutos de 1772, ressalta patente que as críticas foram ouvidas e as sugestões acolhidas, em sua quase totalidade.

No Capítulo III, "Das disciplinas que se hão de ensinar no Curso de Direito Civil", acolhendo as diretrizes indicadas por VERNEY, os Estatutos dispõem: 9^o "Considerando, que nenhum Direito póde ser bem entendido sem hum claro conhecimento prévio; assim do Direito Natural, Público Universal, e das Gentes; assim como da História Civil das Nações, e das Leis para ellas estabelecidas, conforme as diferentes Epocas dos tempos, e as diversas conjuncturas, que nellas ocorreram; por serem estas prenoções indispensáveis para a verdadeira intelligencia de todas as Leis, e do genuino sentido dellas: Mando, que no sobredito Curso Jurídico haja Licções Públicas: I do Direito Natural, Público Universal e das Gentes: II da Historia Civil do Povo, e do Direito Romano: III da Historia Civil de Portugal, e das Leis Portuguezas". (Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, publicação por ordem da Universidade, Coimbra 1972, Livro II p. 284).

Na parte final da Carta Décima Terceira, VERNEY salienta o papel dos Príncipes na reforma necessária das legislações, asseverando que para o bom exito da reforma do ensino jurídico "deve o Príncipe cooperar, também, reformando a Ordenação"

Esse conselho também foi seguido.

Nas leis promulgadas por D. JOSÉ, no conjunto da reforma legislativa realizada por POMBAL, percebe-se nítida a influência iluminista a inspirar os aspectos inovadores mais destacados.

Dentre elas merece menção especial a célebre Lei de 18 de Agosto de 1769, conhecida como a Lei da Boa Razão, que foi concebida segundo o espírito do século e redigida de acordo com o estilo e a linguagem dos iluministas, a que não faltam as referências ao "Direito de todas as Nações mais illuminadas que hoje se conhecem", bem como às "Leis das Nações Christãs, illuminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência".

As prescrições dessa lei, no sentido de impor a predominância do Direito Pátrio e limitar a eficácia subsidiária do Direito Romano, e de retirar dos Juizes e Tribunais o conhecimento de questões atinentes ao Direito Canônico, que

ficam reservadas com exclusividade para a jurisdição dos Tribunais Eclesiásticos, refletem a preocupação dos iluministas, levantada pelo grande MURATORI de que VERNEY se fez éco, e que irão ser consolidadas nos Estatutos de 1772.

Como acentuou ANTONIO ALBERTO DE ANDRADE, no mais atualizado e completo trabalho sobre o grande iluminista português, até agora publicado, "A Lei da Boa Razão de 1769, reproduz, sob a forma de linguagem legislativa, muitos dos argumentos e críticas de VERNEY na sua oposição encarniçada contra a jurisprudência teórica e prática até então dominante" (VERNEY e a Cultura do seu tempo — Por ordem da Universidade, Coimbra 1965, p. 321).

Igualmente o professor CABRAL DE MONCADA, referindo-se à Lei da Boa Razão, no contexto das Reformas Pombalinas da legislação, disse que "Nela se acha, com efeito, sob a forma de artigos ou parágrafos, a mesma doutrina que, sob a forma de argumentos e de acerbas críticas, se acha no Verdadeiro Método de Estudar". (O século XVIII na Legislação de Pombal, em Boletim da Faculdade de Direito, Ano IV, nos 81-90, Coimbra 1926 p. 181).

Mas, não somente a Lei da Boa Razão pode ser tida como de inspiração do iluminista VERNEY, senão, também, várias outras.

Escrevendo sobre a figura de VERNEY, o professor CABRAL DE MONCADA registrou que, "Certamente, muitas das medidas e reformas que ele preconizou realizaram-se de facto, e trazem bem marcado, no espírito geral e no pormenor, o cunho ideológico da mentalidade do seu inspirador. É o que se passa, por exemplo, com a criação da Mesa censória, de 1768; com a Reforma dos Estudos universitários de 1772; com a abolição da distinção entre cristãos novos e velhos, de 1773; com o novo Regimento da Inquisição, de 1774, e outras leis"

Na conclusão de seu estudo o emérito mestre assinalou com a maior propriedade: "Que ele tivesse sido o causador directo, o *deus ex machina*, de uma grande parte da legislação do Marquês, é pelo menos discutível. Mas que ele fosse a mais alta consciência, no íntimo da qual se definia e tomava corpo, pouco a pouco, todo o sistema de idéias de que o regime parecia querer tornar-se a concretização política, isso é o que nos parece evidente". (CABRAL DE MONCADA, Um "iluminista" português do século XVIII: LUIZ ANTONIO VERNEY: Em Estudos de História do Direito, vol. III p. 148, Coimbra 1950 — Por ordem da Universidade).

É o que ocorre com a Lei de 3 de Novembro de 1768, reformadora das Revistas, que mesmo não se podendo atribuí-la à inspiração direta de VERNEY, parece indubitável tratar-se de um diploma filiado “ao sistema de idéias” a que se referiu o professor CABRAL DE MONCADA.

12.1 A Carta de Lei de D. JOSÉ, de 3 de Novembro de 1768, que disciplinou de maneira restrita a concessão das Revistas, teve a declarada finalidade de coibir os abusos que vinham ocorrendo na utilização do remédio extraordinário contra as sentenças da Casa da Suplicação passadas em julgado, e de coarctar o entendimento de sua pertinência aos dois exclusivos casos de manifesta nulidade ou de injustiça notória, tendo em vista que “nestes reinos, as mesmas Revistas são tão exorbitantes, odiosas e extraordinárias, que somente se podem suplicar por via de graça especial”

De par com esse confessado desígnio, em si mesmo incensurável, se, na verdade correspondesse ao real motivo determinante das novas providências a respeito da revisão dos feitos findos, a lei aboliu a Revista de Justiça, sem o declarar expressamente, e oficializou a Revista de Graça Especialíssima, suprema expressão do absolutismo real.

Visando a desfazer eventuais dúvidas de interpretação quanto a abrangência das denominações Revista de Graça Especial e Revista de Graça Especialíssima, a lei discriminou o que se deve entender por uma e por outra.

De igual modo, para por cobro à diversidade de opiniões sobre qual seja o direito expresso, para caracterizar a injustiça notória da sentença que foi proferida contra ele, a lei prescreveu, de forma taxativa, que “o Direito expresso deve ser o Direito Pátrio dos Meus Reinos”.

Ante a possibilidade de ocorrência de casos graves e intrincados, que aos Ministros informantes se faça duvidosa a decisão de serem, ou não, compreendidos no espírito dos Preâmbulos dos Títulos 75 e 95, do Livro Terceiro das Ordenações, mandou a lei que “se observasse inviolavelmente a regra estabelecida no Livro I, Tit. V parágrafo V das Ordenações”, no sentido de a dúvida ser submetida ao Regedor, para ser decidida na Mesa Grande, e ser lançada no Livro da Relação a determinação que se tomar sobre o entendimento, para depois não haver mais dúvidas.

E se na Mesa Grande a dúvida persistir, impunha-se ao Regedor submete-la ao rei para resolver.

Coerente com o sistema, que aboliu a Revista de Justiça e admitiu somente as de Graça Especial e Especialíssima, conceituadas como recurso extraordinário, o legislador proibiu a produção de novos documentos nos autos das Revistas.

Conquanto extensa, a lei em apreço não pode deixar de ser transcrita, *ipsis litteris*, pela necessidade de seu conhecimento para se avaliar o alcance da reforma introduzida, tendo em vista a dificuldade de acesso ao texto original.

“Dom José por Graça de Deos Rei de Portugal, e dos Algarves, d’aquem, e d’além Mar, em Africa Senhor de Guiné, e da Conquista, Navegação, Commercio da Ethiopia, Arabia, Persia, e da India, &c. Faço saber aos que esta Carta de Lei virem, que em Consulta da Meza do Desembargo do Paço Me foi presente, que sendo justa, saudável, e dirigida ao socego público (estabelecida na authoridade da cousa julgada) a Ordenação do Livro terceiro, Título noventa e cinco, que prohibio neste Reino as Revistas fora dos dous casos de manifesta nullidade, ou injustiça notoria, tem grassado nestes ultimos tempos o abuso de se escrever, e julgar por alguns Praxistas, e Informantes, que basta qualquer injustiça; e por outros, que basta haver-se julgado por opiniões; e doutrinas contrárias ás que elles terião seguido se houvesem proferido as Sentenças, de que se recorre, para as rescindirem; fazendo se valer, para se sustentar o referido abuso, as doutrinas de Jurisconsultos estrangeiros, sem attenção á extraordinaria diversidade, que ha entre a ordem do processo, a circumspecta fôrma de julgar neste Reino as causas ordinarias, em que solidamente se fundou a sobredita Ordenação, para só permitir as Revistas por via da graça naquelles referidos dois casos, e entre as diversas constituições, e fôrma summaria, e verbal dos processos dos Paizes, em que escrêverão os sobreditos Jurisconsultos estrangeiros, onde as Revistas, ou segundas Supplicações são favoráveis, e tão ordinarias como as Apellações; quando nestes Reinos muito pelo contrario são as mesmas Revistas tão exorbitantes, odiosas, e extraordinarias, que sómente se podem supplicar por via de especial graça; a qual seria inadmissível nos termos do referido abuso; sendo certo que as Sentenças, que não contém nullidade, ou injustiça notoria, passam em cousa julgada, e se não podem tornar a metter em disputa contra a disposição da mesma Lei no Livro terceiro, Título setenta e cinco, que declara insanavelmente nullas todas as Sentenças proferidas contra outras, que passarão em cousa julgada; devendo concordar-se as Minhas Leis, como concebidas com o mesmo espirito de Justiça, e não implicar com o abuso

de humas dellas, o que se acha por outras decidido; dando-se causa com esta desordem a se multiplicarem, e perpetuarem discordias nas familias, perplexidade, e perturbação no domínio dos bens, quando os possuidores delles, aos quaes são julgados definitivamente depois de dilatados annos de contendas judiciaes, se considerão mais seguros á sombra das Sentenças.

“Querendo Eu obviar aos sobreditos abusos: E conformando-Me com a dita Consulta, e com os pareceres de outros muitos Ministros do Meu Conselho, e Desembargo, muitos doutos, tementes a Deos, e zelosos do serviço de Deos, e Meu, que mandei ouvir sobre esta materia: Sou Servido ordenar o seguinte:

“I. Estabeleço, que nas causas, que forem determinadas por Sentenças difinitivas da Casa da Supplicação, posto que a importancia dellas exceda a alçada novissima das Revistas, se não possão estas conceder senão nos dous precisos termos de manifesta nullidade, ou injustiça notoria.

“II. E para que em hum ponto de tanta importancia, que delle depende a tranquillidade pública dos Meus Vassallos, hajão certas, e infalliveis regras, que qualifiquem, e fixem as sobreditas manifesta nullidade, e notoria injustiça que hão de servir de fundamento aos Recursos revisorios: Mando que estas sómente se possão julgar taes nos casos literalmente expressos nos dous Preambulos das ditas Ordenações do Livro terceiro, Titulo setenta e cinco, e Titulo noventa e cinco, concordando-se ambos os sobreditos Preambulos para o dito effeito: E reduzindo-se aos casos nelles expressos o paragrafo primeiro do referido Titulo noventa e cinco nas palavras: E sendo ambos conforme em parecer, que a Sentença não foi justamente dada; e aos paragrafos trinta e dous, e trinta e cinco do Regimento do Desembargo do Paço nas outras palavras, que até agora se tomárão por pertexto para as sobreditas concessões abusivas; e isto sem interpretação, ou modificação alguma qualquer que ella seja.

“III. E porque sobre os termos, em que as Sentenças se devem julgar notoriamente injustas pelo principio de serem proferidas contra Direito expresso, ha também diversas opiniões, que tem constituido perplexidade no direito das partes, e contrariedade nas decisões das Revistas: Determino que o Direito expresso, de que se trata nas referidas Leis, deve ser o Direito Patrio dos Meus Reinos, e não as Leis Imperiaes, ou Direito Civil, de que resultaria a mesma perplexidade do dominio, e incerteza do direito das partes, que he da Minha Paternal

Intenção evitar quanto possível for: E isto, não obstante a outra Ordenação do Livro terceiro, Titulo sessenta e quatro.

“IV. Obviando tambem ao outro abuso, que se tem feito das denominações de Revista de graça especial, e de Revista de graça especialissima: Determino que debaixo da primeira das ditas denominações se não possa entender, ou julgar senão a primeira revisão, que se pede contra as Sentenças da Casa da Supplicação; a qual revisão he odiosa, e sempre de graça especial por sua natureza: E que debaixo da outra denominação de Revista de graça especialissima se não possam entender, e julgar comprehendidos senão os dous casos, ou de Revista reprovada por Direito, como succede nas causas Criminaes, ou de ser passado o termo estabelecido pela Lei para a revisão das causas Cíveis: Prohibindo que, depois de huma vez haver sido negado o Recurso da Revista, se torne a requerer por segunda súpplia Revista de Revista, debaixo de qualquer côr, ou pretexto que seja, com as penas da suspensão dos Ministros, que a favor dellas informarem, e de metade do valor dos bens litigiosos para as despezas da Casa da Supplicação, contra as partes que taes requerimentos apresentarem.

“V. Attendendo a que além dos casos expressos nos sobre-ditos dous Preambulos das Ordenações do Livro terceiro, Titulo setenta e cinco, e Titulo noventa e cinco, pôde haver alguns outros casos taes, e tão graves, e intrincados, que a decisão de serem, ou não comprehendidos no espirito dos referidos Preambulos, se faça duvidosa aos Ministros informantes: Mando que nestes casos se observe inviolavelmente o que das sábias Leis do Senhor Rei D. Manoel foi deduzido, e determinado pelo paragrafo quinto do titulo quinto do livro primeiro da Ordenação do Reino, debaixo da pena nelle estabelecida contra os que violentarem o genuino espirito das Minhas Leis com irreparavel prejuizo dos Meus Vassallos.

“VI. E attendendo outro sim á informação, que tive, de que por effeitos de requerimentos intempestivos, e de Preces importunas, se tem conseguido ajuntar nos autos de Revista novos documentos, que se não havião produzido nos autos principaes das causas em todos os termos ordinarios dellas, abrindo-se assim o caminho para os litigantes dolosos fabricarem falsos instrumentos depois das Sentenças contra elles proferidas, para as illudirem no gráo de Revista em prejuizo das partes vencedoras privando-se estas com os termos summarios das mesmas Revistas das defezas, que contra as simulações dos referidos instrumentos lhes serão mais faceis nos maiores espaços, que

para averiguação da verdade se achão regularmente nos meios ordinarios: E fazendo-se aos Juizes das causas principais a injúria de os julgarem injustos por effeito de documentos estranhos, e nunca produzidos nas causas por elles sentenciadas: Mando que daqui em diante se não possa produzir documento algum de novo nos autos de Revistas, e que no caso de se obter para isso dispensa desta Lei, se julgue obrepticia, e de nenhum effeito debaixo das penas assima estabelecidas no paragrafo quarto desta Lei.

“E esta se cumprirá tão inteiramente, como nella se contém. Pelo que: Mando á Meza do Desembargo do Paço; Regedor da Casa da Supplicação; Governador da Relação, e Casa do Porto; Conselhos da Minha Real Fazenda, e do Ultramar; Meza da Conciencia e Ordens, e mais Tribunaes, Desembargadores, Corregedores, Juizes, Justiçaes, e Pessoas, a quem o conhecimento desta Minha Carta de Lei pertencer, a cumprão, e guardem, e a fação cumprir, e guardar com a mais inviolavel observancia, sem embargo de quaesquer Leis, Resoluções de Consultas, commentarios, Glossas, Opiniões de Doutores, Disposições, ou Estilos contrarios, que todas, e todos para este effeito Hei por derogados, como se delles fizesse individual menção: E ao Doutor Pedro Gonçalves Coordeiro Pereira, do Meu Conselho, Desembargador do Paço, e Chanceller Mór do Reino, que a faça publicar na Chancellaria, e enviar Cópias della a todos os Tribunaes, Ministros, e mais Pessoas, que a devem executar; registrando-se nas partes, em que se costumão registrar semelhantes Leis, e mandando-se o Original para a Torre do Tombo. Dado em Lisboa aos 3 de Novembro de 1768 — Com Assinatura de ElRei”.

A Revista de Graça Especial continuava a ser processada de acordo com o estatuido no Título 95, do Livro Terceiro, mas, tão somente, nos casos de injustiça notória ou de manifesta nulidade, consoante a determinação da nova lei, e a de Graça Especialissima restrita, também, aos dois casos a que poderia acudir a munificência d’el rei: o de ter passado o prazo de dois meses para ser impetrado o pedido de revista (Tit. 95 n.º 3) ou de petição de revista em casos crimes, que a Ordenação prohibia (Tit. 95 n.º 11) e a nova lei facultou.

Tocou aos juristas, que escreveram no último quartel do século XVIII e no primeiro do XIX, a tarefa de delinear o perfil dogmatico do recurso de revista e de apontar solução, para as questões que se apresentaram, depois da Reforma Pombalina. (continua no próximo volume).

Direito e Poder na Reflexão de Miguel Reale*

Celso Lafer

Professor-adjunto da Faculdade de
Direito da USP.

I. Introdução

No prefácio à primeira edição de sua *Filosofia do Direito*, que é de 1953, MIGUEL REALE, ao reafirmar a sua posição — expressa em *Fundamentos do Direito*, que data de 1940 — de que o Direito não é uma pura abstração lógica ou ética, destacada da experiência social, reiterou, como lema, o seu propósito juvenil de “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”.¹

Sempre me causou impacto esta formulação de propósito que permeia todo o discurso de MIGUEL REALE, tanto que foi esse o tema da oração com a qual o saudei, no segundo semestre de 1964, em nome de meus colegas — bacharelados daquele ano da Faculdade de Direito da USP — quando ele recebeu o prêmio “Moinho Santista”, na categoria de Ciências Jurídicas. Naquela ocasião, numa quadra de intensos debates políticos, e procurando transcender a agenda do debate ideológico, tentei realçar a importância de um esforço que buscava amalgamar *logos* e *pragma*, e que não recusava enfrentar, no plano substantivo, as contradições entre pensamento e a ação.² Dezesete anos depois, nesta semana dedicada à obra de MIGUEL REALE, em boa hora promovida pela Universidade de Brasília, volto ao tema, que também, por afinidade intelectual e inquietação pessoal, continua a me seduzir.

Existe na tradição ocidental, como observou HANNAH ARENDT, um antagonismo latente entre o “eu que pensa” e o

* Este trabalho é a versão revista de conferência pronunciada em 10-6-81 no seminário sobre a obra do Professor Miguel Reale, promovido pela Universidade de Brasília. Retoma, com significativos acréscimos, a comunicação apresentada em outubro de 1980 no 1.º Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, realizado em João Pessoa (PB).

1. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito* (8.ª ed., revista), S. Paulo: Saraiva, 1978, vol. I, p. XXIII.
2. O texto de meu discurso foi publicado na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. LX, 1965, pp. 361-364.

“eu que quer” O *tonus* do *eu pensante* é a serenidade, a “*tranquillitas animae*” de LEIBNIZ, que provém da “*acquiescentia in se ipso*” spinoziana, alcançável por meio de um entendimento com a ordem do mundo. O *tonus* do *eu que quer*, ao contrário, é a *tensão*, provocada pela desordem das coisas, tensão que só é superável pela ação, pois a força da vontade só se revela no projeto, voltado para o futuro, uma vez que a vontade, quando quer retrospectivamente, percebe a sua impotência.³

Em MIGUEL REALE, o tradicional antagonismo entre o *tonus* do *eu pensante* e do *eu que quer* — que motivou a célebre afirmação de MARX, de que era necessário não apenas a interpretação do mundo, mas também a sua transformação — foi fecundo, e sobretudo enriquecedor, de sua reflexão. Acredito que isto se deve, entre outras coisas, a duas que me parecem fundamentais: a primeira é uma inquietação permante com as possibilidades do conhecimento, que em REALE se traduziu, enquanto leitor de KANT, na presença da *razão*, enquanto idéia regulativa, ainda que histórica e socialmente condicionada. A segunda radica-se numa atitude *dialética*, voltada para a percepção dos contrários e dos contraditórios, que para ele se co-implicam numa relação de mútua complementariedade. Esta atitude dialética permitiu a MIGUEL REALE lidar com as ambigüidades da ação, incorporando-as na sua reflexão — reflexão motivada por sincero e kantiano desejo de conhecimento.

Observa, neste sentido, Renato Czerna, que toda compreensão da experiência, para MIGUEL REALE, tem como condição de possibilidade do conhecimento o princípio transcendental, na tradição que remonta ao criticismo de KANT. Entretanto, a correlação sujeito-objeto do criticismo de KANT, em REALE, é modificada pelo princípio dialético da polarização, que na interfuncionalidade indissolúvel da relação sujeito-objeto significa, em última análise, uma reinterpretação não-idealista do mais autêntico significado da doutrina de KANT. Daí uma visão imanentista da realidade, entendida como um dialético processo histórico cultural, que se insere no horizonte do racional.⁴ É isto que, a meu ver, provoca um sempre presente parar para pensar aberto para o mundo que nos cerca e preocupado com o significado das coisas.

3. HANNAH ARENDT, *The Life of the Mind*, vol. II: *Willing*, N. York: Harcourt, Brace, Jovanovich, 1978, pp. 35-38, 169, 195-198 e passim.

4. RENATO CIRELL CZERNA, “Esperienza e Cultura in Miguel Reale”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* — IV série n.º LVI-4, ottobre/dicembre 1979, pp. 531 e 548.

Esta combinatória de reflexão e ação, produto de uma inquietação básica, fundamentadora da personalidade de MIGUEL REALE, teve um efeito singular na sua obra e na qualidade de seu ensino, que ora desejo realçar.

Uma vida sem palavra e sem ação, argumenta HANNAH ARENDT, é uma vida morta para o mundo, pois deixa de ser uma vida vivida entre os homens. Com efeito, é através da palavra e da ação que os homens se distinguem, ao invés de serem apenas distintos uns dos outros, pois o ato humano primordial está na resposta à pergunta: "Quem sois?". A palavra e a ação desvendam o ser concreto, constituindo a modalidade específica por meio da qual os seres humanos aparecem uns em relação aos outros, não como objetos físicos, mas enquanto seres humanos. A palavra e a ação estão, por isso mesmo, intimamente relacionadas, existindo também uma evidente afinidade entre a palavra enquanto ação de falar e a revelação. Segundo Platão, na leitura da HANNAH ARENDT, a ação de falar, *lexis* — adere mais à verdade do que a *praxis*⁵, no desvendamento do ser, que surge no espaço da intersubjetividade.

Eu creio que o espaço de intersubjetividade privilegiado da palavra e da ação de MIGUEL REALE foi a grande sala de aula. Foi nela que, durante 40 anos, ele revelou a *sua verdade*, qual seja, a de que a Filosofia não é um simples "amor à sabedoria", mas sim, como ele diz no fecho de *Experiência e Cultura*, seguindo a lição de DANTE ALIGHIERI, "*uno amoroso uso de sapienza*".⁶

No magistério de MIGUEL REALE o que impressionou a minha geração, bem como as que nos antecederam e nos sucederam no Largo São Francisco, foi precisamente a sinceridade de sua "amorosa experiência de sabedoria". Daí a unanimidade do respeito que o cercou, durante todos estes anos, independentemente da natural divergência de posturas e de posições provocadas pela trajetória de uma vida pública complexa e multifacetada. No espaço da sala de aula o que surgia de sua ação de falar — de sua *lexis* — era um dizer brilhante e forte, porque hauria a sua autenticidade numa amorosa aventura intelectual, na qual o empenho da sabedoria sempre transcendeu a finitude das contingências e das contradições da travessia, na dignidade do *nunc stans* de seu pensamento.

5. HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, Chicago: The University of Chicago Press, 1958, pp. 177-181.

6. MIGUEL REALE, *Experiência e Cultura*, S. Paulo: Grijalbo, 1977, p. 278.

É da dignidade desta postura que emergiu a autoridade do magistério de MIGUEL REALE na Faculdade de Direito da USP. Autoridade, como se sabe, envolve um acatamento que se situa no campo da hierarquia, mas que não comporta o emprego da força, já que se baseia no respeito. É por isso mesmo complexo o fundamento deste tipo de relação assimétrica, cujo sentido, no entanto, pode ser captado pela origem etimológica da palavra autoridade, que deriva do verbo latino *augere* — aumentar, acrescentar. Com efeito, o que os alunos sentiam face ao dizer de MIGUEL REALE, na grande sala de aula — que só funciona bem como espaço intersubjetivo quando um professor tem autoridade — é que, de turma para turma, de geração para geração acadêmica, ele acrescentava serenamente à universalidade do seu pensar o produto de sua proposta e de sua tensão particular de “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”. É por isso que ele se converteu — e este foi o melhor resultado do seu propósito juvenil — num *estadista da cultura*, que soube inclusive, quando reitor da USP, preservar a sua universalidade como um espaço aberto do pensamento, numa quadra da política brasileira pós-1964 particularmente obscurantista para a cultura e a sociedade civil.

A palavra *estadista* origina-se do verbo *stare* — estar, estar de pé, estar firme. Creio que nenhum tema seria mais esclarecedor da interação fecunda entre pensamento e ação na reflexão de MIGUEL REALE — e, portanto, das razões pelas quais a sua obra está firme e de pé — do que o tema das relações entre Direito e Poder. Com efeito, nada mais central para quem está preocupado com a ação do que o poder, e nada mais pertinente, no campo da Filosofia do Direito, enquanto objeto de investigação, do interrelacionamento entre a serenidade do pensamento e a tensão da vontade, voltada para a ação, do que as contradições e ambigüidades que caracterizam as relações entre Direito e Poder na experiência jurídica. Daí a razão da escolha do objeto deste trabalho — Direito e Poder na reflexão de MIGUEL REALE — tema com o qual sinto ter especial afinidade, pois, como REALE, estou igualmente convencido, depois de alguns anos de estudo e ensino de Direito Internacional Público, de que: “Estão destinados a insucesso todas as doutrinas que procuram eliminar do Direito o conceito de “poder”, ou então tentam reduzir o poder a uma “categoria jurídica pura”⁷

7. MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado* (2.^a ed.), S. Paulo: Martins, 1960, p. 97.

II. Importância do tema no pensamento jurídico-político moderno

O complexo das relações entre Direito e Poder é um dos grandes temas da reflexão jurídico-política. No mundo moderno essa reflexão tem ligações muito estreitas com o aparecimento do Estado, que transformou o papel do Direito. De fato, o Direito deixou de ser, como era na Idade Média, um quadro de referências da política e passou a ser, com a sua crescente positivação pelo Estado — razão explicativa das doutrinas jurídicas estatistas — um instrumento de governo.⁸

Daí a proximidade entre Direito e Estado e a nova importância da dicotomia Direito Público x Direito Privado, calcada na noção de poder. Daí também a razão pela qual os juristas e jusfilósofos, que vêm pensando a realidade jurídica na perspectiva do Direito Público, tenham sido tomados pela importância da existência do Estado como instituição e como poder. Na ótica do Direito o Estado, como instituição e organização, significa, em última instância, um conjunto de normas (o ordenamento). Estas normas estabelecem competências que permitem o exercício do poder, inclusive o de criar e aplicar normas jurídicas.⁹ De HOBBS a ROSSEAU, de JHERING, AUSTIN a JELLINECK, de SANTI-ROMANO a KELSEN, esta é uma linha importante nas reflexões jusfilosóficas.

No percurso intelectual de MIGUEL REALE, a primeira obra de maior ambição teórica é a *Teoria do Direito e do Estado*, cuja primeira edição é de 1940. Como o próprio título indica, a linha acima mencionada foi, desde o primeiro momento, uma preocupação de MIGUEL REALE, preocupação que teve biograficamente origem na sua participação nos embates políticos da década de 30 e que, naturalmente, se aprofundou, posteriormente, em função de seu contacto e de sua experiência com os problemas de governo.

Não é minha intenção examinar, neste trabalho, a obra de REALE que abarca os anos 30 e, portanto, a sua fase integra-

-
8. Cf. GIANFRANCO POGGI, *The Development of the Modern State*, Hutchinson, 1978, pp. 72-73 e passim; MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, cit., pp. 199-242 e passim; CELSO LAFER, *Hobbes, o Direito e o Estado Moderno*, S. Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1980, passim.
9. NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Norma Giuridica*, Torino: Giappichelli, 1958, p. 210; *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino: Giappichelli, 1960, pp. 61-67; *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico* (2.^a ed.), Milano: Ed. di Comunità, 1972, pp. 60-61; *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1970, p. 169; *Dalla Struttura alla Funzione*, Milano: Ed. di Comunità, 1977, pp. 132-135, 165-215.

lista. Diria apenas que esses trabalhos não podem ser ignorados, inclusive no plano substantivo, pois a análise do integralismo não se esgota na crítica intelectual e na resistência política a um movimento autoritário, de grande impacto na vida nacional. Com efeito, e como salientou ANTONIO CÂNDIDO, ao refletir sobre o clima intelectual da década de 30, a distância do tempo mostra que, para vários jovens, o integralismo foi mais do que a negatividade de sua dimensão política. “Foi um tipo de interesse fecundo pelas coisas brasileiras, uma tentativa de substituir a platibanda liberalóide por alguma coisa mais viva.”¹⁰

Esta “coisa mais viva” amadurece, positivamente, em REALE, na sua obra, que se inicia em 1940, com a publicação dos já mencionados *Teoria do Direito e do Estado* e *Fundamentos do Direito*. Daí a razão da escolha do universo a ser estudado: a sua obra madura. Na análise, que a seguir proponho, meu objetivo é apresentar algumas notas sobre as suas reflexões a propósito das relações entre Estado, Direito e Poder na sua obra madura, tema que, como uma inquietação constante, fruto de seu propósito juvenil de “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”, permeia toda a sua elocubração. A minha leitura tem um cunho metodológico que se estende pelas seguintes passagens: na primeira examino a sua postura filosófica; a seguir tento esclarecer como essa postura se desdobra numa teoria geral do Direito, seja em termos de fontes, seja em termos de hermenêutica; depois discuto o processo de institucionalização do poder mostrando qual é, no mundo contemporâneo, segundo REALE, o papel axiológico e sociológico da legalidade, e, finalmente, concluo com um exame do significado de sua contribuição, no contexto atual, aos estudos sobre Direito, Estado e Poder.

III. Postura filosófica

A *Filosofia do Direito*, bem como *Experiência e Cultura*, de MIGUEL REALE, são propostas voltadas para o problema do conhecimento e da experiência, para o significado e o alcance histórico-temporal do ato gnoseológico, resultante do entrelaçamento entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. O seu tridimensionalismo específico, no campo do Direito e do Estado, por isso mesmo, contém uma postura epistemológica — a ontognoseologia jurídica. Esta o leva a ver o fenômeno jurídico como

10. ANTONIO CANDIDO, *Teresina, etc.*, Rio: Paz e Terra, 1980, p. 139.

objetivamente tridimensional, na unidade integrante de seus três elementos: *fato*, *valor* e *norma*¹¹. Desta postura derivam conseqüências relevantes na apreciação de cada um desses elementos no estudo das relações entre o Direito e o Poder.

O *fato*, para MIGUEL REALE — como aponta RENATO CZERNA — não é um dado externo indiscutível e puramente empírico. A correlação funcional sujeito/objeto realça a contribuição do sujeito na constituição do objeto. Esta contribuição resulta de uma *atitude crítica*, da qual provém uma concepção funcional do fato em movimento. A rejeição de uma facticidade acrítica esclarece porque ele não se filia às correntes do “realismo político”, que reduzem o Direito e o Estado apenas a uma expressão de força — a força de uma decisão (decisyonismo) — vendo o tema das relações entre Direito e Poder apenas à luz da efetividade das normas¹².

Por outro lado, na perspectiva do *valor*, cabe dizer que o ato do conhecimento, para MIGUEL REALE, não é puramente lógico-formal, mas também estimativo, uma vez que existe um potencial axiológico na própria estrutura do conhecimento. Os valores deste potencial são históricos, tendo uma objetividade proveniente da totalidade do processo histórico que os põe em movimento. São características dos valores, para MIGUEL REALE, a sua *realizabilidade* na história e a sua *inexauribilidade* derivada da abertura, a cada momento histórico particular, ao pluralismo das possibilidades de expressão da atividade humana¹³. É o historicismo axiológico que explica, na obra de REALE, a razão pela qual ele não vê, no mundo atual, “*poder duradouro que não se baseie sobre o consenso dos governados*”, posto que os valores fundantes da democracia provêm de “*um processo histórico incessante de integração de valores de convivência*”, composto de vários legados.

São eles: (i) o legado da *Grécia*, ou seja, a “liberdade de pensar como pluralidade de pensar”; (ii) o de *Roma*, que se

-
11. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., vol. II, p. 300; *Experiência e Cultura*, cit., passim.
 12. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., vol. II, p. 553; RENATO CZERNA, “Reflexões Didáticas Preliminares à Tridimensionalidade Dinâmica na “Filosofia do Direito” in Teófilo Cavalcanti (org.), *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*, S. Paulo: Rev. dos Tribunais, 1977, pp. 58-59; RENATO CZERNA, *Ensaio de Filosofia Jurídica e Social*, S. Paulo: Saraiva, 1965, pp. 159-198; A. PASSÉRIN D'ENTRÈVES, *La Notion de l'État*, Paris: Sirey, 1969, pp. 9-11, 19-81.
 13. RENATO CZERNA, “Reflexões Didáticas Preliminares à Tridimensionalidade Dinâmica na “Filosofia do Direito” in loc. cit., vol. I, pp. 204-207.

traduz na consciência dos valores autônomos do Direito como algo mais amplo do que a consciência da lei. Sem esta consciência dos valores autônomos do Direito, que permite afastar “a idéia do arbítrio”, observa REALE, “*poderá existir ordem e disciplina, mas não existirá democracia*”; (iii) o legado do *cristianismo*, representado pelo reconhecimento da igualdade da natureza humana independentemente dos particularismos dos invólucros políticos e sociais da cidadania; (iv) o legado do *liberalismo*, ou seja, a noção de Estado de Direito, na qual, graças ao constitucionalismo, a prudente distribuição de competências no âmbito do Estado enseja a fiscalização dos atos do Executivo, que evita o abuso do poder; e, finalmente, (v) o legado do *socialismo*, do qual se origina uma exigência de igualdade perante a vida e a cultura, entendida como direito reconhecido a cada homem de participar do “bem estar social”, daquilo que a espécie humana, num processo coletivo, vai acumulando através do tempo¹⁴.

São estas constantes axiológicas no processo de integração dos valores de convivência — verdadeiro fio subjacente à reflexão de MIGUEL REALE sobre o *fundamento* das relações entre Direito e Poder — que o levam a tratar do assunto tendo como horizonte a legitimidade do poder e a justiça da norma.

Finalmente, quanto à *norma*, esta é apreciada *lato sensu* como uma expressão dialética que integra, em cada situação histórica, de maneira mais ou menos duradoura, mas nunca definitiva, fato e valor. Essa integração envolve uma escolha: a opção por um caminho dentre múltiplos caminhos possíveis. Tal escolha, que resulta da necessidade de um ato hierárquico de gestão, no processo de elaboração normativa, dá-se através da interferência decisória do poder¹⁵.

Nas palavras de REALE, “*não surge norma jurídica sem ato decisório, mas também inexistente ato decisório absoluto, não condicionado, em maior ou menor grau, por um quadro de possibilidades normativas. Se será exagero afirmar-se que o poder não passa de um momento subordinado ao processo de objetivação normativa, não resta dúvida que não há poder que não seja condicionado pelo “plexo fático-axiológico” de cada*

-
14. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, S. Paulo: Saraiva, 1963, pp. 224 e 287; *Teoria Tridimensional do Direito* (2.^a ed., revista), S. Paulo: Saraiva, 1979, pp. 79-89.
15. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., p. 210; *Filosofia do Direito*, cit., vol. II, pp. 546-557; TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “A Noção da Norma Jurídica na Obra de Miguel Reale” in *Ciência e Cultura*, vol. 26 (ii), nov./1974, pp. 1011-1016.

campo de relações sociais”¹⁶. Este processo, no qual a estimativa de *realizabilidade* dos valores revela o REALE preocupado com os limites possíveis da ação em cada situação particular, e a consciência da *inexauribilidade* dos valores o REALE pensador ciente da finitude do homem concreto diante da História, evidencia-se, na experiência do Direito, num momento paradigmático: o da nomogênese jurídica. Por essa razão, pode-se dizer que a correlação essencial entre Direito e Poder transita inicialmente, na reflexão de MIGUEL REALE, em termos de sua teoria geral do Direito, por uma análise das fontes.

IV Teoria Geral do Direito

(a) Fontes

O tema das fontes do Direito é um dos problemas cruciais da reflexão jurídica. Em *O Direito como Experiência*, MIGUEL REALE propõe a substituição da teoria das fontes pela dos modelos jurídicos, tendo em vista a sua concepção tridimensional do Direito como o produto dialético inseparável do fato, do valor e da norma. Nas teorias clássicas das fontes formais e materiais, aponta ele, existe uma visão excessivamente comportamentalizada de fato, valor e norma, e também uma ótica *retrospectiva* e não *prospectiva* do Direito — que não capta as necessidades de mudança do Direito em sociedades em permanente transformação, como são as sociedades modernas e que não atende também, poder-se-ia dizer, à inquieta vontade de ação inerente à proposta de vida de MIGUEL REALE.

Os modelos jurídicos estruturam-se, de acordo com MIGUEL REALE, graças à integração de *atos* e *valores*, segundo *normas* postas em virtude de um ato de escolha. Este ato de escolha exprime uma função hierárquica de gestão da sociedade, necessária dada a multiplicidade possível de caminhos de integração, uma vez que inexiste verdade única, transpessoal e definitiva. O ato de escolha e de gestão, que impede a paralisia decisória e a entropia e permite a elaboração normativa, pode resultar de opções costumeiras, da vontade do legislador, da decisão do juiz ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade¹⁷. Esse ato de escolha é ontologicamente um momento de poder, na experiência jurídica.

16. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, S. Paulo: Saraiva, 1968, p. 197.

17. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, cit., pp. 147-173. Cf. também CELSO LAFER, *O Sistema Político Brasileiro* (2.^a ed.), S. Paulo: Ed. Perspectiva, 1978, pp. 19-58.

Com efeito, para ser dotada de validade objetiva, isto é, de efetividade para outrem (heteronomia), a norma, enquanto diretriz de conduta, requer — como se evidencia com clareza na experiência do Direito Internacional — o poder, ainda que descentralizado, como categoria de realizabilidade do Direito¹⁸.

Os modelos jurídicos, assim elaborados por meio da interferência decisória do poder, têm distintos índices de obrigatoriedade e áreas diversificadas de incidência. A sua *positividade* está correlacionada a uma gradação de poder. A soberania, como o poder de declarar, em última instância, a positividade do Direito, significa para MIGUEL REALE que o Estado, no mundo moderno, é o centro geométrico da positividade jurídica, sem prejuízo do pluralismo dos modelos jurídicos¹⁹. Desta maneira, na sua reflexão sobre as fontes do Direito, que leva em consideração, sem dúvida, a sua prática de advogado militante, REALE dá conta da multiplicidade e da eventual e ambígua incoerência dos modelos jurídicos que a experiência jurídica vai elaborando em função de vários fatores. Tais modelos incluem os elaborados pelo Direito das Gentes, provenientes da necessidade de mútua colaboração dos Estados no âmbito internacional, e cuja positividade advém tanto da permanência da reciprocidade dos interesses que os motivaram, quanto da estruturação das relações entre ordem e poder, em cada momento histórico da vida da sociedade internacional.

Abrangem também os modelos derivados da estruturação do poder privado, seja os de alcance transnacional — como, por exemplo, a nova “lex mercatoria” da empresa multinacional, seja os de alcance transnacional e nacional, como os de poder de controle nas sociedades anônimas, tão bem estudados por FÁBIO KONDER COMPARATO. Incluem, igualmente, os que resultam do desdobramento da ação intervencionista do Estado. Estes últimos, MIGUEL REALE examina-os em estudo recente, sugestivamente intitulado “O ‘Duplo’ do Estado”, no qual aponta os riscos e as contradições de uma dispersão na ação governamental que ameaça o Estado, inclusive o brasileiro, enquanto centro geométrico da positividade jurídica²⁰.

-
18. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., pp. 211-219; *O Direito como Experiência*, cit., p. 197.
 19. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., pp. 220-222; *Teoria do Direito e do Estado*, cit., p. 302 e passim; *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, S. Paulo: Saraiva, 1978, pp. 35-51.
 20. FÁBIO KONDER COMPARATO, *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas* (2.^a ed.), S. Paulo: Rev. dos Tribunais, 1977; MIGUEL REALE, *O Homem e seus Horizontes*, S. Paulo: Ed. Convívio, 1980, pp. 149-157; FRANÇOIS

A norma posta pela interferência decisória do poder converte-se numa *intencionalidade objetivada*, pois, para MIGUEL REALE, “a norma jurídica é sempre uma medida racional ou teleológica de conduta ou de organização”. A ação objetivante do poder, no campo do Direito²¹, requer um exame do ato interpretativo e do poder, posto que, para REALE, “à luz de um *normativismo concreto*, ato normativo e ato interpretativo são elementos que se co-implicam e se integram, não se podendo, senão por abstração e como linha de orientação da pesquisa, separar a regra e “a situação regulada”²².

(b) *Hermenêutica*

Toda época, aponta MIGUEL REALE, fixa as normas e os limites de sua exegese do Direito em função de valores culturais prevaletentes. É por essa razão que, por exemplo, no século XIX, à concepção do Estado Liberal não-intervencionista corresponde uma compreensão restrita e negativa da hermenêutica jurídica, compreensão essa substituída, no século atual, pelas exigências de uma nova hermenêutica, intervencionista como o Estado no século XX.

No mundo contemporâneo, as múltiplas e complexas intencionalidades objetivadas nas normas, postas pelo ato decisório do poder, estão sempre na dependência do ato interpretativo. Com efeito, é na situação específica regulada pela interpretação que se verifica o sentido concreto de que se reveste uma totalidade de sentidos possíveis, compreendidos nos diversos modelos jurídicos. MIGUEL REALE examina algumas das notas distintivas da hermenêutica contemporânea, por ele denominada interpretação estrutural. Para os propósitos deste trabalho, fixo-me apenas em duas: (i) os *limites objetivos do processo hermenêutico*, pois a atividade interpretativa tem a sua liberdade limitada pela fidelidade às intencionalidades objetivadas da norma; e (ii) a *natureza racional do ato interpretativo concreto*, pois os modelos jurídicos são entidades lógicas, válidas segundo exigências racionais, ainda que estas, na experiência jurídica, sejam as do razoável, que leva em conta fatos e valores²³.

RIGAUX, “Pour un Autre Ordre International” in *Droit Économique-II*, Paris: Pedone, 1979, pp. 288-337; CELSO LAFER, *Comércio e Relações Internacionais*, S. Paulo: Ed. Perspectiva, 1977, pp. 11-37, 65-88; *O Convênio do Café de 1976*, S. Paulo: Ed. Perspectiva, 1979, pp. 7-69.

21. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., p. 217.

22. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, cit., p. 247.

23. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, cit., pp. 232 e 243; *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, cit., pp. 72-82.

As duas notas apontadas ligam-se à dimensão objetivante do poder no campo do Direito contemporâneo, que visa a reduzir o arbítrio, inclusive o do intérprete, em obediência ao princípio de racionalidade legal. Este, como observou MAX WEBER, é o tipo ideal de legitimidade que permeia a evolução dos padrões de autoridade no mundo moderno.²⁴ Isto, em síntese, significa que o intérprete não pode apenas afirmar, mas deve igualmente justificar a sua decisão, prestando contas às partes e à comunidade da razoabilidade da sua tomada de decisão.²⁵

A dimensão objetivante do poder, colocada ao intérprete pela norma posta, não esgota, no entanto, a análise da relação entre Direito e Poder no momento da aplicação normativa. Toda norma, no momento em que é aplicada, sempre comporta mais de uma interpretação. O ato decisório da escolha e da opção por uma interpretação, ainda que fundamentado racionalmente e balizado pelos limites da hermenêutica estrutural, é também um ato de poder.

A positividade de uma interpretação, assim como a positividade da norma, estão ligadas a uma gradação de poder. É por essa razão que a solução judicial de controvérsias no plano internacional é complexa, dada a distribuição individual de poder entre os Estados, e é por isso que, no âmbito interno, a prestação jurisdicional é uma dimensão da soberania. O Estado, ao avocar a si o poder de declarar em última instância a positividade de uma interpretação (por exemplo: por intermédio do Supremo Tribunal Federal), busca manter-se como o centro geométrico da positividade jurídica. Naturalmente, isto não exclui a possível pluralidade de interpretações e aplicações normativas previstas nos modelos jurídicos e admitidas pelo ordenamento jurídico estatal ou internacional, no contexto do “plexo fático-axiológico”

Esclareceria, neste sentido, que a dimensão ontológica da relação entre Direito e Poder, tanto no ato normativo, quanto no interpretativo, pode ser adequadamente apreendida por uma rápida referência às características do discurso jurídico, tal como as vem analisando Tércio Sampaio Ferraz Jr.

O discurso da experiência jurídica tem como objeto um *dubium* conflitivo. Este *dubium* é dialógico, tanto no momento

24. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., pp. 216-217. Cf. MAX WEBER, *On Law in Economy and Society* (ed. by Max Rheinstein, translated by Edward Schils), Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press. 1954, passim.

25. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Direito, Retórica e Comunicação*, S. Paulo: Saraiva, 1973, pp. 33-35.

que antecede a nomogênese jurídica — que são as diversas propostas normativas — quanto no momento que antecede a sentença — que são, como se pode entender, as alegações das partes em virtude do princípio do contraditório. O discurso, no entanto, converte-se necessariamente num monólogo pela interferência decisória do poder. Esta é a maneira pela qual o *dubium*, que é objeto do discurso jurídico, se converte num *certum*: na nomogênese jurídica, através da certeza da norma posta, caminho escolhido entre muitas propostas normativas possíveis, dadas, em cada circunstância histórica, pelo “plexo fático-axiológico”; na aplicação da norma, pela sentença revestida de autoridade de coisa julgada, que, no espectro das intencionalidades objetivadas pelas normas postas, representa também uma interpretação entre muitas possíveis, dadas pelo “plexo fático-axiológico”. De fato, é da natureza do discurso jurídico pôr fim a um conflito, solucionando-o não por meio do caminho de mão única da evidência, que inexistente no campo das ciências humanas,²⁶ mas sim terminando-o, num dado momento, através de uma decisão, seja sobre a norma que deve ser posta, seja sobre a sua interpretação. Essa decisão, para ter validade objetiva “*erga omnes*” exige, ontologicamente, o poder como categoria de sua realizabilidade.²⁷

V O papel da legalidade e da legitimidade

Estes apontamentos sobre as relações entre Direito e Poder, na reflexão de Miguel Reale, não ficariam adequadamente balizados em seus contornos se referência não fosse feita também à dimensão deontológica do problema, ou seja, à aspiração de que o poder, no mundo contemporâneo, subordinasse ao Direito. Efetivamente, no jogo da dialética de implicação e polaridade, que governa a reflexão de MIGUEL REALE, valor e realidade pressupõem-se em relação de mútua complementariedade. Daí a importância de um exame da imbricação entre o plano ontológico e o sociológico (o poder como categoria de realizabilidade do Direito) e o plano deontológico, o qual, no caso, para os efeitos deste trabalho, poderia ser resumido em torno da legitimidade da aspiração ao Estado de Direito.²⁸

26. CELSO LAFER, *Ensaio sobre a Liberdade*, S. Paulo: Ed. Perspectiva, 1980, pp. 25-30.

27. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Direito, Retórica e Comunicação*, cit., passim; *A Ciência do Direito*, S. Paulo: Atlas, 1977, pp. 87-103.

28. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., pp. 218-219; *Filosofia do Direito*, cit., vol. II, p. 365; *Teoria Tridimensional do Direito*, cit., pp. 67-77.

Desde a *Teoria do Direito e do Estado*, vem MIGUEL REALE se preocupando com os processos de institucionalização progressiva do poder. Uma das dimensões desse processo é a sua jurisfação, ou seja, a juridicidade progressiva de que se reveste o poder, no mundo contemporâneo.²⁹ A jurisfação, que não anula evidentemente o poder, pode ser analisada recorrendo-se ao que KELSEN chamou de princípio dinâmico do Direito, em virtude do qual as normas são conhecidas, identificadas e qualificadas como jurídicas pelo modo como são produzidas.³⁰

Num ordenamento que obedece ao princípio dinâmico, que por sua vez corresponde sociologicamente às necessidades de contínua adaptação dos modelos jurídicos às realidades em permanente transformação, o fundamental não é o estudo das assim chamadas *normas primárias*, que são as que prescrevem, proscvem, estimulam ou desestimulam comportamentos e que têm como destinatários os membros de uma sociedade. Na experiência jurídica das sociedades modernas, ao contrário do que ocorria — e ocorre — nas sociedades tradicionais, as normas primárias estão em contínua e rápida mudança. É por essa razão que, do ponto de vista da jurisfação do poder, o importante é o exame das *normas secundárias*, isto é, das normas sobre normas, que são basicamente as que tratam, ou da produção das normas primárias, ou do modo como estas são aplicadas. É através da existência, do acatamento e da permanência institucional das normas secundárias que se disciplina a interferência decisória do poder, no momento ontologicamente conclusivo, da criação e aplicação do Direito.³¹

De fato, uma das maneiras de se assinalar a conversão do Estado absolutista e arbitrário num Estado de Direito, é a extensão progressiva do Direito, da base para o vértice da pirâmide jurídica, isto é, dos governados para os governantes. Tal processo, que marca a passagem e a substituição da decisão arbitrária pela decisão juridicamente controlada e disciplinada, é uma das conquistas da técnica do Estado de Direito e da reflexão liberal. É através das normas secundárias, que têm

29. MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, cit., pp. 76-77.

30. HANS KELSEN, *General Theory of Law and State* (translated by Anders Wedberg), N. York: Russell and Russell, 1961, pp. 112-114; *The Pure Theory of Law and State* (2.^a ed.) (translated by Max Knight), Berkeley: University of California Press, 1967, pp. 195-198; MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit., pp. 220-235; *Filosofia do Direito*, cit., pp. 465-469.

31. NORBERTO BOBBIO, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, cit., pp. 175-197; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, N. York: Oxford University Press, 1961, pp. 77-96; CELSO LAFER, *Hobbes, o Direito e o Estado Moderno*, cit., pp. 31-33.

como destinatários os que exercem o poder, que se jurisfaz o poder. É por isso que se pode dizer, com Bobbio, que a legalidade é uma *qualidade do exercício do poder*, uma vez que impede a *tyrannia quoad exercitium*, interessando, por isso mesmo, antes aos governados do que aos governantes.³² Por interessar aos governados é que a aspiração deontológica da subordinação do poder ao Direito representa um dos ingredientes do consenso, fundamento da dimensão ontológica da relação entre Direito e Poder no mundo contemporâneo.

O consenso, enquanto processo público e coletivo de legitimação do poder, cresce, evidentemente, na medida em que as normas secundárias de criação e aplicação do Direito são tidas como justas pela comunidade, através do modo como atendem às múltiplas e conflitantes aspirações e reivindicações de seus membros. De fato, na legitimação do poder existem os legitimados e os legitimantes. A legitimação é fruto da interação entre governantes e governados, que resulta da concordância com um curso comum de ação em virtude de um incessante processo de integração dos valores de convivência. O "pacto social" exprime esta concordância, quando faz atuar, num dado momento histórico, os valores delineados como modelo de vida pela comunidade.³³ Na evolução das sociedades contemporâneas esta correspondência transita pelas normas secundárias, examinadas não apenas na sua dimensão abstrata e lógica, como o fazem KELSEN e HART, mas também em função do seu conteúdo concreto. Com efeito, é pela proposta de estudo de seu conteúdo concreto que o historicismo de MIGUEL REALE, atento aos legados axiológicos que fundamentam a democracia, no jogo de sua dialética de implicação e polaridade, capta *ser* e *dever ser*, dimensão deontológica de um lado, e dimensão ontológica e sociológica de outro, nas relações entre Direito e Poder.

VI. Conclusão

A. PASSÉRIN D'ENTRÈVES, no seu importante livro sobre o Estado, encarado na perspectiva das relações entre o Direito e o poder, distingue três aspectos do Estado: (i) o Estado

32. NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Norma Giuridica*, cit., pp. 211-212; *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, cit., p. 83; CELSO LAFER, *Ensaio sobre a Liberdade*, cit., pp. 58-59; MIGUEL REALE, *Política de Ontem e de Hoje*, S. Paulo: Saraiva, 1978, pp. 77-89.

33. CARLO BARBÈ, *Appunti per una Teoria della Legittimazione*, Torino: Giappichelli, 1973, pp. 41-42; CELSO LAFER, *Hannah Arendt — Pensamento, Persuasão e Poder*, Rio: Paz e Terra, 1979, pp. 35-38; "A Legitimidade

como força, que é o ponto de vista do “realismo político”; (ii) o Estado como “poder” *stricto sensu*, isto é, como uma força qualificada pelo Direito, força submetida à lei, que é a perspectiva da teoria jurídica e do normativismo abstrato; e, finalmente, (iii) o Estado como autoridade, graças à qual a força, legalizada enquanto poder, se legitima.³⁴ Há, portanto, na reflexão de PASSÉRIN D'ENTRÈVES, uma perspectiva tridimensional, pois a força corresponde ao fato, o poder à norma e a autoridade ao valor.

Por outro lado, NORBERTO BOBBIO, ao examinar os diversos campos da Filosofia do Direito, lembra que, na verdade, eles são três (i) a reflexão sobre a reforma e a transformação da sociedade orientada por certos valores, como a liberdade, a ordem, a igualdade, o bem-estar. É a Filosofia do Direito concebida como Filosofia Política e Teoria da Justiça, ou seja, como *Deontologia*; (ii) a análise e a definição de noções gerais, que todos os ordenamentos jurídicos contêm e que permitem delimitar o campo do Direito, distinguindo-o de outros, como, por exemplo, a Moral — é a Filosofia do Direito encarada como Teoria Geral do Direito, ou seja, *Ontologia*, que examina temas como validade, eficácia, direito subjetivo, etc.; e, por fim, (iii) o estudo do Direito enquanto fenômeno de controle social; é a Filosofia do Direito vista como *Sociologia Jurídica*.

BOBBIO também menciona um quarto campo, que seria o da *Metodologia Jurídica*, que vem tendo hoje em dia grande desenvolvimento, sobretudo na área da *linguagem* do Direito, lembrando ele a escola da “Nouvelle Rhétorique”, que renovou a lógica e a epistemologia da experiência jurídica.³⁵ Este quarto campo, no entanto, ou é fruto de uma prévia atitude epistemológica, ou se desdobra enquanto área da Teoria Geral do Direito. É por isto que se pode concluir que, também na perspectiva de BOBBIO, existe uma visão tridimensional da Filosofia do Direito, pois a Deontologia corresponde ao valor, a Ontologia à norma e a Sociologia Jurídica ao fato.³⁶ Daí a conclusão de MIGUEL REALE, no sentido de apontar que todo conhecimento do Direito e do Estado “é necessariamente tridi-

na Perspectiva Histórica” (comentário) in Universidade de Brasília, *Encontros Internacionais da UnB*, Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1980, pp. 319-325.

34. A. PASSÉRIN D'ENTRÈVES, *La Notion de l'État*, cit., pp. 9-12, passim.

35. NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, cit., pp. 37-38, 53-54.

36. MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, cit., pp. 28-30.

mensional: o que se verifica em cada âmbito particular de estudo é apenas o predomínio vetorial de um dos três fatores, distinguindo-se cada indagação pelo sentido de seu desenvolvimento."³⁷

Existe, no entanto, do ponto de vista de uma reflexão sobre o poder, um risco na tridimensionalidade articulada sem interconexões mais profundas. De fato, este tipo de articulação não é o mais propício para captar a dimensão problemática de que se revestem o Estado e o Direito num mundo como o atual, assinalado pelos dilemas da necessidade de compatibilizar as estruturas jurídicas e políticas com as aspirações quotidianas da convivência humana.

Na perspectiva tridimensional, articulada apenas de maneira sistemática, o poder tende a ser encarado: ou (i) como um dado externo à norma — que é atitude freqüente nas correntes positivistas; ou (ii) como um dado independente da norma — que é atitude freqüente na Ciência Política ou na Sociologia Jurídica; ou ainda (iii) como meio para se alcançar a norma desejável — que é atitude freqüente na Deontologia. Daí a relevância da passagem de um tridimensionalismo abstrato para um tridimensionalismo concreto, tal como propõe MIGUEL REALE, que internaliza o poder na norma. Em virtude de sua postura metodológica — o quarto campo mencionado por BOBBIO, aqui entendido como Epistemologia — introduz ele o *problema* do poder no *sistema do Estado e do Direito*, inclusive o privado, problematizando-os de uma forma aberta. Bastaria, aliás, lembrar, na área do Direito Privado, a título de ilustração, os dilemas dos sistemas de poder de controle na sociedade anônima. Com efeito, é isto que ele esclarece, de maneira geral, ao iluminar as modalidades por meio das quais, num dado momento, os dilemas do enlace fático-axiológico se convertem num sistema de normas e de sua aplicação, por meio da mediação do poder.³⁸ Entretanto, este sistema, ao ser governado por uma dialética de implicação e polaridade, nunca é fechado, mas sim aberto nas suas transformações e aplicações aos dilemas suscitados pela cisão entre as estruturas, as aspirações de convivência e as realidades cambiantes do poder.

Foi isto que tentei esboçar neste trabalho, partindo, em primeiro lugar, de uma análise de sua posição filosófica (a ontognoseológico-jurídica); vendo a seguir como ela se desdo-

37. MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, cit., p. 346.

38. MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, cit., p. 345; *Filosofia do Direito*, cit., vol. II, p. 557.

bra numa teoria geral do Direito, seja em termos de fontes (os modelos jurídicos), seja em termos de hermenêutica (a interpretação estrutural); concluindo, afinal, pelo exame do papel das normas secundárias no processo de jurisfação do poder. Nesta última passagem, tentei esclarecer como, no jogo da dialética de implicação e polaridade, *ser* (ontologia do poder) e *dever ser* (deontologia do poder) se entrelaçam em relação de mútua complementariedade.

Para concluir, direi que este esquema, quase que descartado na descrição das etapas analíticas, das relações entre Estado, Direito e Poder, na obra de REALE, só adquire a sua dimensão exata de conteúdo a partir da distinção de DILTHEY entre o *explicar* e o *compreender*. Com efeito, o culturalismo, que é uma das importantes matrizes do pensamento de MIGUEL REALE, diferencia o *explicar* — a busca dos nexos necessários de antecedente e conseqüente, aptos a esclarecer a estrutura dos fatos — e o *compreender*, que envolve o explicar, na totalidade dos seus fins, esclarecendo as suas conexões de sentido.³⁹ Daí a recusa do positivismo, que busca dissolver a Teoria do Conhecimento numa Teoria da Ciência, bem como a rejeição do divórcio kantiano entre razão pura e razão prática, que compromete — no entender de MIGUEL REALE — “*a verdade em germe na Filosofia Crítica, que é a originalidade do espírito como síntese “a priori” transcendental, que condiciona tanto a explicação da natureza como a compreensão da História.*”⁴⁰

A compreensão, como se sabe, é um processo complexo e sem fim porque tem como objetivo, ao buscar sentido, ajustar-nos à realidade e reconciliar-nos com as nossas ações e as nossas paixões. Esta busca de sentido — ao contrário do raciocínio lógico matemático, que é uma aptidão humana interna, do homem na sua singularidade — exige o senso comum, ou seja, a percepção do Outro, no mundo compartilhado da intersubjetividade.⁴¹ O Direito e o Poder existem no campo da intersubjetividade de um mundo em comum. Por esse motivo, são fenômenos que não podem ser captados, no seu perfil próprio, pelo “*homo theoreticus*” da reflexão de Spranger, que

39. MIGUEL REALE, *Experiência e Cultura*, cit., pp. 69-70, 172-173; Cf. RENATO CIRELL CZERNA, “*Esperienza e Cultura in Miguel Reale*”, loc. cit., pp. 533 e 545.

40. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., vol. I, pp. 240-256.

41. HANNAH ARENDT, “*Compreension et Politique*” in *Esprit* n.º 42, Juin 1980, pp. 66-79.

vive no mundo abstrato das leis da objetividade. Nisso reside, talvez, a razão pela qual as maiores contribuições à Filosofia do Direito contemporânea tenham como origem juristas com interesses filosóficos e não-filósofos com curiosidade jurídica. Por outro lado, o "homo politicus", fustigado pela vontade, voltada para o futuro das razões inflexíveis de poder, raramente tem tempo para parar e pensar, traduzindo numa obra intelectual o seu esforço de compreensão particular da situação em que se movimenta.⁴²

O entendimento amplo do Direito exige, por isso mesmo, um tipo complexo de personalidade, que obedece a uma combinatória mista de polarizações valorativas, interessadas tanto na teoria, quanto na prática. A proposta de REALE de "*teorizar a vida e viver a teoria*" representa, precisamente, uma combinatória mista de polarizações valorativas, aptas a lidar com o interrelacionamento entre Direito e Poder. Daí a razão pela qual, a partir de um núcleo de idéias básicas — a tridimensionalidade específica — que conferem coerência à sua pesquisa, vem ele através de aproximações sucessivas buscando esclarecer, no processo complexo e sem fim da compreensão, as relações entre Direito e Poder. Estas relações, por não se assinalarem pela univocidade, são irredutíveis a uma categoria pura — a uma sintaxe.

Comportam, no entanto, uma semântica e uma pragmática. Estas, na reflexão de REALE, guiadas pela razão enquanto idéia regulativa, ainda que histórica e socialmente condicionada, conjugam-se pela gramática do historicismo axiológico e pela dialética de implicação e polaridade, ambas conduzidas pelo horizonte aberto da noção jurídica de legitimidade, entendida como uma ponte civilizatória entre o poder e o medo, sem o qual a vida, na sociedade humana, perde a sua dignidade.

42. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., vol. I, pp. 228-230; EDUARDO SPRANGER, *Formas de Vida* (trad. Ramón de la Serna), B. Aires: Rev. de Occidente Argentina, 1946, passim; NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, cit., pp. 43-46.

O Pensamento Jurídico-Filosófico do Professor Goffredo Telles Junior*

Aloysio Ferraz Pereira

Professor Livre Docente de Filosofia
do Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Recordemos que a terceira parte da *Criação do Direito* traz o subtítulo: “Esboço de uma teoria natural do direito” Este último segmento da obra é redigido em caracteres tipográficos de dimensão maior que os usados nas duas anteriores, como a indicar que o autor lhe atribui importância superior, certamente por seu cunho de originalidade e por constituir, se não propriamente a conclusão ou consequência de premissas e análises expendidas nas partes precedentes, pelo menos, e com certeza, o seu esforço de superamento das posições e doutrinas examinadas. A extensão desta etapa final é, contudo, muito mais curta que a das precedentes.

Mais uma vez se faz presente, desde logo, sua constante preocupação de seguir o método e o modelo das ciências naturais. Começa, pois, por afirmar sua disposição de “afastar todos os preconceitos”¹, para, ao mesmo tempo, estabelecer como ponto de partida de sua *démarche* final a postulação do princípio da liberdade, tal qual foi obtido demonstrativamente pelo autor na parte inicial. À afirmação de que o homem é um ser livre, diz ele, “cheguei após demonstrar que o sentimento de liberdade, de que se acha dotado o homem, longe de ser o resultado de nossa ignorância sobre a causa dos movimentos que realizamos (como quisera SPINOZA), longe também de ser o efeito de uma ilusão (como admitira DUGUIT), reflete uma *realidade*, que a ciência moderna revelou experimentalmente”²

* Continuação do trabalho, com o mesmo título, publicado no v. 74, 1979, desta *Revista*.

1. CD, p. 523.

2. CD, p. 525.

Pretende o professor GOFFREDO TELLES JR. que a ciência experimental teria comprovado a verdade de duas substâncias: a matéria e o espírito. “A realidade total compreende, portanto, o mundo da matéria, que chamarei *físico* e o mundo do espírito, que chamarei *psíquico*.”³ Parece, contudo, que o espírito veio a ser, nessa análise, apenas o irredutível resíduo da investigação a que a ciência experimental submete a matéria em seus “laboratórios”⁴.

E o autor articula, afinal, os dois conceitos de matéria e de liberdade, para definir negativamente a condição essencial do homem, de modo que o espírito ou o *psíquico* resta apenas excluído, inapreensível experimentalmente, uma sobra além da percepção apetrechada dos cientistas: “Ser livre significa ser independente das leis da matéria.”⁵ Portanto, fica faltando determinar positivamente a natureza desse *espírito*, onde o autor faz residir a “fonte da liberdade”.⁶ Faltou perceber e descrever os fatos espirituais ou de consciência em uma fenomenologia do espírito, qualquer coisa parecida com o que HEGEL acreditou ter realizado. Ou então teria faltado fazer a *experiência* do ser espiritual, algo assim como EDITH STEIN descobriu em São João da Cruz.⁷ Que experiência se pode ter do espírito que não seja mística? Como também místico se pode dizer o conhecimento que deriva dessa experiência inefável. (*Místico* não quer dizer *irreal* nem é pejorativo.)

Seja como for, na perspectiva do nosso professor, os homens, enquanto entes espirituais, escolhem livremente fins, e estes, enquanto movem os homens, na realização de necessidades e possibilidades, chamam-se *bens*, em função dos quais eles escolhem e dispõem os seus meios.

O autor firma nesse ponto de seus escritos uma idéia em que de futuro sempre insistirá: “Não se confunda *valor* com *bem*. Valor é a importância atribuída por um homem a um bem, dentro da escala de seus bens.”⁸ Nestas reflexões axiológicas, saliente-se a seguinte asserção: “O homem *descobre* a ordem física, mas *cria* a ordem *ética*.”⁹ Dela procede, como

3. CD, p. 529.

4. CD, p. 527.

5. CD, p. 530.

6. CD, p. 531.

7. CD, p. EDITH STEIN, *La science de la croix*, tr., ed. Nauwelaerts, Louvain, Paris, 1957, t. I das *Oeuvres*, pp. 170-208; e a obra fundamental da autora sobre o assunto: *Endliches u. ewiges Sein*, Herder, Friburgo/Br., 1962.

8. CD, p. 354.

9. CD, p. 537.

conseqüência, a admissão das noções conexas e distintas de *ser* e *dever-ser*.

Seguindo DEL VECCHIO, que na espécie glosa FICHTE¹⁰, o professor GOFFREDO TELLES JR. vai logo formular juízos, que se encadeiam num raciocinar de tipo idealista subjetivo, girando sobre um conceito do *eu pensante*, convertido em *critério do ser*. Conclui pois surpreendentemente: “o *eu* é o fundamento, o critério, o elemento de referência, para a medida de todos os valores. Daí a soberana dignidade do homem, cujo reconhecimento é o princípio supremo das ordens éticas.”¹¹

Com efeito, um leitor apressado da *Criação do direito* não pode senão experimentar surpresa e até perplexidade diante dessa irrupção de idealismo subjetivo, sobretudo se lhe ocorrer ler a passagem em questão isolada do contexto deste e dos demais escritos do autor. O trecho é, de fato, decisivo à determinação do que se pode — a meu ver — designar como o traço característico que individualiza toda a produção filosófica (e derivadamente jurisfilosófica) do sr. GOFFREDO TELLES JR. Este traço tem o significado de essencial contradição. Mas uma contradição, quando essencial, se explica e se justifica por si mesma. Uma tal contradição, pois, se resolve existencialmente. Quer dizer, rolando, ao mesmo tempo, sobre o ser individual do autor e sobre o seu englobante ser social, a contradição encontra superamento e síntese nessa base ôntica que, sendo biforme, é entretanto a mesma...

Noutros termos, a contradição do autor é apenas caso individual de uma das tantas contradições do seu meio social. E estas têm raízes no modo de ser de nossa existência nacional brasileira, de que o sincretismo é expressão frequente.

A apontada contradição consiste pois em amalgamar a tendência à concepção objetiva da ciência experimental com uma concepção subjetivista e idealista, que procura apoio em DEL VECCHIO e, principalmente, em certo neokantismo rarefeito que constituiu indefectível elemento componente da atmosfera cultural de São Paulo na primeira metade do século XX. Pode-se até acrescentar que este neokantismo, que foi diluído em caldo eclético, teria direito talvez a reclamar por alguns antecedentes históricos, situados na passada centúria, referentes a um vago kantismo em que laborou superficialmente, entre outros, o padre ANTONIO FEIJÓ.

10. Cf. GIORGIO DEL VECCHIO, *A Justiça*, tr., ed. Saraiva, São Paulo, 1960, pp. 71-75, especialmente a Nota 1.

11. CD, p. 542.

Este inesperado subjetivismo aparece também na coincidência do autor com algumas noções características de PETRAZICKI, já então em sentido mais psicológico e menos metafísico.¹² “A norma fundamental da ordem ética não é, entretanto, um princípio *a priori*. Ela resulta de uma intuição do espírito, isto é, de uma impressão que o espírito tem de si próprio. O espírito jamais teria uma impressão de si próprio se não *experimentasse* sua existência.”¹³ A ordem ética “compõe-se de um *imperativo categórico*, que é a norma fundamental, imposta incondicionalmente por uma exigência intrínseca do espírito humano; e de *imperativos hipotéticos* ou condicionais, decorrentes dos juízos normativos.”¹⁴

Eis uma primeira conseqüência desse subjetivismo do professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, na ordem ontológica: “O *eu* é um *príus* absoluto. A consciência do *não eu* depende da consciência do *eu*. Eis por que o *eu* é o critério do ser.”¹⁵ Como conciliar este extremo subjetivismo — metafísico e psicológico (intuitivo, introspectivo) — com suas anteriores e posteriores profissões de fé na objetividade dos resultados e dos métodos da ciência experimental? A essa atitude em face da questão do ser sempre se deu o nome de *idealismo*.

Uma segunda conseqüência se tira das palavras mesmas do autor, claras e concisas, nessa parte final do seu livro, no que tange à ordem dos bens e dos valores: “o *eu* é o fundamento, o critério, o elemento de referência, para a medida de todos os valores.”¹⁶ Se o *eu* é o critério dos valores, tal conclusão se qualifica, no plano da ética e da axiologia, como *relativismo subjetivista*.

Terceira conseqüência, na esfera do agir, se extrai por si mesma desta esboçada *teoria natural do direito*, quando encaideamos alguns de seus textos: “os julgamentos do espírito acompanham, sem cessar, a ininterrupta ação humana.”¹⁷ “O homem é artífice de cada momento consciente de sua existência.”¹⁸ A sociedade não é só natureza, “é também *contrato*, porque é da *vontade* humana viver em sociedade.”¹⁹ E final-

12. Cf. CD, pp. 421 ss.; e 577 ss.

13. CD, pp. 548-549.

14. CD, p. 552.

15. CD, p. 542.

16. CD, p. 542.

17. CD, p. 545.

18. CD, p. 546.

19. CD, p. 555.

mente o autor se resume na terminologia delvecchiana: “O *eu* é a razão do dever-ser.” Semelhantes conceitos é de rigor denominar, em seu conjunto lógico, *voluntarismo*.

Uma quarta conseqüência das posições do autor erige-se em tese expressa: “as ordens éticas, nas suas origens, são sempre individuais. Cada homem é seu primeiro legislador.”²⁰ Mas como pode, então, a ordem ética individual mudar-se em ordem social, para se impor, “com seus mandamentos e preceitos de dever, a uma coletividade inteira?” A resposta, de lógica formal aparente, salta-nos de pronto diante, automática: “cada homem, legislador de si mesmo, se imporá deveres em função do bem comum.”²¹ Assim, a ordem social (e a jurídica) não é senão a ordem ética individual ampliada, desde o momento em que o indivíduo ponha o bem comum na mira da sua razão prática, como alvo de sua vontade. É sempre, porém, a consciência isolada que, convergindo com a multidão das outras consciências singulares, vai com elas eleger uma representação mental ou idéia comum para, guindando-a, redoirada, à condição de *bem*, buscar realizá-la ou vivê-la. De modo que, no fundo, a adesão do indivíduo ao bem comum, ou à idéia coletiva a realizar, aparece, nessa perspectiva, como simples astúcia do homem que visa, na realidade, a alcançar seus próprios fins, executar seus projetos particulares. A comunhão é, portanto, apenas um meio para os indivíduos, que — eles sim — se constituem como fins.²²

Esta visão do mundo, é claro, se chama *individualismo*, a despeito do uso que se faça do significante *bem comum*, o qual remete a um significado antigo e a outro medieval, que se inserem, ao contrário, em estruturas destituídas de qualquer conotação individualista.

Ora, idealismo, relativismo subjetivo, voluntarismo e individualismo são concepções que, referidas ao direito, constituem um impossível adminículo²³. Mas quem vem, de feito, submissão à objetividade científica, à razão dialética e à supremacia da comunhão, que definem a teoria do direito de ARISTÓTELES e a de S. TOMÁS DE AQUINO. Este é, no entanto, chamado à colação, a folhas tantas, na intenção de emprestar ao nosso professor um impossível adminículo²³. Mas quem vem, de feito, subministrar-lhe inexplicito, embora evidente reforço, é o seu colega,

20. CD, p. 565.

21. CD, p. 567.

22. CD, p. 565.

23. CD, cf. p. 564, entre outras.

igualmente ilustre, professor MIGUEL REALE. Eis a prova, que me podem reclamar: “A norma não surge do facto e não surge do espírito; surge, isto sim, do espírito colocado diante do facto: do facto julgado pelo espírito; do espírito julgando o facto. A ordem ética repousa em três elementos entrosados: *espírito, facto e norma*”²⁴.

Quando se recorda que, segundo o nosso autor, o *eu* é o fundamento do valor, “a razão do dever ser”, e que este *eu* é *espírito*, torna-se evidente que o *bem* e a sua medida, o *valor*, equivalem ao conceito e ao termo *espírito*. Assim, onde o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR escreve *espírito*, o professor REALE lê: *valor*. Nesta passagem, pelo menos, um e outro falam a mesma coisa: a moral e o direito se reduzem a fato, valor e norma. Mas esta *fórmula*, destinada a surpreendente irradiação, cabe melhor estudá-la, quem sabe? em ensaio dedicado ao professor MIGUEL REALE.

Prosseguindo no trilho de nossas considerações sobre a *Criação da ordem humana* (terceira parte do livro), cumpre observar que o autor nos oferece²⁵ três notas comuns a todos os grupos sociais: “Verificamos que as duas primeiras são a *idéia de um bem a realizar e a comunhão humana*. A terceira é a seguinte: cada um desses grupos tem o seu *governo*”²⁶.

A propósito do governo, “*órgão do poder*”, o sr. GOFFREDO TELLES JÚNIOR continua a desenvolver bem articulada teoria social, estatal e jurídica, inspirada em HAURIOU¹. A sua construção teórica deveria erguer-se, quando acabada, sobre esse tipo de idéias. (Verdade é que, no que toca a HAURIOU, a noção de *idéia* inclui, em sua extensão, o que o jurista francês qualifica, algo insolitamente, de “*idéias inconscientes*”). Procede a uma espécie de operação de estaqueamento, batendo insistentemente sobre a mesma *idéia*. “O poder se acha, portanto, na *idéia a realizar e, por extensão, nas normas necessárias a essa realização*”²⁷. “O poder está na *idéia, o governo está no chefe*”²⁸. “Mas, individualizado ou não, o governo só é legítimo se for, realmente, *órgão do poder, isto é, se estiver a serviço da idéia para cuja realização o grupo se constituiu*”²⁹. E quando o governo se torna ilegítimo, a sua força passa a opor-se ao “*poder das idéias*”; mas este termina por prevalecer.

24. CD, pp. 547-548.

25. CD, p. 571.

26. CD, cf. p. 574, citação de Hauriou.

27. CD, p. 571.

28. *Ibidem*.

29. CD, p. 573.

É lícito supor-se que a sociedade civil possa organizar-se naturalmente em estado, não em função de *idéias*, mas de *necessidades*. Na verdade, essa *idéia* de HAURIOU, mais ou menos clara e distinta, não deixa espaço às necessidades próprias da natureza das coisas, que é a estrela polar da teoria clássica do direito natural, tal como tem sido restaurada pela crítica histórico-filosófica nas últimas décadas³⁰ Em nosso autor, como já em HAURIOU, *idéia* é muito menos um conceito lógico que uma representação mental coletiva, portadora de fins e de valores, configurando certa noção de bem comum.

Entende que, para conseguir tais objetivos sociais, é essencial que o *governo* declare as normas constitucionais para, em seguida, “garantir pela força o seu cumprimento”³¹. Observa muito justamente, no tocante à autoridade das leis, ou seja, à razão de sua obrigatoriedade: “A convicção de que o governo é legítimo gera a convicção generalizadora de que a norma, por ele selecionada, é necessária para os fins sociais e deve ser obedecida”³²

Assim *legitimado* (outros diriam *fundado, justificado*) o *governo* (outros diriam *estado, poder político*), adquire este a condição geralmente consentida de *atribuir* a quem for lesado pela violação da norma, “a faculdade de exigir o seu cumprimento”, com “o apoio da força organizada do governo” Isto porque, acrescenta, “o cumprimento dessa norma não interessa apenas aos lesados, mas a todos os componentes do grupo social”³³.

Duas observações críticas desde logo cabem aqui a propósito da passagem *supra* resumida. Primeira, o autor não define a substância da *idéia* que cristalizaria os fins sociais, não determina concretamente os seus elementos componentes, como tampouco refere as formas e processos aptos à conscientização dessa *idéia* (que é fim, valor a realizar, programa etc.) pela maioria real da população. Quer dizer: a distorção casuística da vontade popular, a marginalização política das massas majoritárias, a manipulação da opinião das classes médias e proletárias pelos *media*, entre outras questões, não estão incluídas nas considerações e fórmulas gerais que o autor vai buscar

30. Cf. as *obras* de autores como M. VILLEY, A. BRIMO, GRANERIS, H. THIEME, R. MARCIC; e *traduções* de Aristóteles, como as de W. D. ROSS e GAUTHIER.

31. CD, p. 575.

32. *Ibidem*.

33. CD, p. 576.

nos seus autores. Também não estão implicadas nas reflexões da sapiência tradicional ou nas frases sentenciosas e, por vezes, profundas, que enriquecem abundantemente, como tecido intersficial, o encadeamento formal do seu raciocinar. Este raciocínio avança com solenidade, alinhavando, de modo original, as idéias que vai sopesando e elegendo nos escritores de sua preferência.

Segunda observação. Não fica provado que o “cumprimento da norma”, de acordo com a realidade cotidiana e a verdade concreta — interessa mesmo “a todos os componentes do grupo social”. Nos processos de sua gênese e de sua efetivação, a norma — conforme o estado atual de nossas instituições — é, em geral, a expressão de uma vontade de classe, economicamente dominante e ideologicamente hegemônica. Dir-se-ia que era por aqui que convinha começar o pensamento orgânico da *Criação do direito*.

Só “o governo”, portanto, tem poder ou, digamos assim, *é poder* para conferir à norma “a qualidade” de atribuir “a faculdade” de exigir o seu cumprimento. Em suma, ressalte-se: só “o governo” pode atribuir — por meio de norma — a faculdade de exigir o cumprimento das normas, garantindo-o pela força (*na falta de seu cumprimento espontâneo ou voluntário* — parece-me que se deveria acrescentar).

Por conseguinte, este *atribuir*, este *tribuere* é um privilégio do estado, ou melhor (para ser fiel à terminologia do nosso autor), do “governo”. Por isso, só a norma promulgada pelo “governo” é jurídica. O “governo” é, portanto, a única fonte produtora de normas jurídicas; correspondentemente, é óbvio que as normas produzidas, isto é, promulgadas pelo “governo” são, em princípio, a única fonte ou forma de direito, enquanto precisamente são o produto da vontade criadora do “governo”. Daí a definição de direito que nos dá o autor³⁴, na qual *direito* e *norma* são conceitos equivalentes: “o direito define-se: *norma que, promulgada pelo governo, atribui a quem seria lesado por sua violação, a faculdade de exigir o seu cumprimento*”. E ajunta: “a expressão *norma atributiva* é suficiente para definir o direito”³⁵.

Tomada isoladamente pelo menos, essa é uma definição que um kelseniano ou outro normativista qualquer subscreveria sem constrangimento. Resta-me perguntar *agora* que uso fará o leitor daquele implacável libelo crítico desfechado contra

34. CD, p. 576.

35. CD, p. 576.

KELSEN na segunda parte deste livro ³⁶, onde apropriadamente a *teoria pura* é encaixada no capítulo do “Direito Metafísico”. Mas a surpresa do leitor sobe de monta ao comparar a definição do direito acima com a assertiva imediata, na página seguinte: “E como o direito que acabo de definir, sendo o único direito verdadeiro, decorre da própria natureza das coisas, eu o qualifico de *direito natural*, em oposição aos falsos direitos, que só se manifestam nos decretos dos déspotas, e em contraste com os direitos imaginários e fictícios, que só existem na mente de alguns doutrinadores” ³⁷.

Contudo, manda a verdade que se situe aquela definição no conjunto deste livro e da obra do autor. Ele contém pressupostos, digressões e comentários que permitem estabelecer a coerência entre uma *definição positivista* do direito e a sua qualificação como direito natural. A chave ou a premissa ausente, que possibilita a conseqüência do entimema ³⁸, pode ser formulada do seguinte modo: Todo instrumento da *idéia social* é natural. Enunciada esta premissa, temos o silogismo:

Todo instrumento da idéia social é natural,
 Todo direito positivo é instrumento da idéia social,
 Todo direito positivo é natural.

A inclusão do direito positivo no direito natural é mediada pelo termo (médio) *idéia social*. Todavia, parece que alguma *idéia social* não é natural: a “solução final” para os judeus na Alemanha nazista, o suicídio coletivo da comunidade do Reverendo Jones, na Guiana, a prática do crime como fim numa câfila de ladrões etc. Parece também que nem todo direito positivo, isto é, posto pelo “governo”, é necessariamente instrumento ou meio de realização da *idéia* em função da qual os indivíduos se reúnem. Nem só os *decretos despóticos* ou o *direito imaginário* de certos teóricos ficcionistas são *falsos direitos*. Em sociedade de classes e antagonismos inconciliáveis, como a nossa, o governo se identifica com um pequeno grupo de pessoas, em regra, estamental (tecno-militar-burocrático), que é mandatário dos economicamente mais fortes e dominantes. Por isso, o direito é sempre apenas a expressão normativa e coactiva de uma minoria que impõe, pela astúcia, a mentira e a força (inclusive através do uso ideológico da ciência, artes, filosofia e religião) a sua *idéia* coletiva, mas minoritária, às grandes massas manipuladas (como um reba-

36. Cf. CD, *supra* pp. 209 ss.

37. CD, p. 577.

38. O entimema articula-se na passagem da p. 576 à 577.

nho) pelos aparelhos e técnicas que esse grupo controla e dirige a seus fins particulares. Como se pode pois julgar a *idéia*, ou melhor, o interesse de alguns como sendo a *idéia*, ou antes, a necessidade de todos ou, pelo menos, da maioria?

De resto, o grupo não se constitui para a realização da *idéia*³⁹. Sustentar que os indivíduos se reúnem a fim de se constituírem em grupo político em função de uma *idéia*, organizando-se assim em poder político (para dar-se ao mesmo tempo um governo que, nesse mesmo ato, e tão somente nele, se legitima), é reelaborar a bela construção institucional de HAURIUO. Mas com HAURIUO ou com o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, essa concepção sacrifica, de modo fundamental, nas aras do *contrato social* e do positivismo político-jurídico. Lá se vão os indivíduos solitários em busca de outros para, reunidos, celebrarem o famoso *pacto social*, que deixa para trás os direitos naturais a fim de instituir e constituir — sobre a vontade geral — o estado, que desde agora passa a fundar e criar todo o direito⁴⁰.

A doutrina individualista do contrato não falta sequer, no livro em exame, o colorido romântico dos mitos⁴¹: “A sociedade é natureza e é contrato”. O homem é social estruturalmente, “mas se, por qualquer excepcional motivo, não precisar da sociedade para atingir seus fins, poderá viver voluntariamente fora dela, como sucedeu a JOÃO BAPTISTA e a ANTÔNIO, o eremita” Omitindo embora ROBINSON CRUSOÉ, o solitário de ficção predileto dos economistas clássicos, nem por isso deixa o sr. GOFFREDO TELLES JÚNIOR de ocupar tranquilamente, nesse momento, o seu lugar entre os adeptos do liberalismo econômico e do individualismo político. Mas neste liberal-individualismo enxerta o autor aquela admiração que a burguesia nutriu sempre pelos valores feudais e monárquicos: “Todo governo legítimo há de ter, portanto, um caráter aristocrático; só uma cega ou interesseira demagogia sustentaria o contrário”⁴². Dir-se-ia que desponta aí o discreto “charme” da classe burguesa. Mas, não; o autor quer dizer que esse tipo de aristocracia forçosamente resulta do inevitável processo polí-

39. CD, p. 577.

40. Parece-me ter dito o bastante para demonstrar, ou seja, ilustrar aquela constante do autor referida no início deste estudo: o seu *reconhecimento da ordem jurídica como realidade irreduzível*, que ele vê em perspectiva iniludivelmente positivista, no sentido da escola da exegese.

41. CD, p. 555.

42. CD, p. 589.

43. CD, pp. 588-589.

tico de representação e delegação ⁴³ no governo, cujos membros devem possuir qualidades morais e técnicas especializadas e superiores às dos cidadãos comuns, seus mandantes teóricos, que só podem lucrar ao alhear-se dos ônus dos negócios públicos ⁴⁴.

Neste passo já me parece oportuno fazer algumas observações sobre as idéias que venho de expor acima. Antes, porém, julgo necessário firmar alguns princípios, por amor à verdade e pelo dever que decorre de minhas convicções filosóficas, onde se incluem necessariamente as políticas. Pois entendo que um pensamento filosófico que não se situa politicamente não responde à natureza mesma do homem, que só pode construir sua existência quando historializa as suas possibilidades, ao mesmo tempo em que lhe confere, nessa direção da prática e do cotidiano, toda a autenticidade que é capaz de sacar de si mesmo. E essa realização do próprio ser, que resulta do esforço sempre inacabado de unificar, re-unir a própria existência em seus modos autêntico e inautêntico, o homem só o consegue com o “tornar-se o que é”, quer dizer, procurando e vivendo a sua vocação, transformando em dever o seu destino.

Antes de voltar ao trecho examinado, observemos que a *Criação do direito* — como já assinalamos no princípio — constitui o registro resumido da primeira etapa da evolução intelectual do professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, enquanto as fases seguintes, até o presente momento, são documentadas pela *Filosofia do direito* e o *Direito quântico*. Pelo menos, essas obras foram a nossa escolha metódica para a análise do seu pensamento jurisfilosófico. Elas são suficientes para lhe determinar a unidade e descrever seus aspectos contraditórios, vale dizer, dramáticos. A unidade de uma vida (mesmo quando se lhe segue apenas a vertente intelectual) é a linha que une, com precária harmonia, as contradições que a forram.

Quem — com interesse e simpatia — percorreu os trabalhos do sr. GOFFREDO TELLES JÚNIOR até hoje sente que, nesta derradeira parte de seu livro, vibra um irrecusável acento dramático, sobretudo quando a compara às etapas posteriores de sua biografia intelectual, que se exprimem naquelas duas obras que se lhe seguiram. Esta sensação se intensifica ainda quando se reconhece nesta evolução um caso particular da formação cultural do homem brasileiro, um exemplo, entre tantos outros, em que se reproduzem traços comuns e as mesmas invariantes da inteligência nacional. Aí está mais uma

44. CD, p. 589.

razão para que a produção de um escritor e professor brasileiro, como este, seja estudada não só à luz dos critérios científicos consagrados, mas também a partir de um ponto de vista nacional, de perspectivas e valores próprios do seu povo, a que o vinculam indissolivelmente a história, o trabalho e o futuro comum.

Esta *Teoria natural do direito*, exposta sob o título de *A criação da ordem humana*, ao mesmo tempo em que sintetiza as observações de leitura do autor, como ele decerto desejara, acabou por se tornar e permanecer a antecipação matinal de suas pesquisas e escritos ulteriores, como ele não poderia prever. De fato, ali se anuncia a coerência da obra e ali incubam já as contradições que o tempo, longe de reduzir, aprofundará.

Continuemos, pois.

Primeiramente, ao contrário do que admite o nosso professor, aludindo a JOÃO BATISTA e ao eremita ANTÔNIO, a vida solitária é, antes que exceção, uma simples ilusão de ótica, digamos assim. Na verdade, aqueles santos e outros que foram viver no deserto, ou se apartaram do convívio de seus semelhantes, levaram sempre consigo, entressachados no tecido do seu psiquismo as representações, os motivos, as tradições, os fins, as expectativas do seu meio social e da humanidade. Todos esses fenômenos, originários ou adquiridos, constituem a estrutura da personalidade, formam o homem existente, têm um conteúdo de interação e intersubjetividade, substância que é puramente social, tanto mais social quanto mais psicológica. Como os animais de que fala o texto, também o homem morre ou enlouquece no isolamento, quando este é real. Quem verdadeiramente se isola é porque já está vazio de toda a realidade humana, seja processo, energia, estrutura, seja substância, existência, ser-aí. . Corporalmente isolado, o ente humano continua a participar do ser social; noutras palavras, é ele mesmo enquanto é *socialmente*. Ser é ser no mundo com os outros; ou nestes termos: é ser o mundo e ser os outros. No mundo, nos outros e em mim há ser em devir. O mundo, os outros e eu juntos *devimos* em ser. O *nós* precede ontologicamente (e é o que importa) o *eu* ⁴⁵.

45. Sobre este parágrafo, cf. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, *Estado e direito na perspectiva da libertação*, Rev. dos Tribunais, 1980, onde, no mesmo sentido são estudados e citados ARISTÓTELES, ROUSSEAU, HEIDEGGER, LEVI-STRAUSS e BINSWANGER. Quantos mais se poderiam referir! Mas para quê? Basta observar a natureza... ou re-citar o mesmo professor GOFFREDO TELLES JUNIOR, CD, p. 555: "é da *estrutura* humana a inclinação para a vida social."

Em segundo lugar, a representação política conduz ou tende a conduzir os representantes à falsa noção de sua superioridade em relação aos representados, assim reforçada pela distância que passa a separá-los e inveterada no hábito do exercício dos poderes em que foram investidos precisamente por seus mandantes. Eles sempre governaram *em nome* do povo, mas *por conta* daqueles a cujos interesses servem e dos quais também se beneficiam. A delegação política é sempre abdicação de poder e de direitos por parte do cidadão que os delega. O povo não pode renunciar à *democracia direta* sem demitir-se de sua soberania. Supondo mesmo que esta forma de governo seja utópica e impossível, não resta ao povo (dele excluída a classe dominante) outro comportamento a adotar senão empenhar-se, sistemática e obstinadamente, em pressionar as camadas sociais no poder, para forçá-las a aceitar a participação do maior número nas decisões dos interesses da maioria que, em nosso tempo, é sempre constituída de trabalhadores assalariados.

No estado burguês como no estado operário, é necessário que haja — tal é a lição dos fatos e da história — “um controle permanente e extenso por parte do povo sobre os que exercem funções públicas; e a separação, entre os que exercem o poder e aqueles em cujo nome é exercido, será tão pequena quanto possível (. .) As funções de Estado devem ser exercidas, em escala sempre crescente, pelas massas como um todo”⁴⁶.

Enquanto os indivíduos, no seio das massas, se dedicarem somente ao exercício de sua profissão, satisfazendo sua vocação e necessidades materiais, ou ao cumprimento de deveres exclusivamente pessoais e familiares, e não dispuserem de tempo para assumir sua parcela de responsabilidade nas decisões políticas, eles serão traídos e oprimidos pelos poucos que governam em seu nome. Por isso é essencial e irrenunciável a luta pela redução das horas de trabalho, para permitir que as massas se instruaem e se preparem; e a fim de que tenham *tempo* para assumir o seu papel decisório nas assembléias, porque estas ainda não encontraram sucedâneo.

Em terceiro lugar, o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, ao termo desse *Esboço*⁴⁷, como quem coloca o fecho numa abóbada, ali encaixa o conceito de nação, que define: “*sociedade cuja* idéia a realizar é a de se constituir a mais alta

46. ERNEST MANDEL, *Teoria marxista do estado*, ed. Antídoto, Lisboa, 1977, p. 40.

47 CD, p. 603.

condição social (a condição incondicionada), para que as entidades, que ela encerra, melhor se aproximem de seus respectivos fins”⁴⁸. *Nação* pois é o termo que significa a *sociedade política* mais abrangente e mais alta, de modo que todos os demais direitos objetivos dependem do direito positivo nacional⁴⁹. Se a soberania é a faculdade de decidir, em última instância, sobre a atributividade das normas⁵⁰, só a nação é soberana. *Atributividade* é noção que fez alguma carreira no Brasil, empregada também pelo professor MIGUEL REALE⁵¹, mas em sentido um pouco diferente, pois ele lhe acrescentou a qualidade de “bilateral”. Ambos estes autores brasileiros retiram o essencial de sua noção de *atributividade* de idéias de PETRAZICKI, através principalmente de seus divulgadores em francês, G. GURVITCH e GEORGES CORNIL, que dele se ocuparam nos *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, respectivamente de 1931 (3-4) e 1934 (1-2). Fica subentendido, embora com economia das razões disso, que tais sentidos de *atribuir* nos levaram muito longe da acepção clássica, que se encontra em ARISTÓTELES, no direito romano e SÃO TOMÁS DE AQUINO.

Parece-nos, ainda, que o conceito de *nação* é menos próprio, na espécie, que o de *sociedade civil* ou, mesmo, *política*, pois há sociedades civis e estados que unificam, confederam (Suíça) e federalizam (URSS) nações muito diferentes entre si (guardada a definição que de *nação* nos deu RENAN e que é a usual, cf. o *Novo Aurélio*) Demais, o termo padece de pesada herança semântica, que data da aventura nazi-fascista, com larga voga oficial também no Brasil. No período do chamado Estado Novo a retórica ditatorial e a imprensa censurada davam ao termo uma enfática ressonância e o escreviam invariavelmente com inicial maiúscula, bem como o seu derivado “Nacionalidade”

A noção de *atributividade*, além disso, a mim se apresenta como inútil circunlóquio mental, uma complicação, a que sempre me pareceu preferível a noção intuitiva e direta de *obrigatoriedade* ou *autoridade* das normas. Claro está porém que o conceito de *atributividade* é mais analítico que o de *obrigatoriedade*, e independente do de coercibilidade. É certo que há normas jurídicas que não são coercíveis, como as de caráter meramente doutrinal ou metodológico. Mas até estas possuem

48. CD, pp. 603-604.

49. CD, p. 604.

50. *Ibidem*.

51. MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, São Paulo, 1969, 2.º v., pp. 601 ss.

a compulsividade da lógica. Os fatos sociais — e o fato jurídico é fato social — são coercitivos, como ensina a sociologia. Mas esta noção de *atributividade* implica em que as normas jurídicas, por isso que são essencialmente violáveis, são *atributivas*, isto é, *atribuem* aos lesados pela sua violação a faculdade de fazê-las cumprir ⁵². Mas, sem a coação efetiva ou potencial, de que vale essa teórica atributividade? E a norma ética, fundada sempre no comportamento social e na consciência de nossa nulidade, não tem ela também atributividade teórica ou virtual e até prática? pois não se reconhece sempre ao moralmente, quer dizer, socialmente *lesado* a faculdade de fazer cumprir a norma? Ou será que ao lesado moralmente só se lhe deixam os olhos para chorar, reduzido, sem ação e sem apelo, à humilhação e ao ressentimento? Por aí toda ética seria ética do ressentimento. Em contrapartida, que valor têm *faculdades* e direitos subjetivos de ação que a Constituição e as outras normas atribuem aos indivíduos e às populações miseráveis, iletradas, marginalizadas? Seria infinito prosseguir

Reticenciemos, pois. Vamos ao ponto final nestes comentários sobre a *Criação do direito*, em cujas páginas conclusivas ressalta a seguinte distinção, ⁵³ ao mesmo tempo elítica e sutil, entre moral e direito: “O direito cuida do que o dever ser é, ao passo que a moral cuida do que o dever ser *deve ser*; acham-se, pois, o direito e a moral em planos diferentes: o direito, num plano *natural*, e a moral, num plano *metanatural* ou *sobrenatural*”. E dessa distinção tira primeiro o autor uma consequência epistemológica: “Eis por que a teoria que acaba de ser exposta se denomina Teoria Natural do Direito”. Em seguida, extrai uma segunda consequência, que se poderia dizer axio-teológica: “Ou a moral indica o bem supremo do homem, ou ela não tem razão de ser. Ora, a descoberta do bem supremo do homem implica problema que a razão natural não resolve. Os homens acreditarão em Deus, como Primeira Causa e Último fim de toda a Criação, ou negarão Deus como uma fantasia desnecessária”. ⁵⁴

Sobre as afirmações acima eis afinal algumas observações igualmente concisas. O autor, ao mesmo tempo em que os distingue, identifica, ou, se se quiser, identifica o direito e a moral na noção de *dever ser*. Distingue-os, porém, baixando o direito ao plano natural, enquanto guinda a moral ao plano sobrenatural. Todavia, se assim o tivermos situado entre os fatos

52. CD, p. 582.

53. CD, p. 605.

54. CD, pp. 605-606.

naturais, o fenômeno jurídico passa a ser objeto de *ciência natural*, e é abrangido pela *ontologia*, caso em que o direito não mais *deve ser*, mas *é*. Só assim se justificaria (seria inteligível) plenamente uma teoria do direito que reclama o qualificativo de *natural*.

Quanto à moral, o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR conserva, a seu respeito, concepção religiosa e cristã ou, melhor dizendo, escolástica, no sentido em que nela o homem é visto ou posto, essencialmente, em sua relação com Deus; e só secundariamente (sobretudo na *justiça*) aparece relacionado com seus consócios e com a sociedade. Não se trata pois da idéia antiga, de um ARISTÓTELES, onde a moral é sempre social, implicando necessariamente *os outros*, mesmo nas demais virtudes que não a justiça. Também não é a atual compreensão, de um MARX ou de certos existencialistas, para quem a personalidade ética individual é apenas um perfil linear, um desenho delével na massa englobante do mundo e da coexistência com outros entes e homens.

Como “a razão natural” (na expressão de nosso professor) não tem forças para descobrir o bem supremo do homem, só lhe sobra, para essa descoberta, a opção da fé, só lhe resta “acreditar em Deus, como Primeira Causa e Último fim de toda a Criação”. Eis aí de novo idéias e termos recebidos da escolástica e do cristianismo. Curiosa teoria essa que, ao longo da sua exposição, quis ser científica, em sentido experimental, e que, ao seu termo, se põe na dependência de Deus, considerado não como princípio racional, mas como objeto da fé cristã. O amor da razão acaba por subordinar-se à razão do amor. Decerto o *corpo* do direito positivo precisava mesmo — para ficar no domínio da verdade, mas além da lógica das normas — daquele “suplemento de alma” que exigia BERGSON. E o nosso mestre conclui: “o direito, como o amor, tem a sua fonte originária no coração dos homens”⁵⁵ É interessante notar ainda que, ao fim, o autor data o seu livro do “dia da Ascensão do Senhor” Retenha-se este marco na memória, para que se possa mais tarde bem medir toda a distância que há de separá-lo do *Direito quântico*.

II. Da natureza do direito (FD) ao direito da natureza (DQ)

Esta segunda parte do presente ensaio não será simétrica à primeira (dedicada à *Criação do direito*), em termos de espa-

55. CD, p. 606.

ço físico. Guardará, porém, com aquela uma *justa proporção*, pois é a essa primeira obra que atribuímos, na perspectiva deste estudo maior densidade relativa no conjunto dos trabalhos do autor. Se este ensaio “termina em cauda de peixe” é porque entendemos que as características essenciais do pensamento do professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR encontram-se delineadas na obra que vimos de estudar. Ali estão pontos de partida de sua reflexão, muitas posições que se destinavam a permanecer e fontes decisivas de seu trabalho intelectual. Ali também se estabelecem, com nitidez, certas afirmações que, parecendo embora bem alicerçadas em raciocínios e convicções, foram mais tarde negadas por sua própria evolução. Tais contradições assinalam o curso de seu amadurecimento, acusam tentativas de renovação e testemunham a busca de maior autenticidade por quem assume, com coragem, o risco de contradizer-se. Deve-se observar, mais uma vez, que contradições dessa natureza são apenas abstratas e aparentes, pois desaparecem na lógica da existência. Basta, muita vez, o recuo de algumas décadas e as fases que se contrariam já se compatibilizam por si mesmas, nesse modo de encadeamento que imita, no real exterior, o movimento dialético do pensar. Outras vezes, os aspectos colidentes da conduta e do discurso individuais adquirem ou recuperam sua coerência quando — à distância temporal — vão aparecer ocupando o lugar que lhes é próprio na composição do quadro coletivo nacional, dentro de cada época, em harmonia com a formação histórica do respectivo povo. Na verdade, por mais rica que seja uma personalidade, só alcança a plenitude na realização de sua existência social. E o seu *sentido* só é determinável *a posteriori*, em retrospecto, ao emanar de todos os seus atos, considerados na trama das relações sociais, na conformidade do destino comum (cp. últimas palavras do *Édipo-rei* de Sófocles).

De modo correlato, ao analisar um itinerário de escritor ou a produção de um professor, como agora fazemos, sentimos que a nossa tarefa só verá completar-se o seu sentido e adquirir utilidade a partir do momento em que, inserindo-a no conjunto do grupo ou grupos sociais a que pertence, conseguirmos determinar as relações que essa obra mantém com o seu meio e fixar em que medida tira sua origem e se mostra expressão desta sociedade. Do mesmo passo é mister avaliar, quando possível, a contribuição social que ela proporciona.

Vamos pois resumir as observações que nos suscitam as outras duas obras que escolhemos como as mais características.

Filosofia do direito

O título acima refere-se ao manual ⁵⁶ bastante desenvolvido (542 páginas) em que o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR reuniu matérias que correspondem, de modo geral, ao programa que tem exposto em seu curso de *Introdução à ciência do direito* na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O *primeiro tomo* promete, em seu título, cuidar exclusivamente do “conhecimento humano”. Contudo, além da questão gnoseológica propriamente, trata de temas clássicos de filosofia, lógica, ontologia (metafísica tradicional e bergsoniana), axiologia, ética e outros sobre *os dois eus* e *a concepção do mundo*. Entretanto, a maioria dos assuntos é versada, predominantemente, sob o ângulo da teoria do conhecimento, por exemplo: *a intuição do eu, intuição do ser, intuição do honesto e do justo* etc. (lugares onde é largamente acolhido — é claro — o intuícionismo bergsoniano). A matéria deste *primeiro tomo* pode ser caracterizado como provinda, prevalecentemente, de duas fontes: neotomismo e HENRI BERGSON.

O *segundo tomo* volta inicialmente a questões metafísicas (*Os princípios e as causas*), aflora salteadamente problemas vários: cosmológicos (*O universo*), epistemológicos (*A divisão da ciência*), sociológicos (*A sociedade humana*) e políticos (*A sociedade política*) para afinal focalizar, privilegiadamente, grandes tópicos da filosofia moral (*O mundo ético*), vistos sobretudo à luz da psicologia, e, com maior amplitude, temas fundamentais e convencionais da filosofia jurídica (*A ordem e a lei, As normas, Pluralismo das ordenações jurídicas e unidade do sistema jurídico, Fundamento natural da ordem jurídica, O direito subjetivo, A justiça e A definição do direito*).

Note-se, de passagem, que o estilo, nesta obra, evoluiu no sentido da sobriedade. As frases são mais curtas, buscam a expressão definitiva, a clareza, a simplicidade. Em compensação, não há engano em dizer-se que, apesar dessa concisão — e simultaneamente — o discurso adquire acentuação autoritária, como a que é própria da tradição dos compêndios da filosofia escolástica e dos textos de lei. É um tipo de comunicação que, em certa medida, barra a reação reflexiva do leitor e ouvinte, limita observações ou objeções espontâneas; de fato, porém, não faz senão adiar dúvidas e contestações, que terminam por erguer-se mais tarde. Esse tom dogmático exclui, por igual, em cada questão, aquela abertura dialética em que as

56. Aqui referido pela sigla FD. *Filosofia do direito*, 2 vs., ed. M. Limonad, São Paulo, s. data.

principais soluções propostas são colocadas ou, por assim dizer, justapostas, para serem, a seguir, discutidas uma a uma. Este é, como se sabe, o método dialético que nos vem de SÓCRATES e PLATÃO, que ARISTÓTELES torna menos ágil e dramático, porém mais demonstrativo, e que alcança, com TOMÁS DE AQUINO, aquela estrutura a um tempo sólida e flexível, que dá força e beleza à *Suma Teológica*. Mas não, não é esse o método desta *Filosofia do Direito*, elaborada para um curso de *Introdução à ciência do direito*. Esta destinação a um público de alunos do primeiro ano, naturalmente mais receptivos que contestadores, deve ter contribuído para o tom geral de exposição dogmática. Concomitantemente, o autor reduz ao mínimo referências aos conceitos que confirmam ou se opõem aos seus, abolindo as notas e aparelho crítico, limitando a bibliografia a algumas obras de sua preferência, acessíveis aparentemente ao nível de primeiranistas. No plano da filosofia geral, BERGSON é ainda, entre os contemporâneos, o mais citado, fornecendo materiais de fundação; enquanto o neotomismo (LEÃO XIII, MARITAIN, VAN ACKER, JOLIVET etc.) contribui também largamente para o desenvolvimento do curso.

No tocante à filosofia do direito, o autor é aqui influenciado pelas projeções das tendências mencionadas acima no campo da teoria jurídica. Alimenta-se, por outro lado, do idealismo à maneira de DEL VECCHIO e, em menor proporção, do idealismo do sr. MIGUEL REALE. Com este compartilha ainda a mesma postura conservadora diante da ordem jurídica (enquanto fato consumado) e a mesma atitude reverencial diante da legalidade positiva e formal, resultante das correntes tecno-jurídicas, que correspondem à ideologia liberal e contra-revolucionária. Esta segunda ideologia parece coincidir, ao nível da política, com as idéias de autores nacionais citados em sua pequena lista⁵⁷: OLIVEIRA VIANNA e prof. J. P. GALVÃO DE SOUZA.

Como já o fizera, mas de modo crítico, na *Criação do direito*, o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR continua a manipular, com inegável liberdade, as idéias de seus autores preferidos, procurando abrir, à custa deles, o seu próprio caminho. De modo tal que, se na primeira obra a qualidade mais saliente parece ser a coragem da crítica, nesta a virtude dominante é talvez aquela eciana "coragem de afirmar". Todavia, se nos é lícito opinar, diremos que este livro atinge o seu ponto alto ao baixar da metafísica escolástico-idealista, própria do neotomis-

57 FD, pp. 11-12.

mo de LOUVAIN (professor VAN ACKER, J. MARECHAL, etc.) ao intuicionismo de BERGSON. "Ante o fracasso das Metafísicas conceptuais, ante a esterilidade das dialéticas cerebrinas, o caminho único que se abre para o pensador é o que, afastado das paragens ideais em que a filosofia moirejou debalde durante tantos séculos, segue pelo terreno firme das percepções empíricas. Não se trata, evidentemente, de renunciar às faculdades de concepção e de raciocínio. O que se quer é que o *concebido* seja, por assim dizer, uma decorrência do *percebido*, a fim de que o conhecimento tenha consistência real".⁵⁸ A partir desta opção pelo concreto, e sem largar o conceito de *intuição* (poder-se-ia dizer *intelecção*)⁵⁹ peculiar à filosofia antiga e ao idealismo moderno, o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR adota, com entusiasmo, a *intuição* de BERGSON, integrando-a numa estrutura do fenômeno do conhecer, que não deixa de ser original sua⁶⁰.

Chega ele assim ao modo de conhecimento intuitivo, distinto do conhecimento intelectual *material*. Dividindo a intuição em *sensível* e *intelectual*, define a segunda⁶¹ como "*apreensão mental de objeto imaterial (. . .) que se impõe à inteligência, independente de abstração e de raciocínio*". Esta intuição intelectual denomina-a, coerentemente, de *inteligência espiritual*, que entende ser a via de acesso ao *eu*, como ente espiritual, e ao *ser enquanto ser*, bem como (através da *simpatia*) ao *interior* dos objetos⁶², em seu movimento e devir.

Mediante este modo intuitivo e espiritual da inteligência efetiva-se uma forma de conhecimento absoluto, descrito como "experiência", em que se verifica "assombrosa revelação", a descoberta do meu *Eu Real*, "que é espírito, e espírito somente!"⁶³ E mais: "Sendo só espírito, meu *eu* é indestrutível. Sendo indestrutível, é imortal! Sendo imortal, é invencível e eterno! Haverá descoberta mais importante do que esta?"⁶⁴

Entretanto, de todo o brilhante esforço desenvolvido no decorrer do *primeiro tomo* e em mais de dois terços do *segundo*, para entender e expor as questões preferenciais da filosofia tradicional e algumas idéias centrais da contemporânea, e para resumir matérias sem dúvida fundamentais de sociologia e

58. FD, p. 117.

59. O. HAMELLIN, *Le Système d'Aristote*, Paris, 1931, pp. 153 ss.

60. FD, p. 129, onde se encontram claramente articulações dessa integração.

61. FD, p. 114.

62. FD, p. 121.

63. FD, p. 147.

64. *Ibidem*.

política, pouco se colhe que seja diretamente aplicável às noções de filosofia jurídica, contidas na parte final da obra. Na verdade, conta este tomo, em seu texto propriamente dito, 527 páginas, das quais, a rigor, apenas 70 se ocupam de teoria geral e filosofia do direito. Este fato, porém, em nada diminui o valor da longa parte filosófico-sociológica e do relativamente breve espaço jurisprudencial, considerados intrinsecamente, sem entrar no julgamento de sua adequação didática a um curso de *Introdução à ciência do direito*. Quanto a nós, temos a convicção de que os alunos só puderam ganhar com o plano da obra, e os que a leram, e atentamente estudaram, terão tirado o maior proveito tanto daquela vigorosa introdução à filosofia, quanto desta última parte, onde o nosso professor plantou, de modo categórico, o que lhe pareceu ser os pilares do direito.

O direito quântico

A tendência do professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR a pesquisar no terreno das informações de ciência experimental, por nós caracterizada, no princípio deste estudo, como uma das constantes de sua atividade intelectual, termina por encontrar em seu livro *O direito quântico*⁶⁵ a sua expressão mais desenvolvida. Na *Criação do direito* abre-se o leque de suas várias possibilidades dominantes. Na *Filosofia do direito* desdobra-se afirmativamente a inclinação especulativa, que inflete, com fervor, na direção do intuicionismo. Já *O direito quântico* registra a reflexão de leituras de física e biologia. É fácil perceber que após a publicação da *Filosofia do direito*, que condensa longos anos de ensino no curso de graduação de *Introdução*, estava o professor ansioso por acertar contas com aquelas ciências, cujos avanços e resultados procurou conhecer. Parece até mais preocupado em ampliar conhecimentos nessas ciências, e outras afins, do que efetivamente procurar — como prometia o subtítulo do livro — o fundamento da ordem jurídica.

Os leitores sensíveis mais ao apelo filosófico do que aos motivos científicos não deixarão de lamentar tenha o mestre deixado o rico veio do intuicionismo e da filosofia, que vinha explorando com êxito, a fim de minerar, nas aquisições da ciência, fatos e idéias com que ensaia ainda mais outra funda-

65. Aqui também indicado apenas com as iniciais DQ. *O Direito Quântico*, Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica, 5.^a edição, revista e aumentada, São Paulo, 1980.

ção do direito. Com efeito, na leitura de BERGSON ele se preparara, e com paixão, a receber as soluções psicológicas ou, mais precisamente, a utilizar a saída intuicionista de PETRAZICKI, que suscitou o seu esquema de atributividade e direito subjetivo (com as noções de permissão, autorização etc.). Mas não há dúvida que é um direito seu — talvez o *melhor* — o de tentar novas veredas, satisfazendo, como notamos, um de seus pendores naturais. Não sei se todos os que o leram, o aprovaram; mas desconfio que preparar e escrever este livro lhe foi certamente enriquecedor e divertido. Afinal, entre outros, o princípio do prazer é um amável guia.

A *nota preliminar* dá-nos o seguinte resumo do espírito geral da obra: “A Teoria Quântica do Direito, o Quantismo Jurídico, é a tese de que o Direito se *insere* na harmonia do Universo e, ao mesmo tempo, dela *emerge*, como requintada elaboração do mais evoluído dos seres.”⁶⁶ Na quinta edição, publicada cerca de nove anos após a primeira, o autor acrescentou à mesma nota: “O Direito Quântico é o Direito Natural — não o direito natural doutrinário ou ideal, mas o Direito Natural da *natureza*, que é o Direito que flui das realidades bióticas e genéticas dos agrupamentos humanos; o Direito que simplesmente exprime o “sentimento” e a verdadeira índole das coletividades em que ele vigora.”⁶⁷

Observe-se desde logo que a quinta edição alterou substancialmente o texto anterior, isto é, o conteúdo único das precedentes edições. Seria, sem dúvida, interessante comparar essa primeira versão com a segunda, estabelecer as diferenças e determinar-lhes as causas. Limitar-nos-emos, porém, a cotejar a divisão da matéria num e noutro texto e a focalizar criticamente, em seguida, algumas articulações e aspectos decisivos.

Na versão das quatro primeiras edições a matéria acha-se assim distribuída:

“Nota preliminar

- | | | | |
|------|-----|---|-------------------------|
| Cap. | I | — | Visão do mundo |
| | II | — | A liberdade |
| | III | — | O sistema de referência |
| | IV | — | O comportamento ético |
| | V | — | A natureza das leis |
| | VI | — | O direito quântico |

66. DQ, p. 9 da 1.^a ed. ou 14 da 5.^a.

67. DQ, p. 14 da 5.^a edição.

Breve Bibliografia”

A divisão principal na quinta edição é a seguinte:

“Nota preliminar

- Cap. I — Visão do mundo
 II — A liberdade
 III — A unidade do mundo e a natureza das leis
 IV — O sistema de referência
 V — Juízos, valores e ordem ética. Mundo da cultura
 VI — Biologia jurídica
 VII — A norma jurídica
 VIII — O direito subjetivo
 IX — O direito quântico

Breve Bibliografia”

Tomemos em consideração doravante a quinta edição.

O capítulo I dá-nos, com efeito, uma *visão do mundo*, ou seja, simplificada representação mental da matéria e da vida, esboçada sobre a tela da imaginação com as tintas da divulgação científica e a espátula da lógica formal. Se o leitor jurista conseguir absorver as relativamente poucas expressões técnicas e acompanhar com perseverança o autor nessa linguagem nada familiar, acabará por admirar a coerência da exposição, no que o ajudarão, certamente, o colorido poético de tantas descrições, um freqüente tom de suspense e mistério e aquele pendor a teatralizar a natureza, personificando as coisas, pondo em cena ora personagens infinitamente grandes, ora infinitamente pequenas. Vejamos alguns exemplos, que ilustram esses aspectos que vimos de apontar.

“Há vinte ou trinta bilhões de anos, uma gigantesca nuvem começou a invadir os céus. Sua temperatura ascendia a milhões de graus”⁶⁸. “Vênus, a misteriosa — Vésper, Estrela da Tarde, Estrela do Pastor; Lúcifer, Estrela da Manhã, Estrela d’Alva, Estrela do Norte, Estrela dos Navegantes; Deusa do Amor — Vênus se esconde por detrás de seus véus luminosos”⁶⁹.

68. DQ, p. 15.

69. DQ, p. 46.

“Surpresas extraordinárias estavam reservadas, para o homem, no âmago dos *tijolos do mundo*.”⁷⁰ “Espantosa revelação esta! Mas eis que revelação análoga se fez relativamente a outras micropartículas. Os electrons, por exemplo, logo demonstraram ser *energia*, além de ser corpúsculos.”⁷¹ “Poder-se-ia perguntar: Que cousa é a fundamental: o corpo ou o campo?”⁷²

“Os átomos têm sido considerados os sistemas planetários do Microcosmos. Há, realmente, alguma semelhança entre um átomo e um sistema planetário. O núcleo faria papel de estrela, e os electrons, de planetas.”⁷³ “Assim, nas profundezas da substância, uma misteriosa forma de liberdade parece patentear-se no *indeterminismo* operacional dos corpúsculos quânticos.”⁷⁴ “Este é um fato realmente notável. O que neles mais surpreende é que cada electron parece manifestar suas propriedades como se tivesse vontade própria, *como se fosse livre*.”⁷⁵

O leitor jurista que percorrer o livro será decerto grato ao autor de lhe ter resumido, de modo acessível e agradável, algumas das principais teorias da física e da biologia. Mas não deixará de notar que essa explicação ou *visão do mundo*, além de ocupar as 188 páginas do capítulo I (sobre as 433 do livro), estende-se pelo II, quando o autor entra, pela primeira vez, a falar em *liberdade humana*, à página 226. Mais da metade da obra, portanto, é exclusivamente dedicada a estabelecer os fatos físicos e biológicos que deverão servir de fundamento à ordem jurídica. Mas estou certo de que o leitor jurista nada tem a perder em seguir o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR empós do *direito quântico*; ao contrário, só tem a ganhar em demorar-se nesse terreno de ciência natural, que ainda aflora aqui e ali até o fim do livro. De fato, não prometera tratado de direito, mas exploração do seu fundamento.

Assim, cumpre ele a tarefa que se propusera, fundando os valores éticos e o direito na realidade e conhecimento científico do mundo e da vida. “É incontestável, portanto, que as ciências do Mundo da Natureza, de certa maneira, também são ciências do valor e que a denominação “Ciências do Valor” é imprópria para distinguir as chamadas Ciências Éticas, das Ciências Físicas.”⁷⁶

70. DQ, p. 59.

71. *Ibidem*.

72. DQ, p. 99.

73. DQ, p. 102.

74. DQ, p. 97.

75. DQ, p. 95.

76. DQ, p. 309.

Para o nosso autor, neste livro, a ciência natural é suficiente para explicar o surgimento da consciência e provar a existência da liberdade humana. O pensamento é condição da ordem e a lei é sua fórmula.⁷⁷ O regime democrático é a realização política da ordem natural, prefigurada no organismo humano, pois o “homem possui, em suas próprias células, os padrões da Democracia”.⁷⁸

Nas páginas em que trata especificamente dos temas jurídicos (norma e direito subjetivo) o professor reitera as teses expostas nos escritos e cursos anteriores, mas já agora sob a luz que sobre elas se projeta a partir da concepção científica e — porque não dizê-lo? — científicista, que irradia dos pressupostos laboriosamente lançados nos capítulos iniciais e centrais da obra. Finalmente, algumas questões filosófico-jurídicas fundamentais ou de atualidade lhe merecem particular atenção: os direitos do homem, a fonte doadora de sentido e a experiência jurídica e, “last but not least”, o direito natural.

Se o *quantum* é porção e unidade de energia irradiada⁷⁹, “o direito *legítimo* é *quântico* porque delimita, *quantifica*” a energia humana, “segundo o sistema ético de referência que espelha disposições genéticas da coletividade.”⁸⁰ “Em conformidade com o Direito Quântico, dentro da sociedade, um *quantum* de movimentação é exigível legitimamente.”⁸¹ É o momento de recordar que a obra que ora examinamos começa por dizer⁸²: “O *Direito Quântico* é o *Direito Natural*” . E eis que o tópico final repete agora conclusivamente: “O *Direito Natural* é *Direito Quântico* porque é o *Direito* reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população”⁸³ Entre uma e outra frase, a mesma frase, o professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR esforçou-se por demonstrar,⁸⁴ com recurso a dados científicos e emprego de raciocínio construtivo, que o direito tem sua base nos fenô-

77 DQ, pp. 261-263.

78. DQ, p. 339.

79. DQ, p. 107.

80. DQ, p. 427.

81. *Ibidem*.

82. DQ, 5.^a edição, p. 14, Nota preliminar.

83. DQ, p. 426.

84. A concepção de direito natural do autor reduz-se, bem examinada, à modalidade *determinista*, apesar de não limitá-lo a *leis eternas e imutáveis*. A concepção atual do direito natural, nascida da rigorosa crítica histórica, e fundada em Aristóteles, rejeita todo determinismo, inclusive o de pretensões científicas.

menos da ordem natural. Entretanto, não pôde fazê-lo sem perder pelo caminho alguma coisa do que antes nos parecera inerente ao mais profundo do seu pensamento, porventura do seu sentimento. Por isso, é com certa consternação que alguns hão de ler⁸⁵ neste *Direito quântico*: “Os fundadores das religiões, quando diziam receber mandamentos do Ente Supremo, nada mais fizeram, certamente, do que revestir, com os véus de uma piedosa fantasia, as mensagens íntimas de seu patrimônio genético.” “As religiões são concepções primitivistas da realidade.”⁸⁶ “Deus e as demais divindades sempre foram feitos à imagem do homem.”⁸⁷ Evidentemente, sem qualquer intenção malévola, é lícito medir daqui a distância que separa o autor das derradeiras páginas da *Criação do direito* e das inequívocas declarações de certeza espiritualista contidas nesse livro já longínquo, como também na *Filosofia do direito*. Alguns lastros, até então necessários ao equilíbrio do seu pensamento filosófico, foram descartados ou substituídos pela prestigiosa carga de electrons e proteínas. Mas a maior parte dos elementos e fontes de seu pensamento permanecem e são integrados unitariamente: por exemplo, o vocabulário e *doutrinas neotomistas* (JOLIVET, VAN ACKER, o padre MARECHAL), o evolucionismo intuitivo de BERGSON, a teoria liberal e conservadora do direito subjetivo, uma concepção muito positivista da norma jurídica etc. É de observar-se ainda a oportuna incorporação de várias citações de clássicos do marxismo, em abono de seus desenvolvimentos evolucionistas: MARX, ENGELS e LENIN, lado a lado, coincidentemente com SÃO TOMÁS e ARISTÓTELES.⁸⁸ Sugestão talvez da leitura dos físicos e biólogos soviéticos citados na bibliografia. No essencial, não há muito que opor à aproximação desses autores, só em aparência incompatíveis, e entre os quais, ao contrário, apresso-me em reconhecer a existência de concordâncias decisivas e fundamentadas, que uma honesta comparação crítica autorizaria sem muito esforço.

* * *

Deixarei ao “leitor benévolo” as conclusões gerais sobre o pensamento estudado aqui. Quanto a mim, dada a abusiva extensão deste ensaio, reservo-me para publicá-las em outra ocasião.

85. DQ, p. 333.

86. DQ, p. 332.

87. DQ, p. 333.

88. DQ, pp. 86-93.

Breves Considerações em Torno da Estrutura e Função da Fórmula com Cláusula Arbitrária no Processo Romano Clássico

Luiz Carlos de Azevedo

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

1. Em outra oportunidade, já havíamos ressaltado o enorme significado do direito pretoriano, cuja principal atribuição consistiu em completar, suprir e interpretar as lacunas da lei, corrigindo, ainda, o rigor de seus efeitos, os quais, por vezes, resultavam em flagrante iniquidade ou prejuízo considerável para as partes.

Mas, conforme então lembrávamos, com a gradativa expansão da República, os pretores urbanos já não mais se apresentavam suficientes para atender aos inúmeros problemas que se sucediam, razão porque se instituíram outros, peregrinos, com jurisdição sobre os litígios postos entre cidadãos romanos e estrangeiros. (242 A.C.) A esta altura, distinguiram-se, também, dois juízos: os legítimos onde o juiz romano decidia, em Roma, ou até a uma milha da cidade, conflitos de interesses entre cidadãos romanos: e os chamados “*judicium imperium continentia*”, atendidos pelo pretor peregrino, — por constituírem função e poder de seu “*imperium*” — envolvendo questões onde, pelo menos uma das partes, não era romana.

Em tais casos, como desconheciam as partes o direito, bem agia o pretor por fornecer como também ao juiz, uma instrução por escrito; aproveitando o sistema, com sucesso, nas províncias, veio ter, com o tempo, à metrópole, dele resultando as chamadas “*fórmulas*”, cuja importância foi de tal modo relevante, que acabou por dar nome ao período.

2. Assim, assumiu característica fundamental do processo formular, a instrução que o pretor fornecia ao juiz, para que este julgasse a causa que lhe fora submetida.

Mas a palavra fórmula há de ser examinada em dois sentidos: no primeiro, a fórmula modelo, constante do edito

do pretor, disposição colocada “in abstracto” e dirigida a todos; no segundo, de maneira mais específica, a fórmula “judicium”, aplicada ao caso concreto, isto é, a processo determinado, onde já se designavam os seus dados principais, tais como o nome do juiz e das partes, a importância pretendida ou o bem reclamado: ao contrário do antigo sistema das ações da lei, onde tudo transcorria oralmente, figurava, agora, uma recomendação por escrito, redigida pelo magistrado, após oitiva sumária das partes e na qual vinham esclarecidos os pontos de direito, bem como os fatos que o juiz devia levar em conta ao proferir sua decisão.

Em tal conformidade, enquanto no edito, a fórmula não passa de paradigma estabelecido em caráter geral a respeito da eventual questão ocorrente, desde o momento em que esta realmente surge, a fórmula adquire vida, funcionando como instrução escrita para aquele caso concreto, agindo exclusivamente naquele processo que está para ser julgado.

3. GAIO, na sua objetividade quase que lacônica, enuncia as quatro partes essenciais da fórmula, “demonstratio”, “intentio”, “adjudicatio”, “condemnatio”, (Inst. 4.39) passando, a seguir, a defini-las e a fornecer alguns exemplos de cada qual.

Continham as fórmulas, entretanto, outros elementos, essenciais e acessórios: antes da “demonstratio”, vinha a designação do juiz incumbido de prolatar a sentença, “nominatio judicis”; além disto, em certos casos, inseriam-se a “praescriptio pro actore” ou “pro reo”, substituída esta, depois, pela “exceptio”; e, ainda, a “replicatio”, resultante da “exceptio” alegada pelo réu, a “duplicatio”, a “treplicatio”

Enquanto na “demonstratio” se achava contida, em linguagem moderna, a causa do pedido, isto é, descreviam-se, embora sucintamente, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, — “quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem vendidit” — a “intentio” traduzia a pretensão do demandante, onde o autor “desiderium suum concludit”: “si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere” (Inst. 4, 40 e 41).

Existiam fórmulas que se resumiam na “intentio”: era o caso das “actiones praejudiciales”, ações que se destinavam a obter o reconhecimento de um fato que serviria de fundamento à outra ação; diziam respeito ao estado das pessoas, ao direito de família, aos bens patrimoniais; nelas, encontraria a doutrina moderna o conceito da ação meramente declaratória.

A vantagem da ação prejudicial residia na circunstância de tornar o fato indiscutível quando julgado por sentença; e não é outro o proveito no direito atual, pois se a apreciação de questão prejudicial não faz coisa julgada quando levantada pelo réu, na contestação, ou quando incluída pelo juiz, na motivação de sua sentença, forçosamente o fará, quando provocada e proferida em ação declaratória incidental (art. 470 do Código de Processo Civil).

Nestas ações, não havia falar em “condemnatio”, pois o juiz se limitava a declarar, ou não, o direito pretendido; mas, de ordinário, nas demais ações, completava-se a fórmula com a condenação ou absolvição do réu: “judex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna; si non paret, absolve”; (Inst., 4,43) finalmente, incluía-se, em certas ações, a “adjudicatio”, — ou esta substituía a “condemnatio” — quando se mostrava necessário transferir a propriedade da coisa para uma das partes (Inst. 4, 42)

4. Mas a condenação, no processo formulário, devia consistir, sempre, no pagamento de uma determinada quantia em dinheiro; este princípio era fundamental, atestando-o a lição de GAIO e os textos do Digesto: “A condenação, em todas as fórmulas que a contém, é concebida sob forma de avaliação em dinheiro. Assim, se pedirmos qualquer coisa corpórea, como um fundo, um escravo, uma roupa, ouro, prata, o juiz não condena o réu à prestação da própria coisa, objeto do litígio, como era costume fazer-se antigamente, mas o condena ao equivalente em dinheiro, depois de avaliada a coisa”. (Inst. 4,48) “Ait praetor, condemnatus ut pecuniam solvat: a judicatio ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat” (D. 42, 1, 4, 3).

Esta exigência, se portava utilidade, pois conferia ao autor o direito de obter o pagamento da condenação mesmo se a coisa litigiosa houvesse desaparecido no curso da demanda, isto é, entre a “litiscontestatio” e a sentença, trazia, por outro lado, vários inconvenientes; com efeito, às vezes, a pretensão do demandante se situava na restituição de um bem específico e determinado, de sua propriedade, não lhe interessando a substituição em pecúnia; por isto, em se tratando, por exemplo, de objeto de estimação do autor, é evidente que este não via satisfeito seu anelo com o recebimento do equivalente em moeda corrente, mesmo porque a quantia não lhe iria trazer de volta o bem que se achava fora da esfera de seu patrimônio e que, malgrado ganhasse a ação, não lhe seria devolvido. Da mesma forma, nas obrigações de fazer, o que o demandante realmente desejava era a execução da tarefa contratada, não lhe parecendo

suficiente o simples pagamento da quantia fixada pelo juiz na sentença.

E não era só, pois ocorria, ainda, outro estorvo: com a “*listiscontestatio*”, dera-se uma “*novatio*” necessária, pela qual a anterior obrigação de direito material fora substituída por uma obrigação de direito processual; de tal sorte, o credor não possuía mais crédito ao bem, mas crédito ao dinheiro que deveria ser pago pelo devedor; se, antes da condenação, este se tornava insolvente, ficava aquele na contingência de arcar com os azares de um indesejado concurso de credores.

Para obviar todos estes embaraços à pretensão do demandante, costumava-se colocar na fórmula, uma cláusula pela qual se determinava que a condenação pecuniária não incidiria caso o réu restituísse ou exhibisse a coisa pleiteada (Inst. 4, 163). Em tais hipóteses, o juiz, após afirmar o direito do autor, mas antes de atingir a condenação, ou melhor, como prejudicial desta, possibilitava ao réu a restituição da coisa: será condenado, a não ser que restitua. Se o réu atendia a determinação, o processo aí se encerrava; não acatada a ordem, aquele prosseguia, culminando com a sentença condenatória.

O exemplo clássico da fórmula com cláusula arbitrária provém de Cícero: “*L. Octavius iudex esto: si paret, fundum Capenatem, quo de agitur ex jure Quiritum P Servilii esse, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO RESTITUETUR (II actio contra Verres, lib. II, XII, 31).*”

Buscava-se, assim, com a alternativa da restituição em espécie, a imediata e precisa satisfação da pretensão do autor. E, para compelir o réu a devolver ou exhibir, estabelecia-se, também, que o valor da coisa devia ser estimado, sob juramento, pelo próprio autor; isto é, ainda que o valor da causa fosse assentado pelo juiz, permitia-se ao autor, sob juramento estimatório, avaliar a quantia correspondente ao bem pretendido. Ora, esta faculdade conferia ao demandante, embora sob juramento, a prerrogativa de estimar à coisa um alto valor, trazendo, por consequência, condenação majorada no caso do seu não cumprimento pelo demandado.

Por isto, às vezes, com vistas a coibir os naturais exageros da estimativa, limitava o juiz o juramento até quantia certa, mais consentânea com o valor real do bem, mas, de qualquer forma, sempre mais onerosa para o condenado. (D. 12, 3, 5).

Interessante observar: séculos passados, quando da recepção do Direito Romano na Europa continental, — ou melhor, quando de seu redescobrimento — o juramento

estimatório vai aparecer, em Portugal, nas Ordenações Afonsinas, Liv. III, Tít. 91, 2, alí constando que se o vencedor quizer haver somente a verdadeira valia da coisa, poderá jurar aos Santos Evangelhos, e segundo o que afirmar, assim será o réu condenado; mas o seu juramento tem limite, não podendo ir além da avaliação fixada, de antemão, pelo julgador.

Atualmente, a doutrina veio criar condições bastantes para coartar o devedor da obrigação a satisfazê-la em espécie, isto é, sem que fosse reduzida ao correspondente montante em pecúnia ou resolvida em perdas e danos; as “astreintes” do direito francês e, entre nós, as medidas coercitivas, tais como a multa estabelecida por dia de atraso, quando do descumprimento do contrato, são exemplos dignificativos da solução adotada; (artigos 644 e 645 do Código de Processo Civil) tais cláusulas, como se sabe, visam obter o “adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumprí-la para evitar as pesadas sanções que o ameaçam”.

Pois isto acontecia, sob certa forma, também no processo romano, por força do que dispunha a cláusula arbitrária; embora se dissesse que “quia non facit quod promisit, in pecuniis numeratam condemnatur”, (D. 42, 1, 13, 1) verdade é que a cláusula em exame continha o propósito de fornecer ao demandante, a satisfação plena, específica, de sua pretensão; isto é, diligenciava-se no sentido de que este não recebesse tão somente o valor em dinheiro, correspondente ao valor do bem pretendido, — ou, ainda, o valor correspondente à obrigação que o devedor avencara realizar — mas, isto sim, a própria coisa, objeto do pedido formulado.

Em razão do préstimo alcançado, difundiu-se o emprego da cláusula arbitrária entre as ações tanto reais quanto pessoais: na “reindicatio”, na “hereditatis petitio”, na “vindicatio pignoris”, na “vindicatio servitutis ou usufructus”, etc.; além destas, na “actio ad exhibendum”, na “actio aquae pluviae arcendae”, naquelas resultantes dos interditos restitutorios quando o possuidor se negava a acatar a ordem do pretor para a reintegração do bem; e, ainda, nas ações “quod metus causa”, de “dolo malo”, “noxalis”, “de injuris”, “fabiana, calvisiana, pauliana”, “de eo quod certo loco”, etc.

5. Há, na ordem jurídica, juízos de direito e juízos de equidade. Ademais, “jus est ars boni et aequi”. (D. 1, 1, 1, pr.). A cláusula arbitrária, colocada nas fórmulas, nada mais pretendia senão encontrar uma solução de equidade, na qual o juiz, antes de condenar, servia como verdadeiro mediador

entre as partes, propondo a restituição, a qual traria, por consequência, a absolvição do réu.

E, por assim agir, estava-se atingindo, de maneira mais rápida e eficiente, aliada à melhor objetividade, apanágio dos romanos, a resolução do conflito de interesses colocado entre as partes.

Bibliografia

- ANDRÉ GIFFARD, *Études de Droit Romain*, Paris, 1972, p. 65.
- FRANCESCO BUONAMICI, *Lo Storia della procedura civile romana*, Roma, 1971, (1886) p. 140.
- ANDRÉ GIFFARD, *Précis de Droit Romain*, Paris, 1951, p. 130.
- JEAN GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, p. 622.
- URSICINO ALVAREZ, *Curso de Derecho Romano*, Madrid, 1955, p. 411.
- EDOUARD CUQ, *Institutions juridiques de romains*, Paris, 1902, p. 740, vol. II.
- RAYMOND MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1947, (1970) vol. I, p. 176.
- VITTORIO SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1894, p. 179.
- HUMBERTO CUENCA, *Processo Civil Romano*, Buenos Aires, 1957, p. 69.
- F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, Oxford, 1953, p. 258 (II).
- JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio, 1971, p. 235 do vol. I.
- LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *O Direito de ser citado*, S. Paulo, 1980, p. 118.

Doação à Instituição Religiosa e a Emenda Constitucional N.º 1/69

Eros Roberto Grau

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

I. Posição da questão

1 A Companhia de Desenvolvimento de São Paulo — CODESPAULO — sociedade cuja maioria de capital social é detida pela Fazenda do Estado de São Paulo — vem promovendo, no desenvolvimento de suas atividades, a implantação de conjuntos habitacionais, nos quais se reclama, além da instalação de centros comunitários e de lazer, a ereção de templos religiosos.

Em um caso específico — do conjunto habitacional de Franca, no qual 146 casas são edificadas —, em atendimento à solicitação dos moradores, vem-se cogitando de a CODESPAULO proceder à doação de área de seu patrimônio à Diocese de Franca, a fim de que esta faça construir sobre ela templo vocacionado ao culto do catolicismo.

Contrariamente ao cogitado, tem-se alegado que a jurisprudência predominante do Tribunal de Contas do Estado está alinhada no sentido de, em qualquer hipótese, entender inconstitucional a aplicação de auxílios e subvenções, direta ou indiretamente, na manutenção de culto religioso. Nesta linha de entendimento, estruturada a partir da consideração do disposto no artigo 9.º, II da Emenda Constitucional n.º 1/69, a doação em questão seria tida como ofensiva ao texto constitucional. Daí indagarmos se é correto o entendimento exposto, fundado sobre a consideração do referido artigo 9.º, II.

2. A matéria a respeito da qual versa a consulta foi objeto, anos atrás, do exame percuente de ATALIBA NOGUEIRA, em parecer publicado na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo¹, na análise da constitucionalidade dos fundamentos

1. *Subvenção a instituições religiosas e a Constituição federal de 1946*, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, volume LVI, fascículo I, 1961, págs. 164 e ss.

de veto do Prefeito Municipal de Marília a projeto de lei que autorizava a concessão de auxílio financeiro monetário ao Seminário Diocesano de São Pio X.

Valer-me-ei, no tratamento do tema, em sua primeira parte, de modo marcante, da linha de exposição adotada no mencionado parecer, que, apesar da superveniência de novo texto constitucional, ainda permanece plena de validade.

Importa observar, contudo, que a disposição constante do artigo 9.º, II da Emenda Constitucional n.º 1/69 é mais extensa do que a analisada por ATALIBA NOGUEIRA. O artigo 9.º, II engloba os preceitos que se continham no artigo 31, II e III da Constituição de 1946, adicionando-lhes porém cláusula naquele inexistente, na ressalva da colaboração de interesse público, *“na forma e nos limites da lei federal”*.

Isso impõe, por sucessivos passos, o tratamento de aspectos distintos do problema: a separação entre Estado e Igreja; o alcance das empresas estatais pelo preceito do artigo 9.º, II e a noção de subvenção; a colaboração de interesse público; as normas constitucionais programáticas; a necessidade de licitação para a seleção do beneficiário de doação. Por derradeiro, não me excusarei à formulação de uma recomendação à consulente.

II. Separação entre Estado e Igreja

3. O artigo 9.º, II da Emenda Constitucional n.º 01/69 determina:

“À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II — estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar;”

A disposição citada — como já observei — consagra preceito correspondente ao contido no artigo 31, II e III da Constituição de 1946, que foi objeto do exame do Professor ATALIBA NOGUEIRA.

Trata-se de preceito que contempla o princípio da laicização do Estado, levando à separação, dele, da Igreja. No caso brasileiro, considerada a herança cultural e a tradição cristã do seu povo, de modo incontestável em maioria imensa votado ao culto do catolicismo apostólico romano, fundamentalmente separação entre o Estado e a Igreja Católica. O princípio, de certa forma — por razões histórico-políticas bem definidas, que não importa aqui examinar — dá atendimento à lição do “dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”².

É certo, de qualquer modo — e a este ponto adiante retornarei — que o vigente texto constitucional, além de supor a distinção entre as vocações material e espiritual do homem, consagra o princípio da liberdade religiosa, afirmando-o e reafirmando-o nos §§ 1.º, 5.º e 6.º do seu artigo 153.

O que importa indagar, todavia, neste primeiro passo, é se a Constituição, na disposição transcrita, operou mera separação — no sentido de distinção — entre a Igreja e o Estado ou, pelo contrário, estabeleceu radical e sectária cisão entre ambos.

4. A Constituição vigente, iniludivelmente, cuidou simplesmente de operar distinção entre os poderes político e religioso, não tendo rompido, de modo inconciliável, o relacionamento entre eles. O poder estatal, na expressão de HERMANN HELLER³, organiza e põe em execução as atividades sociais do homem que vive em um determinado território — sendo, por sua função, um poder secular — ao passo que a Igreja ordena a conduta do homem em relação à potência supra-terrena; mas essa clara delimitação conceitual, entre o poder eclesiástico e o secular-político, não exclui as mais estreitas relações entre ambos, na realidade social. Cumpre relembrar, aqui, dois momentos da exposição de ATALIBA NOGUEIRA: “O nosso regime político não é ateu, nem poderia desconhecer os sentimentos do povo brasileiro”⁴. E, logo em seguida, em referência ao preâmbulo da Constituição de 1946, mas que se aplica ao texto originário da atualmente vigente: “. . . logo no preâmbulo, (a Constituição) coloca o nome de Deus como soberano senhor do povo e do Brasil, sendo lógico que somente esta invocação liminar já está mostrando que lhe reconhece a necessidade de culto por parte dos brasileiros”⁵.

2. MATEUS 22, 21; MARCOS 12, 17; LUCAS 20, 25.

3. *Teoría del Estado*, traducción de LUÍS TOBIO, Fondo de Cultura Económica, México, octava reimpresión, 1977, págs. 227/8.

4. *ob. cit.*, pág. 165.

5. *ob. cit.*, pág. 165.

O texto constitucional vigente coíbe e veda a confusão entre poder civil e eclesiástico, sem contudo repelir — antes, pelo contrário, em inúmeros passos, tácita ou expressamente, a induzindo — a colaboração entre ambos. A consideração de algumas disposições nele contidas tornará isso mais evidente.

Assim é que os §§ 2.º e 3.º do artigo 175 definem que, atendidas determinadas condições, o casamento religioso equivalerá ao civil ou terá efeitos civis. O § 3.º, V do artigo 176 elege como norma a ser adotada pela legislação do ensino aquela segundo a qual o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas de grau primário e médio. O § 7.º do artigo 153 determina que, sem caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.

Por outro lado, a defesa das convicções religiosas — cuja liberdade, como vimos, é afirmada e reafirmada nos §§ 1.º, 5.º e 6.º do artigo 153 — é provida no parágrafo único, “c” do artigo 30. O artigo 165, VII, assegura aos trabalhadores o direito a repouso remunerado nos feriados religiosos, de acordo com a tradição local. Mais ainda, no artigo 19, III, “b”, o texto constitucional define a imunidade dos templos de qualquer culto aos impostos.

Além de tudo isso, porém, o fato é que a própria disposição contida no artigo 9.º, II, expressamente, admite a colaboração de interesse público, especialmente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar. Vale dizer: o texto constitucional está a reclamar — induzindo-o — esse tipo de colaboração.

Para logo se vê, dest’arte, que a Constituição veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o estabelecimento de cultos religiosos, a prestação de subvenção a eles, o embaraço ao exercício de suas atividades e a manutenção — com eles ou seus representantes — de relações de dependência ou aliança. Não obstante, reclama aquela colaboração.

No caso, pois, cumpre verificar se o ato pretendido — doação de imóvel à Diocese de Franca — consubstancia modalidade de *subvenção* (visto que evidentemente não expressa estabelecimento de culto religioso ou igreja, embaraço ao

exercício de suas atividades ou manutenção de relações de dependência ou aliança) vedada pelo texto constitucional ou se, pelo contrário, implementa colaboração de interesse público, do tipo nele ressalvada.

III. Alcance das empresas estatais pelo princípio e noção de subvenção

5. Anteriormente à exposição da noção de subvenção, porém, breve referência há de ser feita a uma diversa linha de argumentação, a que se poderia, eventualmente, neste passo, aludir. Tratar-se-ia, nela, de sustentar a não aplicação do preceito constitucional às empresas estatais, visto como refere, diretamente, às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados, Distrito Federal e Município. O argumento não me convence, entendendo eu ter o princípio, em sua integralidade, aplicação à CODESPAULO, entidade da administração indireta estadual, caracterizada como empresa de serviço público⁶. Tais empresas são projeções do próprio Estado, compondo-se no quadro da organização estatal, todo ele tocado pelo preceito do artigo 9.º, II do vigente texto constitucional.

Repudio, pois, aquela argumentação, retornando à linha de exposição anterior, agora para o fim de explorar referida noção.

6. Partamos, para tanto, da observação de que “*subvenção*” significa conceder subvenção.

A Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, em seu artigo 12, § 3.º define como subvenções as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-as como subvenções sociais e subvenções econômicas. É a tais subvenções que, v.g., refere o artigo 62 da vigente Constituição federal. Aí temos um conceito estrito de subvenção.

O vocábulo *subvenção*, todavia, pode ser tomado em sentido mais amplo, então significando não apenas as transferências financeiras, mas também a prestação de auxílio, de qualquer natureza, a terceiros.

Estou em que, em realidade, a Constituição reporta-se à noção de subvenção, no seu artigo 9.º, em sentido amplo. E de

6. A propósito da distinção entre empresas estatais de serviço público e empresas estatais de iniciativa econômica, vide meu *Elementos de Direito Econômico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, págs. 82 e ss.

modo tal que, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a concessão de subvenções a cultos religiosos ou igrejas, o faz de sorte a entre as condutas proibidas incluir a de outorga de doação da espécie considerada.

Daí a conclusão de que a doação em pauta estará abrangida pela vedação constitucional, salvo se instrumental da colaboração de interesse público, nele ressalvada.

Tenho para mim não subsistir dúvida quanto à circunstância de instrumentar ela, precisamente, tal colaboração.

IV A colaboração de interesse público

7 Nenhuma dúvida restando referentemente à circunstância de a doação em pauta instrumentar colaboração de interesse público, entre o Estado — por entidade de sua administração indireta — e a Igreja, teremos estar ela excluída à vedação constitucional. Pois é certo — repita-se — que o texto constitucional ressalva, para colocá-las além da vedação, as subvenções que instrumentam colaboração de interesse público.

Caberia, neste passo, indagarmos o que vem a ser o interesse público. Por certo não teremos como conceituá-lo, em termos jurídicos. O seu conteúdo é extrajurídico. O interesse público não é uma abstração jurídica, assumindo significados variáveis conforme e de acordo com circunstâncias históricas e políticas determinadas. De mais a mais, é certo que, modernamente, muitas vezes se apartam as noções de interesse público e de interesse social, dado o sensível afastamento, nos dias que correm, do Estado em relação à sociedade civil. Movendo-se em nome de razões próprias, o Estado adota concepções de interesse público muitas vezes inconciliáveis com as de interesse social, que a sociedade civil consagra.

No caso presente, contudo, dúvida não restará quanto à conveniência e necessidade de prover-se as comunidades usuárias dos conjuntos habitacionais erigidos pelo Estado de centros religiosos, onde possam elas buscar satisfação para a sua vocação espiritual. Já se afirmou que tais conjuntos, que são habitados por milhares de pessoas, consubstanciam verdadeiras cidades sem alma. Urge que se propicie àquelas comunidades condições de acesso a regular assistência religiosa — o que, de resto, a própria Constituição, no § 7.º do artigo 153, propicia a comunidades setoriais específicas. Basta esta mera referência àquela disposição para evidenciar a incidência,

na hipótese, do interesse público. Pois é exato que se a própria Constituição expressamente prevê a acessibilidade das forças armadas e auxiliares à assistência religiosa — naturalmente com a colocação, à disposição dos que a prestem, dos instrumentos a tanto indispensáveis — com maior razão há de admitir-se (e mesmo induzir-se) a prestação da mesma assistência às comunidades usuárias dos conjuntos habitacionais implantados pela CODESPAULO, por certo tão ou mais carentes dela do que as aquinhoadas no preceito constitucional do § 7.º do artigo 153.

Mas não é só. Em uma sociedade que, mercê da modernidade — não geradora apenas de efeitos positivos — torna-se cada vez mais complexa, voltada ao culto de valores materiais, por certo a acessibilidade àquela assistência trará como resultante não apenas a satisfação espiritual individual, mas também benefícios de ordem social da mais variada ordem. Mencione-se, para exemplificar, a ação positiva da Igreja na promoção da revitalização da estrutura familiar; ou a sua missão evangelizadora, no sentido de combate à prática da violência; ou, ainda, a ação dela junto aos jovens, por certa minimizadora dos males decorrentes da ignóbil difusão dos tóxicos.

Parece-me inquestionável, dest'arte, a conclusão de que, impondo-se a prestação, à sociedade civil, de assistência espiritual e por esta aquela clamando, na efetivação das doações em pauta definem-se hipóteses nítidas de interesse social, às quais correspondem manifestação de interesse público.

8. Posta a questão nestes termos, teremos que a doação de que estamos a tratar instrumenta a colaboração de interesse público a que alude o artigo 9.º, II do texto constitucional. Isso, tão somente, bastaria para encaminhar a conclusão de sua conformidade com a ordem constitucional vigente.

Sucede, porém, que a ressalva contida naquele artigo 9.º, II, está tocada por uma cláusula assim disposta: "*na forma e nos limites da lei federal*". Cumpre verificar, pois, se a colaboração de interesse público nele ressalvada, para que se possa efetivar, está condicionada ao advento daquela lei federal. A indagação assume tanto maior relevância quanto se observe que o legislador infraconstitucional nada dispôs naquele sentido, inexistindo a lei federal referida pelo artigo 9.º, II⁷

7. Note-se que a disposição da Constituição de 1946 (artigo 31, III) — a que se reportava ATALIBA NOGUEIRA — correspondente à do artigo 9.º, II, na vigente Constituição, não continha a cláusula nesta última contemplada.

V. As normas constitucionais programáticas

9. A questão da aplicabilidade das normas constitucionais mereceu, entre nós, estudo monográfico de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁸. Classificando-as desde os critérios da eficácia e aplicabilidade⁹, esse autor assim as distingue:

- I — normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II — normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
- III — normas de eficácia limitada:
 - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - b) declaratórias de princípios programáticos.

De *eficácia plena* são aquelas normas que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”¹⁰. Dessa espécie, entre outras, as normas que contenham vedações ou proibições¹¹.

De *eficácia contida*, “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”¹². Estas, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA¹³, “são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos”; “enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua

8. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

9. *ob. cit.*, pág. 78.

10. *ob. cit.*, pág. 94.

11. *ob. cit.*, pág. 93.

12. *ob. cit.*, pág. 108.

13. *ob. cit.*, pág. 96.

eficácia será plena”; “são de aplicabilidade direta e indireta, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam”.

De *eficácia limitada* — e *princípio institutivo* — “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo mediante lei”¹⁴.

De *eficácia limitada* — e *princípio programático* — “aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”¹⁵.

10. Se adotarmos a construção de JOSÉ AFONSO DA SILVA — que, não obstante, será adiante contestada — teremos, a partir de sua consideração, que a disposição contida no artigo 9.º, II, da vigente Constituição compreende duas normas distintas, uma de eficácia plena, outra de eficácia contida:

- a) de eficácia plena — vedação, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, do estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, da prestação de subvenção a eles, de oposição de embaraço ao exercício de suas atividades ou de manutenção, com eles ou seus representantes, de relações de dependência ou aliança;
- b) de eficácia contida — ressalva àquela vedação, na forma e nos limites da lei federal, quando algumas das condutas vedadas instrumentem colaboração de interesse público, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar.

Considerados os termos da consulta e a finalidade da ressalva, fixemo-nos na hipótese de prestação de auxílio — subvenção — aos cultos religiosos ou igrejas como instrumental da colaboração do tipo referido pela norma.

14. *ob. cit.*, pág. 119.

15. *ob. cit.*, pág. 132.

O que importa reter, neste passo, é a circunstância de que, na exposição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, tratando-se, esta segunda norma, de espécie das de eficácia contida, esta será plena enquanto o legislador ordinário — como ocorre no caso — não expedir a normação restritiva. Isso se torna mais nítido se recorrermos a exemplos dispostos por esse autor¹⁶: a) — artigo 153, § 6.º — nele se confirma a liberdade de crença e convicção filosófica ou política, sendo a disposição plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, embora sujeita a contenção, mediante lei, em relação àquele que se eximir de obrigação legal imposta a todos; não obstante, se lei que determine “a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência” não houver, mesmo ocorrendo a escusa qualquer restrição ou sanção será inconstitucional; b) — artigo 153, § 17 — nele se consagra a vedação da prisão civil, ressalvadas duas exceções, “na forma da lei”; as exceções dependem de lei; se esta, contudo, não estabelecesse forma de prisão civil do depositário infiel ou de responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, tais prisões não poderiam verificar-se, substituindo a eficácia plena de vedação; c) — artigo 153, § 23 — nele se consagra o princípio da liberdade de iniciativa individual, com eficácia plena e aplicabilidade imediata; tal eficácia, contudo, poderá ser contida, se lei vier a definir condições de capacidade (isto é, de *habilitação*) para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; na ausência de lei, a liberdade é ampla, em sentido teórico; d) — artigo 97 — nele se consagra o preceito da acessibilidade aos cargos públicos por todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer; aqui também o preceito é plenamente eficaz, tendo aplicabilidade imediata; não obstante, aquela eficácia poderá vir a ser contida na medida em que o legislador ordinário estabeleça os requisitos referidos no preceito constitucional.

Tal, precisamente, o que estaria a ocorrer em relação ao artigo 9.º, II. A vedação — norma de eficácia plena — é imediatamente aplicável. Igualmente, a ressalva da colaboração de interesse público é plenamente eficaz, podendo porém tal eficácia ser contida, em decorrência de lei federal que sobrevenha, definindo a sua forma e os limites a que se sujeitará.

11. Neste ponto, de toda sorte, uma crítica à postulação acima desenvolvida poderia vir a ser formulada. Tomar-se-ia

16. *ob. cit.*, págs. 97/98; o texto de JOSÉ AFONSO DA SILVA reporta-se à Constituição de 1946, razão pela qual transpus os exemplos por ele tomados para as disposições correspondentes do vigente texto constitucional.

do exemplo de norma de eficácia contida que JOSÉ AFONSO DA SILVA identifica no artigo 153, § 17 e dir-se-ia: assim como não poderá haver prisão civil do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar senão quando a lei ordinária tiver disposto sobre ela, também não poderá haver colaboração de interesse público, entre União, Estado, Distrito Federal ou Município e a Igreja senão quando lei ordinária houver disposto sobre a forma e os limites de tal colaboração.

Esta, a primeira — e equívoca — verificação que se poderá extrair à consideração conjunta do artigo 9.º, II do texto constitucional e da exemplificação daquele autor. Estou, contudo, em que isso se deve a uma incompleta enunciação daquele exemplo. É que, em realidade, especialmente aquele preceito — do artigo 153, § 17 — tal como o do artigo 9.º, II, compreende duas normas distintas:

- a) uma de eficácia plena — a que veda a prisão civil por dívida;
- b) outra de eficácia contida — a que ressalva àquela vedação, na forma da lei, a prisão do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar.

Nestes termos — e, no meu entendimento, de modo mais adequado — recolocada a questão, cumpre-nos considerar os sentidos de ambas as ressalvas. A no artigo 9.º, II, contida, respeita à promoção da realização do interesse público; a no artigo 153, § 17 inserida, à limitação de direito individual. A consideração desses sentidos é fundamental, segundo me parece, à análise das disposições constitucionais em pauta. Pois é certo que, ao passo que a promoção do interesse público, pelo Estado, deve ser assegurada, a defesa dos direitos individuais é de ser preservada — guardada, evidentemente, sua compatibilidade com o interesse social.

Os dois objetivos não de ser necessariamente ponderados em presença de dois princípios, o da indisponibilidade do interesse público — implícito do texto constitucional — e o da legalidade — explícito no § 2.º do artigo 153 do texto constitucional. A ressalva do artigo 9.º, II, exprime autorização para a perseguição do interesse público, não se sujeitando, diretamente, ao princípio da legalidade; a do artigo 153, § 17, uma restrição à liberdade individual, vinculada necessariamente a acatamento ao princípio da legalidade.

Por isso estou em que, a adotar-se a construção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, de uma parte

- a prisão civil do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, para que possa ocorrer, depende do advento de lei ordinária que estabeleça a forma em que deva e possa ela se efetivar; de outra parte
- a colaboração de interesse público, entre o Estado e a Igreja, independe, para que possa ocorrer, do advento de lei ordinária que estabeleça a sua forma e os seus limites.

12. A construção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, vê-se agora — especialmente quando acoplamos o seu critério à consideração, no primeiro caso, do princípio da legalidade, e, no segundo, do princípio da indisponibilidade do interesse público — finda por nos levar a soluções heterogêneas, não uniformes, no questionamento da operatividade das normas constitucionais. A própria caracterização delas como de eficácia plena ou de eficácia contida é dificultosa. Note-se, v.g., a dissensão: para aquele autor, o preceito do artigo 153, § 17, é norma de eficácia contida; segundo entendo, o preceito contém duas normas, uma de eficácia plena (a vedação), outra de eficácia contida (a ressalva).

Isso me conduz à consideração de diversa construção a propósito das disposições constitucionais, distinta daquela palmilhada por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Reporto-me, aqui, àquela adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, em acórdão de 29 de janeiro de 1969¹⁷. O que importa considerar, nesta construção, é — a partir do princípio da supremacia da Constituição — a operatividade das cláusulas constitucionais programáticas.

Adoto tal construção, sem contudo deixar de ressaltar a extrema relevância da contribuição trazida ao estudo do tema, ao seu tempo, pelo Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA. Na opção pela construção do direito alemão, contudo, seguirei passos que, com efeito, levam à reformulação do anteriormente concluído.

13. A exposição de tal construção impõe a preliminar fixação de duas premissas. Em primeiro lugar, cumpre observar

17. A propósito, ROLANDO E. PINA, *Cláusulas Constitucionales Operativas y Programáticas*, Editorial Asteca, Buenos Aires, 1973.

que, para tanto, devemos adotar uma concepção ampla de cláusula programática, de sorte tal que entre elas há que incluir a contida no artigo 9.º, II, "in fine" do vigente texto constitucional. Por isso que, na expressão "ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar", diviso uma cláusula programática.

Em segundo lugar, quanto ao princípio da supremacia da Constituição, cumpre observar que repousa sobre a verificação de que, por ser ela suprema, vincula normativamente todas as normas jurídicas que posteriormente se editem, as quais necessariamente não de se ajustar a suas disposições, sob pena de serem entendidas como inconstitucionais¹⁸.

Visto isso, importa colocar — sem maiores digressões a respeito do caso sob apreciação do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha — os pontos básicos da construção contemplada no acórdão de janeiro de 1969, tal como sumariados por ROLANDO E. PINA¹⁹:

"Cuando la teoría sobre cláusulas constitucionales programáticas pretende que faltando ley expresamente reglamentaria de la cláusula ésta no tiene vigencia, desarrolla una estrategia mal expresada de no vigencia ya que, para justificar una orientación de política legislativa, se pretende vulnerar la máxima jerarquía normativa de la Constitución.

El concepto de cláusula programática vulnera principios jurídicos constitucionales elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y al pretender sustraer del control de constitucionalidad a la cláusula programática, anula una función específica de la normatividad concediéndola al Poder Legislativo; lo que atenta contra la independencia del Poder Judicial.

Al convertirse en un argumento dogmático de no vigencia y — por tanto — de no interpretación judicial, impide que los jueces y las partes deban ponderar los intereses contradictorios del caso por las valoraciones que explicitan los principios constitucionales; lo que atenta contra um permanente repensar valorativo de la realidad social, que es la única actitud mental que conduce a la consolidación

18. cf. ROLANDO E. PINA, *ob. cit.*, pág. 33.

19. *ob. cit.*, págs. 109/110.

de una racional regulación de la conducta social. Al no depender la vigencia de la cláusula constitucional de ley dictada al efecto, cuando la Constitución encarga al Poder Legislativo la sanción de determinadas leyes, si dentro de um plazo razonable o del estipulado por la Constitución el legislador no aplicó la Constitución, su mora implica violación al mandato constitucional. Dentro de las circunstancias del caso esa mora puede ser declarada inconstitucional y la Corte Suprema puede ajustar la solución del caso al precepto jurídico-constitucional no aplicado por el legislador, sin perjuicio de que éste ejerza sus atribuciones constitucionales en el futuro”²⁰.

Note-se que a argumentação segundo a qual a cláusula constitucional só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária nela referida implica, em última instância, a concessão de um certo grau de poder constituinte ao Poder Legislativo²¹.

14. Alinhados os pontos fundamentais da construção a que me filio, urge retornarmos à consideração dos preceitos contidos nos artigos 153, § 17 e 9.º, II do nosso vigente texto constitucional.

Quanto ao primeiro deles, na inexistência das normas contidas nos artigos 1286 do Código Civil, 902, § 1.º e 904, parágrafo único do Código de Processo Civil e 733, §§ 1.º a 3.º do Código de Processo Civil, ainda assim caberia a imposição, pelo Poder Judiciário, de prisão civil ao depositário infiel e ao responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar. Note-se que, no caso, em razão do princípio da supremacia da Constituição, a disposição do seu artigo 153, § 17, porque operativa, supre a exigência da legalidade.

Quanto ao segundo deles, a ressalva da colaboração de interesse público é plena de operatividade. Prazo razoável já transcorreu, desde a introdução da disposição com a cláusula do “na forma e nos limites da lei federal” na Constituição, para que o Poder Legislativo dispusesse sobre a matéria. Sua omissão quanto a este ponto não pode justificar a negação de eficácia ao preceito que encerra, visto que, a conceber-se isso, estaríamos a admitir o exercício de poder constituinte por ele — Legislativo — o que é inconcebível.

20. Observo tão somente que o ponto debatido respeita, efetivamente, à *eficácia* e não à *vigência* das cláusulas constitucionais programáticas. Leia-se, pois, no texto de ROLANDO E. PINA, *eficácia* em lugar de *vigência*.

21. Neste sentido, ROLANDO E. PINA, *ob. cit.*, pág. 25.

Daí a conclusão de que a colaboração de interesse público, entre o Estado e a Igreja, é admissível mesmo, como ocorre, na inexistência da lei federal a que refere o artigo 9.º, II, do texto constitucional — o que, de resto, resulta necessário como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Devo, pois, a seguir, no alinhamento dos fundamentos que me levarão à definição de solução para o quesito formulado, examinar um aspecto específico, referido à possibilidade jurídica de a doação de que trata a consulta ser outorgada precisamente à Igreja Católica Apostólica Romana — o que poderia ser questionado desde a consideração do princípio contido no artigo 153, § 1.º, do texto constitucional e de certo modo rebatido, em relação à matéria específica de que estamos a tratar, no seu § 5.º.

VI. Doação e licitação

15. O artigo 153, § 1.º consagra o princípio da igualdade de todos, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política, perante a lei. O § 5.º do mesmo artigo contempla a plena liberdade de consciência, assegurando aos crentes o exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

Desde a consideração de tais disposições poder-se-ia eventualmente questionar a outorga da doação em pauta à Diocese de Franca. Por que há de ser o imóvel doado à Igreja Católica — indagar-se-á. Por que não a outro culto?

Nada há a opor, todavia, a essa opção, visto que é flagrante e incontestada a realidade de que o povo brasileiro, em sua maioria, está voltado ao culto do catolicismo apostólico romano. A questão de direito a considerar é referida à exigência ou não exigência de licitação prévia para a seleção do donatário do imóvel.

Tenho como indiscutível, todavia, a inviabilidade da aplicação dos critérios da licitação ao caso em pauta. Esta pode ser descrita como o procedimento administrativo que, em determinados casos, deve anteceder a celebração de contrato pela Administração, mediante o qual se opera a seleção da proposta de contratação mais conveniente e que melhor atenda aos interesses da Administração. Elemento inerente — da própria essência, pois — da licitação é a seleção. Onde e quando não se tornar viável a competição, na apresentação de propostas objetivamente diferenciadas, referidas ao objeto a ser licitado,

não há que falar em licitação: não existirá objeto a ser licitado. Onde e quando não se tornar viável a competição, não haverá seleção — na comparação entre propostas — a operar.

É precisamente isso o que ocorre na hipótese de doação. O donatário, na alienação de coisa a esse título, é sempre pessoa escolhida em função da ponderação de critérios subjetivos, não sustentados, portanto, sobre um exercício de seleção decorrente da apreciação de valores objetivos, confrontados em regime de competição. Inexigível, portanto, a licitação como procedimento prévio à doação de bem imóvel a esta ou àquela pessoa, especialmente quando se trate de, mediante ela, instrumentar a realização do interesse público. Esse entendimento é corrente e pacificamente adotado pela doutrina²², dispensando outras considerações.

16. De mais a mais, é certo que a Administração, ao proceder a tais doações, atua no exercício do poder discricionário que lhe é inerente.

A *discricionariedade*, no ensinamento preciso de RENATO ALESSI²³, é a margem de avaliação do interesse público concreto, com o fim de decisão, no mérito, sobre a oportunidade de agir ou sobre o conteúdo da atividade, margem que resta à Administração nos casos em que os limites postos pela lei à potestade de ação a ela — Administração — conferida sejam imprecisos. Dentro dessa margem, a Administração avalia a oportunidade de agir de terceiro, em relação ao interesse público, e o conteúdo da atividade, também em relação ao interesse público.

Não se confunde a discricionariedade com a arbitrariedade. No primeiro caso, ao atuar discricionariamente, está a Administração sujeita a determinados limites formais e substanciais que balizam a sua extensão. Dentro dessa extensão, todavia, a Administração atua movida por um certo grau de subjetividade, adequado e coerente com o grau de determinação do interesse público consignado na lei que a autorizou o exercício desse modo de atuação. Daí por que a atuação discricionária não é uma prerrogativa da Administração, mas um direito-dever a ser por ela exercitado, na busca da realização do inte-

22. Vide o Parecer de VICENTE RÁO, in Revista dos Tribunais, volume 314, págs. 37 e ss., subscrito sem restrições por GAMA E SILVA, MARIO MAZAGÃO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, NOÉ AZEVEDO e GAMA CERQUEIRA. Vide tb. HELY LOPES MEIRELLES, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, volume II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 604/605.

23. *Principi di Diritto Amministrativo*, volume I, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1978, pág. 248.

resse público que a lei referiu de modo impreciso, mas que deve ser por ela determinado na concreção do texto legal.

No caso de que estamos a tratar, inexistente lei ordinária que estabeleça a forma e os limites da colaboração de interesse público. Não obstante, sendo operativa — eficaz — a ressalva do artigo 9.º, II, a Administração (na hipótese a CODESPAULO) poderá discricionariamente, sem necessidade de prévia licitação, escolher o donatário do imóvel cuja utilização instrumentará a colaboração de interesse público reclamada a nível constitucional²⁴.

VII. Conclusão

17. Verificamos, até este ponto, ser inteiramente compatível com a ordem constitucional a doação, pela CODESPAULO, de área de seu patrimônio à Diocese de Franca, para o fim indicado na consulta. Nada a opor também, a partir do texto constitucional, à opção pela doação de tais imóveis à Igreja Católica: entendendo, a CODESPAULO, ser esta a igreja junto à qual deve buscar colaboração de interesse público, assiste-lhe esse poder de opção — decorrência do exercício da discricionariedade inerente à sua ação — sem que tal possa ser inquinado contrário ao princípio da igualdade ou caracterizador de privilégio conferido a um culto, em detrimento de outro.

Em face de todo o exposto, concluo ser incorreto o entendimento segundo o qual a doação em questão é incompatível com a disposição contida no artigo 9.º, II da vigente Constituição, visto como instrumenta a realização de colaboração de interesse público, notadamente no setor assistencial, objeto de ressalva expressa naquela disposição; logo, pode tal doação ser efetivada, sem que isso consubstancie ofensa ao texto constitucional.

24. A referência ao poder discricionário da empresa estatal — no caso, de empresa estatal de serviço público, que a CODESPAULO é (vide nota 5) — encontra sustentação plena na construção a respeito dele desenvolvida por JEAN-CLAUDE VENEZIA (*Le Pouvoir Discrétionaire*, LGDJ, Paris, 1959).

Necessidade de Atualização da Reparação pelo dano à Pessoa Humana*

Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito e Catedrático de
Direito Civil na Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Responsabilidade penal e responsabilidade civil (aquiliana)*. 2. *O rol dos atos lesivos. Começamos pelo homicídio*. 3. *Dano à integridade psíquica*. 4. *Ferimento ou outra ofensa à saúde*. 5. *Dano estético à mulher casadoira*. 6. *Defeito que impeça o exercício de ofício ou profissão*. 7. *Crime justificável*. 8. *Responsabilidade civil dos que participam de produtos de um crime*. 9. *É necessário disciplinar o egoísmo humano*.

1. Responsabilidade penal e responsabilidade civil (aquiliana)

Varia muito a reação social, na conformidade da repercussão produzida pelo ato lesivo. Natural, portanto, a separação entre a responsabilidade penal e a civil, também averiguadas de modo diferente: enquanto aquela é apurada com maior rigor, escapando à sua disciplina a culpa levíssima, no direito civil o mínimo proceder culposo dá margem à reparação.

Não são idênticos os princípios, nem coincidentes os ilícitos. Tanto assim que só há crime quando o ato é como tal catalogado pela lei, ao passo que para que seja considerado ilícito civil, não é preciso seja criminoso.

Atente-se ainda a que, mesmo que não criminoso, o fato pode produzir responsabilidade civil.

Por isso mesmo ressalva o art. 1.525 do Código Civil pátrio, depois de separar ambas as responsabilidades, não se poder questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu

* Aula proferida no dia 22.08.1980, inaugurando o Curso de Estudo de Problemas Brasileiros, nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da U.S.P.

autor, quando tais questões já estiverem decididas no crime, proclamando, assim, a independência entre ambas as esferas de responsabilidade.

Tem-se salientado reunir a responsabilidade penal ao caráter *repressivo*, o *preventivo*, predominando o interesse coletivo, que é o da defesa da sociedade organizada, ao passo que a responsabilidade civil visa antes o interesse individual, para devolver ao prejudicado, pela reparação, tanto quanto possível, a situação em que se encontrava anteriormente ao ato, fato ou omissão lesivos, proporcionando-lhe uma importância em dinheiro que corresponda o mais possível ao valor do prejuízo sofrido.

“A ação de responsabilidade civil” — observa RAFAEL DURAN TRUJILLO, *Nociones de Responsabilidad Civil (Contractual y Delictuosa)*, Bogotá, Temis, 1957 — “não escapa nenhuma infração penal por grave ou pequena que seja, desde o homicídio intencional até o caso mais leve de polícia. O Código Civil não excetua nenhum fato ilícito da pena de indenização, que, pelo contrário, compreende todo ato punível que lese o patrimônio material e moral de uma pessoa. Por isso desempenha na responsabilidade civil papel tão relevante a imprudência, a negligência e o descuido das pessoas e dos funcionários privados e públicos, como também o fato intencional ou doloso destas mesmas pessoas.

“É esta a razão pela qual, para que exista responsabilidade civil delitual e contravencional basta que se haja produzido qualquer gênero de infração contra a lei penal.

“Nesta matéria, a fonte é o ato ilícito, que dá lugar a uma ação chamada de responsabilidade, quando sobrevém um fato intencional, negligente ou puramente contravencional da pessoa, razão por que aos nossos olhos aparece com facilidade o seguinte esquema: *fonte*, o delito e a contravenção; *obrigação*, a de indenizar o prejuízo ou dano; *fato*, o homicídio, o roubo, o atentado contra a honra, etc.”

Encarece, todavia, que a responsabilidade penal e a responsabilidade civil por crimes e contravenções, implicam em conceitos opostos. Não têm o menor limite de contato, com exceção do fato que as origina.

Uma impõe como sanção uma pena, que pode ser reclusão, detenção ou multa (penas principais) ou perda de função pública, interdições de direitos e publicação da sentença (acessórias); a outra aplica como castigo uma indenização natural ou em dinheiro.

Aponta as diferenças existentes entre a pena e a indenização: com aquela sanciona-se o crime e a contravenção; com esta repara-se o dano material, incorporal e moral de afeição. A pena determina-se pela culpabilidade do agente, ou por sua maior ou menor periculosidade, segundo FERRI; a indenização mede-se pelo prejuízo ocasionado à vítima.

“A pena subsiste mesmo que o fato não cause lesão à pessoa, como na tentativa de crime, que é sempre castigada; a indenização nunca se produz sem que intervenha um prejuízo. A pena tem uma finalidade econômica quando é multa, mas então diferencia-se da indenização em dinheiro, em que aquela se extingue ao desaparecer o fato delituoso, e a indenização permanece incólume até que se cancele, salvo os casos de prescrição; também porque a multa, não sendo paga a seu devido tempo converte-se em prisão, e a indenização não sofre qualquer transformação natural, quando é em dinheiro.”

É delicado o mecanismo da entrosagem entre a responsabilidade penal e a civil.

Determinadas circunstâncias existem que excluem a primeira sem que, por isso, fique eliminada.

Mesmo quando aquela não seja reconhecida, pode a lei fazer decorrer esta não só de quem cometeu o fato, mas de outrem que se encontre sob a sua guarda e responsabilidade (responsabilidade indireta).

Uma coisa, porém, é certa: reconhecido um ato criminoso no juízo penal, não cabe mais qualquer discussão sobre o seu caráter ilícito.

Separadas como estão as jurisdições, exige uma questão de coerência que haja alguma harmonia entre ambas.

São dois os critérios existentes: o da *interdependência* e o da *independência*.

O primeiro fora seguido pelo Código Criminal do Império, não admitindo o art. 31 tivesse lugar a satisfação do dano antes da condenação do delinqüente por sentença do juízo criminal, passada em julgado, apontando algumas exceções.

O Código de Processo Criminal de 1832 incluía, entre as questões propostas aos jurados indagação “se há lugar à indenização”.

Caso não tivesse o delinqüente meios para satisfação, dentro em 8 dias que lhe seriam assinados — dispunha o art. 32 daquele — seria condenado à prisão com trabalho, pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação, ficando sem efeito essa condenação tão logo o criminoso, ou alguém por ele, satisfizesse o débito, ou prestasse fiança idônea, ou o ofendido se desse por satisfeito.

O art. 31 do Código Criminal foi no entanto revogado pela Lei n. 261 de 3-12-1841, dispondo que a indenização, em todos os casos, seria pedida por ação civil, aditando que não se poderia, porém, questionar mais sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se achassem decididas no crime, norma que passou para o art. 1.525 do Código Civil, e que é complementada pelo Código de Processo Penal, arts. 63 a 67.

Por reparação ou indenização entende-se a colocação à disposição da vítima do próprio bem do qual foi espoliada, ou o prejuízo sofrido, ou, quando não seja possível, os valores em dinheiro ou em outros bens que a façam sentir-se a mais próxima possível da situação anterior ao fato.

Independente como passou a ser hoje a ação civil de indenização da ação criminal, poderá ser intentada antes, simultaneamente ou depois.

Revelando, todavia, a influência que tem a sentença condenatória criminal sobre o resultado da ação civil, faculta o art. 63 do Código de Processo Penal, transitada em julgado a sentença condenatória, que o ofendido, seu representante legal, ou seus herdeiros promovam-lhe a execução no juízo cível, para o efeito da reparação do dano.

Passada pois em julgado a respectiva sentença, não se admite mais discussão sobre a existência do crime e sobre sua autoria, como resulta do art. 1525 do Código Civil, podendo a sentença penal condenatória ser executada no âmbito civil.

De que modo?

Pela ação civil de indenização, que se limitará à verificação da existência do dano e à apuração do respectivo montante.

Só o autor do crime, ou seus herdeiros diretos, responderão pela execução.

Mas a sentença condenatória penal pode alcançar responsáveis indiretos, muito embora não se deva falar, com propriedade, nesse caso, em execução da sentença criminal.

Assim, condenado o empregado ou preposto, não terá o patrão, na ação que lhe for movida, condições de por em dúvida a existência do ato, nem a autoria do mesmo, poupando-se, por essa forma, tempo e trabalho ao ofendido.

O art. 64 do Código de Processo Penal deixa claro que a ação civil de indenização pode ser proposta antes de iniciada a ação penal, ou no decorrer da mesma, admitindo no entanto o parágrafo único suspenda o juiz, perante quem corre a ação civil, o seu curso, até o julgamento definitivo da ação penal.

Objetiva-se, com isso, evitar decisões conflitantes.

As expressões usadas pelo dispositivo não deixam margem às dúvidas que antes ocorriam sobre a circunstância de que uma decisão cível seja ainda passível de alteração. É preciso que tenha transitado em julgado na superior instância, sem que haja possibilidade de rescisão do julgado, para que se possa considerar definitiva.

Sem embargo de todas essas cautelas, podem ocorrer decisões conflitantes nas duas esferas. Assim, condenado o réu no juízo cível a reparar o dano, têm-se registrado eventualidades de que, no juízo penal, acabe sendo absolvido pela negativa de ter sido ele o autor do crime.

Ou, vice-versa, que ele, proclamado na ação civil não ser o autor do fato que lhe é atribuído, receba em seguida condenação na justiça penal.

Não sendo mais cabível ação rescisória da sentença final, ou sendo esta julgada improcedente, manifesta-se a contradição.

O reconhecimento de ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, ou no exercício regular de um direito ou em estrito cumprimento de um dever legal (art. 65 do Código de Processo Penal), em sentença absolutória penal, prevalece no âmbito civil, sem que se possa dizer com propriedade ocorrer coisa julgada, na expressão desse dispositivo, mas de eficácia da sentença criminal em relação à ação civil.

Proclamado o ato como lícito pela justiça criminal, firma-se o princípio da inadmissibilidade de servir de fundamento na ação civil, sem que, não obstante, impeça a propositura da ação civil de reparação, pois aí temos um daqueles casos de responsabilidade civil pelo dano causado independentemente do caráter ilícito do ato. Os arts. 1519 e 1520 do Código Civil não foram revogados pelo art. 65 do Código de Processo Penal.

A sentença absolutória criminal chega mesmo a estabelecer uma presunção de responsabilidade civil do acusado, uma

vez que não se poderá mais discutir no âmbito cível, a existência do fato ou sua autoria. Somente se conseguir provar ter sido o dono da coisa danificada ou deteriorada o culpado do perigo, é que o autor do fato poderá destruir a presunção que pesa contra ele.

O despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art. 67 do Código de Processo Penal) fundamentado na falta de prova suficiente, nada decide sobre a existência do fato nem sobre sua autoria. Mesmo porque, enquanto não extinta, a ação ainda poderá ser intentada.

O mesmo se dirá com relação à morte do acusado, sua anistia ou indulto, da aplicação de lei penal mais benigna, da prescrição da ação penal, ou da condenação, da perempção, da retratação do acusado, do perdão do ofendido, da renúncia do direito de queixa, etc. (art. 67 citado).

Mesmo a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime não implica no reconhecimento de que não possa ser um ilícito civil. Assim o réu, acusado do crime de defloração de menor de 18 e maior de 14 anos, apenado com reclusão de dois a seis meses (art. 215 do Código Penal), absolvido por não resultar provado o requisito da sedução, poderá, isso não obstante, ser obrigado à reparação do dano.

Finalmente, a absolvição do réu por falta de imputabilidade penal não implica nos mesmos efeitos com relação à responsabilidade civil, justamente por serem independentes ambas as esferas.

2. O rol dos atos lesivos. Começemos pelo homicídio

As disposições do CC agrupam-se em torno de nove assuntos principais:

- a) homicídio, art. 1537;
- b) ofensa à saúde, art. 1538;
- c) usurpação ou esbulho, arts. 1542 e 1543;
- d) danos causados por médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, arts. 1545 e 1546;
- e) injúria ou calúnia, art. 1547;
- f) agravo em honra de mulher, art. 1548;
- g) demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, 1549;

- h) ofensa à liberdade pessoal, 1550-1552;
- i) hipóteses não previstas, art. 1553.

A esses casos a legislação subsequente veio acrescentando numerosos outros:

j) penas indenizatórias de caráter pecuniário enumeradas não só em grande número de artigos do Código Penal, como ainda, em abundantíssimas leis complementares;

l) indenizações decorrentes de acidentes de trabalho;

m) indenizações decorrentes de acidentes nos transportes;

n) violações de direitos de autor, art. 122 da Lei n. 5988, de 14-12-1973;

o) violações aos direitos dos artistas de gravação e reprodução de interpretações, art. 9.º, § 3.º da Lei n. 4.944, de 06-04-1966;

p) danos causados em pesquisas de minérios, Decreto n. 227, de 28-02-1967, Código de Mineração, art. 27, etc.

Percorramos então, várias hipóteses, analisando as soluções, infelizmente, completamente falhas do legislador.

O homicídio é a primeira e a mais grave das hipóteses, à qual o Código Penal comina a pena-base de reclusão de 6 a 20 anos, catalogando ainda o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto.

Enquanto que esse estatuto, por sua natureza, tem que fazer uma enumeração a mais completa e sistemática possível de todos os crimes, tratando-os pela importância decrescente, — o Código Civil, regulando a liquidação das obrigações decorrentes dos atos ilícitos nos arts. 1537-1553, não seguiu qualquer método, elaborando uma lista que hoje resulta anacrônica, assistemática e incompleta, cuidando sucessivamente de homicídio, atentado à integridade física, crime justificável, usurpação ou esbulho, responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, crimes contra a honra, a boa fama, violência sexual, contra a liberdade pessoal e demandante improbo.

Flagrante o retrocesso, em comparação aos preceitos legais anteriores, compendiados na Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS, que em preceitos genéricos, limitava-se, invocando o art. 22 do Código Criminal a dispor:

“Art. 800 — A indenização será sempre a mais completa, que for possível: em caso de dúvida, será a favor do ofendido.

“Art. 801 — O mal será avaliado em todas as suas conseqüências.”

CLOVIS BEVILÁQUA não aceitou o critério, por entender que atribuiria ao juiz árbitro.

Deixou manifesta uma excessiva preocupação em que não sirva a reparação de pretexto para um enriquecimento ilícito mediante exploração por parte da vítima. Caberia ao réu defender-se, impugnando as verbas que considerasse exageradas, e exigindo um arbitramento razoável.

Por isso considerando a morte sob ponto de vista diferente, sem implicações criminais: desde que tenha ocorrido por ato ou omissão que possa ser imputado a uma pessoa, mesmo sem culpa de sua parte, imediatamente, ou após longo período, a indenização, concedida pelo CC, nos termos do art. 1537, consistirá:

I — No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II — Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

Mas o que é certo é que, por essa forma, não concede o Código uma indenização, mas apenas um paliativo, excessivamente moderado, que fica mil milhas distantes do verdadeiro objetivo.

Dia a dia torna-se mais patente que os limites por ele fixados estão em completa desarmonia com uma política eficiente de desestímulo aos atos delituosos ou meramente culposos.

Quanto vale, na verdade, uma vida humana?

A questão tem sido posta dramaticamente pelos resgates de milhões exigidos pelos seqüestradores para devolver a liberdade de pessoas importantes. E, na verdade, não há fortuna que a pague.

Não tão dramáticos, mas igualmente expressivos, os mirabolantes passes pagos pelos nossos melhores futebolistas: Falcão “vendido” pelo Internacional de Porto Alegre ao Roma, em julho deste ano, por 4,3 milhões de dólares, na ocasião cerca de Cr\$ 233 milhões; Enéas, pela Portuguesa, ao Bolonha, por Cr\$ 50 milhões; Sócrates pregando um susto em Matheus, ao pretender 20 milhões de cruzeiros de luvas além de 400 mil de salários.

No boxe, *Sugar Ray Leonard* teve uma bolsa de US\$ 8 milhões, quando tentou defender o título mundial dos meio-mé-

dios contra Roberto *Mano de Piedra* Duran, que por sua vez, obteve US\$ 2 milhões, no dia 20 de junho último.

Mas o maior contrato da história do esporte mundial continua sendo o assinado no dia 10-06-1975 por Pelé e pela Warner Communications: 72 milhões.

Cr\$ 166.000,00 por segundo que jogasse futebol, sem contar os royalties advindos da marca com o seu nome, em quantia muito maior, e os contratos de relações públicas.

Ficamos pasmos, por isso, ao verificar a parcimônia, a verdadeira miserabilidade com que esta matéria foi tratada pelo Código Civil.

São incalculáveis os prejuízos decorrentes da desastrosa influência que o critério veio a exercer sobre a nossa doutrina, e reflexamente, sobre a jurisprudência, ainda hoje demasiadamente aferrada a textos de leis mais do que antiquados, arcaicos, rançosos, antes preocupados com o criminoso do que com a vítima.

Bem se percebe a diferença das conseqüências entre a morte, que elimina de qualquer consideração a própria vítima, para fixar a atenção no cônjuge e parentes mais próximos, que sofrem dano irreparável, aos quais passará, nestas condições, a titularidade para reclamar a reparação do dano, e todos os demais casos, que atingem a própria pessoa do ofendido.

Quando a morte não é imediata, obriga o agente ao pagamento de todas as despesas com o tratamento. Não apenas a assistência médica e hospitalar, medicamentos, etc., como os recursos utilizados no esforço de salvar-lhe a vida, que podem ser ingentes, no caso de localização de desaparecidos ou de seqüestro, despesas para procura em lugares diferentes, anúncios, promessas de recompensa e até mesmo resgates.

Tem-se apontado a contradição flagrante entre o aludido art. 1.537 e o do art. 1.538 que, para o caso de ferimento prevê, além das despesas de tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença, o pagamento da multa no grau médio da pena criminal correspondente, soma a ser duplicada se do ferimento resultar aleijão ou deformidade, etc.

Nessa delicadíssima matéria da indenização por morte, já de per si, tão dolorosa, é lastimável a situação dos pais que perdem um filho, muitas vezes seu único arrimo.

E mais amargurada ainda, quando se trata de filho menor.

A jurisprudência tem sido excessivamente distanciada da realidade, ao só admitir indenização quando o filho contribua

para a economia doméstica. Pois, ainda que seja menor, tolhida que lhe foi a vida, considerando a matéria em seu aspecto menos relevante, o material, não fica eliminada a certeza de que, atingida a puberdade, poderia contribuir para o sustento da família.

Invocando como referência os arts. 1.537, II e 1.533 CC, 911 e 912 CPC, RE 53.404, 03-5-1967, Pleno (RTJ 42/378); RE 65.281, de 23-9-1968, 1.^a T. (RTJ 47/279) e RE 59.940, 14-6-1966, 2.^a T. (RTJ 39/38), estabeleceu o Supremo Tribunal Federal o princípio de que:

“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”

Sem embargo dessa clara demonstração de clarividência e compreensão, persistem os tribunais em recorrer a evasivas, que tanto favorecem os criminosos e os irresponsáveis, como agravam a situação das vítimas:

“Fugindo-se ao rigor do disposto no art. 1.537, n. II, do CC, bem assim ao extremo liberalismo da Súmula n. 491 do STF, de se firmar que, em caso de morte de menor, por ato ilícito, a indenização só será devida quando ele, de qualquer forma, contribuía à economia doméstica.”

TJSP — Câms. Civ. Reuns. — rev. n. 199.065 — Santos — j. 10-5-1974 — maioria de votos.

As despesas de funeral abrangem enterro, sepultura, sufrágios, evitando-se, porém abusos. Compendiando o sentimento da doutrina, recomenda CARVALHO SANTOS fiquem adstritas às condições sociais do morto. Não se justifica um enterro pomposo para vítima que sempre viveu modestamente, e cujos recursos seriam incompatíveis com exageros. Cada caso, nas suas circunstâncias, é que deverá orientar o juiz.

Também as despesas do luto da família terão que pautar-se com a condição social da mesma.

Mas é o item alimentos, que realça logo em importância. O maior prejuízo material sofrido pelos familiares do morto decorre da privação do auxílio e concurso, que dele recebiam, para sustento de todos e educação dos filhos.

Não encontrou o legislador critério melhor para a indenização do que a prestação de alimentos, como substitutivo das perdas e danos, sem que, todavia, fique dispensada a obrigação de indenizar por outra forma o dano causado por pessoa de amplos cabedais pela morte.

Será o suficiente para que se verifique que a palavra alimentos não é aqui tomada no mesmo sentido que tem no tocante à prestação devida entre parentes, no direito de família, principalmente arts. 396-405: a analogia não passa de um parâmetro destinado a indicar o limite da indenização.

A diferença entre ambas as espécies ressalta, em primeiro lugar, da invariabilidade do montante no caso da indenização, ao passo que, naquele caso, pode ser aumentada, ou mesmo reduzida.

Em segundo lugar, entre parentes, são fixados, art. 400, na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, ao passo que, no caso de indenização, ainda que a fortuna da vítima seja maior do que a do autor do dano, não poderá este furtar-se ao cumprimento da obrigação.

Também não altera a situação o fato da vítima ganhar na loteria, ser beneficiado de um seguro, ou de vantagens previdenciárias.

Bem diferente a solução em direito da família: fixados os alimentos, ali, a sobrevinda de mudança de fortuna de quem os recebe, autoriza o art. 401 CC o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.

Ainda: só os parentes podem exigir, uns dos outros, os alimentos, de que necessitem para subsistir (art. 396), ao passo que, na responsabilidade civil, essa circunstância não entra em consideração.

A companheira, assim como o filho de criação, que da vítima recebiam sustento, terão direito à indenização.

Como a obrigação de indenizar encontra nos alimentos apenas a expressão de sua "prestação", somente para fins de cálculo e de liquidação sob a forma de pensão, a indenização será devida, mesmo nas hipóteses em que o falecido não estava em condições de prestar alimentos. O fato de serem escassos ou precários os meios de subsistência da vítima, poderá ser levado em conta no cálculo da indenização, mas não para que esta não seja concedida. A vida representa sempre um valor econômico, reconhecido até mesmo nas eventualidades em que a vítima não tivesse obrigação legal de prestar alimentos.

3. Dano à integridade psíquica

Se o maior patrimônio do homem é ele próprio, há que considerar qualquer lesão que o possa atingir em seus duplos

atributos, psíquicos, espirituais, intelectuais e materiais, físicos ou corporais.

A matéria interessa não só ao indivíduo, como à Nação, à própria humanidade. Quanto melhor se puder preservar o patrimônio intelectual de cada qual, possibilitando-lhe retirar de sua personalidade as imensas riquezas inexploradas que aí jazem, tanto mais rica, próspera e feliz será a inteira coletividade.

Por antigo vezo costuma-se analisar a matéria pelas lesões de que possa ser vítima o indivíduo no seu físico, quando o mais importante seria ressaltar os graves prejuízos que pode sofrer o seu espírito, levando-o, por circunstâncias várias, a estado de desequilíbrio, ou mesmo de insanidade mental.

Numa época como a nossa, em que seqüestradores detêm reféns durante meses a fio, submetendo-os a vexames, humilhações, maus tratos que podem levá-los à instabilidade e à loucura, em que regimes totalitários erigem em perigo para a segurança coletiva a mínima dissensão, qualquer profissão de fé que não esteja na mais completa consonância com a orientação dominante e reprimindo violentamente contestações, submetendo a “hospitalização” e “tratamento psiquiátrico” por meio de drogas e choques os dissidentes, — bem se percebe como é frágil e sem defesa a preservação desse dom, que vem logo após a própria vida: a integridade psíquica.

De que vale a vida sem discernimento?

Caso bem expressivo é o ocorrido em 1978 de um jovem, para salvar cuja vida a família pagou milhões de liras, sob a promessa de que seria devolvido vivo. O corpo foi, efetivamente, entregue com vida, mas castrado, cego e completamente abúlico.

A morte não teria sido mais piedosa?

Provada a relação de causalidade, não há como não fazer com que os responsáveis, quando possível, reparem o mal causado.

Sustenta PIETRO PERLINGIERI, *La Personalità Umana nell' Ordinamento Giuridico*, Camerino, Jovene, 1972, pág. 231, que a proteção da integridade psíquica atua-se também nos casos em que a norma ordinária limita-se a proteger a integridade física.

Nestas condições, tanto a alusão contida no art. 1.538 do Código Civil ao ferimento, e, principalmente, a “outra ofensa à saúde”, como a do art. 129 do Código Penal, quando se refere à ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, abrangem, também, a integridade da saúde psíquica.

4. Ferimento ou outra ofensa à saúde

No caso de ferimentos ou ofensas físicas, algumas distinções precisam ser estabelecidas. Ensaia-as o CC pátrio estabelecendo quatro hipóteses diferentes.

A primeira é de ferimento ou outra ofensa à saúde: despesas de tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença, pagamento de importância correspondente à multa no grau médio da pena criminal correspondente (art. 1.538, caput).

Estarão incluídas, na indenização, todas e quaisquer despesas inerentes ao tratamento: hospitalização, intervenções cirúrgicas, assistência médica, medicamentos, aparelhos ortopédicos etc., a serem devidamente comprovadas, reconhecido ao juiz um certo arbítrio para cobrir exageros.

Os lucros cessantes até o fim da convalescença, são os indispensáveis, desde o início até o término do tratamento, e o restabelecimento da saúde, mesmo que permaneça algum defeito ou incapacidade.

Caso o ofendido, em consequência da ofensa física, que recebeu, seja afastado de sua atividade, ficando privado da correspondente remuneração, terá que receber a indispensável compensação, a ser devidamente sopesada pelo juiz.

Tais lucros cessantes não podem ir além do que o ofendido deixou de ganhar com o afastamento temporário da sua atividade *normal*. Um menor impúbere, ou uma pessoa que não exercia qualquer atividade remunerada, nada poderá reclamar a título de lucros cessantes, assim como quem, não obstante a inatividade, não tenha ficado privado dos seus ganhos normais.

A verba da indenização é paga por pessoa que não a causadora da ofensa, nos casos indicados no art. 1.521 CC:

I — Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II — O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

III — O patrão, amo ou comitente, por seus empregados serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

IV — Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores.

V — Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

A segunda hipótese é a de ferimento de que resulte aleijão ou deformidade: a soma será duplicada (§ 1.º).

Pelo mesmo crivo de insuportável mediocridade passa a multa a que se refere o caput do art. 1.538, só cabível no caso de resultar a ofensa de crime de lesão corporal dolosa, única eventualidade em que aplica a alternativa de multa do art. 129, § 5.º do Código Penal. Sendo, hoje (1980) de Cr\$ 400 a Cr\$ 4.000, a média será de Cr\$ 2.220.

Será que tais pagamentos mesmo em dobro, quando efetivados, satisfarão as dezenas de milhares de aleijados, vítimas das máquinas modernas?

Mas o pior é que, mesmo quando ocorra essa eventualidade, ainda resiste a jurisprudência em conceder indenizações, mais do que devidas.

Assim, decidiu, aos 18-5-1950, o Tribunal de Justiça de São Paulo, Rev. dos Tribunais, vol. 188/184:

“O elemento principal na conceituação do aleijão ou deformidade, para aplicação do art. 1.538, § 1.º, do Código Civil, é a aparência.

Se o aleijão ou deformidade não ocasionar má aparência, ou não for de molde a causar impressão desagradável de seu portador, nem exercer qualquer influência na sua atividade profissional, não é possível admitir-se o cabimento da duplicação a que alude o dispositivo, porque não haverá qualquer dano moral, ou material, que pudesse justificá-la. A osteo-artrite como causa da limitação de movimentos da perna, não deve ser levada em linha de conta para a classificação da redução da capacidade do indivíduo vitimado. Pouco importa que a redução seja consequência de uma ou de várias causas. Sempre será uma única a incapacidade.”

5. Dano estético à mulher casadoira

Terceira hipótese: se o ofendido, que ficou aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização do dano estético já não consistirá na duplicação das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, mas “em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias da ofendida e a gravidade do defeito” (§ 2.º).

Considera a lei apenas o dano estético sofrido por mulher ainda capaz de casar, que perca a oportunidade de fazê-lo, limitando pois a reparação às categorias de mulher solteira, ou viúva, que tenha sofrido aleijão ou deformidade.

Fica excluída a mulher que, por alguma circunstância personalíssima, como a insanidade mental, não tenha capacidade nupcial.

Nem idade avançada, nem a fealdade, tornam a mulher incapaz de casar, mesmo porque, como observa AGUIAR DIAS, sob esse aspecto, a capacidade de casar dependeria do ânimo de quem a queira para esposa.

A circunstância da idade e outros dados personalíssimos, que possam influir na possibilidade do casamento, serão levados em conta no cálculo do dote, sem excluir, porém, a indenização.

Semelhante constituição de dote tem caráter definitivo, isto é, não fica subordinada à condição de realizar-se efetivamente, ou não, o casamento.

6. Defeito que impeça o exercício de ofício ou profissão

A quarta e última eventualidade é a do defeito que impeça o ofendido de exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminua o valor do trabalho: além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação, que ele sofreu (art. 1.539).

Tanto no caso de defeito em virtude do qual se veja o ofendido impossibilitado de exercer o seu ofício ou profissão, como no de que venha a sofrer no valor do seu trabalho, além da indenização prevista no aludido § 1.º, e além das despesas do tratamento e lucros cessantes, até o fim da convalescença, manda o art. 1.539, seja incluída uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou o ofendido, ou da depreciação que ele sofreu.

Complementa o art. 1.538 que a indenização, no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, compreenderá, além das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, “a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente”

Mas nem o Código Penal de 1890, nem o de 1940, previram pena pecuniária de multa para os crimes de ofensas físicas.

Sustentava CLOVIS BEVILÁQUA, em comentário ao dispositivo, que não se trata de pena ou elemento de pena criminal, pois que as lesões corporais não são punidas pecuniariamente:

é uma pena civil, calculada pelo que o ofensor poderia ganhar por seus bens, emprego, indústria ou trabalho, durante o tempo da privação da liberdade, que lhe é imposta pela lei penal, no grau médio.

A opinião, e a dos poucos que a seguem, permaneceu porém isolada.

Tanto a doutrina como a jurisprudência consideram de aplicação impossível o art. 1538, nessa parte. Se a lei penal não prevê, para o caso, pena alguma de multa, como calcular a importância correspondente?

Não falta quem, na ausência de multa, conclua não existir, no caso, cominação alguma.

Mas, mesmo numa interpretação excessivamente limitada, há que reconhecer que tanto na hipótese do aleijão, como na de deformidade (§ 1.º do art. 1538), deve-se abstrair das expressões “esta soma”, para calcular em dobro o valor da indenização das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, sem prejuízo do disposto no § 2.º. A soma será a das previstas no caput do art. 1538.

7 Crime justificável

Ainda que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, manda o art. 1540 CC que se apliquem as disposições precedentes.

Ao princípio, só abre exceção para o caso do ato ter sido perpetrado pelo ofensor em repressão de agressão do ofendido.

A morte, ou lesão corporal, mesmo em legítima defesa, ou em estado de necessidade, não dispensam, portanto, reparar o dano, caso não tenha sido o ofendido o agressor, ou o criador do estado de necessidade.

A hipótese prevista é a do dano sofrido por terceiro, estranho à injusta agressão, que deu causa à repulsa.

Se a vítima, ao repelir a agressão, fere, ou mata terceiro, terão este ou seus sucessores de ser indenizados do dano sofrido, embora disponha aquela de uma ação de regresso contra quem foi causador do evento.

É o que acontece com o crime praticado em estado de necessidade: a remoção de perigo iminente não autoriza dano às pessoas. Se daí resultar uma lesão pessoal a terceiro, este terá que ser indenizado pelo agente daquele ato, com a ressalva

de que tenha sido ele mesmo o causador do perigo que se procurou afastar.

Mesmo Códigos mais modernos, como o italiano, não oferecem critérios mais satisfatórios, limitando-se, no art. 2057, a atribuir ao juiz a liquidação dos danos permanentes, levando em conta as condições das partes e a natureza do dano, sob forma de uma renda vitalícia, a ser constituída, nos termos do art. 1872, mediante alienação de um bem móvel ou imóvel, ou mediante cessão de capital.

Nosso CPC anterior determinava no art. 911 a conversão dos lucros cessantes em prestação de renda ou pensão, mediante pagamento de capital que aos juros legais assegurasse prestações devidas, e no 912 que fosse fixada, sempre que possível, na ação principal, compreendendo: custas judiciais, honorários de advogado, pensões vencidas e respectivos juros, devendo a sentença determinar a aplicação do capital em títulos da dívida pública federal para constituição de renda. Acrescentava:

“Este capital será inalienável durante a vida da vítima, revertendo após o falecimento desta no patrimônio do obrigado. Se a vítima falecer em consequência do ato ilícito, prestará o responsável alimentos às pessoas a quem ela os devia, levada em conta a duração provável da vida da vítima. Neste caso, a reversão do capital ao patrimônio do obrigado somente se efetuará depois de cessada a obrigação de prestar alimentos”.

O critério, válido em 1940, já não satisfaz por não se poder admitir que o capital permaneça ocioso durante dezenas de anos.

Um passo, no sentido de melhorá-lo, deu o atual CPC, art. 602 ao prever, no § 1.º que possa ser constituído por imóveis, ou por títulos da dívida pública.

Mas uma tomada de posição a favor da vítima não quer dizer que não se admitam atenuações que, sem prejudicá-la, venham beneficiar também o réu, no sentido de conceder-lhes facilidades razoáveis.

Assim, considerando que a lei não exige a imobilização daquele capital senão como garantia das prestações periódicas, de valor bem menor, e, pois, mais fácil, é admissível que a renda mensal seja paga no domicílio do beneficiário, de preferência por intermédio de agência bancária, e, se o responsável for empresa, conste de folha própria, asseguradas, em qualquer

hipótese, a correção monetária automática na forma adotada para os créditos fiscais federais e a extensão à mesma renda das garantias e privilégios atribuídos ao salário.

É razoável ainda fique dispensado de qualquer outra garantia o devedor que for pessoa jurídica de direito público interno, autarquia, empresa pública, concessionária de serviço público, sociedade de economia mista e, a critério do Juiz, a empresa privada que comprovar plena solvabilidade e solidez.

8. Responsabilidade civil dos que participaram de produtos de um crime

Na conformidade do art. 1518 do Código Civil, responderão direta e solidariamente pela violação do direito de outrem, com os autores, os cúmplices e todas as pessoas indicadas no art. 1521, que encerra a lista com os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

Comenta CLÓVIS BEVILÁQUA que a idéia da participação gratuita exclui a de co-delinquência. Mesmo que a pessoa não tenha participado do delito, desde que tenha recebido graciosamente o seu produto, ou parte dele, deve restituí-lo, não obstante a sua inocência, indenizando, se tal não for possível, o dano, na parte correspondente ao seu locupletamento.

Estamos em pleno campo não de responsabilidade pelo ilícito, mas de ação *in rem verso*, fundada no enriquecimento sem causa.

Caso haja pluralidade de agentes diretos no ato ilícito, obriga a todos, solidariamente, o art. 1518, e se um deles ressarcir sozinho a totalidade do prejuízo, terá ação regressiva contra os demais.

O art. 1521 do Código Civil traça um rol, em seus primeiros quatro itens, das pessoas que têm o dever de vigilância sobre outras, presumindo sua culpa no dever de fiscalização quando haja necessidade da reparação do dano.

Trata-se, pois, de responsabilidade indireta, que não exclui a eventual responsabilidade direta do autor do ato ilícito, contra o qual é justo que se assegure ação regressiva, como autoriza o art. 1524, abrindo apenas exceção para o caso do descendente.

E quando forem múltiplos os agentes do ato ilícito?

Aplicar-se-á então o princípio do art. 1518 do Código Civil, segunda parte, que responsabiliza a todos solidariamente pela reparação.

A ação regressiva não será admitida se tiver sido o responsável indireto quem determinou a prática do ato lesivo do agente direto: não há sequer, no caso, de considerar ter ocorrido falta de vigilância.

Com mais razão na exceção a que alude o art. 1524 citado: se o autor material do dano for descendente do responsável indireto. É o caso típico de falta de dever de vigilância.

No caso de alienado ou de menor, a inimputabilidade do agente material exclui, com a sua culpa, a sua responsabilidade: a culpa é *in vigilando* do pai, tutor ou curador.

9. É necessário disciplinar o egoísmo humano

Caracterizado o delito, constitui imperativo fundamental receba quem o praticou corretivo exemplar, não apenas no âmbito penal, como também no civil, que o desanime a persistir no seu dolo ou na sua leviandade, e que sirva de advertência a todos os demais.

Tudo quanto era possível dizer a respeito foi sintetizado de maneira profunda por IHERING: o direito deve procurar disciplinar o egoísmo humano.

Para tanto são indispensáveis três ordens de contribuições.

Em primeiro lugar, uma completa reforma da legislação civil, que deixe de paliativos, que servem apenas para incentivar os criminosos e os irresponsáveis, e que enfrente decididamente o problema da quase total impunidade, sacudindo pelas bases toda a estrutura anquilosada que nos rege.

Quantos milhares de pessoas não continuam perdendo a vida em acidentes automobilísticos? Quantas não ficam estropiadas pelo resto da vida?

Por que? Acima de tudo, porque as medidas repressivas, nesse setor, não têm, entre nós, qualquer eficácia.

Em contraste, na França, o motorista que ultrapasse faixa de segurança do pedestre fica sujeito a uma multa correspondente a Cr\$ 1.700,00, e na reincidência, tem a carta apreendida até 12 meses.

No Japão, o responsável por uma morte no trânsito pode ser condenado a pagar indenização de até um milhão de dólares

e não é raro o culpado ter de vender seus bens para honrar a dívida com a família do morto.

Já se registraram casos de motoristas que praticaram o haraquiri, por ter sido sua vida econômica irremediavelmente destruída por causa de um acidente de trânsito.

Na Alemanha, as autoridades garantem que o respeito às normas de trânsito deve-se principalmente ao medo do famoso "Arquivo de Flensburg", da cidade do mesmo nome, um prontuário completo para cada um dos portadores de habilitação para dirigir, que consigna todas as faltas graves cometidas pelos motoristas.

Falhas correspondentes a doze pontos, no espaço de dois anos, suspendem automaticamente a habilitação por um prazo de seis meses. Na reincidência, a punição é por dois anos e, na terceira vez, a perda da habilitação é definitiva.

Os bons propósitos revelados pelo CC argentino, art. 1078, mandando pagar no caso de "delito do direito criminal", não somente perdas e danos, mas também o agravo moral, a moléstia na segurança pessoal ou no gozo dos bens da vítima, ou ferindo suas legítimas afeições, ficam, na prática, bastante reduzidos se comparados com o mal ocasionado pela perda de uma vida, limitando-se, analogamente ao que faz o art. 1537 CC pátrio, e, sem que a providência fosse melhorada no 984 do Projeto de 1975, ao pagamento de todas as despesas com a assistência do falecido e com o seu funeral, além do que for necessário à subsistência da viúva e filhos do morto, confiando ainda à prudência dos juízes fixar o montante da indenização e o modo de satisfazê-la (1084).

Nem um estremecimento por parte do legislador diante dessa perda irreparável de um chefe de família, nem comiseção pela viúva e pelos órfãos, nem um pouco de vibração humana.

Não resta dúvida que é ao direito penal que cabe punir o delito, dando uma satisfação à sociedade.

O crime contra a vida, para citar apenas o mais expressivo, tem reflexos de ordem patrimonial e de ordem moral que jamais serão satisfatoriamente cicatrizados. Mas, admiti-lo, não significa dispensar o causador do abalo de dar uma satisfação menos inadequada.

Não é plausível que a repressão exercida no recinto criminal não encontre no civil uma correspondência mais consentânea com o espírito de uma indenização menos odiosa.

É chegado o momento de estabelecermos também no âmbito pecuniário uma diferenciação no tratamento entre aquele que mata, mutila, humilha deliberadamente ou culposamente, e aquele que o faz sem essa intenção.

Isso é indispensável até por uma questão de coerência, pois não se justifica que se repare o mal causado a uma mulher agravada em sua honra por crime sexual e não se cuide de restaurar *adequadamente* o prejuízo ocasionado pela morte de um pai, de um esposo ou de um filho exemplar.

Não surpreende que, diante de um texto dessa natureza, a jurisprudência denegue praticamente indenização em caso de morte mesmo dolosa, com receio, talvez, de arbitramentos exagerados.

Bem por isso, entre muitos outros, encarecia o saudoso EDUARDO ESPÍNOLA que fora de se desejar que o CC “encerrasse disposições claras e precisas sobre este assunto de ressarcimento do dano em geral, sendo para notar que os princípios estabelecidos pelo projeto BEVILÁQUA, com referência especial às obrigações decorrentes de atos ilícitos, não satisfazem absolutamente” (*Direito Civil Brasileiro*, vol. 2.º, pág. 207).

Também J. M. DE CARVALHO SANTOS, *CC Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 3.ª ed., 1946, vol. XXI, pág. 69, critica a orientação do legislador na redação do art. 1537 por ter restringido em demasia o limite da indenização do dano que possa resultar do ato ilícito.

Transcreve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, e o voto divergente de ANTONINO VIEIRA, ressaltando que nos casos de ferimento ou de que resulte defeitos, os arts. 1.538 e 1.539 mandam indenizar o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, além de uma multa no primeiro caso e de uma pensão no segundo.

“Ora, seria um contra-senso inconcebível que no caso de morte imediata, com desaparecimento do cadáver, por ter sido queimado, por exemplo, ou atirado à água corrente, a indenização se limitasse às despesas de luto, ou nenhuma fosse paga, se a família dispensasse.”

Demonstra que “a indenização deve ser sempre a mais completa que for possível, e a pena civil ou criminal deve ser proporcionada ao ato ilícito e suas conseqüências” e passa a socorrer-se, uma vez que o CC brasileiro não contém nem preceito genérico, como o do art. 1.078 do argentino, para

todos os delitos, nem específico, de subsídios doutrinários para propugnar o reconhecimento de um direito à indenização pelo dano moral.

Em “Comentário” a esse voto, J. M. DE AZEVEDO MARQUES, na mesma revista, págs. 546-549, faz ver que a vida moderna nem sempre suporta o classicismo hierático: exige maior elasticidade de hermenêutica.

“A aplicação nua e crua das palavras legislativas pode ser mui honesta, pode ser a resultante de uma *“economie de pensée”*, no dizer de um escritor, mas não será, muita vez, *justa* e, portanto, não será jurídica, eis que o Direito deve ser a justiça social, que se impõe ao bom senso da humanidade.”

Considera desnecessário recorrer ao conceito do dano moral, questão diferente e autônoma, propugnando antes, para a solução do problema, uma ampliação da vaga alusão do CC ao “luto de família”:

“Tomada à letra essa expressão, provocará absurdos e desigualdades injustas, eximindo muitas vezes o devedor de satisfazer qualquer indenização. “Luto”, na linguagem popular mais corrente, se limita às *“vestimentas lúgubres”*, quando são usadas. Mas, no meu sentir, não deve ser essa a verdadeira e única significação, quando a lei manda indenizar o *luto da família*. Este é mais amplo; é também, no dizer dos lexicons: “o profundo sentimento de tristeza causado pela perda de pessoa cara”; ou genericamente, “a tristeza causada por desgostos e sofrimentos”. Pode haver luto sem haver morte; pode alguém estar de luto sem vestir roupas especiais. O luto não é somente o *sinál* de dor; é o sofrimento moral íntimo; d’onde surge para logo, *necessariamente*, logicamente, a idéia de dano ou melhor, de dor moral, esteja ou não escrito nas leis.”

Temos aí a pedra angular de todo o edifício da responsabilidade civil: não há um ato ilícito mais grave do que esse, e a severidade com que seja cominada no direito civil aquela pena que não é poupada no direito criminal, estabelecerá a proporcionalidade com a indenização a ser imposta a todos os demais atos lesivos, sejam eles dolosos ou meramente culposos.

O que tem sido feito para melhorar essa situação?

Pouco, muito pouco.

O Projeto de Código Civil de 1975, depois de repetir, no art. 184, o art. 159, ampliando o conceito de ato ilícito para incluir o dano mesmo simplesmente moral, reproduz, com poucas inovações, nos arts. 963-990, mesmo na sua estrutura arcaica, o disposto nos arts. 1.519 a 1.551, com supressão de vários dispositivos.

Até a linguagem do começo do século é perpetuada (“patrão, amo ou comitente!”), limitando-se, praticamente, a dar maior realce à teoria do risco e à do dano objetivo.

A contribuição mais importante é a do parágrafo único do art. 963, mandando reparar o dano, independentemente de culpa “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”

Mas a preocupação mais com o autor do dano do que com a infeliz vítima continua, e transparece no

“Art. 980 — A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único — Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Por estranho que pareça, melhor contribuição encontra-se no anteprojeto do Código de Processo Penal, que se ocupa especificamente com a reparação do dano causado pelo crime (arts. 786-820).

A indenização deve ser paga em execução à própria sentença penal, extraindo o interessado, neste juízo, carta de sentença.

Dará, assim, início à execução apresentando requerimento no qual formula os quesitos para o arbitramento do dano. Se o juiz penal tiver, também, competência civil, a execução correrá nos próprios autos da ação penal, dispensada a carta de sentença.

Mas a solução para o eterno problema da falta de recursos da maioria dos agentes dos atos lesivos talvez possa ser encontrada num mais completo aproveitamento da idéia do seguro

obrigatório de danos pessoais, instituído pelo Decreto-lei n. 73, de 27-11-1966, cobrindo a responsabilidade civil por morte, invalidez permanente e despesas médicas e suplementares da vítima de acidente de tráfego causado por veículo automotor ou por sua carga (art. 20, b e al.1), independentemente da culpa do condutor do veículo que causou o dano (Lei n. 6.194/74, art. 5.º).

Naturalmente, terão que ser tomadas providências para aproximar à realidade a indenização por morte que é de apenas 40 salários mínimos; por invalidez permanente, de até 40 salários; pelas despesas médicas e suplementares comprovadas, de até 8 salários, como reembolso à vítima (Lei n. 6.194/74, art. 3.º).

De qualquer maneira, trata-se de uma obrigação independente da prevista no CC, arts. 1.538 e 1.539, tendo pois direito a vítima de exigir a cumulação de ambas as indenizações.

Só depois disso é que se poderá esperar uma atuação mais enérgica por parte dos nossos tribunais (segunda das mencionadas contribuições), “avec l’aide de juges dévoués et consciencieux”, como acentua ALEXANDRE MARTIN ACHARD:

“A tarefa do juiz nunca é fácil, mas no domínio da reparação do dano moral, mais do que em qualquer outra, temos o direito de contar com juízes perspicazes, em condições de apreciar as gradações mais delicadas dos sentimentos humanos e desdobrados de moralistas de vistas elevadas.

Numa instituição que diz respeito às questões mais graves, uma vez que os juízes têm em mãos o que os homens têm de mais sagrado, seu patrimônio moral, o dever do juiz está cheio de escolhos, e incumbe àquele que é convocado a conhecer semelhantes questões, um estudo aprofundado dos casos que ele julga, um amor intenso da justiça e da verdade.”

A tudo sobreleva ainda uma condição primordial: uma ampla campanha de conscientização, de chamamento à responsabilidade sobre os males decorrente desse completo abandono, a que, com tanto descuido é relegado esse o bem inestimável que é a integridade física, a própria vida.

Que contraste com o que ocorre com os países mais adiantados!

Takashi Kicuchi, diretor da Yakult em Londrina, por causa de uma bola de golfe abateu com um tiro o menor de 9 anos, Vanderlei, no dia 7-1-1973.

Consternado com a notícia, Hisami Matzuzomo, presidente da empresa, partiu imediatamente do Japão, por via aérea e apresentou-se ao operário Adão Rodrigues, pai da vítima, em seu próprio humilde lar, trazendo-lhe presentes e pedindo que os aceitasse, em obediência a um costume de seu país natal, com as seguintes expressões:

“O presente é meu. Não tem nenhuma vinculação com o assassino e se sua família aceitá-lo, significaria o perdão para mim.”

A reação de Maria, mãe de Vanderlei na sua simplicidade, é bem expressiva do sentimento de todas as vítimas, em situações análogas:

- “Perdoar o assassino? nunca”
- “Não venho em nome de quem matou seu filho. Peço perdão para mim. Quero voltar à minha terra sabendo que os senhores me perdoaram”
- “Eu perdôo a mulher do japonês que matou meu filho. O senhor não tem nada com isso, não tem culpa de nada. Eu perdôo o senhor, mas aquele tem de morrer na cadeia, para não fazer mais o que fez. Se ele ficar solto pode fazer o mesmo com outra criança”

Pedindo desculpas em nome da Yakult, e manifestando o seu repúdio por esse ato a todo o povo londrinense, Hisami estendeu dois envelopes ao pai da vítima, esclarecendo:

“Em cada um deles há 10 mil cruzeiros para o senhor. É um presente meu”.

O intérprete acrescenta que este é um costume japonês. Adão Rodrigues assinou um documento, ganhou mais um televisor em cores e a promessa de receber mais dinheiro.

Mais comovente ainda foi a informação de que esse sentimento de solidariedade não era a manifestação de uma pessoa isolada, embora Presidente da organização, que acrescentou:

“No Japão, os funcionários da minha empresa estão fazendo uma coleta. São 70 mil empregados e eu vou enviar o dinheiro ao prefeito de Londrina, para que ele entregue ao senhor, está bem?”

Bibliografia

- ARAGÃO, R. D. Moniz de — *Da Reparação do Dano Causado pelo Crime*, Rev. dos Tribunais, vol. 424, 1971, páginas 11-20.
- AZEVEDO, Vicente de — *Crime. Dano. Reparação*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1934.
- PIMENTEL, Manoel Pedro — *Delito e Reparação do Dano no Anteprojeto do CC Brasileiro*, Rev. dos Tribunais, vol. 446, 1972, págs. 11-21.

O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional*

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. O termo “polícia e sua acepção genérica”

1.1 Sempre que são muitas as acepções de um termo, importa esclarecer-lhe o significado, a fim de evitar ambigüidades ou obscuridades. É isto é indispensável toda vez que esse termo é determinante do assunto a ser tratado.

Ora, assim é com o termo “polícia”. Hoje, na linguagem comum, somente é ele empregado para designar um dos aparelhamentos estatais. Entretanto, guarda ainda na linguagem jurídica e administrativa um outro sentido mais abrangente.

Conforme aponta JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, com a dupla autoridade de mestre da língua e de professor de Direito Administrativo:

“A palavra portuguesa *polícia*, representada nas várias línguas românicas e anglo-germânicas, originase do grego *politeia*, através da forma latina *politia*, aliás de raro emprego.

Ligada, etimologicamente, ao vocábulo *política*, pois ambas vêm do grego *pólis* (cidade, Estado), indicou entre os helênicos, a *constituição do Estado, a boa constituição, o bom ordenamento*”¹.

1.2 Essa etimologia justifica por que, até fins do século XVIII, o termo *polícia*, ou seus equivalentes nas línguas irmãs, era empregado numa acepção genérica. Designava o bom andamento da coisa pública, a boa ordem da sociedade civil por que

* Conferência pronunciada na Escola Superior de Guerra em 3 de setembro de 1981.

1. JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Direito Administrativo do Brasil*, vol. IV — Poder de Polícia, S. Paulo: Rev. dos Tribunais, 1961, pág. 20/21.

devia zelar a autoridade leiga. Nos clássicos, por exemplo, no *Espírito das Leis* de MONTESQUIEU é esse o sentido do vocábulo *police*.

Ora, no tipo de Estado que prevalece até os últimos anos do século das luzes, não havia a marcada distinção e a especialização de funções depois estabelecida. Os mesmos magistrados, no zelo pela boa ordem da sociedade civil, editavam posturas e regulamentos de polícia, aplicavam-nas a casos concretos, proibindo ou permitindo a atividade dos indivíduos. E puniam os infratores dessas posturas com multas e penas corporais. Assim sendo, o bom andamento da coisa pública era o objeto geral da administração. A atuação do Estado era, toda inteira, dita de polícia.

2. Polícia, poder de polícia e aparelho policial no Estado de Direito

2.1 O advento do Estado contemporâneo, inspirado na origem pelo pensamento liberal e disciplinado em sua ação pelo direito, importa no reequacionamento da polícia, no sentido genérico do termo. Reequacionamento esse que leva, até, ao progressivo desuso do vocábulo nessa acepção larga, prevalecendo, hoje, como se verá adiante, outros sentidos mais restritos.

Para bem compreender essa mudança, convém recordar a base liberal que preside à gênese do Estado contemporâneo. Tal base pode ser resumida na idéia de *liberdade*: os homens são por natureza livres. Gozam por isso de direitos fundamentais, que são projeções dessa liberdade, que são anteriores e superiores ao Estado. Este tem, por isso, a tarefa de assegurá-los e a obrigação de reconhecê-los e respeitá-los.

Para que o Estado não os despreste, oprimindo, impõe-se que esteja subordinado, por inteiro, ao Direito. Disto decorre a sua sujeição a uma Constituição que o organize de forma a impedir o abuso do poder. O que reclamava, segundo o pensamento político liberal, a adoção da separação de poderes.

Bem exprime essa concepção o artigo 16 da Declaração de 1789: "Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição"

2.2 A fórmula de MONTESQUIEU é assim erigida em princípio fundamental e insubstituível da organização do Estado. Seu mérito político seria o de gerar um sistema de freios e contrapesos que dificultaria, ou impossibilitaria o abuso de

poder. Hoje, sem dúvida, não goza ela do mesmo acatamento e respeito, sofrendo como sofre inúmeras entorses, conquanto permaneça como critério básico da estruturação estatal.

Como é sabido, a separação de poderes divide o exercício do poder estatal segundo um critério funcional. Distingüindo três funções, a legislativa, a administrativa ou executiva e a judiciária, procura, especializando os órgãos do Estado no exercício de cada uma delas, separá-los, isto é torná-los reciprocamente independentes. Daí três Poderes independentes, porém harmônicos.

O bom andamento da coisa pública, a *polícia* no seu sentido antigo e genérico, resultaria, em face da separação de poderes, não da atividade de um dos Poderes isolados mas da atuação harmônica dos três. Entretanto, cada um para isso colaboraria segundo a sua função específica.

Aponte-se a preeminência do Legislativo, no modelo clássico do Estado de Direito, pois ele edita a lei que o Executivo aplica nos atos administrativos, que o Judiciário aplica nos processos e julgamentos.

2.3 Esta predeterminação se exprime, no plano jurídico, pelo *princípio da legalidade*: *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

Este princípio tem um fundamento político. Enuncia-o a Declaração de 1789 numa fórmula clássica: "A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de representantes, para a sua formação" (art. 6.º, 1.ª parte).

Mas a lei há de ter um conteúdo de justiça: "A lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade", esclarece o art. 5.º da mesma Declaração. Por isso, como nela ainda se aduz, "a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei" (art. 4.º).

Estes postulados bisseculares ainda informam o regime constitucional no mundo ocidental. Deles resulta claramente que os direitos fundamentais do homem somente devem ser disciplinados para que o seu exercício por uns não exclua o seu exercício por outros e sempre por meio da lei.

Em conseqüência, a "boa ordem da sociedade civil", a *polícia* no sentido genérico, é assegurada nos termos da lei. E não o pode ser fora do âmbito dessa lei, ou seja, arbitrariamente.

2.4 Definido esse quadro legal, a sua efetivação compete ao Poder Executivo. A função deste é, com efeito, a de executar a lei.

Mas esta execução da lei comporta pelo menos três aspectos distintos.

Em muitos casos, as normas legais são demasiado gerais para que seja possível o seu cumprimento ou aplicação imediatos. Torna-se preciso, para ensejar essa observância, que sejam elas regulamentadas. Ou seja, os preceitos legais serão desdobrados em normas mais pormenorizadas que as precisam, especialmente fixando os meios, o como se deve agir. Aqui, o Executivo usa de seu poder regulamentar, que é um poder normativo subordinado ao poder legislativo, preparando a execução da lei.

Noutros, o Executivo, em face de normas legais que podem desde logo ser executadas, ou que já foram regulamentadas, edita atos que as aplicam a casos concretos. Tal se dá quando esse Poder autoriza ou proíbe que os indivíduos façam isto ou aquilo, autorização ou proibição que mediatamente se ampara na lei e em última instância na Constituição. E, pela força se preciso, impõe essa autorização ou proibição.

Enfim, para fazer respeitar as leis, para preparar os regulamentos, para editar os atos de aplicação, o Executivo necessariamente compreende um aparelhamento administrativo, um conjunto de órgãos e de agentes devotados à execução da lei.

Relacionam-se os dois primeiros aspectos, diretamente, com o que, na terminologia do Direito Público, se denomina de *poder de polícia*. O último com o que, na linguagem corrente, todos chamam de *polícia*.

2.5 A expressão *poder de polícia* tem um sentido técnico no Direito Administrativo, campo em que é de largo uso. Abrange o que remanesce em mãos do Executivo do poder de zelar pela boa ordem da sociedade civil, após a partilha de funções decorrente da separação de poderes.

No Estado liberal, observe-se, quando a ele se dava tão-somente a missão de garantir a ordem, dentro da qual cada um por si buscava o próprio bem-estar, era bem restrito o âmbito do poder de polícia. Entendia-se que ele se circunscrevia à defesa da ordem pública e da segurança. Com o Estado social, o seu campo se ampliou. Segundo já recomendava, em 1915, RUI BARBOSA, passou também a alcançar os interesses econômicos, assim a doutrina mais recente inclui no seu objetivo todas as necessidades públicas.

Como já se sugeriu acima, de diversos modos exerce o Executivo esse poder de polícia.

Ora, o Executivo disciplina uma atividade, limitando e condicionando o exercício de um direito ou liberdade, por meio de normas gerais. É o que ocorre toda vez que ele edita os *regulamentos de polícia*.

Ora, em face de um caso ou solicitação concreta, ele autoriza, ou proíbe, a prática de um ato ou o exercício de uma atividade. Edita, então, ato administrativo de polícia, conforme se dá quando permite um porte de arma ou licencia uma construção, ou quando não consente numa reunião ou num comício. E, a fim de impor o respeito a essa autorização ou proibição, pode o Executivo usar da força, praticando uma ação de polícia, com o emprego dos agentes da polícia.

Em todos os casos, porém, reitere-se e sublinhe-se, o poder de polícia se fundamenta na lei. Com efeito, a regulamentação que se estabeleça, a autorização que se conceda ou negue, tem de, em última análise, sujeitar-se ao que prescreve a lei. Assim, o poder de polícia está limitado ao âmbito circunscrito pela lei. Sempre que for além dele, importa em ilegalidade e, em decorrência disto, o seu autor arcará com a sanção para tanto prevista.

É verdade que, em muitas situações, a lei deixa ao Executivo uma escolha, uma apreciação de conveniência. Dentro desses limites, poderá ele, portanto, permitir ou proibir segundo um critério de adequação ao interesse geral. Existe, nisto, o que em Direito se denomina de *discricionariedade*. Na linguagem jurídica, ao contrário da corrente, *discricionário* tem um sentido bem diferente do de *arbitrário*. Nela, *discricionário* é o ato que opta entre várias possibilidades, todas elas aceitas pela lei, ao passo que *arbitrário* é contra a lei, em desobediência à lei. Por isso, o poder de polícia jamais é arbitrário mas *discricionário*.

Entretanto, essa discricção administrativa não é absoluta. Segundo entende a doutrina e confirmam os tribunais, o exercício dessa discricção deve respeitar a adequação de meios a fins, a proporcionalidade entre o embaraço adveniente para o indivíduo e a vantagem dela decorrente para a comunidade. Em particular, jamais poderá, validamente, estabelecer desigualdades, tratando casos iguais de modo diferente. Violaria então o princípio de igualdade, outra das peças básicas do Estado de Direito.

Nunca se deve esquecer, ademais, que nesse Estado de Direito nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída

à apreciação do Judiciário (na Constituição brasileira, art. 153, § 4.º). Assim os atos do Executivo estão sempre sujeitos ao controle do Judiciário. Este, em decorrência, pode invalidar atos do Executivo no exercício do poder de polícia, que incidam em ilegalidade ou sejam abusivos. O que abrange as discriminações, as desproporcionalidades, etc.

2.6 Da boa ordem da sociedade civil, como se apontou, o Estado liberal somente considerava a seu cargo a manutenção da paz. Era ele o policial da sociedade, daí a eloqüente expressão francesa *Etat-gendarme*. Não é de estranhar, por isso, que sua atividade de polícia, no campo do Executivo, fosse confiada a um conjunto estruturado de órgãos, a um aparelhamento administrativo que veio a ser conhecido, como ainda o é, hoje por *polícia*.

Polícia, neste último sentido, é assim o setor da máquina administrativa que se destina a assegurar a defesa e a segurança tanto individual quanto geral. Em especial, cabe-lhe impedir as mais graves violações à lei que são os crimes. A este aparelhamento cumpria, no Estado liberal, exercer boa parte o poder de polícia, autorizando ou proibindo atividades individuais ou coletivas. Dele escapava, é claro, a regulamentação que é constitucionalmente reservada ao Chefe do Executivo, ainda que, vez por outra, esta se insinuasse em portarias de autoridades policiais.

É certo que, com a ampliação do âmbito próprio ao poder de polícia resultante do Estado social, os novos campos não foram sujeitos ao aparelhamento policial e sim a outros setores da administração. Mas, no que tange à defesa e segurança, é ainda a polícia que zela pela boa ordem da sociedade civil.

Entretanto, por motivos de conveniência e economia, esse aparelhamento do executivo que é a polícia não ficou apenas com a tarefa preventiva, recebeu também a repressiva, de por fim a ações criminosas, apurando autoria e fornecendo subsídios para a punição pela Justiça dos culpados. Isto importa em dizer que entre as atribuições da polícia (aparelhamento administrativo) estão além das funções de *polícia preventiva*, ou administrativa, as de *polícia judiciária*, ou repressiva.

Saliente-se que, se nas atribuições de polícia dita preventiva se incluem faculdades inerentes ao poder de polícia do Executivo, as atribuições de polícia judiciária são estritamente as editadas pela legislação própria, em última instância pelo Código de Processo Penal.

2.7 Decorre assim nítida a distinção entre *poder de polícia*, e *poder*, ou poderes, *da polícia*. Estes são as atribuições

que a lei defere ao setor da administração que é a polícia. Nelas apenas se inscreve uma fração das faculdades que, no Estado contemporâneo, abrange o poder de polícia, atribuído genericamente ao Executivo.

Enfim, em termos jurídicos, poder de polícia é, para CRETELLA JÚNIOR, "faculdade discricionária do poder público de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo" enquanto polícia é o aparelhamento administrativo que, pela coerção se preciso for, atua para garantir a ordem e a segurança, exercendo eventualmente mas nem sempre poder de polícia ².

3. Poder de polícia e polícia no sistema constitucional brasileiro em vigor

3.1 A forma do Estado brasileiro é, como ninguém ignora, a federativa. Isto importa, entre outros aspectos, na coexistência de uma ordem jurídica e de uma organização política e administrativa de caráter nacional que recobre todo o território e atinge a todos os brasileiros, com várias outras que cobrem apenas parcelas delimitadas desse território nacional e não sujeitam senão os que nele se radicam. A coexistência, pois, da ordem da União com as ordens estaduais, os Estados.

Entretanto, é peculiaridade do Estado brasileiro a existência de uma terceira ordem que, fundada embora na Constituição federal, se inscreve em dimensões territoriais e pessoais ainda menores, aparecendo como descentralizações das ordens estaduais. São as ordens municipais, os Municípios.

Esta coexistência da União, dos Estados e dos Municípios presume, não só mas forçosamente, uma repartição de competências. Não poderia haver separação entre elas se as suas atribuições não fossem distintas; haveria completa barafunda política e administrativa se essas funções fossem confundidas.

No direito brasileiro, a regra fundamental de divisão de competências estabelece que pertencem à União, de um lado, aos Municípios, de outro, as competências que a Constituição federal explícita ou implicitamente lhes atribui. O remanescente compete aos Estados (art. 13, 1.º: "Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados").

2. IDEM, *Dicionário de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 3.ª ed., 1978, voce "poder de polícia"

Esta regra, inspirada na Constituição americana, é adotada em nosso Direito desde a Constituição de 1891. Entretanto, o processo de centralização, acentuado mormente depois da Revolução, levou a grande alargamento do âmbito da competência da União, como se comprova da simples leitura do art. 8.º da Constituição vigente que enuncia as suas competências exclusivas. Por outra parte, houve também, em menor escala, um fortalecimento do Município. Tudo isto reduz muito, como é óbvio, a competência remanescente, própria dos Estados.

3.2 Todas essas três ordens, União, Estados e Municípios, contam com poder de polícia. A repartição de competências entre eles divide a faculdade de limitar a liberdade individual em vista do interesse geral.

É de se observar que, no campo reconhecido pelo liberalismo, defesa da ordem, segurança pública, o poder de polícia pertence basicamente aos Estados. A estes, por exemplo, é dado regulamentar e autorizar ou proibir reuniões públicas, comícios, passeatas, ainda que nas lindes de lei federal que desdobra direitos fundamentais reconhecidos na Constituição.

No campo novo dos interesses econômicos, é a União que o exerce principalmente. Cuida ela de regulamentar e controlar atividades financeiras, por exemplo, para impedir dano à economia.

O campo do Município abrange, nos termos da Constituição (art. 15, II), a esfera de seu "peculiar interesse". O que, na opinião dos intérpretes, significa a esfera em que preponderam interesses locais, como o que toca a utilização da propriedade para edificações, etc.

3.3 Igualmente, União e Estados contam com polícia.

A manutenção da ordem interna, — repita-se — quer no seu aspecto preventivo, quer no repressivo, compete em primeira linha aos Estados. Igualmente a apuração dos delitos. Assim, em princípio, as medidas e ações relativas a essa tarefa cabem ao aparelhamento policial que os Estados necessariamente hão de constituir e sua efetivação aos agentes integrados nessa máquina.

Note-se que, a tal ponto a Constituição encarece a missão estadual de combater as perturbações da ordem que o seu insucesso é uma das causas de intervenção federal (art. 10, III). É verdade que, mesmo sem intervenção federal mas aí em consonância com o Poder estadual, as Forças Armadas podem ser empregadas para por cobro a desordens e conflitos. De fato, o art. 91 da Constituição não as destina apenas "à defesa

da Pátria” mas também “à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem” que as perturbações contestam.

A polícia estadual desempenha, em conseqüência, atribuições de polícia administrativa, ou preventiva, e de polícia judiciária, ou repressiva.

Desdobra-se em dois braços, um civil e outro militar. Este último, o único a que faz referência a Constituição federal (art. 13, § 4.º) que lhes dá por finalidade a manutenção da ordem pública e lhes inscreve como “forças auxiliares, reserva do Exército” Ao primeiro compete a atividade de polícia judiciária e não poucas de caráter preventivo.

3.4 A Constituição brasileira atribui à União uma esfera determinada tanto de polícia administrativa como de polícia judiciária. Resulta do art. 8.º, VIII do texto vigente que a União tem de organizar um aparelhamento policial, a Polícia Federal, à qual se deferem “os serviços de polícia, marítima, aérea e de fronteiras”, a prevenção e a repressão do “tráfico de entorpecentes e drogas afins”, a apuração de “infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei”, e a “censura de diversões públicas”.

Admite a Constituição, todavia, que, por meio de convênio, essa atuação seja delegada ou transférida ao aparelhamento estadual (art. 13, § 3.º), como ocorre em alguns casos, presentemente.

3.5 Quanto aos Municípios, não se lhes reconhece o poder de constituir um aparelhamento policial. A Constituição paulista, para citar um exemplo, permite-lhes, todavia, “organizar e manter guardas municipais para colaboração na segurança pública, subordinadas à Polícia estadual”.

HELLY LOPES MEIRELLES, no livro *Direito Municipal Brasileiro*, aponta que essa guarda municipal se destina “ao policiamento administrativo da cidade, especialmente dos parques e jardins, dos edifícios públicos e museus, onde a ação dos predadores do patrimônio público se mostra mais danosa”³. Registra, porém, que isto leva freqüentemente a um conflito de atribuições com a polícia militar estadual. Afirma ele que “a guarda municipal, ou que nome tenha, é apenas um corpo de

3. HELLY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 3.ª ed., 1977, pág. 516/517.

vigilantes adestrados e armados para a proteção do patrimônio público e maior segurança dos municípios, sem qualquer incumbência de manutenção de ordem pública (atribuição da polícia militar) ou de polícia judiciária (atribuição da polícia civil). Opinião que, aliás, não se coaduna exatamente com o preceito da Constituição estadual.

O que parece indiscutível é que o Município pode ter guardas para a segurança de seus próprios, o que, nos termos da lei, não se recusa a empresas ou até a particulares.

4. O poder de polícia e o desenvolvimento

4.1 Cabe agora salientar pontos e linhas em que o poder de polícia, quer da União, quer dos Estados e até dos Municípios, tem impacto sobre o desenvolvimento.

Note-se que o poder de polícia tem sempre uma conotação negativa. É limitação de liberdades. Freio, portanto, nunca acelerador. O poder de polícia jamais instiga o desenvolvimento, disciplina atividades que levam a ele, servindo para mantê-las na direção do interesse geral. Não o promove nunca. O Estado contemporâneo, é certo, cuida de promover o desenvolvimento mas usa então de estímulos, empreende ações que de modo algum se enquadram no conceito restrito de poder de polícia. Seriam, sem dúvida, de polícia, no sentido antigo e geral do termo, pois evidentemente conduzem à boa ordem da sociedade civil.

No campo do desenvolvimento, manifesta é a repercussão do poder de polícia na medida em que incide sobre a liberdade de iniciativa, em especial.

4.2 Não é baldado insistir no fato de que a Constituição brasileira põe como um dos princípios da ordem econômica a liberdade de iniciativa (art. 160, I). Mais. Defere, em princípio, à iniciativa privada as atividades econômicas. Com efeito, segundo está no art. 170, *caput*: “As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”.

Essa liberdade de iniciativa que se traduz na liberdade de empresa, nada mais é, porém, do que uma das feições da liberdade de trabalho, ofício, profissão que conflui com a de indústria ou comércio inscritas nas Declarações de Direitos desde a época liberal. No Brasil, desde a Carta de 1824. De fato, essa liberdade, no fundo, é o direito de exercer atividade socialmente útil. Atividade essa que obviamente pode exercer-se nos mais variados setores.

Tal liberdade de exercer atividades socialmente úteis necessariamente há de ser limitada, a fim de que não resultem prejuízos para o bem comum. Segundo está na Constituição, está ela sujeita desde logo a “condições de capacidade” que a lei há de fixar (art. 153, § 23). E, quando voltada para o domínio estritamente econômico, essa liberdade de empresa pode ser excluída, pela lei, em relação a atividades concernentes à segurança nacional ou em setores que não possam ser desenvolvidos “com eficácia no regime de competição” (art. 163).

A legislação limitadora dessa liberdade é federal nalguns aspectos. Assim, é a lei federal que pode estabelecer as condições de capacidade relativamente às profissões liberais e técnico-científicas (art. 8.º, XVII, r), produção e comércio de material bélico (art. 8.º, VII), comércio exterior e interestadual (art. 8.º, XVII, 1) etc., bem como somente ela pode instituir os monopólios decorrentes das necessidades da segurança nacional ou da ineficácia setorial da iniciativa privada (art. 163).

Não falta, porém, aos Estados competência para legislar em matéria de produção e consumo, por exemplo, o que interfere na liberdade de empresa. É o que decorre do art. 8.º, parágrafo único, que atribui essa matéria à competência concorrente da União e dos Estados.

Enfim, no tocante a seu peculiar interesse, mormente no que concerne à localização de atividades comerciais ou industriais, incide a competência municipal.

Resulta disto, sempre, o poder de polícia da União, dos Estados e dos Municípios, em caráter exclusivo ou concorrente, conforme o caso. Isto seja para regulamentar a legislação pertinente, seja para, com base nela, permitir ou proibir as atividades, efetivando pela coerção, se preciso, as suas decisões.

Merece menção neste ponto o poder de polícia decorrente para a União da Lei Delegada n.º 5, de 26 de setembro de 1962. Esta lei de intervenção no domínio econômico atribui à União, e exclusivamente a ela, o poder de tabelar preços relativamente a preços de bens e serviços essenciais ao consumo e uso do povo.

5. O poder de polícia e a segurança

5.1 O terreno de eleição do poder de polícia é o da segurança. Isto se assenta no pensamento liberal e não resulta abandonado em consequência da evolução posterior. Ao con-

trário, no Estado social, mais ainda se tem aprofundado a limitação das liberdades e direitos fundamentais, com o alargamento do poder de polícia.

5.2 Nem a liberdade pessoal escapa ao poder de polícia. O aspecto externo desta, a liberdade de locomoção, sofre cerceamentos visando à manutenção da ordem pública e à própria segurança individual.

Isto é flagrante quando se considera a polícia do trânsito e tráfego. De fato, variadas limitações e mesmo proibições podem nesse campo ser impostas, cerceando a liberdade de ir e vir, mas salvaguardando o interesse geral.

Note-se que, embora a legislação nessa matéria compita à União (art. 8.º, XVII, n), admitindo-se que os Estados a suplementem (art. 8.º, parágrafo único), o poder de polícia também se estende aos Municípios. Estes, sempre levando em conta o preponderante interesse local, podem dispor sobre a circulação de veículos e até de pedestres.

5.3 A liberdade de expressão do pensamento não refoge por completo ao poder de polícia.

A matéria é delicada, por isso convém reproduzir o texto constitucional (art. 153, § 8.º): “É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação, independentemente de censura, salvo quanto a diversões ou espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”

Resulta desse texto, a par do princípio de liberdade, a censura, portanto, o poder de polícia, relativamente a diversões ou espetáculos públicos. Poder esse pertencente à União como o comprova o art. 8, VIII, d, referente à competência da Polícia Federal.

Se esse primeiro ponto é incontestável, é ainda hoje controvertido o alcance da parte final do art. 153, § 8.º, ou seja, da determinação que não sejam toleradas a propaganda de guerra, de preconceitos de raça e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes etc. O Governo Médici entendeu que isto impunha ao Executivo o dever de impedir que viessem a público essas manifestações intoleráveis. Editou, por isso, o Decreto-lei n.º 1.077, de 1970, que instituía uma

“verificação prévia” e, em consequência, estabelecia o poder de polícia necessário para impedir, sendo o caso, a divulgação dessas manifestações. Contra isso, insurgiu-se ponderável corrente, para a qual essa intolerabilidade não excluiria a livre manifestação, simplesmente impor a legislador a previsão de ilícitos penais que a sancionassem. Isto porque, e sobretudo, a “verificação prévia” seria uma forma de censura.

5.4 O poder de polícia, acrescenta-se, pende, de modo incontroverso, sobre outros aspectos dos chamados “bons costumes”. Com efeito, esse poder, sempre motivado pelo intento de preservar a boa ordem da sociedade civil, sempre teve de restringir a liberdade, para preservar o interesse geral em que certos males não se difundam. Assim, no tocante ao jogo, ao alcoolismo, à prostituição.

No âmbito da lei, o poder público, mormente por intermédio da polícia estadual, tem regulamentado a instalação de casas de jogos lícitos, de estabelecimentos que vendam bebidas alcoólicas. E até, em termos não raro contestáveis, a de casas de tolerância, inclusive chegando a estabelecer as “zonas de meretrício”.

5.5 Também é incontroverso o poder de polícia que se exerce em defesa da saúde pública. Na verdade, foi esse o primeiro campo que os juristas liberais acrescentaram ao tradicional, isto é, a defesa e a segurança.

A base legal da proteção à saúde é traçada em normas gerais que são da competência da União (art. 8.º, XVII, c) como o é a de estabelecer plano nacional de saúde (item XIV). Cabe, todavia, legislação complementar estadual (art. 8.º parágrafo único). Disto decorre poder de polícia para a União e evidentemente para os Estados, mas disso não resulta a exclusão do Município de qualquer atuação nesse campo. Tome-se, por exemplo, a questão da poluição e logo se verá que, embora caiba aos Estados o esforço principal, será esse problema insolúvel sem a cooperação da União e dos Municípios.

O poder de polícia em matéria de saúde se reflete principalmente no controle sobre medicamentos, alimentos, na profilaxia e combate de epidemias, graves moléstias contagiosas e epizotias, afora a já mencionada poluição.

5.6 Terreno novo do poder de polícia é a ecologia. Cabe, com fundamento nele, tomar medidas de preservação do meio ambiente. É estadual a competência a este respeito, entretanto, tal qual se viu acima em relação à saúde, a União e os Municípios têm também esfera onde exercê-lo.

5.7 Já terreno antigo desse poder é de uso da propriedade imobiliária. Aqui avulta a disciplina da ocupação do solo, que por sua natureza cai no âmbito do peculiar interesse local e consequentemente no de sua competência. No âmbito da legislação sobre zoneamento, construções etc., resta vasto espaço para limitações, proibições, permissões decorrentes do poder de polícia.

5.8 Enfim, convém referir em virtude de seu reflexo político a incidência do poder de polícia sobre a liberdade de reunião. Reconhece-o a Constituição no art. 153, § 27: "Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade bem como a designação, por esta, do local da reunião".

Na esfera traçada pela lei regulamentadora (Lei Federal n.º 1.207, de 1950), a autoridade policial deve estabelecer, ao começo de cada ano, os logradouros públicos onde são possíveis as reuniões que são os comícios.

Ainda que para certos intérpretes mais liberais, a Constituição não permita mais do que a determinação de locais vedados para reuniões, jamais aceitando a sua proibição pura e simples, ainda que fundada em motivos de segurança, a jurisprudência tem admitido o contrário. Com efeito, tem aceitado como boa a proibição quando as circunstâncias especiais do momento as tornem perigosas para a ordem pública.

5.9 Convém observar que o quadro acima traçado que circunscreve o poder de polícia em relação às liberdades públicas, somente prevalece em situações normais. De fato, em circunstâncias anormais, ao ensejo das medidas de emergência, do estado de sítio e do estado de emergência, por força da própria Constituição, o poder de polícia se amplia.

É próprio do Estado de Direito não só dispor para a normalidade como também impor uma disciplina jurídica para circunstâncias anormais. Com isto, procura impedir o arbítrio mesmo no combate às mais graves perturbações da ordem. Em decorrência disto, as constituições estabelecem medidas extraordinárias que, por assim dizer, legalizam as próprias situações anormais previsíveis. E ao fazê-lo, se limitam ainda as ações de repressão, estendem sempre o campo do poder de polícia.

A Constituição vigente, por força da Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, mantém como sistema básico para a resposta a emergências graves o estado de sítio, que é da tradição de nosso direito, mas a ele acrescenta o estado de emergência e prevê medidas de emergência.

5.10 O sistema básico é, sem dúvida, o estado de sítio, regido pelo art. 156: “No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da República poderá decretar o estado de sítio”

Ora, como está no § 2.º:

“O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;
- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;
- e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;
- f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e
- g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades”

Como se vê, realmente o estado de sítio amplia o poder de polícia em relação à liberdade pessoal (alíneas a, b) à de domicílio (c), reunião e associação (d), pensamento (f) etc.

Aponte-se que, mediante lei, o Congresso Nacional poderá ampliar as medidas de resposta que enseja o estado de sítio, suspendendo outras das garantias constitucionais e conseqüentemente ampliando o poder de polícia em relação a outras liberdades. Isto por um prazo máximo de cento e oitenta dias, salvo guerra quando poderá sê-lo por tempo indeterminado. O sítio exige, sublinhe-se, a posterior aprovação do Congresso.

5.11 Essas medidas enumeradas no art. 156, § 2.º, podem ser tomadas, como medidas de emergência, pelo “Presidente da República, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência” Isto por um prazo máximo de sessenta dias, prorrogável por uma única vez, dando dessa decisão meramente ciência ao Congresso Nacional. É o que está no art. 155.

5.12 Por sua vez, são essas medidas as únicas que ensejam o estado de emergência, segundo resulta do art. 158, § 2.º. Este estado de emergência é decretado pelo Presidente da República, ouvido o Conselho Constitucional, “quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repelir as atividades subversivas” (art. 158). Tem prazo máximo de noventa dias, somente podendo ser prorrogado uma vez. Não está sujeito à apreciação do Congresso Nacional, ao qual será apenas comunicado (art. 158, § 3.º).

A Profissão do Direito*

Modesto de Sousa Barros Carvalhosa

Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo.

Queridos paraninfados:

Coube-me a tarefa de vos ministrar a derradeira aula como vosso professor, e ao mesmo tempo saudar-vos, para simbolicamente introduzir-vos na atividade que escolhestes partilhar conosco: A PROFISSÃO DO DIREITO.

Vós o fazeis neste ano em que se comemora o Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos do Brasil.

Nada mais comovente para quem teve um convívio diário convosco, no persistente esforço de vos transmitir uma ciência de largas tradições, ainda que numa fase de nossa História em que o Direito não é reconhecido e a Justiça desrespeitada.

Ainda hoje vos vislumbrei no pátio da velha Escola, nos alegres momentos da despedida — também esta simbólica —, pois, da Academia não se consegue afastar jamais, templo que é do nosso espírito e de nossas aspirações mais profundas.

E, naquele momento, lembrei-me dos anos que, na rotina acadêmica, pusemo-nos a estudar juntos o Direito.

Nesse convívio prazeroso tive, não obstante, sempre presente o fato de que pertenceis a uma geração que ainda não conheceu a liberdade, a democracia e, via de consequência, o exercício da Justiça e das prerrogativas do Homem.

A falência gradativa da ordem jurídica colheu a maior parte de vós em plena infância.

Fostes destinados a formar a geração do TER e não a geração do SER. Uma geração cujo principal sentimento e móvel de conduta deveria ser o MEDO.

* Discurso de Paraninfo da Turma Senador Paulo Brossard, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferido em 8-12-1977, ano do Sesquicentenário da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

No longo processo desse antiaprendizado, devíeis primeiro saber que não vos seria permitido participar. Depois, caber-vos-ia descobrir que também vos era vedado falar, para finalmente vos acostumardes, já ao nível da introjeção, que para sobreviverdes não deveríeis sequer pensar.

Confesso que muitas vezes me convenci de que esse quadro macabro já se instalara entre vós, ao erroneamente confundir a vossa alegria sempre presente às aulas e ao convívio acadêmico, com a presumível inconsciência da tragédia cotidiana de um País que vos negava qualquer direito e qualquer perspectiva agora e no futuro.

Ledo engano o meu. Destinados que fostes a meros produtores e consumidores de bens e serviços, soubestes descobrir em vós mesmos, e trazê-los ao nível da consciência, o instinto da liberdade e da participação, inerentes ao ser humano.

Sobrepujando o medo que vos foi inculcado, soubestes honrar, como poucas gerações anteriores o fizeram, as tradições dos estudantes de Direito de São Paulo.

Cabe-vos a glória de, no ano do Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos, ter sacudido a consciência nacional e a dos próprios detentores do Poder, denunciando que, no Brasil, a ordem jurídica estava esfacelada, que os direitos humanos não eram respeitados e que a participação política, a mais legítima, era negada.

Cabe-vos, ainda, o galardão de terdes demonstrado que a destruição do Direito levou a um estado de injustiça não só formal como substancial, criando um País de uns poucos privilegiados, com prerrogativas acima de qualquer lei, e milhões de brasileiros juridicamente desassistidos e politicamente humilhados.

Honrastes, dessa forma, não só as tradições históricas da velha Academia. Demonstrastes, com a vossa união em torno do primado do Direito e da Democracia, que fostes dignos da História e, nela, do jubileu que marca a vossa formatura.

A festa que ora vos reúne já traz a marca das primeiras promessas de que a vossa luta democrática terá seus frutos em breve. E se a promessa não for logo cumprida, ou for postergada, sabeí que a Nação deve ao vosso empenho, à vossa sinceridade e à vossa persistência o reconhecimento, pelo próprio poder constituído, da legitimidade das teses que empunhastes contra o arbítrio e a injustiça.

Quando pedistes: “o Estado de Direito JÁ”, lavrastes na vida brasileira o início da redenção de um povo política, social e economicamente oprimido.

Colhei com humildade essa primeira vitória, mas, não a ponto de esquecê-la ou renegá-la no futuro. Sede fiéis aos generosos princípios de vossa luta. Que o sucesso dos anos de maturidade não vos faça omissos na defesa da Justiça e do Estado de Direito. E que jamais alguém dentre vós traia os vossos ideais democráticos de hoje.

Falemos agora de nossa geração. Diferentemente de vós, conhecemos por quase vinte anos e, em plena mocidade, o primado do Direito, o respeito às leis e a plena participação política nos destinos do País.

Não conhecíamos o medo; não nos infundiram o temor aos governantes em nossa vida acadêmica e, durante muitos anos, praticamos o Direito em meio a instituições que produziam legitimamente as leis e administravam com independência a Justiça.

Dolorosamente, porém, devemos vos dizer que não fomos dignos da liberdade que os moços da Academia, numa campanha tão heróica quanto a vossa, haviam conquistado em 1945.

Dominados por uma concepção elitista do Direito, a nossa geração hesitou num momento difícil da vida institucional do País.

Na realidade, não temíamos as autoridades, mesmo porque democraticamente constituídas. Temíamos, no entanto, o povo.

E por não acreditarmos no povo e, portanto, na Nação, despimo-nos de nossa ordem jurídica e política, por um momento que julgáramos fosse brevíssimo, apenas necessário à manutenção da ordem ameaçada.

A tragédia histórica que veio a seguir não precisa ser recontada. Instituído o novo regime para restaurar a democracia, esta acabou destruída. Justificada a adoção da nova ordem para a defesa dos valores cristãos do povo brasileiro, foi a Igreja perseguida. Aclamado o movimento para que defendesse os princípios de nossa civilização ocidental, passou-se a desrespeitar o próprio fundamento dessa mesma civilização, qual seja a inviolabilidade dos direitos humanos.

As instituições do Estado esfacelaram-se. O projeto nacional cindiu-se nos anseios inconciliáveis da tecnoburocracia dominante e insensível e os da sociedade civil dominada e humilhada. A nação parecia desaparecer na medida em que a população era colocada sob suspeita.

Leis auto-outorgadas visavam a defender os aparelhos de Estado contra a própria Nação, como se vivêssemos num país ocupado, em que o Poder devesse ser exercido contra um povo conquistado e, portanto, inimigo.

Queridos alunos. Lembrai-vos destes fatos no limiar da restauração do Estado de Direito que vem de ser anunciada, para que não repitais os nossos erros. Contribuí para a cessação do círculo vicioso da nossa história política, que até agora oscilou entre o autoritarismo e o regime democrático.

Rompei com esse processo diabólico. Para tanto, não deixeis de apoiar decididamente o esforço que ora se faz pela redemocratização do País, sem preconceitos e discriminações mesmo contra aqueles que, donos de um poder absoluto, decidiram retomar o caminho do reencontro do Estado com a Nação, mediante o restabelecimento da ordem jurídica.

E, nos anos que se seguirem, se for alcançada a redemocratização deste País, procurai aprofundar o conceito de Justiça e a missão do Direito. Lutai para que a Justiça social se faça através da ordem jurídica.

Como políticos e legisladores, fazei com que as gritantes injustiças, que deformam a estrutura sócio-econômica do Brasil, sejam corrigidas.

Como juizes, sede independentes dos economicamente poderosos e dos detentores dos aparelhos do Estado. Apartai-vos, portanto, da concepção formalista na administração da Justiça, que, hoje, como nunca, leva ao desamparo a cidadania frente ao Poder político e à indigência do povo perante o poder econômico.

Como promotores, procurai honrar as tradições de defensores intransigentes do bem comum e do interesse público. Reconstruí a instituição.

Como causídicos, honrai a luta que a Ordem dos Advogados do Brasil trava há tantos anos pelos direitos do Homem e pelo retorno à ordem jurídica e ao Estado de Direito. Usai os vossos instrumentos profissionais na intransigente afirmação do primado da Justiça sobre a força dos poderosos.

Ainda como advogados, agi sempre a favor do homem e pela preservação do seu ambiente natural e urbano. Não aconselheis e não permitais a ganância estrangeira sobre os nossos recursos nem a cupidez daqueles que depedram as cidades e a natureza e degradam o Homem.

Queridos paraninfados. O destino dos povos é construir o futuro e o seu sonho é o de serem, num determinado momento, a vanguarda da História. Essa vocação é inelutável. Vede as nações que já lograram sua grandeza no passado. O seu tradicionalismo não significa a afirmação dos valores pretéritos, mas sim a nostalgia do tempo histórico em que foram futuro.

Legítimo e natural, portanto, que este País também queira ser o futuro. Não o será jamais, no entanto, copiando, a reboque, a estrutura econômica voltada para a produção de bens para exportação ou para o consumo de uma elite privilegiada, às custas da marginalização de seu povo.

O Brasil somente será futuro na medida em que souber voltar-se para os interesses de sua população. E deve fazê-lo na vanguarda da crítica que universalmente hoje se faz à devastadora sociedade de consumo, que ameaça a própria vida deste Planeta.

Refleti, pois, na proposta de uma sociedade humanitarista que, acima e além do humanismo, volte-se para a preservação do homem e de seu meio, mediante a produção equilibrada e a repartição justa dos bens. Uma sociedade que permita ao homem SER e não apenas TER. Cabe a vós construir esse futuro.

Se, no entanto, não tiverdes logo a oportunidade de ver restaurada a ordem jurídica e a democracia política voltada para o bem de todos; se deveis ainda esperar muito para que o autoritarismo seja afastado deste País, ainda assim vos caberá um papel fundamental no exercício da Profissão do Direito que abraçastes.

Na falta das instituições políticas e civis, que propiciem o vosso desempenho de cidadãos, sede cada um de vós essas instituições.

Não resta, com efeito, ao homem consciente e justo, submetido, como seu povo, às violências de um regime sem lei, senão tornar-se ele próprio o símbolo das instituições destruídas ou perseguidas.

No obscurantismo, cabe palmilhar o caminho da obstinação e do exemplo e o exercício prudente e, portanto, duradouro da coragem.

E para que não penseis impossível, distante ou simplesmente mitológica essa missão sublime e imperiosa, olhai próximo de vós para verdes aqueles que, sem desespero ou impaciência, souberam corporificar as instituições deste País.

Segui o caminho desses homens, falíveis, é certo, mas iluminados pelo Evangelho do Direito e da Justiça.

Assim é que tendes, na Política, PAULO BROSSARD e TEOTÔNIO VILELA. Na Magistratura, ALIOMAR BALEEIRO. No Ministério Público, HÉLIO BICUDO. No Magistério, GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR e DALMO DALLARI. Na Universidade, NADIR KFOURI. Na Advocacia, a figura sublime de SOBRAL PINTO e a do jovem JOSÉ CARLOS DIAS. Na Igreja, Dom PAULO EVARISTO e Dom PEDRO CASSALDAGLIA. Na Poesia, CHICO BUARQUE DE HOLLANDA. No Pensamento, TRISTÃO DE ATHAIDE. Homens de tantos matizes que formam o nosso círculo indestrutível de esperança.

Ao vos mirar nesses exemplos, não percais, no entanto, a consciência de que a virtude pessoal não basta para que prevaleça a ordem social justa e democrática.

Como esses homens e tantos outros, é necessário ter consciência da necessidade de mudança das estruturas não só políticas mas também sociais e econômicas.

O ser humano é, com efeito, fruto da estrutura em que vive. A virtude isolada ou a simples somatória dessas mesmas virtudes, apartadas das preocupações com a evolução das relações na sociedade, resultam inúteis e improfícuas.

Tende presente essa realidade para que não vos embrenheis na solidão dos vossos próprios méritos morais e de espírito.

O ZOON POLITIKON é o ser que participa da Cidade, vale dizer, do seu governo. A vocação para a vida política é atributo da própria natureza humana.

Negá-la, como o fazem os regimes autoritários, constitui ofensa à própria existência do Homem.

Negar-se, como muitos o fazem por comodismo ou alienação, a participar do governo da Cidade, constitui igualmente ofensa ao melhor convívio entre os seres e à busca de sua felicidade coletiva.

É por isso que, também no plano individual, a felicidade somente é alcançável na medida em que o homem sente-se útil à comunidade.

É o respeito do seu grupo social, acima das conjunturas da riqueza e do poder, que dá ao homem equilíbrio e o maravilhoso sentimento de auto-estima.

Procurai, pois, no exercício da Profissão do Direito, o reconhecimento da Cidade, não somente pelo vosso saber, mas

principalmente pelo uso que ireis fazer dele na procura e na afirmação da Justiça.

Sede, portanto, sábios, mas utilizai essa sabedoria para a realização do bem comum.

E quando tiverdes o poder político, empregai-o, não para o fortalecimento das estruturas do poder, mas sim para a emancipação da sociedade civil.

Que a cidadania se fortaleça com a vossa contribuição. Somente assim poderemos ingressar no círculo das nações civilizadas.

Queridos paraninfados. Iniciastes a vossa carreira profissional no mundo do Direito, plenamente conscientes das dificuldades que vós mesmos denunciastes em vossa gloriosa luta pelo restabelecimento da ordem jurídica.

Aos votos derradeiros de felicidades que vos dirigimos, queremos acrescentar o de confiança ilimitada na vossa contribuição para que construamos um País justo e fraternal.

Sede felizes.

Justiça Concreta*

Modesto de Sousa Barros Carvalhosa

Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

Queridos Alunos:

Tocado pela insigne honra de participar do vosso paraninfo, gratificação suprema que recebem os mestres de seus discípulos, coube-me proferir a derradeira aula. Não há de ser ela apenas a expressão dos votos de saudação e bom augúrio no exercício do ministério da justiça, que abraçastes.

Será esta última prática, após o diário convívio que tivemos, ao longo dos anos, uma invocação do que juntos aprendemos da sofrida experiência que tivemos na Universidade e ao participar dos movimentos políticos que empolgaram a nação brasileira.

Sois a geração da passagem da ditadura mais ferrenha que subjugou este País para o difícil caminho da restauração das nossas legítimas instituições políticas.

Nesse doloroso processo, participastes vivamente no interior da Universidade, nas ruas, e através das entidades civis e políticas, exigindo do arrogante autoritarismo que jungia o País as liberdades mínimas da cidadania e a restauração dos direitos políticos de milhares de cidadãos.

Sois a geração da denúncia e também a da participação. Mais do que isso, no entanto, sois a geração que testemunhou estarecida a profundidade das lesões que o regime político impôs a uma legião de patriotas, que forma o martirólogo dos últimos quinze anos de nefandas torturas e mortes nos calabouços da ditadura.

Não vos legamos, portanto, um patrimônio recente de dignidade política e, muito menos, de respeito aos princípios sagrados do Direito.

* Discurso de Paraninfo da Turma de 1979 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pronunciado em 10-12-1979.

Durante cinco anos estudastes na Universidade a Ciência Jurídica, ao mesmo tempo em que cotidianamente verificastes a prática, no País, do anti-Direito.

Não foi em vão, no entanto, que estudastes a mais cara conquista da civilização, em meio ao desrespeito e à violência que se abateram sobre o homem, as cidades e a natureza neste País.

Soubestes, como poucas gerações que vos precederam, honrar o vosso tempo, desmistificando a falácia do legalismo formal que uma estrutura universitária servil e profissionalizante vos quis impingir, para adentrar nas especulações e na *praxis* do real sentido histórico e, portanto, social do Direito.

Mercê de vosso próprio esforço em desnudar a verdade oficial conjugado às corajosas lições de vossos mestres, aprendestes a fundamental diferença entre o direito legítimo e ilegítimo.

Aprofundastes mais as vossas inquietações ao comprovar, na história, a existência do direito justo e do direito injusto. E, finalmente, desafiando a reprodução fragmentária do conhecimento que vos tentou impingir a Universidade oficial, recriastes o sentido crítico da instituição para confirmar que o direito legítimo e o direito justo só podem germinar numa sociedade política e socialmente estruturada para tais desígnios.

Constatastes, assim, a completa inviabilidade da criação ou existência de uma ordem jurídica justa numa sociedade estruturalmente opressiva, autoritária e institucionalmente violenta, como a nossa.

Coroastes a vossa formação universitária, verificando, afinal, e talvez para vossa perplexidade, que, enfraquecidos os grilhões da implacável ditadura que nos oprimia, desnudou-se perante nós uma sociedade que contém todos os germes do sectarismo, da intolerância e da violência, gerados pelos setores econômica, política e institucionalmente privilegiados.

Não é por acaso, ou fruto apenas de uma conjuntura mais aguda, como a que ocorreu em 1964, que o Brasil é o país em que somente as contra-revoluções são vitoriosas. Toda a nossa história demonstra a falta de convicção das elites no processo democrático, constante e estável. O arquétipo colonial de nossa sociedade permaneceu íntegro no advento de nossa civilização urbana.

Meditai, com efeito, sobre como a sociedade brasileira contemporânea reproduz literalmente em todos os seus segmentos a dualidade da Casa Grande e senzala.

Na Casa Grande, o País moderno e sofisticado, e faraônico, cujos benefícios abrangem pouco mais de um milhão de senhores. Na senzala, o País arcaico e sua população estratificada em diversas castas nas quais se aprofundam o aviltamento, a pobreza e a miséria absolutos que atinge, a esta altura, mais de 70 milhões de brasileiros.

Na Casa Grande, os aparelhos do Estado; e, na senzala, a nação oprimida e sempre tratada como um perigoso inimigo dos planos da grande potência acalentada pelos detentores do poder.

Na senzala da Universidade, encontram-se os estudantes e agora também os professores; e, na Casa Grande, a toda poderosa burocracia que a submete às diversas formas de subserviência ao poder, desfigurando-a e desintegrando-a, na obsessão autoritária de que o idealismo leva à *praxis*, e esta, necessariamente, à subversão da ordem estabelecida.

Pergunto-vos, meus queridos alunos: Como poderia falar em ordem jurídica e no primado do Direito, num País assim odiosamente dividido, onde as instituições formais são sempre comandadas por pessoas que não estão a serviço dessas mesmas instituições, mas na função de implacáveis fatores que as subjagam aos interesses dos senhores da Casa Grande?

E, com efeito, o sistema jurídico ilegitimamente imposto reflete esse País dividido. Mais do que ilegítimo, é o nosso regime jurídico a própria configuração do direito injusto.

Permiti, meus paraninfados, que vos diga neste dia que não é só de festa, mas também de solene compromisso de vós mesmos com o futuro, permiti que vos diga que o direito positivo neste País é uma das formas de opressão e de dominação que vem perpetuando os interesses dos senhores que o dominam.

Não vos falo, neste instante, das leis de exceção, próprias dos momentos mais agudos e trágicos da sociedade autoritária brasileira. Falo-vos do sistema jurídico que flui normalmente das instituições formais deste país ainda colonial. Nele se verifica a instrumentação da lei como forma de opressão, de medo, de atemorização do povo na sua tentativa de forjar o futuro. A intolerância da oligarquia dominante não se conformando com a divergência e com o dissídio subjuga a nação com as salvaguardas chamadas constitucionais.

A lei é, outrossim, neste País de senhores coloniais, forma de perpetuação dos privilégios dos seus dignitários, mercê da iníqua imposição tributária aos trabalhadores de todos os níveis,

em benefício dos titulares dos bens de capital. E no movimento de reivindicação e de tentativa de transferência de renda promovido pelos trabalhadores, a greve é declarada pela lei, cada vez mais, abrangentemente ilegal ou impossível, estando a nossa legislação a esse respeito muito mais retrógrada que a do Reino do Piemonte nos primórdios do século passado.

E a lei, neste País, negando a noção de contrato, primordial para a convivência civilizada, impõe aos trabalhadores parâmetros rígidos de degradação progressiva dos seus salários.

O regime jurídico que nos é imposto torna-se, cada vez mais, instrumento de coonestação de um País dominado pela violência institucional em confronto com a miséria de milhões de marginalizados urbanos, como agora se verifica com a iminente aprovação pela Casa do Congresso da famigerada lei de prisão cautelar: configuração legal de todas as iniquidades, torturas e assassinatos que se poderão agora cometer sob o beneplácito da norma jurídica.

Em contrapartida, para os que cometem determinados crimes contra o patrimônio, como é o caso das fraudulentas liquidações de instituições financeiras e de apropriação indébita de financiamentos e de dinheiros públicos, que custaram ao País e ao seu povo bilhões de cruzeiros de prejuízo, a lei brasileira prevê *sursis*, que afasta das prisões todo o cidadão bem posto que tenha sido condenado à pena de reclusão, desde que não tenha usado de violência contra a vítima.

Esse o quadro do direito penal brasileiro. Se um indivíduo, produto marginal das legiões de subempregados e famintos que vegetam nas cidades, atacar, na rua, a bolsa de um cidadão, ficará recluso de 4 a 7 anos. Entretanto, se se tratar de um banqueiro ou controlador de uma grande indústria, o qual se apropriou do patrimônio da nação ou de milhares de depositantes, mediante a prática de estelionato ou qualquer outra forma de fraude, será beneficiado pela suspensão da pena, já que, no caso, a lei presume que não houve violência. É o que dispõe com todas as letras a Lei n.º 6.416, de 1977, que, ao alterar o artigo 696 do Código Penal, vem se somar ao rosário de iniquidades já anteriormente emanadas da conhecida Lei Fleury.

Queridos paraninfados! Ao vislumbrarmos a sociedade brasileira e o sistema jurídico que reflete a sua estrutura, nenhuma diferença existe entre o nosso País e os regimes da África do Sul e da Rodésia.

Lá, como aqui, a lei é instrumento de perpetuação dos privilégios, de coonestação da violência institucional, da perpetuação da oligarquia no poder e de repressão e perseguição àqueles que a monstruosidade do sistema econômico marginalizou.

A discriminação racial nada mais é do que a forma aparente e ocasional de opressão de uma oligarquia sobre todo o povo. A falta de coloração, entre nós, da dominação dos privilegiados sobre milhões de brasileiros tem a mesma gravidade e representa o mesmo crime histórico.

Lá, como aqui, a lei ao invés de permitir aos habitantes alcançar um estado de justiça pessoal e econômico, perpetua e estratifica, e acentua a miséria e a marginalização progressiva do povo dos benefícios da civilização e da cidadania. Ser marginalizado, como declara a Conferência Nacional dos Bispos: "é ser mantido fora, à margem; é receber um salário injusto, é ser privado de instrução, de atendimento médico, de crédito; é passar fome, é habitar em barracos sórdidos, é ser privado da terra por estruturas agrárias inadequadas e injustas. Ser marginalizado é, sobretudo, não poder libertar-se destas situações."

O Direito, como instrumento de libertação do homem, é, entre nós, negado pelo regime jurídico imposto pelos que mantêm uma estrutura retrógrada de poder.

Sociedade cujo poder é fundado exclusivamente no dinheiro e no privilégio, na qual o lucro tornou-se o objetivo supremo da vida, não é certamente através do vigente sistema jurídico que o povo brasileiro irá encontrar os instrumentos eficazes para a sua libertação da marginalidade econômica, política e espiritual a que foi levado pelo processo de acumulação selvagem às custas de sua exploração implacável.

Meus queridos alunos! Na lição de CARNELUTTI, a função do Direito é a de submeter a Economia à Ética. Novamente vos pergunto: onde, onde se pode vislumbrar, no sistema jurídico brasileiro, a transcendência moral e, portanto, a preocupação de estabelecer relações justas entre os seus sujeitos?

O Direito além de submeter a Economia à Ética, deve fazê-lo também quanto à Política.

E o que vemos? No Brasil, a lei transformou-se em forma de aplicação de golpes de estado. Nos países em que impera Estado de Direito, os grupos majoritários não têm a prerrogativa de liquidar as minorias. Neste País, é através da lei que os detentores do poder dissolvem a facção oposicionista. A

Casa do Congresso aprova o projeto de extinção dos partidos com vistas a conservar no poder aqueles que dominam o País há mais de quinze anos.

É, portanto, no conjunto de leis que se estratifica o quadro de injustiça, violência e exploração, e opressão de um povo marginalizado.

Meus queridos paraninfados! Ao ingressardes no mundo das leis, invoco as palavras do poeta de Castela: "Caminhante, não há caminho; faz-se o caminho ao andar."

Com efeito, não vos abriam caminho. O caminho da lei como instrumento da justiça há de ser aberto pela vossa geração. A essência da justiça, como nos ensina RADBRUCH, é a igualdade, que expressada no direito positivo, deve respeitar todas as liberdades, para que assim seja a realização do direito justo e da evolução histórica do próprio conceito de justiça.

E na evolução desse conceito de justiça, cabe-vos, como novos lidadores do direito, não apenas fazer respeitar as clássicas liberdades, como a do pensamento e a da própria pessoa. Cabe-vos mais do que isso. É vossa missão lutar para que se estabeleça no Brasil uma ordem jurídica que possa libertar o homem da miséria e da marginalização a que o submeteu o regime colonial em que ainda estamos mergulhados.

Tende em vossa mente os novos conceitos de justiça e do Direito que foram professados pelo Papa João Paulo II: "O império do Direito não significa imobilidade rígida. É preciso levar em conta as verdades contidas nos protestos e nas contestações dos povos cujas legítimas aspirações não são reconhecidas por determinados sistemas legais."

A vós cabe, meus jovens colegas, construir a ordem jurídica justa. Na consecução desse ideal não sejais nunca legalistas. Quando vossa consciência social e ética apontar a injustiça das leis, denunciái-a, combatei-a. Jamais vos conformeis com a mera legalidade do direito posto. Nunca permitais, como juízes, advogados ou promotores que as injustiças de uma sociedade opressiva se abata sobre os seus concidadãos sob a cômoda alegação de que estão cumprindo a lei.

Ao aplicardes em vosso ofício a lei escrita, tenhais presente os princípios gerais do direito, a fim de assegurar ao tutelado os benefícios da justiça e da liberdade.

Não vos esqueçais nunca da lição de JHERING: "A paz é o fim que o direito tem em vista; a luta é o meio de que se serve para o conseguir."

E, nessa luta para estabelecer no Brasil uma sociedade justa através do Direito, é ainda JHERING que nos inspira no dizer: “ . . a luta que exige o Direito para desabrochar não é uma fatalidade, mas uma graça.”

Meus queridos paraninfados, estais agora revestidos dessa graça, qual seja a de lutadores pelo Direito, no interesse da sociedade. Revesti toda a sua vida do idealismo da Justiça. Fazei mais do que isso. Usai do vosso conhecimento jurídico para mudar o vosso País, na convicção de que a vossa vontade é a força motriz dessa transformação. A *praxis* do Direito deve permear o vosso idealismo.

Comprometevi-vos, finalmente, aqui e agora, a não perder com o passar dos anos o vosso ideal, a vossa indignação e a vossa revolta, tão próprios da vossa juventude. Mantende, assim, ciosa e cotidianamente a vossa coerência como homens que lutam por uma ordem jurídica justa, em prol da construção de uma sociedade civilizada.

Sede felizes!

O ECAD e o Direito de Execução no Brasil*

Carlos Alberto Bittar

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de S. Paulo.

I — O direito de execução pública

1. Os direitos de autor: direitos patrimoniais

Os direitos de autor compreendem prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, as primeiras relacionadas ao amparo de aspectos da personalidade do autor (o direito de dar à lume, ou não, a obra; o direito de modificá-la; o direito de adaptá-la; o direito de retirá-la de circulação, dentre outros) e as últimas referentes à proteção de aspectos patrimoniais, na utilização econômica de sua criação (como, dentre outros, o direito de representação dramática; o direito de interpretação; o direito de execução; o direito de edição fonográfica; o direito de edição cinematográfica) (V. o nosso *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*, S.P., R.T., 1977, p. 19 e segs.).

Os direitos patrimoniais decorrem da comunicação da obra ao público, que se perfaz de forma direta (sob a denominação geral de representação) ou indireta (sob a denominação geral de reprodução), por processos os mais variados, em função das diferentes expressões da arte humana e dos inúmeros aparatos técnicos existentes. De cada forma ou processo defluem, em razão de sua independência, direitos patrimoniais para o autor. Assim é que, para a composição musical, por exemplo, direitos decorrem, dentre outros, de sua gravação; de sua interpretação; de sua execução pública, inclusive pela radiodifusão; de sua inserção em película cinematográfica, e assim por diante (V. a nossa obra cit., p. 27 e segs.; V. tb. ANTONIO CHAVES: *Proteção internacional ao Direito autoral de radiodifusão*, São Paulo, R.T., 1.952, p. 351 e segs.; PEDRO VICENTE BOBBIO: *O Direito de autor na criação musical*, S.P., Lex, 1951, p. 7 e 8).

* Conferência proferida no I Seminário Nacional do Serviço Jurídico do ECAD, no Rio de Janeiro, em 27-07-1981.

Em virtude dos direitos patrimoniais — denominados também “direitos pecuniários” — a comunicação da obra ao público — que, normalmente, se faz por terceiros — depende de prévia e expressa autorização do autor (ou de seu representante legal), para o qual é carregada a respectiva retribuição econômica, consoante o sistema em que se insere.

Assim, como o autor não dispõe, à generalidade, de condições para proceder, por si, à comunicação da obra ao público, empresas e empresários de publicações e de espetáculos organizaram-se para tanto, pondo à sua disposição os meios necessários, mediante diferentes contratos de direitos autorais — em que se sobressai o de cessão de direitos — que permitem aos seus titulares auferir a remuneração do capital empregado e ao autor a participação no resultado econômico obtido, na forma convencional ou decorrente do sistema de arrecadação e distribuição existente.

Dessa forma, da utilização da obra advêm proventos para: a) o autor, assentados em direitos individuais reconhecidos ao criador, na defesa do homem de intelecto (V. o nosso *O Direito de Autor no plano das Liberdades Públicas*, in “*Justitia*”, n.º 198, p. 165 e segs.) e b) ao empresário, em razão do exercício de sua atividade e do lucro que a exploração da obra lhe propiciar. Ora, como a matéria-prima de sua atividade — para usar-se a terminologia empresarial — é a produção de espírito de outrem, ao autor deve corresponder a respectiva remuneração, sob pena de locupletar-se o empresário, indevidamente, com o fruto do trabalho intelectual daquele, consequência esta que, ao Direito, à evidência, repugna admitir.

Os direitos patrimoniais costumam ser divididos em duas grandes categorias: a dos denominados “grandes direitos”, relativos à representação da obra, e a dos “pequenos direitos”, referentes especificamente à execução musical (V. PEDRO VICENTE BOBBIO: *o. cit.*, p. 135).

2. O direito de execução pública

Dentre os direitos patrimoniais inscreve-se o direito de execução pública — em que nos concentraremos — o qual se traduz na prerrogativa que tem o criador de obra intelectual musical de a) autorizar a comunicação de sua criação ao público, por meio de vozes, instrumentos, ou aparelhos mecânicos ou eletrônicos (rádio, televisão e outros), recebendo, em consequência, b) os proventos econômicos correspondentes (V., dentre outros autores: EDUARDO PIOIA CASELLI: *Trattato del Diritto*

di Autore e del contratto di edizione, Torino, Torinese, 1927, p. 444 e segs.; LUIGI DI FRANCO: *Proprietà industriale, letteraria ed artistica*, Milano, S.E.I., 1936, p. 735 e segs.; VALERIO DE SANCTIS: *Contratto di edizione-contratti di rappresentazione e di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 381 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE: *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, Torinese, 1974, p. 135 e segs.; GEORGES STRASCHNOV: *Le droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, Bruxelles, Bruyant, 1950, p. 105 e segs.; CHARLES DEBBASH: *Traité du droit de la radiodiffusion*, Paris, Lib. Générale, 1967, p. 375 e segs.; e sobre a obra musical, HENRI DESBOIS: *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1966, p. 116 e segs.).

O direito de execução consiste, pois, no direito decorrente do contato da obra com o público, por meio da expressão sonora, ou seja, da manifestação tendente a impressionar o sentido auditivo (V. PEDRO VICENTE BOBBIO: *ob. cit.*, p. 16 e 17 e 64 e segs.).

Em face desse direito — que coexiste com outros direitos patrimoniais, como, por exemplo, os de edição gráfica, de gravação, de inserção em filme — qualquer processo de execução pública faz gerar “direitos pecuniários” (remuneração) ao autor, dependendo sempre de sua anuência a respectiva efetivação.

A autorização deve preceder à execução e perfazer-se por escrito, pelo próprio titular do direito, ou por seu representante legal.

Nesse passo, tendo em vista a existência de mecanismos de arrecadação por amostragem — ditada pela complexa e multifária rede de comunicação de obras intelectuais, que a tecnologia vem aumentando paulatinamente — a concessão da licença para execução tem-se operado por meio de associações de titulares de direitos autorais, que se têm formado — desde o início do processo de reconhecimento desses direitos, em fins do século XVIII — para, dentre outras atividades, facilitar a concretização das execuções (e outras utilizações da obra), eis que impossível ao autor proceder, por si, ao seu controle, não só no território de seu país, como no exterior (V., dentre outros escritores: ANTONIO CHAVES: *ob. cit.*, p. 383 e segs.; BOBBIO: *ob. cit.*, p. 133 e segs.).

Essas entidades, nascidas da própria necessidade da vida prática, administram os repertórios de seus integrantes — aos quais prestam serviços outros, inclusive de defesa de seus direitos — recebendo mandato, conferido pela legislação

especial, pelo simples ato de filiação do autor (nesse sentido, a legislação brasileira, desde as primeiras manifestações: Dec. 5.492, de 16-7-1926, art. 28 e, atualmente, Lei 5.988, de 14-12-73: art. 104). Outorgam essas entidades, pois, aos usuários, em bloco, a autorização autoral para as execuções, simplificando, com isso, o processo de sua efetivação.

3. Alcance desse direito

O direito de execução pública compreende toda e qualquer comunicação sonora da obra com o público, realizada com intuito de lucro, direto ou indireto, por processo acabado.

Em razão de sua natureza e da diversificação dos processos e dos meios de comunicação da obra musical, o direito de execução pública é o mais importante para o autor desse gênero, apresentando diferentes especificações em consonância com a forma de utilização (assim, por exemplo, a execução pública por orquestra, ou por cantor, ou por aparatos mecânicos; a execução em rádio, em televisão, em cinema — e neste, também mediante a inserção na trilha do filme — e inúmeras outras).

Ora, em cada processo autônomo e acabado de comunicação pública existe, a par de outros, o direito de autor do compositor (musicista, ou letrista), que se expande progressivamente nos dias atuais.

Com efeito, tendo em vista a utilização crescente de música em diferentes atividades, desde as de recreação às de industrialização e de comercialização, esse direito assume hoje proporções verdadeiramente extraordinárias e, ao mesmo tempo, vem encontrando dificuldades em sua aceitação e, mesmo, em sua concretização, em certas áreas, principalmente pela falta de compreensão de certos usuários.

Para efeito de elidir-se eventuais dúvidas, algumas legislações costumam enunciar os usuários, ou pelo menos, indicar os locais e estabelecimentos em que ocorrem execuções públicas, mas sempre de modo exemplificativo, lobrigando, ademais, fórmulas gerais que abarcam os congêneres ou similares (nesse sentido, a lei brasileira, cit., art. 73 e § 1.º; V., na doutrina, dentre outros autores, ROBERT PLAISANT: *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris, Delmas, 1970, p. 107. No rol, estão, dentre inúmeros outros, os hotéis, “boites”, locais dançantes, clubes, cinemas, teatros etc.).

Ora, em algumas atividades, a música é essencial e, mesmo, a própria razão da existência do meio de comunicação, como

ocorre, por exemplo, com as emissoras de rádio (especialmente "FM"), de televisão, locais de danças e outras. Daí por que esses veículos devem proporcionar a maior parte da arrecadação do setor, em contrapartida, por meio de um sistema eficiente de cobrança e de arrebanhamento, não se justificando, portanto, as dissensões ainda observadas na prática. Se da música vivem e dela extraem a remuneração da atividade, justo é que se retribuam aos autores, com a satisfação de seus direitos patrimoniais!...

De qualquer sorte, o direito de execução pública está atrelado a todas as formas de comunicação sonora da obra, de caráter público e com intuito de lucro direto (recebimento de entrada, faturamento publicitário) ou indireto (remuneração de orquestra, de músicos).

Desse contexto apartam-se, como natural, as execuções privadas, ou sejam, as realizadas na esfera de atuação particular do interessado e as decorrentes de limitações impostas na legislação especial e ditadas pelo interesse público na difusão da obra (como, entre nós, as execuções de fonogramas e transmissões de rádio ou de televisão em estabelecimentos comerciais para demonstração à clientela; as efetivadas no recesso familiar, ou para fins exclusivamente didáticos nos locais de ensino, desde que não haja, em qualquer caso, intuito de lucro; as realizadas para prova judiciária ou administrativa: Lei 5.988/73: art. 49, incisos V a VII).

II — Sistemas de arrecadação desse direito

4. Sistemas existentes para a arrecadação e a distribuição desse direito

A fruição dos direitos de execução pública obedece a peculiaridades diferentes em todo o mundo (V. BOBBIO: *ob. cit.*, p. 120 e segs.; ANTONIO CHAVES: *A arrecadação do direito de autor na Europa*, relatório, em *Revista da Faculdade de Direito*, S.P., vol. LXVI, p. 393 e segs.; VALERIO DE SANCTIS: *o. cit.*, p. 297 e segs.), mas que podem ser agrupadas em dois grandes sistemas: a) o de fixação de preço pelo autor, dependente de autorização do titular e b) o de determinação do Poder Público, em face de licença legal para execução (V. a respeito: CARLOS MOUCHET: *El dominio público pagante*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970).

Ocupar-nos-emos do primeiro, a que se integra o nosso país, salientando, de início, que pode comportar variações: a da auto-

rização direta do titular, com remuneração autoral previamente ajustada entre as partes e a da autorização indireta (dos representantes, ou mediante programas), com retribuição dependente de pontuação (sistema de pontuação, ou também denominado, por alguns, “forfetário”).

Verdadeiramente excepcional o primeiro como sistema único — podendo, no entanto, coexistir com o outro — tem-se na prática, pois, a consagração do sistema de pontuação, de modo universal.

Funda-se esse sistema no princípio da livre negociação entre os autores (ou seus representantes) e os usuários (ou suas entidades de representação), cabendo aos primeiros fixar o preço para a utilização de suas obras, que, normalmente, inserem em tabelas, para conhecimento geral (V., dentre outros autores: BOBBIO: *ob. cit.*, p. 126 e segs., em que demonstra que, nesse sistema, é subtraída, nessa fase, qualquer interferência do Poder Público; JACQUES CHARTIER: *Le droit du musicien sur son oeuvre*, Paris, Lib. Générale, 1923, p. 180).

Esses preços costumam variar, em função de valores percentuais, ou fixos, de conformidade com as atividades e os locais em que se operam as execuções.

5. O sistema de pontuação

Consiste o sistema de pontuação em remunerar-se o autor em consonância com as execuções anotadas pelos mecanismos de coleta de dados. Atribuem-se pontos pelas execuções, com base nos quais recebe, ao final, o criador a sua retribuição.

Os preços para as utilizações são definidos em tabelas especiais, preparadas pelas associações de titulares e publicadas nos órgãos oficiais de comunicação, para conhecimento do público. Faz-se, também, divulgação das tabelas por outros meios, inclusive diretamente junto aos usuários.

Nas tabelas, a par dos preços, constam os critérios de cobrança e de aplicação, em razão da posição do usuário, ou da natureza do evento, levando-se em conta, ainda, a situação geográfica do local.

A coleta de dados perfaz-se por meio de processos eletrônicos e também manuais, como gravações, preenchimento de fichas (pranchetas), anotações e outros, procurando-se ora atingir-se grau maior de mecanização possível.

Segue-se o processamento interno na entidade arrecadadora, para efeito de posterior distribuição aos titulares, contra a apresentação da documentação correspondente.

Verifica-se, ante ao exposto, que se trata de mecanismo complexo e que gera inúmeras dificuldades, desde a fase de taxação até a coleta de dados e o posterior processamento, apontadas, aliás, pelos doutrinadores, desde a respectiva origem (V BOBBIO: *ob. cit.*, p. 139), mas que, apesar de todas as vicissitudes, tem resistido e vem expandindo-se universalmente.

Acrescente-se, ainda, com respeito à cobrança, que os preços são fixados, sempre que possível, em consonância com o lucro direto, ou indireto, obtido pelos usuários. A base dos sistemas é a do número de execuções. Leva-se em conta, quanto aos usuários, a respectiva renda bruta, sobre a qual incide determinado percentual na tabela enunciado (como, por exemplo, na inserção de música em filme, a receita anual deste; em espetáculos teatrais, a soma obtida nas representações) (V. na doutrina, STRASCHNOV: *ob. cit.*, p. 72 e segs.).

A cobrança utiliza agentes, que atuam diretamente junto aos locais em que se processam execuções, procedendo a gravações e a anotações.

A distribuição perfaz-se consoante critérios definidos pelas entidades arrecadoras, respeitadas as normas legais e regulamentares existentes e com base nos cadastros que possuem dos titulares.

Existem, para o perfeito funcionamento do sistema, cadastros de usuários e de titulares e registros de obras, que possibilitam o processamento eletrônico da distribuição, utilizando-se, no pagamento, inclusive, estabelecimentos bancários credenciados.

Retêm as entidades arrecadoras as verbas que lhes são deferidas, para a respectiva administração.

No nosso sistema, em que os usuários se dividem em “grandes” (estações de rádio, de televisão, “boites” e organizações de emissão de música) e “pequenos” (como os locais dançantes mistos, estabelecimentos comerciais e outros), os primeiros são obrigados à apresentação dos programas à autoridade de diversões públicas, com a prova da autorização autoral (desde, aliás, as primeiras normas do setor: Dec. 5.492, de 1928, art. 29 e Dec. 18.527, do mesmo ano; atualmente: Lei 5.988/73: art. 73, § 2.º).

A arrecadação de música está centrada em um Escritório Central, constituído pelas associações de titulares, o ECAD, ora em processo de reformulação e aperfeiçoamento.

6. A atuação das associações de titulares

Ocupam posição de destaque na arrecadação e na distribuição de direitos de execução as associações de titulares (denominadas, ainda, “sociedades de autores”), cuja história se identifica com a do próprio Direito de Autor.

Com efeito, surgidas na França, à época em que começou a fermentar a luta pelo reconhecimento dos direitos dos autores, essas entidades contribuíram decisivamente para a sua implantação prática (V., dentre outros autores: NICOLA STOLFI: *Il Diritto di Autore*, Milano, S.E.I., 1932, v. 2, p. 788 e segs.; MARIE CLAUDE DOCK: *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, Lib. Générale, 1963, p. 143 e segs.; CHAVES: *Proteção...*, *ob. cit.*, p. 386 e segs.; BOBBIO: *ob. cit.*, p. 133 e segs. Ressalta-se, nos estudos a respeito, a atuação de RICHELIEU e BEAUMARCHAIS, que procuraram reunir os intelectuais que lutavam por seus direitos. Outrossim o movimento começou com os autores dramáticos, na sociedade conhecida pela sigla “SACD” e, em seguida, com os de música, na “SACEM”, em 1829 e 1851, respectivamente).

Nascidas do espírito associativo — exemplo depois retomado pelos trabalhadores manuais, na denominada “Revolução social” — conseguiram, pela união de forças das categorias interessadas, fazer valer, em concreto, os direitos de seus associados, atuando sob todas as formas juridicamente possíveis.

A reunião deu-se, em princípios do movimento, por classes de titulares de direitos, a saber, autores dramáticos entre si, compositores musicais de outro lado, escritores em outra entidade, e assim por diante, dentro, aliás, do espírito de formação classista, que mais tarde veio a aproximar os diferentes trabalhadores na batalha pela conquista de seus direitos trabalhistas.

Mas, aos poucos foram aparecendo também entidades híbridas, congregando titulares de categorias de direitos distintas, em função da necessidade de maior aglutinação de forças, desde que sempre se manifestou, em oposição ao pagamento desses direitos, o complexo empresarial usuário, dentro da eterna luta entre o capital e o trabalho, que marca a crise do mundo moderno (V. a respeito, o nosso artigo: *O dirigismo econômico e o direito contratual*, in R.T., 526/20) (V tb. BOBBIO: *ob. cit.*, p. 121 e 142).

Daí porque, com a evolução dos tempos, em alguns países implantaram-se diferentes associações, obedecido o critério de categorias, ou não (ou seja, diversas associações do mesmo gênero), ou subsistiu apenas uma, na representação de todos os intelectuais com obras protegidas (V., dentre outros autores:

STOLFI: *ob. cit.*, p. 739 e segs.; GRECO e VERCELLONE: *ob. cit.*, p. 350 e segs.; DE SANCTIS: *ob. cit.*, p. 303 e segs.; PLAISANT: *ob. cit.*, p. 104; ALAIN LE TARNEC: *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1966, p. 166 e segs.; BOBBIO: *ob. cit.*, p. 132 e segs.; CHAVES: *ob. cit.*, p. 390 e segs.; ROMEO GROMPONE: *El derecho de autor en Uruguay*, Montevideo, AGADU, 1977, p. 187 e segs.; RICARDO ANTIQUERA PARILLI: *Consideraciones sobre el derecho de autor*, Buenos Aires, ed. próp., 1977, p. 253 e segs.). Assim, por exemplo, e enunciadas por suas siglas, temos: na Inglaterra, a I.S.A.P.C.; na França, a SACEM (música) e a SACD (autores dramáticos); nos EE.UU., em que há pluralidade, mesmo setorial, destaca-se, dentre outras, a ASCAP, de New York; na Itália, a SIAE (com exclusividade em direitos autorais e conexos); na URSS, a VAAP (global e exclusiva); na Espanha, a SGAE (exclusiva); na Argentina, a SADAIC (exclusiva em música) e a ARGETONES (para obras dramáticas) e a SADE (de escritores); no Uruguai, a AGADU (exclusiva em música); na Alemanha, a GEMA (exclusiva para música), a GVL (dos produtores fonográficos e artistas executantes) e a VG WORT (das obras literárias), e assim por diante (V. tb. a respeito, CHAVES: *A arrecadação, cit.*, em que mostra o funcionamento e os expressivos índices de arrecadação das sociedades européias).

Quanto ao respectivo regime jurídico, em alguns países dependem de autorização estatal para constituição e funcionamento, enquanto em outros dispõem de liberdade para tanto, sofrendo, no entanto, a fiscalização do governo, além da geral de todo o sistema (como natural) (v. autores e obras acima citados).

As associações procedem à arrecadação de direitos nos respectivos países, recebendo as verbas do exterior — dada a extraordinária difusão das obras musicais — por intermédio de suas congêneres e mediante contratos de reciprocidade que com elas firmam, existindo, inclusive, no plano internacional e como entidade de congregação e fiscalização de sociedades, a CISAC (desde 1927), sob o regime de confederação de associações.

As verbas são remetidas pelos meios ajustados, sofrendo, conseqüentemente, os influxos das legislações dos países envolvidos, inclusive sob os aspectos de controle e de tributação, existindo, no entanto, tratados tendentes a evitar a bitributação dos direitos autorais (V. a respeito, o nosso trabalho *A tributação dos direitos autorais*, a ser publicado pela Revista da Faculdade de Direito da USP).

No Brasil, tem-se sistema complexo: as associações são dependentes de autorização estatal e a arrecadação musical está afeta ao referido "bureau" central, existindo pluralidade de entidades, mesmo a nível de categorias, como a seguir veremos.

III — O sistema brasileiro: o ECAD e o poder exclusivo de arrecadar esse direito

7 Antecedentes

Inobstante existam disposições legais sobre direitos autorais já em fins do século passado (a primeira Lei, n.º 496, de 1-8-1898), foi somente a partir da edição do Código Civil — em que se dedicou um capítulo à matéria (arts. 649 e segs.) — que a sociedade brasileira se conscientizou da existência desses direitos, surgindo então o movimento de instituição de associações de titulares (chamadas "sociedades de autores").

Iniciado em 1917 com a SBAT (na ocasião, congregando, de início, os autores teatrais, e, logo em seguida, também compositores musicais), o movimento expandiu-se depois, surgindo, ao longo dos tempos, outras entidades, mediante, principalmente, desmembramentos das existentes, em virtude de dissensões entre os interessados. Assim é que, em 1938, os compositores desligaram-se da SBAT para formar a ABCA (Associação Brasileira de Compositores e Autores), enquanto aquela (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais) voltava às origens, mas mantendo um departamento musical. Os seus componentes, no entanto, desligaram-se em 1942, fundindo-se na citada ABCA para formar a UBC (União Brasileira de Compositores). Em 1946, nascia a SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores), em virtude de divergências entre editores e autores na UBC. Em 1956, outra entidade apareceu, a SADEMBRA (Sociedade Arrecadadora de Direitos de Execuções Musicais no Brasil). Deu-se, ainda, em seguida, a constituição de uma coligação, denominada Coligação das Sociedades de Autores, Compositores e Editores, em face dos problemas existentes para a arrecadação. Em 1960, fundou-se a SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), em face do descontentamento de compositores de São Paulo quanto ao sistema existente.

Cinco sociedades passaram, então, a atuar, surgindo daí dificuldades para a cobrança, com as entidades disputando entre si o poder de receber os recursos correspondentes, com prejuízos para todo o sistema. Tomaram a SBAT, a UBC, a

SADEMBRA e a SBACEM a iniciativa de constituir um escritório central de arrecadação, por elas controlado, que se chamou SDDA (“Serviço de Defesa do Direito Autoral”).

Dele não participou a SICAM e, ao revés, continuaram a aumentar os problemas da arrecadação, em virtude da própria complexidade do mecanismo. Entrementes, com a regulamentação dos direitos conexos (de artistas, intérpretes e executantes e produtores de fonogramas), surgiu, em 1967, a SOCIMPRO (Sociedade Independente de Intérpretes e Produtores de Fonogramas) para atuar nessa área.

As dificuldades enfrentadas então, reclamações de autores, resistência de certos usuários, problemas na arrecadação e na distribuição de valores, fizeram com que surgissem defensores da edição de um Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, em que se inserisse toda a legislação esparsa e se previassem instrumentos de controle, pelo Estado, da atuação das sociedades, bem como a unificação da cobrança.

Depois de estudos e discussões, expediu-se a Lei 5.988, de 14-12-73, que criou, para a regência do setor, o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) e, para a centralização da arrecadação, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), constituídos, efetivamente, bem depois (início de 1976 e 1977).

8. A criação do ECAD e o sistema decorrente da Lei 5988, de 14.12.73

Com o advento da Lei 5.988/73, a par da criação das entidades referidas (arts. 116 e 115, respectivamente), passaram as sociedades a denominar-se “associações de titulares”, recebendo ampla regulamentação (arts. 103 a 114) e a incumbência de organizar o ECAD, e ficando dependentes de autorização para funcionamento, com regras emitidas pelo CNDA.

Mas, o Conselho então instalado resolveu regular a formação do ECAD, impondo, em sua composição, integrantes do Poder Público (Resolução n.º 1, de 6-4-76), tendo, no entanto, por via judicial, as sociedades obtido para si a constituição do Escritório, que passou a reunir os titulares da área musical. Por via de acordo, a SBAT continuou a recolher os direitos no setor teatral.

Novas associações sobrevieram ao depois, estando ora autorizadas a funcionar (a par das citadas): a ASA (Associação de Atores) (intérpretes, dubladores e artistas em geral); SABEM (Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música);

ASSIM (Associação dos Intérpretes e Músicos); AMAR (Associação de Arranjadores e Músicos); e ANACIM (Associação Nacional de Compositores, Intérpretes e Músicos) (a dos artistas nasceu com a regulamentação da profissão: Lei 6.533, de 24-5-78).

O ECAD entrou a funcionar em 1977, preocupando-se com a execução musical especificamente e, para isso, instituindo sistema de processamento eletrônico das pontuações e dos pagamentos, centralizados na Caixa Econômica Federal.

Sediado em Brasília, com núcleos operacionais em São Paulo e no Rio de Janeiro e agentes e representantes em outras capitais, empreendeu o ECAD o processo de unificação da cobrança dos direitos de execução musical.

Instituído sem finalidade de lucro, deve submeter-se a estatuto aprovado pelo CNDA (Lei cit., art. 115), além de cumprir, junto ao citado organismo, as demais obrigações a que também se sujeitam as associações (arts. 113 e 114).

A partir de sua efetiva atuação, em 1-1-77, as associações passaram, com respeito à arrecadação, a desempenhar o papel de meras repassadoras de verbas recolhidas ao ECAD, com a participação definida na regulamentação referida (Resoluções do CNDA), para o cumprimento de suas finalidades (Resoluções n.ºs 1, de 6-4-76, sobre o estatuto do ECAD; e 6, de 25-11-76, que a modificou; n.º 3, de 20-4-76, que fixou prazo para as associações arrecadarem, até 31-12-76; e n.º 8, de 22-12-76, que lhes definiu o percentual participativo).

Assim, em face da sistemática estabelecida pela Lei 5.988/73, ocorreu, entre nós, a centralização da arrecadação de direitos de execução musical, já esboçada, por iniciativa das próprias interessadas, no mencionado SDDA. Deixaram então as sociedades de arrebanhar os recursos advindos da execução musical, ficando apenas a SBAT arrecadando na área teatral em termos de associações e, inobstante as falhas e dificuldades, problemas e reclamações, a verdade é que — aqui como alhures — contribuíram elas, de forma decisiva, para a implantação prática dos direitos autorais no Brasil.

O novo sistema — sob controle, assistência e fiscalização do CNDA, vinculado ao Ministério da Educação e Cultura — coloca o nosso país em posição de intervencionista no setor, a exemplo de outros tantos em que o Estado vem ocupando lugar (V. o nosso citado trabalho *O dirigismo econômico e o direito contratual*).

Consolidou-se com o ECAD a unificação no setor musical, para a arrecadação, institucionalizando-se métodos e processos novos para esse fim e para a distribuição dos valores obtidos, sob a égide da computação. Adotou-se o sistema de pontuação também — usado antes pelas associações — e assentaram-se os preços, reajustáveis periodicamente, nos critérios definidos pelo CNDA, dando-os a luz por meio de tabelas publicadas e divulgadas na forma exposta (Res. CNDA n.º 7, de 15-12-76 e, atualmente, n.º 24, de 11-3-81).

9 Exclusividade do poder de arrecadação do ECAD

Assim, a partir da Lei 5.988/73 e, na prática, de sua regulamentação referida (1-1-77, precisamente), o ECAD detém, entre nós, a exclusividade do poder de arrecadação e de distribuição, *verbis*, “dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas” (art. 115, “caput”, da lei).

Com isso, às associações, que do Escritório recebem as verbas de seus associados, ficou reservada, nesse passo, função de repassadoras de direitos, a par de atribuições outras que da lei e de seus estatutos defluem, inclusive na defesa dos direitos de seus integrantes (arts. 103 e segs.).

Não se exclui, outrossim, a possibilidade de o próprio autor exercer, pessoalmente, os seus direitos (art. 114, parágrafo único), faculdade que muitos titulares têm feito valer, inclusive mediante filiação direta ao ECAD.

Posição singular nesse contexto ocupa a SBAT, que arrecada na área teatral, tendo firmado convênio, quando da instalação do ECAD, para continuar nesse mister.

Discute-se, no entanto, a propósito dessa colocação, em face de disposições contidas na própria Lei 5.988/73 (arts. 115 e 73 e § 2.º), especialmente após a ampla reformulação por que passaram o CNDA e o ECAD, já sob o atual governo, pois em verdade, está em jogo a própria exclusividade conferida à central arrecadadora.

Com efeito, preocupado com os problemas existentes no setor — eis que o Conselho instalado, a par de não contar com especialistas na matéria, estava voltado totalmente para a área musical, inobstante a importância de outros setores culturais, que reclamavam atuação específica — determinou o governo do Presidente FIGUEIREDO a realização de estudos para a reor-

ganização do CNDA, que acabou por concretizar-se no Dec. 84.252, de 28-11-79, que trouxe para a sua composição técnicos e estudiosos de Direito de Autor, a par de uma estruturação mais abrangente, para abarcar todas as diferentes manifestações estéticas do gênio humano.

Empossado em abril de 1980, o novo Colegiado deu início, ante a estudos realizados, a medidas tendentes ao aperfeiçoamento do setor e ao aprimoramento das técnicas de arrecadação e de distribuição de direitos autorais, voltados agora para uma visão sistêmica dessa área, e sob a perspectiva de proteção maior ao criador intelectual.

Dentro desse espírito, determinou o CNDA a reestruturação administrativa do ECAD, dotando-o de organização condizente com a evolução ocorrida e com as importantes funções que deverá desempenhar, de modo contínuo, em prol dos titulares de direitos, por meio da Resolução CNDA n.º 19, de 14-5-80, adotando, em seu contexto, após inúmeras discussões, a tese da centralização, no ECAD, de todos os direitos autorais (art. 30 e parágrafo único), na execução e na representação.

As associações existentes procuraram, de imediato, integrar-se, no prazo conferido ao ECAD — que preparou o novo estatuto, sob a orientação do CNDA, que o aprovou (Resolução n.º 20), depois de ampla análise — com exceção da SBAT, que se insurgiu contra a decisão, interpondo recurso ao Ministro da área, que foi acolhido, tendo, em consequência, perdido a eficácia a Resolução n.º 19/80.

Rediscutida a matéria pelo CNDA, foi baixada a Resolução n.º 21, de 2-10-80, que, praticamente, reeditou a de n.º 19, e, como a solução do problema da SBAT fora confiada a Grupo de Trabalho especialmente nomeado, excluiu-se de seu contexto, a arrecadação sobre as obras dramáticas, determinando-se que se aguardariam os resultados desse trabalho, para um posicionamento final do CNDA.

Mas, seja como for, pairam dúvidas quanto ao alcance da competência do ECAD, a respeito de obras de outros gêneros, em razão de disposições inseridas — como assinalamos — na própria lei de regência.

Com efeito, se, de um lado, no texto específico em que criou o ECAD, a Lei 5.988/73 fala em “composições musicais e lítero-musicais”, no relativo ao direito de execução e de representação (de caráter geral) inclui “drama, tragédia, comédia” e outras obras (arts. 115 e 73, respectivamente), subordinando a utilização ao recolhimento das verbas autorais ao ECAD (art. 73, § 2.º).

A respeito, duas teses existem — e foram debatidas no CNDA — a) a de que, no âmbito do ECAD, podem inserir-se todas as obras e titulares de direitos e b) a de que, ao revés, em seu contexto se inserem apenas as obras musicais, em face da especificidade que a lei quis imprimir — como sustentam — ao Escritório. Para a primeira, o ECAD seria o canal único de ingresso de valores, sem mesclagem, no entanto, de sistemas (podendo manter-se o das obras teatrais, de recepção e distribuição direta, por meio da departamentalização do ECAD fixada na sua reestruturação. Para a segunda, deveria cuidar apenas das obras musicais, permanecendo as da área teatral sob a regência da SBAT (V a respeito, o nosso artigo *Arrecadação para os direitos de autor*, em “O Estado de São Paulo”, de 27-6-80, p. 31).

A tendência, no entanto, é para uma central arrecadadora única, já composta, aliás, muito antes da lei, pelas próprias associações (inclusive a SBAT), pela convergência de forças maiores no organismo e o seu conseqüente fortalecimento, na difícil luta de aperfeiçoamento e de implantação efetiva desses direitos.

De fato, se — como afirmam alguns (embora também discutível a assertiva) — o espírito que presidiu a edição da Lei 5.988/73 foi a da instituição de um organismo arrecadador específico para a música, a própria evolução demonstrou o contrário, porque entidades outras, de área não musical, vieram a integrar-se ao Escritório, que na nova regulamentação acabou por abarcar também os direitos conexos, em razão do próprio espírito da Lei 5.988/73, e do Dec. 84.252/79, que ampliou a esfera de competência do CNDA, nela incluindo todos os direitos autorais reconhecidos (de autor e conexos) e de obras de todos os gêneros.

Remontando-se, outrossim, às discussões que precederam à edição da Lei 5.988/73 e à própria situação fática, verifica-se, efetivamente, que estava em germinação a idéia de uma central única — que, no projeto de Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, de 1967, se concentrava em um Escritório Central, com o nome de ECA, revivendo-se, praticamente, o SDDA, agora, porém, sob a fiscalização estatal, mesmo porque as associações não visam lucros (V a respeito: ANTONIO CHAVES: *O projeto brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos*, em “Revista da Faculdade de Direito”, S. Paulo, v. LXVI, p. 105 e segs., espec. p. 135 e segs.) — desde que os próprios interessados se convenceram de que isso representaria fator de fortalecimento da cobrança, em vista do

inconveniente da multiplicidade de entidades arrecadadoras e das dificuldades encontradas junto aos usuários.

Com a centralização, ter-se-ia o fortalecimento do Escritório, a minimização de custos operacionais, o aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança, a facilidade de identificação junto aos usuários, tudo em prol dos próprios autores e titulares de direitos e, enfim, da própria cultura geral do país (como assinalamos no artigo ult. cit.). Nesse sentido é a doutrina especializada (V BOBBIO: o. e loc. já citados; CHAVES: *Proteção, cit.*, p. 405).

A matéria será, oportunamente, definida, com a conclusão dos trabalhos referidos, cabendo-nos, outrossim, reafirmar que, no sistema vigente, o ECAD detém a exclusividade na arrecadação proveniente de execução musical (e em áreas de direitos conexos, de artistas e de outros que aderiram ao Escritório), tendo as associações que recebiam direitos — exceto a SBAT — cessado, em 31-12-80, essa tarefa, por força da Resolução CNDA n.º 21/80.

Assinale-se, outrossim, que o ECAD é — a exemplo das associações — constituído mandatário de suas integrantes (Res. *cit.*, art. 4.º), revestindo-se da forma jurídica de associação de associações — portanto, de cunho privado — mas sob a égide do CNDA.

IV — A submissão do ECAD ao CNDA

10. Estruturação anterior do setor de direitos autorais

Como assinalamos, a conscientização dos direitos autorais e a conseqüente estruturação do setor assumem foros de realidade a partir da consagração desses direitos em nosso Código Civil.

Iniciou-se, então, a formação de associações de titulares, dentro do modelo tradicional e, daí em diante, começa a engrenar-se uma estruturação para a sagração prática desses direitos, ante ao império de extensa legislação especial que se vai expedindo, a partir, principalmente, de 1928 (Dec. 5492 e 18527, ambos daquele ano).

Nessa estruturação, atores principais são as associações (“sociedades”) e seus representados. Para a implantação prática, ante à resistência de usuários, integram-se ao sistema o serviço de censura e as autoridades policiais (para a aprovação

de programas de diversões públicas, em que se exigia a exibição — como ora ocorre — dos recibos de pagamento dos direitos autorais) e normas sobre esses direitos passam a compor o respectivo cenário (em que o texto básico é o Dec. 20493, de 24-1-46).

A proliferação de associações e as vicissitudes encontradas na arrecadação trouxeram o Serviço de Defesa (SDDA) para a unificação (não conseguida) e, mesmo, a coligação mencionada, sempre sob o comando privado.

O Estado fiscalizava de modo indireto o setor e contribuía, com os mecanismos referidos, para a sua implantação prática, até que com os insistentes reclamos — dos próprios interessados e, mesmo, de estudiosos e de usuários — acabou por intervir na matéria, por meio da Lei 5988/73.

A cobrança era feita mediante tabelas, pelo sistema de pontuação, assinando-se protocolos de acordos com a radiodifusão e outros usuários.

11. A instituição do CNDA pela Lei 5988/73 e o controle do setor

Com o advento da Lei 5988, de 14-12-73, sofreu o setor importantes modificações em sua estrutura, mediante a criação do Conselho Nacional de Direito Autoral (já citado); a instituição do ECAD e a regulamentação das associações (também mencionadas), passando a sofrer ingerência direta do Estado, por intermédio do CNDA (cuja previsão se deu, inicialmente, no projeto de Código citado, com o nome de “CONDAC”).

Fruto, pois, do denominado “dirigismo econômico” (V. o nosso artigo específico citado), o nascimento desse organismo inaugura uma nova fase no setor de direitos autorais no país, que fica, em consequência, sob o controle direto do Estado.

Sediado em Brasília e vinculado diretamente ao Ministro da Educação e Cultura, o Conselho sofreu duas principais formulações de estrutura, a primeira em sua instalação (Dec. de criação n.º 76.275, de 15-11-75, e o Regimento interno; Portaria n.º 248, de 9-4-75) e a segunda — que lhe conferiu a composição atual — em fins de 1979 (texto já mencionado).

cabem-lhe, consoante a Lei de regência, funções de fiscalização, consulta e assistência no que respeita a direitos de autor e dos que lhes são conexos (art. 116), com poderes normativos e de intervenção, tanto no ECAD, como nas associações, nas

condições previstas (art. 117, espec. inciso III), bem como de decisão e de julgamento de processos administrativos relativos às matérias citadas (Dec. 84252/79).

Trata-se de organismo que existe em outros países, também sob a forma de Conselho, ou, mesmo, de Oficinas centrais (nos países americanos e europeus, de um lado, e africanos, de outro), com atribuições de comandar a política do setor, em face de dificuldades que o complexo mecanismo operador oferece.

Composto, atualmente, de especialistas em Direito de Autor e com ampla vivência prática, vem o Conselho atuando decididamente no aprimoramento da área, em prol dos autores e da própria cultura nacional.

Divide-se em Câmaras especializadas, em razão da matéria (em número de três) e funciona como Colegiado nas decisões maiores e mesmo em grau de recurso. De suas decisões, nas condições previstas, cabe recurso administrativo ao Ministro.

12. Submissão do ECAD ao CNDA

Em função do exposto, tem-se claro que o Escritório Central (ECAD) e demais entidades do setor (associações, titulares e usuários) estão sujeitos à ação normativa, fiscalizadora e orientadora do Conselho.

Essa sujeição — como natural — cinge-se às disposições legais aplicáveis, de acordo com as quais deve o organismo — como, de resto, a sociedade em geral — pautar a sua atuação.

Especificamente em relação ao ECAD, deve-se anotar que a sua vida e a sua atuação estão mais de perto sob a ação do CNDA, em função da própria lei, que o atrelou, desde o nascedouro, ao órgão máximo do sistema administrativo autoral, submetendo a aprovação do respectivo estatuto à sua manifestação (art. 115).

A par disso, impôs-lhe diversas obrigações específicas, para facilitar a fiscalização e o controle do CNDA, a exemplo das associações (arts. 113, 114 e 115), conferindo àquele o poder de intervenção em seus negócios, sempre que descumprir obrigações legais, ou suas determinações, ou lesar direitos de seus associados (art. 117, inciso III) (poderes extensivos também aos negócios das associações, nas mesmas condições). E mais: os próprios preços — que têm os critérios definidos pelo CNDA — são oferecidos à sua homologação.

Exerce, pois, o CNDA sobre o ECAD uma função normativa, geral e específica; uma função fiscalizadora de seus negócios e de sua administração; e uma função orientadora, quanto aos aspectos apontados.

Isso confere ao ECAD posição singular no contexto brasileiro de associações, porque, inobstante seja associação civil (conforme consta de sua regulamentação referida), sofre mais de perto a injunção estatal, por meio do CNDA, em face da disciplinação legal vigente.

Nesse sentido, aliás, é que, ante a irregularidades apontadas, em auditoria levada a efeito por técnicos especializados, o CNDA decretou intervenção no ECAD (pela Portaria 06, de 10-2-81), pelo prazo de cento e oitenta dias, e, nesse período, mediante a atuação de especialistas em diferentes áreas de administração de empresas, foram elaborados planos para o aperfeiçoamento da máquina interna do ECAD e também para o aprimoramento do sistema de arrecadação, por meio de cadastramentos de usuários, registro de obras, ampliação das faixas de arrecadação, treinamento e aperfeiçoamento do pessoal, aumento das capitais inseridas no sistema e outras medidas que, efetivadas, proporcionarão u'a maximização da arrecadação em termos reais, com os frutos benéficos que todo o setor espera. Mantém-se, no entanto, o sistema de pontuação e o de tabela (a última homologada pelo CNDA, pela Res. 25, de 11-3-81 e ora em discussão com alguns usuários).

Estando por findar-se o prazo da intervenção, decidiu o Conselho, para efeito de prosseguimento e implantação dessas medidas e de realização de eleições para a administração do ECAD, nomear Supervisor Geral para gerir os seus destinos até a posse dos eleitos, prevista para 31-12-81.

Oxalá que os frutos dessa experiência sejam colhidos pelos representantes das associações — que, nessa transição, formarão um Conselho, para os fins de autorização autoral e o desempenho de funções outras de administração — e, posteriormente, pelos responsáveis pelo Escritório, aproveitando-os para imprimir ao ente dos autores a posição de verdadeiro defensor de seus direitos, e unindo-se todas as forças no sentido de atingir-se um congraçamento tal que lhe permita levar avante a difícil e espinhosa missão de captação de direitos autorais!...

Que se conscientizem todos de que a missão do administrador desses direitos deve voltar-se para os interesses das categorias representadas, pondo-se de lado problemas de ordem

pessoal, para que, fortalecidos com a união, possam os intelectuais brasileiros receber a justa remuneração pela utilização de suas obras, em prol, afinal, do progresso da própria cultura da nação e da afirmação de seus valores básicos! .

V — Síntese conclusiva

Dos direitos autorais de cunho patrimonial, destaca-se, no plano da música, o direito de execução pública, que consiste na prerrogativa que tem o autor de autorizar a utilização de sua obra, pelas formas possíveis, recebendo, em contrapartida, a remuneração correspondente.

Atuando, para tanto, por meio de associações de titulares, suas mandatárias, têm os autores encontrado enormes dificuldades para a efetivação desse direito, que se opera por intermédio de complexo mecanismo de coleta de dados e de processamento, baseado, principalmente, em amostragens, para a posterior distribuição do resultado aos titulares respectivos.

Ora, visando, entre nós — dada a diversidade de fórmulas encontradas em outros países — a centralizar-se a arrecadação desses direitos em um só organismo, criou-se o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), que se insere em um sistema, instituído pela Lei 5988, de 14-12-73, sob cuja égide deve funcionar, tendo como organismo de cúpula o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA).

Submetido — como as demais entidades do setor à sua ação normativa, fiscalizadora e orientadora — o ECAD passa por processo de aperfeiçoamento administrativo e operacional, que pretende imprimir-lhe estruturação que o capacite a funcionar mais eficazmente em prol dos direitos de seus representados, para o próprio desenvolvimento do setor e a conseqüente expansão da cultura do país.

Bibliografia

(específica)

- ARE, Mario: *L'oggetto del Diritto di Autore*, Milano, Giuffrè, 1963.
- BITTAR, Carlos Alberto: *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*, S.P., R.T., 1977.
- Direito de Autor na obra publicitária*, SP, RT, 1981.
- Direito Autoral*, em "Enciclopédia Saraiva do Direito" (verbetes).
- O Direito de Autor no plano das Liberdades Públicas*, em "Justitia", n.º 98, p. 165 e segs.

- BOBBIO, Pedro Vicente: *O Direito de autor na criação musical*, SP, Lex, 1951.
- BOLLA, Plinio: *La radiodiffusione ed il diritto d'autore nella Convenzione riveduta a Bruxelles, dell'unione internazionale per la protezione delle opere letterarie ed artistiche*, in "Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti", Padova, Cedam, 1950, v. III.
- BOLLECKER, Louis C.: *Droit privé de la radiodiffusion*, Paris, Sirey, 1934.
- CASELLI, Eduardo Piola: *Trattato del Diritto di Autore e del contratto di edizione*, Torino, Torinese, 1927.
- CHAVES, Antonio: *Proteção internacional do Direito autoral de radiodifusão*, SP, RT, 1952.
- A arrecadação do direito de autor na Europa*, in "Revista da Faculdade de Direito", 1971, v. LXVI, p. 393 e segs.
- O projeto brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos conexos*, mesma Revista, p. 105 e s.
- COHEN, Naten: *State regulation of musical copyright*, in "Oregon Law Review", v. XVIII, fasc. 3.
- DEBBASCH, Charles: *Traité du droit de la radiodiffusion*, Paris, Lib. Générale, 1967.
- DESBOIS, Henri: *Le Droit d'auteur en France*, Paris Dalloz, 1966.
- DI FRANCO, Luigi: *Proprietà industriale, letteraria ed artistica*, Milano, SEI, 1936.
- FRAGOLA, Augusto: *La cinematografia nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1966.
- GÉRARD, Paul Daniel: *Los derechos de autor en la obra cinematográfica*, trad., Barcelona, Ariel, 1958.
- GRECO, Paolo e VERCELLONE, Paolo: *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, Torinese, 1974.
- GROPONE, Romeo: *El Derecho de autor en Uruguay*, Montevideo, Asociación General de Autores de Uruguay, 1977.
- LADAS, Stephen: *The international protection of literary and artistic property*, New York, Macmillan, 1938.
- MOUCHET, Carlos: *El dominio público pagante*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970.
- PADELLARO, Giuseppe: *Il Diritto di Autore (La disciplina giuridica degli strumenti di comunicazione sociale)*, Milano, Vallardi, 1972.
- PARILLI, Ricardo Antequera: *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*, Buenos Aires, ed. próp., 1977.
- PLAISANT, Robert: *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris, Delmas, 1970.
- POULAIN, Jean: *La protection des émissions de radiodiffusion*, Paris, Lib. Générale, 1963.
- RÉNAULD, J. G.: *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955.
- SANCTIS, Valerio de: *Contrato di edizione-contratti di rappresentazione e di esecuzione*, Milano, Giuffrè 1965.

- STOLFI, Nicola: *Il Diritto di Autore*, Milano, S.E.I., 1932.
- STOYANOVITCH, K.: *Le droit d'auteur dans les rapports entre la France et les pays socialistes*, Paris, Lib. Générale, 1959.
- STRASCHINOV, Georges: *Le droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, Bruxelles, Bruyant, 1950.
- TARNEC, Alain Le: *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris Dalloz, 1966.

Pobreza y Cultura*

Alberto Wagner de Reyna

Consultor da Universidade das Nações Unidas.
Ex-Membro Executivo da UNESCO. Professor da
Universidade Católica do Peru.

Pobreza y cultura. ¿Términos opuestos? ¿Conceptos pertenecientes a dimensiones distintas? ¿Contraste entre lo infamante e indeseable y lo prestigioso y apetecible? Digámoslo de frente, para comenzar: esta conferencia se encamina a mostrar la integración de pobreza y cultura, no sólo en el plano conceptual y analítico, sino como realidad y guión prospectivo.

Partamos para este empeño de una preocupación central de nuestro tiempo: del desarrollo. A él se vinculan las más premiosas urgencias, como paz y libertad, salud y bienestar . pero también pobreza y cultura. A él se encaminan reflexiones y teorías de quienes constituyen los abanderados del pensamiento actual; a él dedican en uno u otro modo sus esfuerzos los gobernantes del mundo entero. ¡El desarrollo!

Dos comprobaciones iniciales. Primero: no es una sustancia, cosa o persona, sino un proceso, una transformación en el tiempo y en el espacio. El desarrollo no consiste, pues, en la mera posesión de bienes por más valiosos o modernos que fueren, espejismo que suele confundir a observadores apresurados. Y tampoco estriba en un grupo de gente que hable mucho de él — que lo convierta en simple tema de discusión y se diga desarrollada. Segundo: sea o no un fin en sí mismo, en la realidad contemporánea el desarrollo se presenta como un objetivo al cual tiende un conjunto de actividades: es meta — para quienes aún no lo han logrado — que se busca alcanzar por medios que se consideran adecuados y que no son siempre eficaces.

Si consideramos más detalladamente la primera comprobación y queremos precisarla, nos topamos con una pregunta de alta monta filosófica, pues atañe a las categorías: Este

* Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 12 de maio de 1981.

proceso ¿es una acción o una pasión? ¿Un mover a otros o un ser movido? Si es acción ¿es espontánea y primigenia, o una acción segunda, en que se concentran y resuelven otras acciones? Si es pasión ¿quién es el actor de ella? Se pueden obviar estas embarazosas preguntas metafísicas, diciendo simplemente que es como el crecimiento, un acontecer que se sitúa entre la creación y la desaparición, y que como tal se refiere a un sujeto: un encaminarse hacia la perfección de éste, que es evidentemente la sociedad. Y entonces se agolpan las preguntas: ¿Cuál es esa perfección? ¿Qué relación hay entre crecimiento y desarrollo? ¿Quién lo genera? Las diversas teorías y modelos de desarrollo intentan respuestas válidas a estas cuestiones.

En cuanto a la segunda comprobación, ella nos lleva también a interrogantes: Si el desarrollo no es fin en sí ¿a qué fin último se halla ordenado? Y si lo es ¿a qué se debe a que no haya estado siempre en el foco de la atención humana? Aquí también se puede encontrar una salida, que como la anterior está grávida de nuevas preguntas: el fin último del desarrollo es el bienestar y la seguridad, en su más amplio sentido; pero acontece que el bienestar no ha sido siempre reconocido como un derecho del ser humano y un objetivo al cual deba dirigirse necesariamente la acción de la sociedad. Aparte esta referencia histórica habría que preguntarse: ¿En qué consiste el bienestar? ¿De qué seguridad se trata? ¿Constituyen efectivamente un derecho o el corolario del cumplimiento de otros valores? ¿Por qué vías se alcanzan? ¿O a lo mejor todo ello es utópico, bueno para TOMÁS MORO o CAMPANELLA? De nuevo divergen, para dar una respuesta, teorías y modelos sobre el desarrollo.

Queda en pie el hecho que tanto la reflexión como la política actuales son fundamentalmente en función del desarrollo. Una somera observación nos convencerá de ello. Y aquí cabe una nueva pregunta: ¿Es evidente que así deba ser? Y una vez más divergen los entendidos, los desarrollistas y los antidesarrollistas.

Hay un hecho histórico: el desarrollo, en su actual preocupación por él, fue enfocado inicialmente desde el punto de vista económico: indicadores, medios de acción, expectativas. . . todo en el campo de la economía. Después se fueron añadiendo otros aspectos o mejor dicho se fueron descubriendo otros componentes en el desarrollo: el social, educacional, tecnológico, higiénico, informativo, ecológico, hasta llegar al cultural. El desarrollo se acepta hoy — es verdad que un poco de la

boca para fuera — como un hecho global, complejo, humano, social. Se admite que no ha de ser sólo cuantitativo sino que ha de tener en cuenta la calidad de la vida.

Pero nuevamente divergen teorías y modelos al establecerse prioridades, relaciones de causa e efecto, motores y expedientes. Y al final quedan preguntas residuales como éstas: ¿No serán muchos de estos aspectos en el fondo sólo agregados y afeites para embellecer y hacer más llevadero el nervio del desarrollo, la economía, el interés expansivo de los centros del poder financiero? O alternativamente: ¿No será el desarrollo únicamente un señuelo y disfraz para llevar a cabo penetraciones políticas, al servicio de otros fines ideológicos o nacionales?

¿Cuántas interrogaciones? ¿Cuánto escepticismo detras de ellas!

Este se acrecienta cuando se ensaya averiguar el precio del desarrollo. Por lo pronto su precio en dinero, que nunca alcanza para vencer las crecientes necesidades, pero también el precio ecológico, el precio social, y el pagado en valores espirituales, perdidos por la nivelación anímica, por el olvido de tradiciones que especifican y realzan, por la reducción a un materialismo y automatismo planetario.

Visto desde las colinas, sea del angelismo, sea de la indiferencia que acompaña a la abundancia, el desarrollo — y el esfuerzo para alcanzarlo — parece una abstracción que fluye poluyendo sus riberas, que dispone de una inmensa maquinaria, de un instrumental humano y físico, que si bien tiene a su activo realizaciones a ratos espectaculares, está cada vez más a la zaga, en términos absolutos, del mal que desea vencer.

¿Y cómo se llama este mal? La respuesta es fácil, aunque un tanto tautológica: el subdesarrollo. El subdesarrollo se refleja en cifras y se configura en curvas que se reputan alarmantes. Y una vez bien en negro sobre blanco, captado por las estadísticas, evaluado, se tiene la benéfica sensación de que se ha comenzado a dominarlo. ¿No es ya un gran paso adelante el haberlo definido, medido y ubicado?

En realidad el subdesarrollo se compone, en cantidades variables, de hambre e ignorancia, dependencia y alienación, desempleo y enfermedad, limitación y esfuerzo, para sólo nombrar algunas de las constantes que lo integran. Es ese viejo espectro social al que algunos aplican el nombre poco científico de pobreza. ¿Dos palabras para un mismo hecho? Eso precisamente queremos ver esta tarde. Vamos a ello.

La pobreza puede ser un valor. No sólo porque todo lo humano se inscribe en un marco axiológico, sino porque para ser pobre se necesita valor: valor para luchar, valor para perder, valor para protestar, valor para sucumbir, valor para aceptar. Pero aquí, como decimos los escolásticos, hay que hacer algunos distingos, algunas distinciones para aclarar conceptos.

La primera estriba en que la pobreza puede ser voluntaria y buscada o involuntaria y fortuita.

La voluntaria nace de la protesta, de un acto de solidaridad con los desamparados, de amor en la fraternidad con los que sufren, y reviste motivaciones religiosas, sociales, humanitarias y aún estéticas. De ella hay que decir que constituye un amplio campo de reflexión, que posee una alta jerarquía ética y que es un error menospreciar su fuerza precisa y paradójicamente en un mundo como el nuestro.

En cuanto a la pobreza involuntaria, se ha solido dividirla en vista de su origen en dos categorías, que han merecido reacciones opuestas en la sociedad: de un lado aquella que nace de una deficiencia física o natural, como es el caso del baldado, del anciano y del enfermo, que suscita compasión y es digna de asistencia. Ante ella la comunidad se siente obligada a mitigarla. Pero de otro lado tenemos la pobreza motivada por lo que se llama "deficiencias sociales", debidas a circunstancias adversas que se suponen de responsabilidad del afectado. En esta amplia categoría encontramos al étlico y al vago, al drogadicto y al que pone poco empeño en encontrar trabajo. La sociedad hasta hace poco no se sentía concernida por tal tipo de pobres. Consideraba que el social o moralmente caído era responsable de su pobreza, y que en rigor allí sólo podría actuar la caridad. Como es notorio la actitud de hoy es diferente, se siente una culpabilidad social frente a toda pobreza, en especial si tiene rasgos acusados. Podría hablarse en este contexto de la visión calvinista de la indigencia (como castigo de Dios al pecador, siendo la prosperidad el premio del virtuoso) o de la pobreza como oportunidad de ejercitar las virtudes cristianas, concepto difundido en el siglo pasado tanto en medios católicos como protestantes.

Ello nos lleva al discutido capítulo de la caridad, palabra que hoy se trata de evitar. Enfrentemos el asunto sin prejuicios. Pero antes debemos hacer una segunda distinción para lograr entendernos: la pobreza en su significación genérica es falta de abundancia o reducida disposición de algo. Así se

habla de un año pobre en lluvias — o de un discurso pobre en ideas —. Esta significación genérica abarca tres conceptos de diferente alcance y matiz semántico:

a) la indigencia, que quiere decir necesidad, necesidad no satisfecha de lo que es indispensable, carencia que se encuentra debajo del o en el termómetro de la vida. Su valor es negativo, su existencia un escándalo, un crimen social.

b) la miseria, que se esa misma realidad, pero poniéndose énfasis en lo psicológico y moral, en la circunstancia de la compasión que inspira. La indigencia puede ocultarse, negarse, pero la miseria no, pues la conmiseración que conlleva implica que alguien la advierta, y esa persona ha de ser movida por un sentimiento de pena y solidaridad, lo que en sí es un valor positivo frente al valor negativo de la miseria misma. En la terminología económica que usa la CEPAL, estos estados se rotulan como extrema pobreza o pobreza crítica, es decir que están por debajo del nivel en que la estructura material de la vida hace crisis, y con ella la vida misma.

c) la pobreza en sentido estricto, o modestia, que consiste en una estrechez, que no arguye ausencia de lo necesario sino sólo su limitación, su limitación a los requerimientos vitales, una ausencia de lo superfluo. Esta pobreza específica lleva a la frugalidad, que constituye un valor. Aceptada como tal es austeridad, que atañe más a la actitud asumida que a la posesión misma.

¿Dónde se hallan los límites entre la opulencia o riqueza, la situación acomodada y la pobreza? Es decir el tope superior de ésta. ¿Donde se encuentran las fronteras entre la modestia y la indigencia? Es decir el umbral inferior de la pobreza en sentido estricto. ¿Dónde comienza lo inaceptable y socialmente escandaloso? La respuesta a estas preguntas no es simple, aunque existen criterios tajantes para determinar la pobreza, ya sea un límite absoluto, que se puede fijar cada año, así para 1981 en los Estados Unidos la renta mensual de US\$ 700.—, ya sea un criterio relativo, como es el que nos ofrece la legislación española: considera ella pobre, y por lo tanto con derecho a acogerse al beneficio de pobreza, a aquel que dispone de un renta que no exceda al doble jornal de un obrero no calificado en el lugar de su residencia habitual.

Con ello quedaría definida la pobreza genérica, pero una serie de reflexiones matizan una separación tan inflexible. Por lo pronto queda en claro el carácter relativo al lugar de residencia, tema que nos ocupará más adelante: la misma renta

es aquí pobreza y allá riqueza. Pero la pobreza no se cifra sólo en la renta, sino también en determinadas calidades y aptitudes personales, como educación, validez y situación social. El pobre es alguien cuyo bienestar depende de la eventualidad, que se halla en la inseguridad, vulnerable a los vaivenes económicos del medio en que vive, a veces necesitado del apoyo exterior para mantenerse a flote y hacer vida normal.

Estas contingencias nos muestran que el pobre carece de poder individual, que sólo alcanza colectivamente mediante la asociación o el sindicato, y que su libertad también es cuestionada, desde luego por la insolvencia, pero también en vista de su actitud y muchas veces deficiente reacción frente a presiones externas, o a estímulos sutiles como son la propaganda comercial o consideraciones de prestigio personal.

¿Y qué criterio tenemos para establecer la línea que separa la indigencia de la modestia? Aquí se cruzan posiciones y tendencias y hay quien sostiene — y con razón — que es peligroso fijar este umbral. También volveremos sobre este tema.

Oigo, desde aquí, un diálogo en el fondo de la sala. (Tengo buen oído sobre todo para palabras mudas.) Una voz dice: Frente a la miseria cabe la caridad, en cambio ella sería infamante para el pobre en sentido estricto, el hombre de situación modesta. Otra voz responde: la caridad es infamante para uno y para el otro. Lo que se requiere es justicia, desagravio al crimen social que supone la miseria. Para uno, el indigente, está la asistencia social; para otros — los pobres en sentido estricto — funciona la obligación de la comunidad de apoyar su derecho a participar en la distribución de la riqueza y en la decisión social.

Este diálogo nos invita a tratar el tema de la caridad. Ello hace necesaria una digresión sobre el enfoque cristiano de esta virtud.

Comencemos por decir que — según el Génesis — el hombre, como persona que es, fue hecho a imagen y semejanza del Creador, y que en consecuencia todo hombre posee libertad y dignidad que le vienen de lo Alto. Ellas son propias, irrenunciablemente propias, del hombre. Todos somos iguales en dignidad humana. Pero hay dignidades suplementarias, vinculadas al oficio o función de cada cual: el juez o el alcalde están “constituídos en dignidad” cada cual en la suya particular. Así también el pobre, además de su dignidad genérica de hombre, tiene su propia dignidad de pobre. Hay una histo-

ria de Rilke en la cual una niña para dar limosna a un mendigo finge que su padre la envía a pagarle una deuda. No quiere ella ofender la dignidad del pobre, aunque se halle a la puerta de la iglesia pidiendo limosna. Pedir que en verdad es un permitir: al estirar la mano está autorizando al pudiente para que cumpla con su deber de pagar la deuda social que le tiene. El pobre se digna recibir la limosna, y la niña con su ficción ha aceptado y realzado el significado de ella: la cancelación que hace un deudor moroso.

La más clara manifestación de la dignidad es la solemnidad. Cuando la pobreza de alguien resulta notoria a todos, entonces es pobre de solemnidad, término de viejos letrados que sabían mucho del alma humana. Y la solemnidad — dicho sea de paso — nunca es ridícula en el pobre, como puede serla en el rico, en el ricachón, en el nuevo rico. Es ella solemnidad que conmueve con inapelable autoridad, y frente a la cual sólo cabe acatamiento.

Hemos hablado de limosna, otra palabra hoy casi impronunciabile. Para muchos, concepto y acto tan oprobiosos como la caridad. Pero por ingratas que sean las palabras hay que afrontarlas. Veamos, pues, más de cerca eso de limosna y caridad.

Son términos de gran prestancia y antigua prosapia. La primera viene del griego *aleemosyne*, que significa misericordia, compasión, palabra ésta última que nos es sino la forma latina de la simpatía. Limosna es simpatía, padecer juntos, *syn-pathein*. Ella establece fraternidad, hermandad en el dolor, que es uno de los lazos más durables y nobles de la humanidad. No se ejerce la simpatía únicamente con dádivas al necesitado, sino también en la actitud, con hechos y palabras de consuelo, que en muchos casos necesitan con urgencia los opulentos en bienes materiales.

¿No es acaso limosna el canto de la *Consolata*, de que nos habla Gertrud v. Lefort? Un grupo de gente en una ciudad italiana del Renacimiento constituye un coro que tiene por misión ir a cantar a los moribundos, a los tristes, a quienes aqueja una desgracia, y ello sin discriminar entre quienes deben ser consolados. El tirano local persigue a esa gente simpática, que suele llevar alivio espiritual a sus víctimas. Pero cuando una revuelta sangrienta lo depone y ajusticia, allí está la *Consolata* con su limosna musical, su compasión desinteresada, cantándole su melodía preferida.

La palabra griega adquiere especial relieve en el Cristianismo. Limosna es, según la Real Academia, lo que se da por

amor de Dios para socorrer una necesidad. La causa eficiente de la limosna es el amor, y amor se dice en griego *kharis*, amor desinteresado, gratuito, amor como el que Dios nos prodiga. De allí la voz “caridad” y su transcendencia. Ella — el amor — se ejerce en la limosna.

Como vemos, no cabe aquí distinción entre pobreza voluntaria e involuntaria, no hay referencia a la motivación interna o exterior de ella: la actitud del hombre frente al hombre radica en la fraternidad de todos, sin excepción, en cuanto hijos de Dios. Aunque en vastos sectores este enfoque haya cambiado actualmente — y ello a veces con razón en vista del mal uso hecho de los conceptos de limosna y caridad — debemos retener de esta posición cristiana frente a la pobreza el contexto ético en que se inscribe, la transcendencia espiritual de los esfuerzos para suprimir la indigencia y la fraternidad en que ellos han de realizarse. Esta fraternidad no estriba en una mera conveniencia utilitaria; va más allá, penetra en la esencia misma del hombre y pone de manifiesto su dignidad. Por ella reluce la pobreza como un valor humano singular, aquel en que se aprecia que la dignidad del hombre se funda en su carácter de persona, en el *ser*, y no en el *tener*, es decir no en los bienes que lo rodean, en esa riqueza adjetiva de lo material que se pueda poseer.

Terminada esta digresión sobre dos conceptos fundamentales cristianos — caridad y limosna —, establecidas las distinciones relativas a la pobreza, dejado en claro que indigencia y miseria son crímenes de lesa humanidad que urge suprimir en todas partes, y puesta de relieve la significación de la pobreza en sentido estricto — de la modestia —, que es limitación que no perjudica sino enaltece la esencia de lo humano y lleva al valor de la austeridad, hecho todo esto, podemos volver a la carga con la pregunta: ¿En qué consiste la pobreza?

En general la pobreza es considerada como una negación: una falta de algo, o más bien de muchas cosas. Falta o deficiencia de alimento, habitación, recursos, educación, etc. y moralmente como inferioridad y vulnerabilidad, lastre y atraso. Estas deficiencias — dijimos — son captadas numéricamente y traducidas en curvas estadísticas, referidas a ratos a la línea de normalidad deseable. La pobreza resulta así establecida en función del término medio de una sociedad de consumo y confort. Es decir medida en la situación en que, por lo general, se encuentran quienes trazan las curvas, investigadores y técnicos de una sociedad modernamente opulenta. El hombre desarrollado, de un medio industrial, es la medida de todos los

hombres, inclusive del pobre, aún del que se encuentra en sus antípodas. Y esta mensura es fríamente cuantitativa, y por lo general económica en sus referencias decisivas. Tal criterio es de un lado alienante, y del otro deshumanizante. Alienante, pues el hombre — en este caso el pobre — es entendido desde lo que no es; desumanizante pues se captan preferentemente los hechos materiales que lo conciernen mas no las realidades espirituales que lo constituyen.

El pobre es un hombre completo en sí, con su propia manera de vivir, y no un modo defectivo de otros individuos de la misma especie. Es un ser que se sostiene en condiciones especialmente difíciles, que por ello requiere de una fuerza que haga de tripas corazón, para afirmarse en la lucha o para entregarse en una aceptación conciliadora, todo lo cual requiere de una decisión moral y material. El pobre resulta así altamente positivo, tan positivo — o a ratos más — como puede serlo el pudiente, que a veces se deja llevar por la bonanza. No quiere ello decir que sea un estado placentero, por lo contrario: la pobreza es dura, fatigosa, en ocasiones injusta, en otras merecida, pero no por eso menos contundente, como un golpe de martillo que forja y define.

Hay que interpretar la pobreza desde ella misma, desde lo que es y no desde lo que no es, como un punto de referencia autónomo y positivo. No basta hablar de deficiencias de proteínas, información o trabajo. El pobre tiene su propia tónica, y modo de enfrentar la vida, que la definición negativa de la pobreza no capta pues deja de lado elementos decisivos para que pueda subsistir y realizarse, precisamente aquello con constituye su cultura.

Y¿cuál — o cómo — es la cultura del pobre? El tema no es nuevo y existen excelentes investigaciones sociológicas y antropológicas sobre él. En nuestro contexto nos lleva esta pregunta al segundo término del binomio objeto de esta conferencia: pobreza y cultura. No pretendo ahondar en el complejo y discutido concepto de cultura. Para los efectos de nuestras reflexiones, quisiera, sin embargo, subrayar — esquemáticamente — algunos aspectos capitales de él, escalonándolos lógicamente:

1. La cultura abarca el conjunto de modos de vida y muerte de una sociedad, las maneras y habilidades que tiene de enfrentar-se a su circunstancia natural y social, y con ello realizarse como comunidad.

2. El caracter comunitario posibilita la creatividad y condiciona el vigor expresivo en que se vuelva la interioridad

y el ingenio — artístico, filosófico, científico, etc. — de las personas que integran esa sociedad. De esta suerte, éstas a la vez sostienen y constituyen la cultura como fenómeno comunitario, y se nutren de su espíritu, en que se hallan inmersas.

3. Esta relación de todo a parte, esta tensión-integración sociedad-persona, que es la cultura, requiere e implica de cada cual — y de todos en su conjunto — una dedicación, una preocupación, es decir un acto permanente de asumir responsabilidades frente a la sociedad.

4. Ello determina el establecimiento de una tabla de valores, que rige el comportamiento de sus miembros, y que resulta así trascendiéndelos.

Vemos, pues, que cultura es una instancia global, que abarca desde la lucha por la existencia hasta lo espiritual, pasando por las dimensiones de lo estético, lo jurídico, lo ético, etc.

Como todos los hombres son iguales en dignidad, así también lo son sus culturas, cual lo precisa la respectiva declaración de la UNESCO, sean ellas eruditas o populares, urbanas o rurales, clásicas o modernas, occidentales o de otros ámbitos mundiales. Las diferencias se establecen en otros niveles: eficacia, evolución, interioridad, expresión. Ahora bien, acontece que se presentan circunstancias y factores que perjudican a uno o varios de los cuatro aspectos enunciados, y entonces nos encontramos ante una subcultura, que observamos en algunos medios, en especial en aquellos que padecen de miseria.

Nos preguntamos ¿Cuál — o cómo — es la cultura del pobre? Abarca ella por ventura horizontalmente a todos los pobres del mundo? Y si no fuere así ¿tienen ellos culturas diferentes pero que calzan en parámetros comunes? Antes de seguir adelante reparemos en una ambivalencia que es menester anotar aquí. La pobreza es creadora de cultura, pues ella empuja a nuevos modos de vivir y utiliza expedientes para sobrevivir que el rico no requiere. La pobreza — sobre todo unida al ocio, como apuntaría ARISTÓTELES — lleva a la invención. El ejemplo más típico — y sabroso — me lo citó cierta vez, en París, ARTURO USLAR PIETRI: La buena cocina, me dijo, es obra del pobre. El rico disponía de las partes nobles de la res que se beneficiaba: la carne de músculo, que se puede comer simplemente asada o a la parrilla. El pobre debía contentarse con lo que el rico despreciaba, los interiores, el cerebro, las patas, y hubo de prepararlos de modo que fueran digestas y agradables al paladar, aprendió a guisar y suplir

así la deficiencia del material con su ingenio. De allí nació la buena cocina, que después adopta también el rico.

Pero de otro lado el pobre sigue al rico, que suele ser el poderoso, la figura visible y digna de ser imitada. Si ambos pertenecen a la misma cultura, los esfuerzos en pro de ésta se aúnan, y así el mecenazgo, la escuela, la obra suntuaria, elevan el nivel general. El pobre, gracias a su arte, su talento o su saber, subirá de posición social, por la escala de la solidaridad en la misma cultura. El genio se impone, aunque venga de abajo, y logra por caminos ajenos a la riqueza y el poder una función rectora en la comunidad. El artesano construye la catedral gótica que es pináculo de su cultura, de la cultura.

Pero si lo que se imita es lo extraño, si con ello se abandona la propia cultura o se pierde conciencia de ella, entonces estamos en la alienación. Ella muchas veces no se debe al prestigio de la riqueza o del poder, como una respuesta espontánea al atracción de un centro de gravedad intelectual o material; bien sabemos que en nuestros días el mimetismo es estimulado por razones de extensión de mercado, imperialismo o acceso a recursos naturales. Creo ocioso explanarme sobre este fenómeno. Como usualmente el individuo o grupo alienados pertenecen a una zona marginal del sistema a que se incorporan, el pobre es vaciado de su sustancia espiritual, empobrece vitalmente, cualitativamente, pese al hecho — por cierto a menudo señalado — que con ello logra en diversos casos una elevación del nivel material de vida, una mejora en términos contables.

La pobreza es así al par creador de cultura y condición y agente de pérdida de cultura.

Esta paradoja tiene una curiosa prolongación: el mimetismo del pobre tiende a ser total, a entregar su propia cultura, su identidad, a cambio de ventajas que lo foráneo le ofrece: mayores ingresos, prestigio, novedad. Es una alienación sin matices que lleva a la invertebración cultural, a un modo de vida sin relieve, en que participan sumisos aquellos que han abandonado su cultura en pos de temporalidades tentadoras, a un universalismo de lo indiferenciado, a una cultura del pobre que es pobreza de cultura y que da la vuelta al mundo: las mismas ollas de aluminio, la misma leche evaporada, las mismas películas y noticieros que dan la ilusión que se ha entrado en el desarrollo.

El rico — el país rico — en cambio, participa en este universalismo nivelador — los mismos Sheratons, los mismos

pullovers, los mismos perfumes — pero con dos diferencias de monta: primero, si bien es cualitativamente indiferenciado, recoge las más costosas y logradas realizaciones del progreso, y no ha de contentarse, como el pobre, con sus derivaciones de pacotilla y con sus más pedestres secuelas. Y, segundo, el mimetismo es parcial, atañe a lo cotidiano subalterno y material de la vida, pues reserva un estrato vital a la autenticidad, una fidelidad a la propia cultura, en las altas manifestaciones del espíritu. La masificación social de la riqueza respeta las colinas de la alta cultura.

¿Pero tiene ello que ser así?

¿Exige el desarrollo, como precio, la alienación del pobre?

¿Es propio de la pobreza esta entrega de su sustancia a cambio del bienestar deesado, pero no siempre obtenido?

¿No será que la pobreza entrega su sustancia porque cree que la única y verdadera sustancia es la riqueza?

Y si es así ¿no será ello porque el rico se lo hace creer?

Lo hace creer el rico porque él mismo cree que lo fundamental — la sustancia — en él es la riqueza. Pero entonces ¿por qué se reserva perfiles de autenticidad que no responden a criterios crematísticos?

¿A lo mejor rico y riqueza no son términos intercambiables?

Estas preguntas son extravagantes desde el ángulo de mira de un economismo que hasta hace poco dominaba todas las plazas. Pero ya se oyen voces que viniendo de uno y otro lado las formulan desembozadamente, y con ello cuestionan el modelo de desarrollo hasta ahora usualmente propuesto. Volvemos así al punto inicial de esta conferencia, al desarrollo.

Todos sabemos que el desarrollo se suele medir en la riqueza, exagerando así el valor indiciario de ésta, es decir en el PNB per cápita de un país, y que gracias a este criterio se pueden establecer cuatro grupos en vista de los respectivos guarismos:

1. Países de bajo PNB, que se hallan con una renta per cápita al año inferior a 300. — US\$ (estos hitos han variado con el tiempo y la devalorización del signo monetario estadounidense) o si se prefiere con un término medio del conjunto del grupo de 200 US\$.

2. Países con un PNB mediano inferior, que llegan a los 700 US\$ de renta per cápita anual.

3. Países con un PNB mediano superior, que alcanzan a los 2.000 US\$ de renta anual per cápita. Ambos grupos 2 y 3 tienen conjuntamente un término medio de 1.250 US\$ al año por persona. Y finalmente

4. Países de alto PNB, que exceden los 2.000 US\$ y presentan un término medio de grupo de 8.000 US\$. No es de importancia para nuestros efectos establecer con exactitud matemática estos límites, baste saber que entre los muy pobres y subdesarrollados del grupo 1 tenemos más 1.500 millones de seres humanos. Son las sociedades nacionales indigentes. En los grupos 2 y 3 estamos al rededor de 1.800 millones de personas: somos los pobres. Los ricos, los *beati possidentes* que constituyen el grupo 4, son países cuyos habitantes suman cerca de los 1.200 millones de hombres.

Este esquema tan conocido, con ligeras variantes, nos proporciona un cuadro muy unilateral de la realidad del mundo, pero merece algunas reflexiones:

1. Actualmente se ha abandonado — como es notorio — el criterio exclusivo del PNB para medir el desarrollo y se han introducido otros indicadores. Así el PQLI (*Physical Quality of Life Index*) responde a la exigencia de que no sólo la cantidad sino que también la calidad de la vida há de ser considerada para apreciar el bienestar de un pueblo, que al fin y al cabo es la meta del desarrollo. El *Overseas Development Council* (ODC) propone concretamente cuantificar a este efecto la alfabetización, la expectativa de vida y la mortalidad infantil, lo que daría un cuadro menos esquemático. Pero si tenemos conciencia de que el desarrollo es un función del bienestar, deberíamos recurrir también a algunos indicadores negativos que resultarían muy reveladores, v.g. porcentaje de suicidios, drogadictos y enfermos mentales, que son signos de mal-estar social.

Vale la pena recordar aquí dos casos ilustres: Sócrates, al pasearse por el mercado de Atenas, se consideraba rico pues no necesitaba nada de las baratijas que allí se ofrecían. Y el viejo gitano, en la Gitanilla de CERVANTES, que en su discurso a ANDRÉS explica cómo se puede ser feliz sin palacios ni brocados. Y vistos desde fuera — desde el mirar del rico — ambos eran evidentemente pobres, quizá indigentes.

Es pues un hecho que la medida crematística del desarrollo no es defendible, y nos encontramos ante el problema aún no resuelto de cómo integrar los indicadores sociales y culturales para lograr un criterio efectivamente humano para apreciar el desarrollo.

2. El PNB no da información alguna sobre la repartición de la renta, sobre la estructura económica, de suerte que no nos indica cuántos pobres hay en un país ni cuál es la importancia social de ellos. De otro lado, esta información — aún en lo estrictamente económico — resulta distorsionada por el hecho que en los países en desarrollo, en gran parte agrícolas, muchos de sus habitantes se mueven en un medio económicamente marginal o moran lejos de las ciudades y caminos, de modo que no son alcanzados por las estadísticas.

Sin embargo, la simple medida crematística nos da algunas informaciones valiosas. Si aplicamos la escala de 4 categorías establecida en vista del PNB para los países, *mutatis mutandi*, a personas y clases esquematizándolas según sus ingresos, podemos observar lo siguiente:

Según la célebre curva de Kuznet, la renta del 40% más pobre de una población crece menos rápidamente que la del 60% más rico, y en consecuencia el pobre se hace cada vez relativamente más pobre.

Si observamos este fenómeno más de cerca en cualquier país — rico o pobre — al comparar los cuatro grupos indicados anteriormente, comprobaremos que quienes pertenecen al grupo 1 — en especial los que se encuentran en la miseria en países subdesarrollados — se hacen, en efecto siempre más pobres; en cambio las personas pertenecientes al grupo 2 — quienes bordean los US\$ 700 — al año — pasan fácilmente a la clase superior, es decir al grupo 3, pues tienen capacidad de esfuerzo y aplicándola suben al siguiente escalón. Los de la clase 3 suelen quedar estacionarios, pues si bien tienen capacidad de esfuerzo son muy altas las vallas que hay que vencer para acceder a la clase 4. Finalmente, los que pertenecen a ésta — la suprema — son cada vez más pudientes. El problema consiste en invertir la dinámica, gracias a cambios de estructuras donde sea necesario, a fin que se reduzca la separación entre los extremos y se incremente absoluta y proporcionalmente el número de personas incluidas en el sector intermedio, que es el ámbito de la modestia económica.

3. Hemos hablado de personas pobres y de clases pobres. En general las primeras suelen pertenecer a los siguientes grupos, aún en países de abundantes recursos: los viejos, los desocupados o semidesocupados, los niños, las mujeres solas, los enfermos y los marginados. A las clases pobres suelen pertenecer en primer lugar los campesinos: 3/4 partes de los habitantes de la esfera terrestre siguen siendo hombres de campo. Especialmente en América Latina constituyen una clase

pobre quienes hace poco se han desplazado a las ciudades; ellos representan el 10% de la población nacional.

4. La relatividad de la pobreza, a que aludimos anteriormente, al señalar que lo que aquí es riqueza allá puede ser pobreza, se nos muestra cuando investigamos la posición del pobre en la sociedad, y así se pueden dar cuatro casos típicos, en un cuadro con dos variantes:

a) Individuo pobre, perteneciente a clase pobre en país pobre: Es el caso de la más negra miseria, ante el que la sociedad se halla impotente, como lo muestran millones de desheredados. Sólo personas como la Madre Teresa tienen una significación — como símbolo moral — entan trágico contexto, que infama a la humanidad entera.

b) Individuo pobre, de clase pobre, en país rico: aquí de inmediato funciona la asistencia social.

c) Individuo pobre de clase rica en país pobre: Se trata del nunca ausente pero siempre olvidado “pariente pobre”, que disfruta — con todo — de la solidaridad de clase, aunque no de la asistencia social, que seguramente no funciona bien o le llega mal.

d) Individuo pobre de clase rica en país rico: también llamado la oveja negra de la familia, que es objeto tanto de la solidaridad de clase como de la asistencia social. Este pobre sería rico en país pobre.

Llegados a este punto, creo que podemos plantearnos la cuestión: ¿Qué hacer para afrontar la pobreza?

Viene ella aparejada con otra pregunta: ¿De qué pobreza se trata? Y de inmediato las posiciones divergen: hay quienes consideran toda limitación como un mal, algo que perjudica el mercado, retarda su expansión, y con ello constituye una cortapisa al desarrollo; ellos responderán que hay que salir a toda costa de ella a fin de integrar a todos en la economía de mercado, a fin de que cada cual cumpla con su función suprema de ser comprador, y con ello estimule la producción de la riqueza, su circulación. y algunas pequeñas ganancias. Desde luego que no se dice así. Se fijan las necesidades básicas, tema muy en boga hace algunos años. Necesidades básicas para una vida digna, humana, etc., que se cifran en comida, vestido, techo, salud, trabajo y educación adecuados al medio. Ya JOHAN GALTUNG advirtió que ello era insuficiente para que el hombre estuviera a un nivel humano y explicó que las necesidades eran de cuatro tipos: el bienestar (que agrupa las ya indicadas), seguridad — o estabilidad — libertad e

identidad. En efecto, quien posee todo esto — aunque sea en sus aspectos básicos — no puede alegar inhumanidad.

Pero, con todo, hay aquí un planteamiento que viene desde fuera: el pobre — una vez más — no es visto en su propia perspectiva sino en la del rico, que busca encuadrarlo en sus propias categorías, que en efecto se cifran en esos cuatro tipos de satisfacción de necesidades. Y mirado el asunto por entero se advierte que el referirse a las necesidades básicas se debe a uno de estos dos enfoques del hombre:

i — como simple ser con vida, como un animal, que en el parque zoológico del mundo requiero tales y cuales condiciones para subsistir, reproducirse y llevar una existencia que no alarme a la sociedad protectora de animales; o *ii* — como un *homo oeconomicus*, que ha de llenar tales o cuales características para desempeñar un papel activo en la economía y cumplir así — como ya dijimos — sus funciones en este mundo sublunar, que por definición es un mercado.

Y ubicado ya por encima de este umbral, cesa todo requerimiento moral o económico para propugnar su mayor elevación en la escala de la vida. Porque *cuidado* no vaya a ir demasiado alto y se convierta en competidor . . . Y acallada la conciencia — la buena conciencia de la humanidad — no se vislumbra la razón por la cual han de considerarse como valederas otras aspiraciones del pobre.

Pero da la casualidad que el hombre es algo más que un animal, y también algo más que un factor económico. Es un ser en el mundo, como bien lo ha definido HEIDEGGER, referido de un lado a su ecología, y también proyectado en la trascendencia, en lo que se funda precisamente su libertad y dignidad.

Es obvio que un animal, aunque sea racional, requiere de condiciones mínimas, básicas, que le permitan satisfacer sus necesidades; lo que no es obvio es que el planteamiento de su desarrollo se funde en esta circunstancia que atañe sólo parcialmente a su humanidad.

Ha de plantearse pues el tema de la pobreza desde el pobre mismo. Y entonces la respuesta es diferente si se trata de la indigencia o de la modestia — pobreza en sentido estricto —, pues en el primer caso es necesaria una acción extraordinaria — que puede ser a título gratuito — para que pueda salir de la miseria. En el caso de la modestia, la situación es otra: ella se mueve en un mundo de valores de uso, más que en uno de valores de cambio, que le confiere una cierta autosuficiencia, que la defiende de una entrega al consumismo.

Tachada de atrasada o rezagada frente a las modas, en realidad guarda fidelidad a una tradición, a una cultura, aún en el lenguaje.

Se muestra a hombres y a pueblos el espejismo de la riqueza, y ellos aspiran, desde luego a ella, riqueza medida en términos de intercambio, de consumo. Se pone en marcha el mimetismo, la ilusión de estar a tono con la instancia dominante, y con eso se olvida la propia cultura — considerada entonces como lastro —, con el consiguiente empobrecimiento espiritual. Tratándose de pueblos se instala la dependencia de lo foráneo. No se piensa en el hecho de que el crecimiento de algunos sectores trae por consecuencia el empobrecimiento de otros en la misma sociedad. ¿No eram antes los agricultores los dueños del poder y la riqueza? Y hoy, en el mundo industrial, han de ser protegidos y favorecidos con subsidios. Entonces, pese a la ilusiones, los esfuerzos y las teorías, este mito del desarrollo lleva hacia abajo, como lo vemos en lo que se ha dado en llamar tercer y cuarto mundo. Bien dice ALBERT TÉVOÉDJRÈ, refiriéndose al Africa, la miseria nos persigue o nos amenaza porque no hemos escogido la pobreza.

¿Habremos por ello de renunciar al desarrollo? ¿O sucede que una manera de querer lograrlo tiene efectos negativos? ¿Habrà otro camino hacia él que salve los escolles indicados?

La pregunta inicial sorprenderá a unos y a otros. Para aquellos, el desarrollo es mito y dogma y categórico imperativo, y la respuesta es obvia: el desarrollo se impone. Para éstos — que hun seguido el tenue hilo de nuestro discurso — les parecerá ya respondida en forma indirecta por el mismo hecho de formularla. Sin embrago, ella merece una consideración más detallada. Vayamos a ello.

¿Es necesario y conveniente el desarrollo?

Nuestra respuesta es sí.

Me permitiré esbozar las razones. La primera es que toda sociedad — si no está camino de la muerte — es dinámica, se traza en proyectos y se fija metas y objetivos, a veces en forma inconsciente, y otras en lúcida programación. La sociedad en sí no queda jamás estática, está siempre en marcha a través de la duración, se desarrolla.

En segundo lugar el aislamiento es hoy imposible. Una sociedad, aunque a veces lo intente, no puede quedarse enfrascada en su propia esencia, cerrado los poros al aire y los ojos al mundo.

En tercer término, las circunstancias de la explosión demográfica supone una presión ecológica, que si no es atendida, encarada por la comunidad mundial entera, puede llevar a deplorables extremos. La nave espacial que se llama Tierra afronta problemas de desertificación, desarborización, limitación de recursos naturales y tántos otros, que han de ser encarados solidariamente por todos sus tripulantes.

En suma, ninguna sociedad puede sustraerse a participar en una u otra forma en la marcha del mundo, y esta marcha es — precisamente — el desarrollo.

¿Tiene este efectos positivos?

Desde luego. Libera fuerzas sociales antes estancadas, produce riqueza — aunque a veces menos de la que se espera —, integra en el mundo contemporáneo. No quiero invadir el terreno de los desarrollistas: ellos sabem hacer en forma convincente el elogio del desarrollo.

Y tiene desventajas?

Prudentemente hay que contestar: según y conforme. Depende de qué desarrollo se trata. Si es aquel que significa mimetismo, enfoque exclusivamente económico, fascinación del dinero, alienación, pérdida de la propia cultura, dependencia, entonces creemos que su saldo es muy negativo, más aún que no es en verdad desarrollo sino lo que llama TÉVOÉDJRÈ contra-desarrollo. Advertimos que en este caso se han destruído valores y tradiciones vernáculos, se ha desestabilizado el orden interno — sustituyendo por un crecimiento desigual y asimétrico, se han producido víctimas que se han marginalizado. Se há muita miseria, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, y muchas veces en el campo ecológico. No olvidemos lo que dice GEORGESCU-ROEGEN: todo sistema de producción es un sistema de producción de desperdicios. Y los países que salen de su subdesarrollo tradicional no tienen los medios ni quizá la conciencia de la necesidad de eliminar esas basuras. Finalmente, algo más, que nos señala SOEDJATMOKO, rector de la Universidad de las Naciones Unidas: el Estado centralizado y modernizante en esos países se convierte en una amenaza para la libertad, para esa libertad tan ardientemente deseada en la independencia. Parece que en algunas latitudes desarrollo y libertad son incompatibles. No seamos tan rotundos y solamente digamos con el autor citado: Es muy estrecho el sendero hacia la libertad a través del desarrollo.

¿Pero habrá un desarrollo que no tenga tales connotaciones negativas?

Sí, señores, es aquel que sabe integrar pobreza y cultura. Y a él queríamos llegar en esta conferencia, como lo declaramos al comenzarla.

El desarrollo — dijimos — radica en el bienestar humano y se encamina hacia él. Esto supone una estructura material adecuada, el encontrarse por encima del punto crítico de la pobreza, que por debajo de él ésta limita y envilece al hombre. Pero ello no significa en modo alguno que el bienestar se alcance por la riqueza, gracias al consumismo que nos predicán la literatura interesada y los afiches de publicidad comercial. El dinamismo económico y la erradicación de la pobreza — dicho así en general — no constituyen la panacea para los males del mundo. Por el contrario, la pobreza digna y consciente, la modestia, lleva a través de la acción y emoción culturales a un bienestar integral y equilibrado en que se realizan las virtualidades superiores del hombre. La autenticidad es una vocación, en que la dignidad de la pobreza descubre la vía de una verdadera superación; la armonía de ciertas limitaciones materiales — frugalidad — con una abundancia de tradiciones, juegos, valores y ocupaciones, ritos e ideas. Un enfoque espiritual o ético o social o simplemente humano ve en esta armonía el auténtico desarrollo.

Lo importante es que no aliena, sino que al centrarse en sí propio desenvuelve y revela las posibilidades de la humanidad.

Cito nuevamente a SOEDJATMOKO: “para que el desarrollo sea un proceso que se sostiene en sí mismo es necesario conectarlo con profundos impulsos de la cultura, más allá de los incentivos y tropiezos económicos.”

Que el desarrollo vaya más allá de lo económico no significa que no requiera de este componente. Todo lo contrario, lo afirma como medio, indispensable desde luego para lograr el conjunto de elementos que constituyen el desarrollo. De allí lo absurdo de ciertas posiciones extremas que rechazan indiscriminadamente inversiones o aportes de capital, y que confunden así lo útil, y aún necesario, con el uso censurable que se pueda hacer de componentes, que desearíamos fueran siempre neutros, del desarrollo, del verdadero desarrollo. Este ha de venir desde dentro, no ser sobrepuesto y añadido — cual una librea o una camisa de fuerza —, y por eso algunos lo llaman endógeno. En otro lugar he discutido la pertinencia de este giro. Aquí sólo urge decir que tal desarrollo no desdeña la fecundación y el apertoramiento (todas las civilizaciones se han desenvuelto así) sino que rechaza lo que no ha asimilado, lo

que sigue siendo un cuerpo extraño — perturbador y destructor — en el organismo social.

El desarrollo desde dentro ha de ser también desde abajo, es decir que no caiga como lluvia, sino que suba como la savia desde las raíces, que haga progresar primero al más débil, al más pobre, elevando así el nivel general de la sociedad en todos sus aspectos, evitando una dualidad cultural.

De nuevo oigo una pregunta no formulada en el fondo de la sala: ¿Qué es lo que éste nos propone? ¿No será que con todas sus argumentaciones sobre cultura y pobreza lo que en realidad quiere es que los pobres queden pobres — claro no tanto que sea indigentes — pero si lo suficiente para que los ricos sigan siendo ricos.

Pero oigo también otra voz que responde: No, nada de eso, lo que nos propone es la nivelación, la nivelación hacia abajo, desde luego que no a cero, sino a una altura en que subsistan la dignidad, la calidad de la vida y otras pamplinas.

Reconozco que hablo de pobres y ricos, como si fuera una distinción esencial en el género humano, y de otro lado sostengo que la vida debe enfocarse desde instancias más profundas que las económicas. ¡Vaya contradicción! Al explicarme sobre ella quizá responda a mis dos mudos y contradictorios objetantes sobre mis supuestas escondidas intenciones.

Hablo de ricos y pobres porque ese es planteamiento usual, la hoy imperante dicotomía, enter pueblos y entre gentes, los contrarios aceptados y reconocidos como tales. Ahora bien, este esquema dualista y unidimensional ha de ser rompido — como diría CERVANTES —, a fin de liberar la real problemática del hombre, que estriba en su felicidad, su autenticidad, en la justicia, la libertad y el respeto.

Eso significa dejar de interpretar el mundo como un mercado, un mercado que desplaza de su medio lo otro que con él convive en la plaza pública, sea ágora, foro o pórtico. Ese mercado se entiende como economía de mercado o como planificación económica, antítesis que por estar en la misma línea sugiere la identidad de los contrarios. Y ese mercado — como se sabe — es una fuerza que se incrementa a sí misma, que se potencia, que arrastra consigo, que salta como una espiral, que quiere ir al infinito, porque perder velocidad es para ella el desastre.

Lo que se requiere es un mundo que se interprete como mundo, como *kosmos*, que implica belleza, y tenga así una vocación de superarse. Descubriría que la riqueza le es adjetiva, que no es la medida de todas las cosas, sino un bien entre otros.

Y que lo que vale la pena son otros valores que no se cotizan en bolsa.

La pregunta por la nivelación económica pierde su sentido, cuando el nivel se mide con criterios ajenos a la riqueza. La pregunta por la distinción entre pobres y ricos, y la persistencia de ella, se revela, entonces, ociosa como todo lo que se halla fuera del foco de la atención. Sentada la premisa de la satisfacción sin excesos que supone el bienestar humano, y la adopción de una escala de valores no pecuniosa, el tener más o el tener menos resulta irrelevante, como lo es hoy la otrora crucial distinción entre nobles y plebeyos.

¿Utopía? Quizás, pero pequeña utopía, no comparable en tamaño con aquella que consiste en creer que continuando la actual evolución de la omnidevorante economía, con su secuela de odios, apetitos y violencias, capaces de defender denarios con bombas atómicas, llegaremos a evitar una catástrofe mundial.

Pero volvamos a nuestro tema. Echemos una mirada por el panorama de nuestra época y comprobaremos que — desgraciadamente — cuando el desarrollo alienante, el contra-desarrollo, se ha instalado en alguna parte — ¡y vaya que en muchos lugares lo ha logrado! — es difícil tarea alcanzar el verdadero desarrollo. Cambiar de rumbo exige un esfuerzo intelectual y material (pues más fácil es seguir la vía allanada y trazada desde fuera) y un gran empujo moral: volver a tener confianza en sí propio, liberarse del sentimiento de impotencia y dependencia — que refleja una realidad cada vez más agobiante —, afirmar la dignidad y reconocimiento de sí y de los demás como seres humanos, con deberes y derechos recíprocos. Este desarrollo sí sería un crecimiento interior del hombre, que se encaminaría a una sociedad solidaria y abierta.

Tal conversión significa una restauración, una restauración de valores y normas, costumbres y actitudes anímicas que la modernización alienante ha segado, un volver a lo propio, el reasumirlo en ejercicio de la libertad.

Pero ¡cuidado! muchas culturas tradicionales, especialmente en otros continentes, no han sentido la necesidad de hacer de la libertad humana un valor explícito. La viabilidad y cohesión de esas sociedades — dice SOEDJATMOKO — fueron construídas más bien sobre una textura que estrechamente entretejía obligaciones mutuas que sobre los derechos de la persona humana. De allí que cuando se vierten a la modernidad sea menester que se prevea una protección explícita de los derechos humanos, de suerte que se establezca un equilibrio entre la fidelidad a sí mismo y la apertura hacia otras culturas,

en especial las dominantes en el quehacer internacional, equilibrio que garantizará la libertad y el respeto de los derechos humanos en el desarrollo interno de un pueblo en evolución positiva.

Volviendo de este problema — candente en otros continentes, y por ello he querido evocarlo aquí — a los aspectos generales, dejemos bien en claro lo siguiente: El realizar las virtualidades de la propia cultura, empleándolas como fuentes de progreso y bienestar, en la confrontación fecundante con otros modos de ser, pero sin perder la propia identidad, significa — para la mayoría de los países en desarrollo — él abrir a la pobreza la participación en el poder, no sólo el poder político sino el poder social y vital. De este modo, trascendiendo lo económico, podrán ellos disfrutar de su riqueza espiritual, artística, en la frugalidad fortificante y ennoblecedora y en la consciencia del propio y auténtico valor. Lo “revolucionario” de esta posición estriba en subrayar y rescatar lo tradicional, en la recuperación de la dimensión histórica, en la cual es posible el salto a lo porvenir, en restaurar y promover el prestigio de la modestia, del desinterés, de la simplicidad, antídoto de la simpleza crematística. Por ello para juzgar el verdadero desarrollo urge añadir a los indicadores usuales los puntos de gravedad cualitativa de la confianza en sí mismo, la fraternidad, la libertad, la dignidad, la justicia y el derecho del hombre, la participación, la integración en la naturaleza, la ubicación histórica, el equilibrio social, la salud del ánimo, la alegría, la poesía, el amor . . .

En síntesis, más allá de la inaceptable indigencia, que desde el punto de vista práctico y ético es necesario superar en todo el mundo con toda urgencia, podemos decir que la pobreza se revela como un tomar distancia frente a la fascinación de lo económico. Ella se funda en el reconocimiento de la adjetividad de la riqueza y lleva a la búsqueda del austero desarrollo de lo sustancial, humano, de aquello que hace que el hombre sea hombre. Y esta búsqueda esforzada constituye precisamente la cultura, como valor espiritual, de vigencia global, en que lo material y crematístico alcanza su sentido y completa su función social.

Pobreza y cultura tienen un fondo ético común inmovible. Ambas son negadas, despreciadas por el economismo de la riqueza — convertida en la medida de las cosas y los hombres —, y sólo su afirmación recíproca, su interacción, solidaria expansión como fermento y meta, llevarán a la plena realización histórica del *homo humanus*, de ese hombre que Dios creó, y que halló que era bueno.

A Tributação dos Direitos de Autor *

Carlos Alberto Bittar

Doutor em Direito pela Universidade de
São Paulo.

I — O fenômeno da tributação

1. Notas introdutórias

Temática de enorme importância nos dias atuais, em face do extraordinário progresso tecnológico e a conseqüente utilização infinita de obras intelectuais, é a dos direitos autorais sob qualquer dos prismas em que possa ser enfocada.

Ora, assume essa matéria acentuada ênfase, quando analisada sob o aspecto tributário, em função, principalmente, da crescente exacerbação das atividades estatais, que tem exigido a busca e, mesmo, a instituição de novas e diferentes formas de arrecadação, a par da elevação continuada das classicamente concebidas e cobradas, para fazer frente à avassaladora gama de serviços a que está jungido o Estado moderno.

No presente trabalho, analisaremos, exatamente, a tributação dos direitos de autor, mostrando o seu posicionamento e a sua importância no contexto geral da tributação, bem como as questões que suscita a nível nacional e internacional, e as soluções que têm sido engendradas e postas em prática para o seu equacionamento, culminando com propostas tendentes a um melhor aproveitamento dessa matéria como fonte de receitas tributáveis.

Nesse sentido, discorreremos inicialmente sobre o fenômeno da tributação e ministraremos noções básicas sobre o Direito de autor, para, por fim, adentrar na problemática exposta.

* Conferência proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal, em 20 de maio de 1981.

2. A atividade financeira do Estado e a sua disciplinação jurídica

Dentre as atividades do Estado, tendentes à consecução de seus fins — que se voltam, precipuamente, para a realização do bem comum, como universalmente se reconhece — está a atividade financeira, que consiste na busca dos meios adequados para a efetivação de seus programas e metas (conforme, dentre inúmeros outros autores, o brasileiro ALBERTO DEODATO: *Manual de Ciência das Finanças*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 6 e segs.).

Com efeito, a par de atividades consideradas fins (como a ministração de educação, a consecução da justiça, a preservação da saúde e inúmeras outras), o Estado desenvolve ações no campo financeiro, tendentes a obter os recursos necessários para a concretização de seus objetivos (atividade-meio).

Nessa matéria, conhecida dos brasileiros em meados do século passado, recebemos as luzes de Portugal, por intermédio de dois de nossos importantes teóricos, em seu nascedouro, a saber: FERREIRA BORGES (*Sintetologia*, 1837) e J. J. DA SILVA MAIA (*Compêndio de Direito Financeiro*, 1841), que, já àquela época, demonstraram exata noção de seu alcance.

Mas, a atividade financeira somente foi mesmo detetada, com cunho de especificidade, no campo do Direito, em princípios do século atual, por autores como o austríaco MYRBACH RHEINFELD (em seu *Précis de Droit Financier*, trad. francesa, 1910) adquirindo foros de autonomia após o célebre debate travado em França, em que prevaleceu a posição defendida, principalmente, por Trotabas (em seu *Essai sur le Droit Fiscal*, 1928).

3. O fenômeno da tributação e a sua regulação pelo Direito

Na área financeira, o Estado dirige a sua atuação para a obtenção de recursos, que podem advir de três fontes distintas, recebendo as receitas correspondentes os nomes de:

- a) originárias; as provenientes de exploração do próprio patrimônio do Estado (ex: participação em empresas);
- b) contratuais: as relativas aos contratos firmados pelo Estado (ex: contratos de concessão de serviços públicos); e
- c) derivadas: as advindas da tributação. (V. ALBERTO DEODATO: o. cit., p. 48).

Dessas receitas, interessa-nos ora apenas as derivadas.

Receitas derivadas, são, pois, as que provêm da tributação, vale dizer, da atividade pela qual, em função de seus fins, o Estado exige dos particulares parcelas de seu patrimônio, para utilização na realização dos programas e dos serviços mantidos no interesse da coletividade.

Assim, consubstancia-se a atividade tributária no exercício do direito que tem o Estado de impôr, aos seus jurisdicionados, certos ônus financeiros e obrigacionais, em razão de seu poder de império e em consonância com situações especiais previamente definidas em lei.

Esses ônus financeiros recebem o nome de tributos, que consistem em prestações pecuniárias compulsórias, instituídas em lei e cobradas por atividade administrativa vinculada, na ocorrência dos fatos nela definidos (nesse sentido, a conceituação legal brasileira, no Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25-10-66, art. 3.º).

A problemática dos tributos constitui objeto do Direito Tributário (ou Direito Fiscal), que também se descartou do tronco de origem para formar Direito especial, utilizando ora a doutrina e, mesmo a legislação, indistintamente, as duas expressões para nomeá-lo, Direito Tributário ou Direito Fiscal (v. RUBENS GOMES DE SOUZA: *Compêndio de Legislação Tributária*, São Paulo, Resenha Tributária, 1975, p. 30, ALIOMAR BALEEIRO: *Direito Tributário Brasileiro*, Rio, Forense, 1977; p. 6 e 7; ALBERTO DEODATO: *ob. cit.*, p. 28. A autonomia é sustentada pelos grandes doutrinadores na matéria: TROTABAS, INGROSSO, GIANNINI, GRIZZIOTI, JARACH, VANONI, JELLINEK e outros tantos juristas de prol e, no Brasil, também entre outros autores, por RUBENS GOMES DE SOUZA e ALIOMAR BALEEIRO).

Compreendem-se no contexto desse Direito — que a rege — as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, oriundas de sua atividade financeira, quando exercida especificamente na obtenção das receitas denominadas tributos (v. RUBENS GOMES DE SOUZA, *ob. cit.*, p. 40).

4. O objeto da tributação: a economicidade da res

A tributação incide sobre manifestações concretas de capacidade econômica de seus destinatários (os contribuintes), podendo traduzir-se em fatos materiais ou em negócios jurídicos por eles realizados (v. ALIOMAR BALEEIRO: *ob. cit.*, p.

411; RUBENS GOMES DE SOUZA: *ob. cit.*, p. 83; FABIO FANUCCHI; *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Resenha Tributária, 1977, v. I, p. 213).

Assim, por exemplo, a existência de propriedade urbana, como suporte do imposto denominado predial; a realização de operações de circulação, para o imposto sobre circulação de mercadorias; a constatação de lucro no exercício, para a tributação das empresas pelo imposto sobre a renda, e inúmeras outras situações.

Essas situações, em virtude de princípios sedimentados pela experiência jurídica — que vêm desde a Carta Magna de 1215 às Declarações Universais de Direito — são previamente definidas em lei, que fixa todas as condições para a cobrança dos tributos, procedendo-se à exigência quando de sua efetiva concretização, e observadas as regras de previsão orçamentária.

A imposição de tributos obedece ainda às regras de cunho doutrinário, muitas enunciadas à época clássica, especialmente por ADAM SMITH — o teórico do liberalismo econômico — dentre as quais avultam as de economia e de certeza (v. ALBERTO DEODATO: *ob. cit.*, p. 78).

Em consonância com esses ditames, a administração deve rejeitar tributo que se mostre improdutivo ou dispendioso, seja por não proporcionar nível compatível de arrecadação, seja por onerosidade de seu mecanismo de cobrança.

A par disso e de outras regras, deve existir o já assinado conhecimento prévio do contribuinte e a sua fixação objetiva definir-se em função da situação particular do destinatário.

Mas, referentemente ao objeto da tributação, há que se ressaltar a economicidade da *res*, assentada também pela doutrina, desde os primórdios da formulação da teoria da tributação, e, mais atualmente, com JÈZE; TROTABAS, JELLINEK e outros autores. Em consonância com essa noção, a matéria tributável deve ser suscetível de aferição econômica, ou, por outras palavras, deve traduzir-se em valores econômicos.

A matéria subjacente deve, pois, ser suscetível de propiciar resultado econômico, exatamente em atenção ao fim precípua da tributação, que é a arrecadação de receitas para os cofres públicos.

De gamas diferentes reveste-se a *res* tributável, como se depreende do exposto, dado o próprio caráter multifário da atividade negocial e do extraordinário espírito de criação no campo empresarial, em que novos inventos e novas fórmulas

engendram variados e diferentes negócios e situações passíveis de tributação, ampliando-se constantemente os horizontes da arrecadação.

5. Fórmulas pelas quais se concretiza a tributação: os impostos

A matéria tributária tem sido, por meio de fórmulas classicamente admitidas, desdobrada por entre as seguintes figuras principais: impostos, taxas e contribuições.

Assim, em consonância com a espécie, os tributos podem classificar-se em:

a) imposto, que é o tributo desvinculado de qualquer atividade específica do Estado, cujas receitas se destinam a cobrir as despesas gerais do orçamento;

b) taxa, que constitui tributo vinculado a serviços especiais do Estado — que remunera — fruídos ou postos à disposição dos contribuintes;

c) contribuições: que são tributos devidos a entidades descentralizadas da administração, para o custeio dos respectivos programas (V dentre outros autores: RUBENS GOMES DE SOUZA, *ob. cit.*, p. 37 e segs.; ALIOMAR BALEEIRO, *ob. cit.*, p. 37 e segs.; ALBERTO DEODATO, *ob. cit.*, p. 50 e segs.; FÁBIO FANUCCHI, *ob. cit.*, p. 59 e segs.).

Deter-nos-emos nos impostos, tributos de caráter geral, cujas receitas se destinam a satisfazer os serviços gerais do Estado. Suas verbas são carregadas para os cofres públicos e os ingressos são aplicados em consonância com o orçamento, obedecidas as normas que regem a matéria.

Dirigidos, indistintamente, para todos os que se encontram na situação geradora definida em lei, são as mais importantes fontes de receitas do Estado-moderno.

Podem, sob o aspecto da absorção do ônus, ser:

a) diretos, quando suportados pelo próprio destinatário legal; e

b) indiretos, quando o gravame é trasladado para o consumidor final, por meio de inclusão de seu valor, pelo contribuinte de direito, no preço final do produto (fenômeno econômico denominado “repercussão do imposto”).

Com isso, pode-se dividir:

a) uma tributação de caráter pessoal, efetivada em razão da pessoa do contribuinte (como no imposto de renda), e

b) uma impessoal, voltada para a *res* tributável (como no imposto de circulação de mercadorias), independentemente de quem suporta o ônus.

A realização da tributação obedece a sistemas e a procedimentos os mais variados, centrando-se, no entanto, principalmente, nas formas de cobrança proporcional e também progressiva (como, por exemplo, nos impostos de produção e de circulação, de um lado, e no imposto sobre a renda, de outro).

6. Fins da tributação: fiscalidade e extrafiscalidade dos impostos

Perfaz-se a tributação em função, primeiramente, de fins arrecadativos, ou seja, puramente fiscais, mas pode também visar a objetivos extrafiscais (sociais, econômicos ou políticos).

Objetivo precípua é a arrecadação; é a canalização de recursos para o erário público; é a injeção de receitas para enfrentar-se as despesas públicas. Mas também outros objetivos foram depois identificados e supridos por meio da imposição tributária, tendo em vista a alta expressão de que se reveste essa fonte de receitas no contexto geral das finanças públicas.

Assim, por exemplo, por meio dos impostos do comércio exterior (importação e exportação), de renda e outros, pode-se, a par da arrecadação, obter-se finalidades não fiscais, a saber: nos primeiros, a intervenção na economia, desestimulando certas operações; ou a aquisição de certos bens, ou, ao revés, incentivando o ingresso de outros no país; no segundo, eliminar-se a tributação nos níveis primários de renda; reduzir-se a tributação individual à plena adequação à situação particular do contribuinte e outros tantos.

Desse modo, o imposto é dotado de: a) fiscalidade: vale dizer, da capacidade de propiciar arrecadação de recursos, na sustentação dos encargos próprios da administração, e b) extrafiscalidade: de satisfazer a outros interesses (V. dentre outros FÁBIO FANUCCHI, *ob. cit.*, p. 55 e 56; ALBERTO DEODATO, *ob. cit.*, p. 110 e segs.).

Pode, a um tempo, suprir as necessidades financeiras do Estado e atingir metas outras, designadamente de cunho econômico, social e, mesmo, político.

Na prática, pode-se explorar, em consonância com as necessidades públicas, apenas uma ou ambas as potencialidades.

Pela extrafiscalidade é, por exemplo, que no Brasil se instituiu um amplo programa de incentivos fiscais — especialmente na área do imposto sobre a renda — para o desenvolvimento de regiões e de atividades consideradas fundamentais para o progresso geral da nação, e que vem produzindo resultados satisfatórios, com a expansão de várias áreas e de vários setores até então não atividades (como, por exemplo, a das regiões do Nordeste e da Amazônia, e os setores de turismo, reflorestamento, pesca e mercado de ações).

Constitui, pois, o imposto, rico veio de recursos à disposição do Estado moderno, inclusive na busca do tão almejado desenvolvimento, posto como seu objetivo central (v. o nosso *O dirigismo econômico e o Direito contratual*, em “Revista dos Tribunais”, São Paulo, n.º 526, p. 20 e segs.).

II — Os direitos de autor

7. Os direitos de autor: noção

Feitas as observações básicas respeitantes à tributação, enfoquemos agora os direitos de autor, com o visio de traçá-los as linhas fundamentais, para, por fim, analisá-los à luz da tributação.

Os direitos de autor (ou direitos autorais) são os direitos que tem o criador de obra intelectual, dos domínios literário, artístico e científico, sobre suas criações.

Desses direitos, alguns são de cunho personalíssimo, outros se revestem de caráter patrimonial, ingressando, por consequência, no mundo dos negócios, e por formas as mais diferentes, e mantendo ora todo o vastíssimo e complexo mundo das comunicações, desde as letras (livros, principalmente) às artes (teatro, cinema, televisão) e à própria ciência (obras científicas).

Esses direitos são enunciados e protegidos no âmbito do Direito de Autor que, consoante mostramos em nossa tese *Direito de Autor na obra feita sob encomenda* (publicada em São Paulo pela Editora Revista dos Tribunais, em 1977, à p. 1), é o ramo da ciência jurídica que ampara, sob os aspectos moral e patrimonial, o criador de obra intelectual, literária, artística ou científica (V. tb. o verbete *Direito Autoral*, de nossa autoria, em “Enciclopédia Saraiva do Direito”, publicada em São Paulo, vol. 25, p. 363 e a extensa bibliografia ali referida).

Consiste esse Direito em um conjunto de princípios e normas, estratificados ora em leis especiais, em que se objetiva cercar de proteção jurídica os autores de obras de engenho nos negócios jurídicos que realiza com suas criações, principalmente na utilização econômica por terceiros, empresas ou empresários da área de comunicações.

8. Direitos inseridos em seu contexto: direitos morais e direitos patrimoniais

O Direito de Autor compreende, pois, prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, aquelas relativas ao vínculo pessoal e perene que une o criador à sua obra e, estas, referentes ao aproveitamento econômico da obra, mediante a participação do autor em todos os processos de utilização possíveis (v. dentre outros autores, ANTÔNIO CHAVES: *Direito Autoral de Radiodifusão*, São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 311 e segs. e 328 e segs.; PEDRO VICENTE BOBBIO: *O Direito de autor na obra musical*, São Paulo, Lex, 1951, p. 7 e 8).

Defluem dessa noção vários e distintos direitos, morais e patrimoniais. Os direitos morais estendem-se desde o direito de inédito até os de defesa da paternidade, de correção, de modificação e outros. Os direitos patrimoniais consubstanciam-se na faculdade de o autor usar ou autorizar a utilização da obra no todo ou em parte, dispor desse direito a qualquer título, transmitir os direitos a outrem, no todo ou em parte, entre vivos ou por sucessão (fórmula da Convenção de Washington, 1946) (v. verbete *Direito Autoral*, citado, p. 366). V. a respeito, ainda, dentre inúmeros outros autores: VALÉRIO DE SANCTIS: *Diritto di Autore*, in *Enciclopedia Del Diritto*, vol. IV, p. 378 e segs. e *Contratto di Edizione*, cit., p. 10 e segs.; GIUSEPPE PADELLARO: *Il Diritto d'autore (la disciplina giuridica di strumenti di comunicazione sociale)*", Milano, Vallardi, 1972, p. 7 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELONE: *ob. cit.*, p. 103 e segs.; ANDRÉ FRANÇON: *Le propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 1970, p. 45 e segs.; STIG STROMHOLM: *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, Stockholm, P. A. Norstedt & Soners, 1966, v. I, p. 1 e segs.; PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, S.P., RT, 1977, v. XVI, p. 10 e segs.; CARVALHO SANTOS: *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, Freitas Bastos, 1963, vol. VIII, p. 403 e segs.).

Esses direitos são independentes entre si, fazendo nascer para o autor, cada qual, a remuneração correspondente, como,

por exemplo, os direitos de gravação e de execução pública, para as composições musicais; as edições gráficas e as representações para as obras teatrais; os direitos de adaptação ao cinema e à televisão, para as obras literárias, e assim por diante.

9. Origem, evolução e alcance atual: direitos de autor e direitos conexos

Esse direito tem experimentado uma extraordinária evolução, desde quando detetado, sob certo aspecto (pintura sobre tela), na antiguidade.

Com efeito, vislumbrado no mundo romano, esse Direito passou, com a invenção da imprensa e a conseqüente possibilidade de reprodução de textos em série, a traduzir-se em um sistema de privilégios que se concediam aos editores para a exploração econômica de obras literárias (v. dentre outros autores, EUGENE POUILLET: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Lib. Générale, 1908, p. 1 e segs.; ÉDOUARD LABOULAYE: *Étude sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, A. Durand, 1858, p. 8 e segs.; LUIGI DI FRANCO: *Proprietà industriale, letteraria ed artistica*, Milano, Società Editrice Libreria, 1936, p. 527 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELONE: *I diritti sulle opere dell'ingegnere*, Torino, Torinese, 1974, p. 1 e segs.; CARLO CRISTOFARO: *Tratatto del Diritto di Autore e d'inventore*, Torino, Bocca, 1931, p. 8 e segs.; SAMUEL MARTINS: *Direito Autoral, seu conceito, sua história e sua legislação entre nós*, Recife, Livraria Francesa, 1906, p. 6 e 7; ODDO BUCCI: *Interesse pubblico e Diritto d'autore*, Padova, Cedam, 1976, p. 13 e segs.; STOYANOWITCH: *Le droit d'auteur dans le rapports entre la France et les pays socialistes*, Paris, Lib. Générale, 1959, p. 21 e segs.).

Evoluiu depois, no entanto, para, com a Revolução francesa, vir a proteger o autor da obra, como direito ligado à criação intelectual, graças, principalmente, ao labor que, naquele país, se desenvolveu em defesa dos direitos inerentes ao homem (v. dentre inúmeros outros, MARIE CLAUDE DOCK: *Étude sur le Droit d'auteur*, Paris, Librairie Générale, 1963, p. 150 e segs.).

A partir de então se cristalizou a noção de que, em razão de sua natureza, o Direito de Autor se volta para o amparo ao criador intelectual. Apresenta uma *ratio* especial: a da proteção do criador intelectual. Volta-se, pois, essencialmente,

para o amparo ao autor de obra de engenho (v. o nosso artigo *O Direito de Autor no plano das liberdades públicas*, na Revista "Justitia", n.º 98, p. 165 e segs., em que analisamos, em profundidade, a essência e a evolução do Direito de Autor; v. tb. ÉDOUARD SILZ: *La notion juridique de droit moral de l'auteur*, in "Rev. Trim. de Droit Civil", XXXII, p. 394; GEORGE MICHAÉLIDÈS NOUAROS: *Le droit moral de l'auteur*, Paris, Arthur Rousseau, 1935, p. 50; ISIDRO SATANOWSKY: *ob. cit.*, p. 14 e segs.; HERMANO DUVAL: *Direitos Autorais nas invenções modernas*, Rio, Andes, 1956, p. 11 e 12).

Mas, por assemelhação e em função da estreita relação existente com os direitos de autor, são reconhecidos, ainda, no contexto desse Direito, os denominados "direitos conexos", "análogos", ou "vizinhos", que albergam certas categorias de criadores intelectuais que contribuem para a difusão ou para a realização das obras de engenho.

Assim, inserem-se em seu âmbito os direitos de autor (como os dos escritores, poetas, compositores, pintores, escultores e outros) e os que lhes são conexos (como os dos artistas, intérpretes, executantes, produtores de programas e empresas de radiodifusão). (v. o verbete *Direitos conexos*, de nossa autoria, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 28, p. 116 e segs. e a bibliografia especial ali citada).

Em face da acentuada expansão alcançada e do candente grau de especificidade de que se reveste, o Direito de Autor assume hoje posição de Direito especial, com características próprias, ganhando, dentro do Direito Privado, foros de autonomia, conforme acentuamos no livro e no verbete específico citados. Situa-se, ao lado do Direito de Propriedade Industrial, no contexto dos denominados "Direitos Intelectuais" (v. a respeito, ARMINJON, NOLDE e WOLFF: *Traité de Droit Comparé*, Paris, Lib. Générale, vol. II, n.º 40; JEAN ESCARRA: *Droits intellectuels*, Paris, Lib. Delagrave, 1933, p. 230 e segs.; CARLOS MOUCHET e SIGFRIDO RADAELLI: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artisticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, p. 71 e segs.; MARIO ARE: *L'Oggetto del Diritto di Autore*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 17; ISIDRO SATANOWSKY: *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipografia Argentina, 1954, v., p. 113; MARCEL CRONNET: *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, Paris, Lib. Générale, 1975, p. 1; FILADELFO AZEVEDO: *Direito moral dos escritores*, Rio, Alba, 1930, p. 10, dentre inúmeros outros autores).

10. Obras protegidas

As obras protegidas por esse Direito são as criações intelectuais de cunho estético, dos domínios literário, artístico ou científico (v. MARIO ARE, *ob. cit.*, p. 29 e segs.; GRECO e VERCELLONE, *ob. cit.*, p. 36; TULLIO ASCARELLI: *Teoria de la concorrenza y de los bienes inmateriales*, trad., Barcelona, Bosch, 1970, p. 634 e segs.; dentre outros escritores. Em nosso direito positivo, e a exemplo de outros, existe enumeração legal explicativa de obras protegidas: Lei 5.988, de 14-12-73, art. 6.º).

Ampara esse Direito a forma original criada pelo autor, desde que o substrato ideológico é comum a todos (V. dentre outros autores: EDUARDO PIOLA CASALLI: *Trattato del Diritto de Autore e del contratto de edizione*, Torino, Torinese, 1927, p. 205 e segs.; VALÉRIO DE SANCTIS: *ob. cit.*, p. 7; RENÉE-PIERRE LEPAULLE: *Le droit d'auteur sur son oeuvre*, Paris, Dalloz, 1927, p. 21; ALAIN LE TARNEC: *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1966, p. 177; ANDRÉ FRANÇON: *ob. cit.*, p. 9; HENRI DESBOIS: *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1966, p. 20 e segs.; CLÓVIS BEVILAQUA: *Código Civil Comentado*, Rio, Editora Rio, 1978, v. I, p. 1.115 e PEDRO VICENTE BOBBIO: *ob. cit.*, p. 13 e segs.).

11. Concretização desses direitos e sua expressão econômica

Concretizam-se esses direitos, na prática, por formas as mais diversas, dentro dos dois processos fundamentais — a reprodução e a representação — com a extensa especificação hoje existente, em virtude do enorme progresso das comunicações (V. a nossa tese, *cit.*, p. 27 e segs., em que os enunciaremos, analisando os diferentes contratos celebrados).

Assim, seja na criação, seja na reprodução da obra criada, o autor faz jus a direitos autorais. Por exemplo, na gravação de música, em sua execução, em sua inserção em novela ou em filme; na edição de texto literário e venda dos exemplares; na adaptação de texto literário para o cinema, ou para a televisão, ou para o teatro; na reprodução, ou na utilização de pintura em obra de outro gênero e assim por diante.

A cada processo de comunicação corresponde um direito autoral, em virtude da independência de cada qual. Dessa forma, se uma obra literária é adaptada para o teatro, gera-se um direito autoral; se a mesma obra é, depois, utilizada em cinema, outro direito; se, ainda, em televisão, outro direito e assim sucessivamente.

A remuneração consiste, de regra, em um percentual incidente sobre o valor da utilização, existindo, no entanto, sistemas de pontuação para as músicas e outras variantes, em que a percepção dos direitos se faz por estimação. Assim, ou se fixa percentual sobre o valor da edição (obra literária) ou sobre a renda obtida na exploração (obra de teatro), ou se baseia em pontuação (execução de obra musical).

Ora, a evolução das comunicações — com a introdução de novos e sofisticados processos, como o do satélite de comunicação — que exige novas e constantes criações intelectuais para a sua manutenção e seu desenvolvimento, tem produzido extraordinária circulação dos direitos autorais, carreando somas substanciosas para os seus autores.

Assim é que, por exemplo, uma obra de televisão gerada na Alemanha pode ser traçavelmente assistida em França, em um apartamento de hotel, pelo sistema de satélite; novelas produzidas no Brasil têm sido transmitidas em Portugal; produções cinematográficas vêm, há anos, atravessando fronteiras, assim como obras literárias, poesias e inúmeras outras manifestações do gênio criador do homem.

Há, pois, autores (de literatura, principalmente), e compositores (de música popular, especialmente) e intérpretes (atores de televisão) que têm como principal — e às vezes única — fonte de receitas a da utilização de seus direitos autorais.

Isso vem conferindo novas dimensões econômicas a esses direitos, que, ademais, se vêm internacionalizando, recebendo regulação em sucessivas convenções internacionais a partir da de Berna — em que se formou a União ora existente — em que são revistos os respectivos textos de regência para a sua adaptação à evolução das técnicas. (V. a respeito: HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON e ANDRÉ KEREVER: “Les conventions internationales du Droit d’auteur et des droits voisins”, Paris, Dalloz, 1976).

Geram-se direitos a nível internacional, pelo caráter cosmopolita da cultura e pela ação dos mecanismos de difusão, com os conseqüentes reflexos no campo do Direito de Autor, que tem exigido soluções a nível supra-estatal, abrindo-se perspectivas infinitas para as finanças dos titulares de direitos autorais.

Nesse sentido, é que, entre nós — embora ainda em pequenas proporções — muitos autores (literatos e compositores, principalmente) e atores vivem exclusivamente das rendas auferidas com sua arte.

Mas, em proporções bem acentuadas — constituindo-se ora em expressivos veios de lucros — empresários e empresas de exploração de criações intelectuais (editoras; empresários de espetáculos; empresas de radiodifusão; de televisão; produtoras de cinema; produtoras de fonogramas e tantas outras) vêm, a cada ano, expandir-se as suas atividades e aumentar-se as suas receitas, com o conseqüente alargamento de seu raio de ação, produzindo-se, em conseqüência, receitas consideráveis, especialmente para o campo da tributação do imposto de renda.

12. A recepção dos direitos autorais na tributação: a oneração pelo imposto de renda e seu alcance

Ora, os direitos de autor representam, sob o aspecto patrimonial, renda pessoal do criador ou do titular do direito.

Com efeito, configuram receita de caráter pessoal e ingresam de forma direta em seu patrimônio, pelas vias institucionais ou contratuais existentes, conforme se tratem de repasses ou de verbas percebidas imediatamente do utilizador do direito.

Por essa razão, a sua recepção no Direito Tributário se processou na área dos tributos diretos, mais especificamente do imposto sobre a renda, onde vem, à generalidade, recebendo incidência, eis que se trata de imposto que onera, desde a sua longínqua origem, exatamente, a renda pessoal (na pessoa física) e o lucro (na pessoa jurídica).

Com efeito, esse imposto, que alguns autores vislumbram nos tempos bíblicos, é um dos mais antigos, encontrando, segundo se afirma na doutrina, na “eisfora” cobrada na Grécia — imposto extraordinário de guerra — o seu primeiro rudimento (v. ALBERTO DEODATO, o. cit., p. 59).

Existente em Roma, ao lado de outros impostos, como a *vicesima hereditatum* (das heranças); a *portorium* (importação) e a *centesima rerum venalia* (circulação interna), recebia, no campo dos impostos diretos, o nome de *humana capitatio*, em contraposição à *terrena capitatio* (sobre imóveis) (v. autor e ob. ult. cit.).

Identificado, em seus termos atuais, no *income tax*, proposto por PITT, na Inglaterra (imposto direto e de caráter geral), realiza objetivos fiscais e extrafiscais, possibilitando, pelo sistema de abatimentos e de isenções, a preservação dos mínimos indispensáveis propugnados por BENTHAM.

Cobrado em quase todos — senão todos — os países, o imposto de renda apresenta-se sob duas técnicas de incidência:

a) uma de natureza real, colhendo os rendimentos classificados em cédulas, b) outra de natureza pessoal, tributando a pessoa de forma progressiva, em função de sua situação particular.

Antecipado, em algumas hipóteses, pela retenção na fonte, funda-se na apuração e na determinação por exercícios, tomando-se por base a renda do ano anterior, ajustada consoante mecanismos de dedução e de abatimentos, previstos na legislação correspondente, que permitem a adequação da tributação às condições particulares de contribuinte.

Lastreia-se em declaração apresentada pelo próprio contribuinte, sob a fiscalização posterior da Fazenda, processando-se ora a sua cobrança por meio de sofisticados sistemas de computação.

Em face disso e da ascensão das rendas médias e máximas de pessoas e de empresas, destas principalmente, esse imposto assume hoje, dentre as figuras existentes, enorme significação, recebendo, no Brasil, o nome de imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza” (Constit. federal: art. 21, inciso IV) (estes definidos por expresse na respectiva legislação).

Cobrado por via de complexos mecanismos de computação, tem esse imposto assistido a uma crescente avolumação de seus recursos a cada exercício, concorrendo, passo a passo, com o imposto de produção e de industrialização (entre nós, imposto sobre produtos industrializados), na disputa da liderança na arrecadação geral da União que hoje detém.

Mas, respeitadamente aos direitos autorais, ainda não se alcançou incidência substancial, exatamente em razão de deficiências, relacionadas, especialmente, com os mecanismos de arrecadação desses direitos.

Assim, embora se constituam em importante fonte de receitas, esses direitos não se encontram, no contexto geral da arrecadação do imposto de renda, posicionados em índices expressivos, pouco representando, em verdade, em termos fiscais, para os cofres públicos.

13. Níveis em que se opera a tributação dos direitos autorais

Analisemos, pois, como se processa a tributação desses direitos.

Os direitos autorais recebem tributação em dois planos: nacional e internacional, pela extrapolação, ditada pelas comunicações, de autores e de obras intelectuais, para além das fronteiras de seu país.

Assim, não só no plano interno do país, os direitos autorais vêm adquirindo extraordinária força de expressão, com a conseqüente tributação pessoal de seus titulares e das empresas que os exploram.

De fato, têm esses direitos se espreado em consonância com a crescente difusão das obras intelectuais por todo o universo, gerando tributação, não só a nível nacional, como a nível internacional, em que desencadeia uma série de problemas entre as nações interessadas e que tem exigido a conjugação de esforços de técnicos e de governantes para a sua solução, enriquecendo-se, por meio de acordos entre países, o campo do denominado "direito convencional".

A introdução de novas máquinas de reprodução (as de xerografia, de microfilmagem, de computação — a denominada "reprografia"), e de representação (televisão e satélite de comunicação) de obras intelectuais tem possibilitado a disseminação indefinida dessas obras ou a sua projeção direta a nível internacional, ampliando-se, portanto, os horizontes de sua utilização econômica.

Como exemplo, por computador já se fez reprodução da tela "A Mona Lisa"; por microfilmagem, em um pequeno suporte ("espelho") se concentra, às vezes, um livro inteiro de literatura; por xerografia, o mesmo texto pode ser reproduzido infinitamente, inclusive obras completas podem ser copiadas; pela televisão, obra nascida em um local, pode ser projetada em todo o território de uma nação ou, mesmo, para o de outra (pelo satélite), e tantas utilizações quanto possibilitem os referidos processos.

Muito comum é hoje também a atuação de atores, compositores e orquestras em outros países, dando aso a obtenção de receitas no exterior a título de direitos autorais, sem falar-se na execução pública da música, que, de longa data, já se opera regularmente em todo o mundo, gerando substanciosos recursos financeiros para os seus titulares em outros países.

14. A tributação no plano nacional

No plano nacional, a tributação dos direitos autorais perfaz-se nos termos de leis especiais sobre imposto de renda (compreendidos, geralmente, em regulamentos, para facilidade de aplicação).

A tributação obedece, portanto, às técnicas e fórmulas definidas a respeito desse imposto, cobrando-se na declaração e, mesmo sob forma de antecipação, na fonte pagadora, nos

países em que existe a incidência, dentre os quais se inclui Portugal.

Deter-nos-emos no sistema brasileiro.

Em consonância com a legislação em vigor (consolidadas ora em Regulamento baixado pelo Dec. Federal 85.450, de 4-12-80), os direitos autorais são — a exemplo dos demais rendimentos — gravados pelo imposto de renda na declaração anual, estes pela sua inclusão nas cédulas “D” e “H” (de rendimentos de trabalho autônomo e de participações não capituladas em outras), retendo-se, no entanto, antecipadamente certo percentual na fonte pagadora, respeitado o mínimo de isenção.

Na cédula “D” são classificados — na redação da legislação vigente — “os direitos autorais de obras artísticas, didáticas, científicas, urbanísticas e projetos, técnicas de construção, instalações ou equipamentos, salvo quando não explorados — diretamente pelo autor ou criador da obra ou do bem” (Leis federais: 4.480/64, art. 3.º; e 4.506/64: art. 22, alínea “d”).

Já na cédula “H”, insere-se a “exploração de direitos autorais, salvo quando percebida pelo autor ou criador da obra ou do bem”.

Desconta-se na fonte, como antecipação, o imposto de 4%, nas hipóteses citadas, para pessoas físicas, e de 8% para as sociedades civis que os explorem (Dec. lei n.º 1.198/71: art. 6 e § 1.º).

Impõe-se às entidades pagadoras — como, de resto, para os demais rendimentos — a obrigação de prestar informações ao fisco sobre os pagamentos efetuados, indicando-se nomes e endereços dos titulares (Dec. lei 5.844/73: art. 111).

O contribuinte é obrigado a declarar as verbas recebidas a esse título, no ano anterior, juntando a documentação comprobatória expedida pela fonte pagadora, cabendo a esta, pois, oferecer ao Fisco, por escrito, relação completa dos pagamentos efetuados a esse título com a individualização do beneficiário.

A incidência será determinada, portanto, em função da posição particular de cada contribuinte, ou, de suas atividades, quando pessoa jurídica, cuja apuração obedece a complexo sistema de deduções e de ajustes fixados na legislação correspondente, com base em seus registros contábeis e fiscais, e consubstanciado também em declaração anual, que deve estar acompanhada da ampla documentação correspondente.

Processadas as declarações, ao contribuinte compete pagar o imposto incidente, mediante o documento hábil de recolhimento.

15. A tributação no plano internacional

No plano internacional, em que existem convenções a respeito de tributação, surge a imposição quando a obra ou o autor (caso, por exemplo, de literato, de cantor ou de intérprete) se projeta no exterior.

Assim, por exemplo, a interpretação ao vivo, por um criador de obras suas, em outro país, gera direitos autorais e o conseqüente problema de sua tributação; também os rendimentos produzidos no exterior pela execução de música nacional de outro país; ou advindos da venda, no exterior, de livros editados em outro país; ou de telas de pintura; ou a retransmissão de obras cinematográficas ou de televisão em outro território, e assim por diante.

Inúmeros problemas defluem desse intercâmbio artístico e cultural, trazendo, na área dos direitos de autor, reflexos vários na tributação, onde já certos princípios e certas regras são fixados, a nível convencional, para a respectiva solução.

Princípio básico é o da territorialidade da lei, que alcança, pois, os situados dentro dos limites da jurisdição do Estado correspondente, entendido em seus dois sentidos: a) positivo, para estender-se também a não nacionais; e b) negativo, afastando a incidência de leis estrangeiras (cf. ALBERTO XAVIER: *Direito Tributário Internacional do Brasil*, São Paulo, Resenha Tributária, 1977, p. 43. No Brasil a matéria é remetida, pelo Código Tributário Nacional — art. 101 — à lei geral: Lei de Introdução ao Código Civil, Dec. lei 4.657, de 4-9-42, que traça as regras básicas sobre a aplicação das normas jurídicas).

De outra parte, em razão do princípio da generalidade, o imposto incide sobre as rendas auferidas no território nacional, abrangendo, portanto, nacionais e estrangeiros nele viventes.

A incidência do imposto perfaz-se segundo critérios definidos nos acordos internacionais, geralmente no Estado-fonte (onde são produzidos os rendimentos), adotando-se regras de absorção desses acordos e, mesmo, para a solução de conflitos que venham a existir, bem como de elisão da dupla tributação.

No direito interno brasileiro, a par da inserção no âmbito da "legislação tributária" dos tratados e convenções internacionais, assentou-se que essas normas revogam ou modificam o direito nacional, devendo ser observadas pelas que lhes sobrevierem (Código Tributário Nacional, arts. 96 e 98) Inexistem, pois, normas de transformação, procedendo-se à imediata interinação do direito convencional (V. a.e.o. cits., p. 36 e segs.).

Em termos de dupla incidência, pode ocorrer: a) o denominado *bis in eadem* (superposição ou justaposição de tributos por uma mesma entidade) ou b) a bitributação (imposição por dois sujeitos ativos diferentes sobre o mesmo fato gerador).

Caracterizada pela identidade de fatos e pela pluralidade de normas (cf. ALBERTO XAVIER, o cit. 55 e segs., que estuda também o fenômeno da evasão, p. 66 e segs.), a bitributação tem preocupado seriamente as relações internacionais, em todos os rendimentos a respeito dos quais pode ocorrer, inclusive com os direitos autorais.

Vários critérios têm sido ideados e postos em prática para o equacionamento desse problema: a) o da dedução, pelo qual um Estado aparta da incidência o valor já cobrado por outro; b) o da isenção, pelo qual se dá a dispensa da tributação em um dos Estados; c) o da divisão, pelo qual se opera partilha entre os Estados; d) o da classificação, pelo qual se atribuem alguns rendimentos ao Estado da situação e outros ao do domicílio do titular (V dentre outros, ALBERTO DEODATO: o cit., p. 86). No setor autoral, para o primeiro tem-se voltado, em geral, os acordos.

Elementos que interferem nesse contexto, para a definição da questão, e a determinação do Estado competente, são os da: nacionalidade do titular; do domicílio; do lugar da efetivação (fonte) (V. ALBERTO XAVIER: o cit., p. 91 e segs.), inclinándose a solução, no campo autoral, pelo último.

Medidas de garantia têm sido adotadas pelos Estados para o efetivo controle da bitributação, a saber: a assistência administrativa do Estado aos titulares de direitos e a troca de informações entre os Estados interessados (o cit., p. 79).

Os esforços dos Estados convenientes justificam-se plenamente, pois a dupla tributação apresenta reflexos negativos para todo o contexto dos interesses em questão.

Com efeito, esse fenômeno prejudica os direitos dos autores — onerando-os injustamente — aumenta os ônus que se antepõem à difusão das obras e estabelece controvérsias entre os Estados interessados quanto à exata definição de qual deve deter o *jus tributandi*, e, pior, traz obstáculo para o próprio desenvolvimento da cultura.

Suscetível de ocorrer em vários setores de atividade — especialmente empresarial, em que inclusive existe legislação sobre remessa de lucros ao exterior, como meio de proteção aos interesses nacionais — atingem proporções acentuadas no Direito do Autor, em face da crescente internacionalização da cultura e dos processos da comunicação de obras intelectuais.

legislação correspondente, ou de sua regulamentação, ou dos respectivos mecanismos de cobrança, agravadas pela ação renitente de empresários do setor ou de usuários pouco responsáveis, que se subtraem indevidamente ao pagamento, total ou parcialmente.

Ajunte-se ainda um certo desconhecimento que se nota na legislação sobre Direito de Autor e de seu alcance, talvez pelo caráter ainda recente de sua construção doutrinária.

No plano do sistema de arrecadação tributária, a dificuldade de inserção de certas parcelas de contribuintes e a de controle das declarações são os seus “calcanhares de Aquiles”

No âmbito do Direito de Autor, a par de certos vazios na legislação, institutos há que precisam ser regulamentados, e de forma objetiva e simples, para que possam ser absorvidos na prática.

Basta lembrar-se, quanto à insuficiência regulamentar, dos largos males que causa a “reprografia” (reprodução de obras intelectuais por meio de processos mecânicos, como as das máquinas de xerox), por meio da qual milhões de cópias são extraídas anualmente, em todas as partes do mundo, desestimulando a venda dos textos editados, com prejuízos sensíveis para autores e editores (propusemos, a respeito, sistema de controle e de cobrança, por cópia extraída, em tese aprovada unanimemente, na I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, em São Paulo, em 1977, cujo texto foi publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado, n.º 10, p. 457 e segs.).

Não se satisfazem, em sua plenitude, dentre outros, os direitos dos criadores publicitários e os dos intérpretes (atores, cantores e outros), para os quais temos sugerido e aplicado contratos com cláusulas especiais de direitos autorais (como propusemos em nossa tese de doutoramento à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Direito de autor na obra publicitária*, Editora Revista dos Tribunais, 1981).

Evasão sensível existe na área musical pelas deficiências de controle do sistema de cobrança e pela facilidade com que se manejam as máquinas e se fazem reproduções desautorizadas, como ocorrem com os cassetes. Também em obras de cinema e de televisão acontecem os mesmos fenômenos, especialmente com a difusão dos aparelhos de videocassete.

A cobrança de um *plus* na fita virgem — já feita em alguns países — seria uma solução, admitindo-se, pois, a instituição de licença legal, face à impossibilidade de controle direto.

Por isso é que, de há muito, têm os Estados interessados firmado — e de cunho bilateral — tratados internacionais, entre si, em que incluem, a par de outros (como pagamento de dividendos, remessa de “royalties” e outros), itens sobre direitos autorais, como, por exemplo, os tratados: Iugoslávia e Itália e Alemanha e Áustria, de 1922; Áustria e Hungria, de 1924; Polónia e Iugoslávia, de 1925; Itália e Alemanha, de 1925, dentre outros tantos (v. a respeito ALBERTO XAVIER: o cit., p. 31 e segs., em que estuda esses tratados. Modelos de “convenção tipo” foram elaborados pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico em 1963 e 1966: o primeiro para impostos sobre rendimentos e o segundo para o de sucessão, que tem sido seguido com frequência).

Dentre esses acordos, queremos imprimir realce à convenção celebrada entre Brasil e Portugal, concluída em Lisboa em 22-4-71, para vigorar em 10-10-71 (promulgada, entre nós, pelo Dec. 69.393, de 21-10-71), em que se incluem todos os impostos sobre rendimentos dos portugueses, inclusive os profissionais, e o imposto sobre a renda, para os brasileiros (art. II). Há, no ajuste, norma sobre o exercício da atividade de atores e desportistas (art. XVI), tendo sido eleito o método de dedução (art. XXII) para efeito de eliminação da bitributação.

O Brasil possui tratados, ainda, com a Bélgica, de 1973; com a Alemanha e Áustria, ambos de 1975; com a França, de 1971; com a Espanha, de 1974; com o Japão, de 1967, Noruega, de 1967, Suécia, de 1975; Finlândia, de 1972; Dinamarca, de 1974; Itália, de 1980 (Dec. 85.985, de 6-5-81) (v.a. e *ob. cit.*, p. 35 e 36, e a bibliografia indicada).

Outrossim, especificamente quanto à recepção dos direitos autorais produzidos em outros países, existem tratados entre Estados interessados — do tipo “clássico” e mesmo cláusulas especiais em tratados comerciais, em que se inclui, geralmente, a regra da nação mais favorecida (V a respeito FERENC MAJOROS: “Les arrangements bilatéraux en matière de Droit d’auteur”, Paris, A. Pedone, 1971, p. 21).

16. Posição dos direitos autorais no contexto da tributação

Mas, inobstante a evolução experimentada, os direitos autorais ainda não representam papel de relevo no contexto geral da tributação.

Fatores vários contribuem para esse estado de coisas, sejam ligados a falhas no sistema de tributação, sejam a deficiências existentes no campo autoral, pela inadequação da

Ademais, os inevitáveis conflitos entre os direitos autorais e os capitais que os exploram têm criado obstáculos à concretização desses direitos, principalmente pela obstinação de empresários pouco conscientes do setor.

17. Propostas para o robustecimento de sua expressão nesse campo

Esses direitos podem alçar-se, no entanto, em importantes fontes de recursos para a tributação, na medida em que venham a ser concretizados na prática, com o conseqüente aumento de sua arrecadação e o robustecimento de sua expressão nesse campo.

Com efeito, o aperfeiçoamento de sua disciplinação legal e regulamentar e, mais, o aprimoramento de seus mecanismos de proteção e de cobrança contribuirão decisivamente para um sensível crescimento da arrecadação no setor, com reflexos positivos, pois, para a correspondente tributação.

Assim, poder-se-iam, com medidas na própria área dos direitos autorais, instituir mecanismos adequados para a disciplinação da reprografia; para a repressão à “pirataria” de “tapes”, fitas e discos; para a remuneração dos criadores ainda não contemplados (como na publicidade, no cinema, na televisão).

Com isso, teríamos um aumento sensível no volume de arrecadação dos direitos autorais que, a par de outros benefícios, viria a fortalecer o eloqüente caudal de recursos que ingressa no erário público pela tributação.

Se não bastassem, pois, as razões de ordem humana, jurídica e política — que vimos acentuando em sucessivos trabalhos sobre a matéria (como a proteção à pessoa do criador; e o amparo à arte e à cultura) — também por esse prisma se justifica plenamente o aprimoramento do sistema de regulação e de cobrança dos direitos autorais, possibilitando-se assim novas e substanciosas entradas para o cada vez mais carente erário público.

A par disso — e principalmente — elevar-se-á o nível cultural do país e acelerar-se-á o seu desenvolvimento geral, para que o Estado tenha condições de melhor desempenhar-se de suas importantes funções atuais e, quiçá, possa prestar novos serviços para o próprio aperfeiçoamento da vida em sociedade.

Claro é que, ao lado disso, há que se atentar sempre para o contínuo aprimoramento do aparato arrecadador tributário,

que o uso do computador e a detecção de novos e eficientes sistemas por certo possibilitarão.

No plano de direitos autorais, a tarefa de realização objetiva desses direitos vem sendo empreendida no Brasil pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — ao qual temos a honra de pertencer — após a sua reestruturação, que se operou em fins de 1979 (Dec. 84.252, de 28-11-79), tendo sido já concretizadas diversas medidas de aperfeiçoamento e ora em plena execução.

Oxalá, pois, providências nesse sentido sejam tomadas em todos os países, especialmente aqueles em desenvolvimento — pelas entidades estatais e privadas relacionadas com a matéria — para que se alcancem os objetivos expostos, em prol de toda a comunidade!.

18. Síntese conclusiva

Na busca de recursos para os seus programas — cada vez mais avolumados — o Estado moderno valhe-se principalmente de tributos, dentre os quais assume enorme importância o imposto sobre a renda.

Dentre as matérias tributadas, encontram-se os direitos de autor — de criadores de obras intelectuais — que vêm adquirindo extraordinária posição no contexto atual, em face do progresso das comunicações.

Mas, face a deficiências existentes na regulamentação e na sistemática de cobrança, ainda não representam esses direitos papel de destaque na arrecadação tributária geral, inobstante possam constituir-se em importantes fontes de receitas, por suas potencialidades.

Para isso, mister se faz sejam tomadas providências, a nível público e privado, para o pleno implemento desses direitos na prática, por meio do aperfeiçoamento de sua regulação e também pelo aprimoramento de seus sistemas de cobrança.

Com isso se estará, a par de outros pontos positivos, contribuindo para o desenvolvimento da nação e para o próprio bem da coletividade em geral!.

CRÔNICA DAS ARCADAS

J. B. de Oliveira e Costa Júnior,
Professor Emérito

A Redação

Reuniu-se a Congregação dos Professores, em sessão solene, aos 9 de abril de 1981, para a outorga do título de Professor Emérito ao eminente Catedrático de Medicina Legal, Dr. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR.

Introduzido no Doutoral pelos Professores Eméritos PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA e JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, e pelo Professor MIGUEL REALE, o homenageado foi saudado pelo Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA, que, relembrando a longa carreira profissional e docente do grande Mestre, analisou o profundo significado do título outorgado e da intenção da Congregação, “que proclama, no universo do ensino, sua gratidão perene e procede ao registro histórico de quanto este Professor soube doar de sua própria vida...”

O novo Professor Emérito agradece emocionado a homenagem, dizendo que “não há honraria maior do que o louvor e o reconhecimento dos próprios pares, refletidos na concessão do prêmio máximo que se possa almejar, o de Emérito no Magistério Superior, que muito enobrece e dignifica.”

A sessão solene

Às 20,30 horas, na noite de 9 de abril de 1981, tendo a Congregação dos Professores se reunido no Salão Nobre, foi introduzido no doutoral o novo Professor Emérito, Dr. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR.

Estavam presentes à cerimônia Professores da Casa, alunos, ex-alunos, familiares e amigos do homenageado, além de inúmeros professores das Escolas onde o Professor COSTA JÚNIOR sempre lecionou: Faculdades de Direito e de Medicina, tanto da Capital quanto do Interior.

Em nome da Congregação, falou o Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA. Mencionou a longa amizade que o une ao homenageado, desde os primórdios da carreira de ambos, e analisa o profundo significado que o título representa. Menciona a vontade unânime da Congregação, que proclama sua gratidão perene a todo o tempo que o Professor dedicou aos estudos, pesquisas, aulas, numa constante transmissão de conhecimentos, experiências e exemplos para a formação e informação da juventude.

Catedrático de Medicina Legal desde 1963, até sua aposentadoria honrou seus compromissos para com o ensino e a pesquisa, e hoje, são “seus pares e alunos que, apurando suas contas, as aprovaram com o louvor da láurea de Professor Modelo, que além do cumprimento de suas obrigações legais, deu dimensão ao seu ensino e perpetuou-o em livros e trabalhos científicos de vulto”.

Com a emoção a lhe transbordar o coração, o Professor COSTA JÚNIOR agradeceu a homenagem, afirmando que recebe o título com humildade e grande desvanecimento; que tudo isso representa uma dádiva “sempre desejada, coroamento de uma vida dedicada ao estudo e ao ensino, como prova final que o mestre cumpriu fielmente suas obrigações, dando também a consciência do cumprimento do dever para com Deus, a Pátria, a Escola e a juventude universitária”.

E termina magistralmente, descrevendo seus sentimentos na despedida da Academia, num último adeus, percorrendo o Departamento, as salas de aula, despedindo-se da figura de cada um de seus antecessores de cátedra e dos expoentes que nesta Casa se imortalizaram.

O professor emérito

O Professor JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR nasceu em São Paulo, aos 10 de abril de 1910. É filho do Dr. João Batista de Oliveira e Costa e de D. Maria Piedade Naclério Homem de Oliveira e Costa.

Freqüentou o Jardim da Infância do ex-Colégio Des Oiseaux e fez os cursos preliminar e ginásial no tradicional Colégio São Luís, tendo terminado os estudos básicos em 1925, com apenas quinze anos de idade. Nesse Colégio, submeteu-se a vários concursos, tendo recebido prêmios de Química, Física, Religião e História Natural.

Como vigorasse no ensino secundário daquela época o regime de exames finais parcelados em ginásios oficiais, submeteu-se a essas provas no então Ginásio do Estado, desta Capital, obtendo certificados de aprovação em Português, Francês, Inglês, Latim, Aritmética, Álgebra, Geometria, Geografia, História do Brasil e História Universal.

Impossibilitado, por falta de idade, de prestar exame vestibular na Faculdade de Medicina e Cirurgia de São Paulo, frequentou o curso de Filosofia do Colégio São Luís no ano de 1926.

Em princípios de 1927, já tendo atingido a idade mínima exigida, submeteu-se ao exame de admissão na referida Faculdade, conseguindo a média 8,66, a segunda na ordem de classificação, naquele ano.

Matriculou-se, então, no 1.º ano, tendo cursado todas as séries na mesma Faculdade e obtendo as necessárias aprovações.

Em janeiro de 1933, defendeu tese de doutoramento sobre assunto de Medicina Legal, cujo título foi: *Contribuição para o Estudo das Linhas Brancas Dactiloscópicas e do seu Valor na Identificação*, sendo aprovado com distinção. Devido aos acontecimentos políticos da época, conseqüentes à Revolução Constitucionalista, somente em maio do mesmo ano colou grau, juntamente com seus colegas de turma.

Em abril de 1934, submeteu-se, com mais 27 candidatos a concurso para o preenchimento de cargo (4 vagas) de médico legista da Polícia Civil do Estado de São Paulo, subordinada, naquela ocasião, à Secretaria da Justiça, tendo sido aprovado e classificado com a média 97,75. A comissão examinadora desse concurso foi integrada pelos professores ANTONIO ALMEIDA JÚNIOR, JOSÉ SOARES DE MELLO, FLAMÍNIO FÁVERO, ANDRÉ TEIXEIRA LIMA (Diretor do Manicômio Judiciário) e pelo Dr. FRANCISCO MARCONDES MACHADO (Diretor do Serviço Médico Legal). Em vista da sua classificação, foi nomeado médico legista regional de Casa Branca, em 8 de maio de 1934. Desempenhou esse cargo até setembro de 1941, data em que foi promovido para o Gabinete Médico Legal da Capital do Estado, de acordo com o dispositivo do artigo 37 do Regulamento do Serviço Médico Legal do Estado, que dava preferência, nas promoções, aos médicos legistas regionais nomeados após concurso.

Esteve no exercício de seu cargo até 13 de junho de 1956, quando se aposentou, favorecido que foi pela chamada lei do quinto para contagem do tempo de serviço.

Tanto em Casa Branca, como nesta Capital, realizou grande número de perícias civis e criminais (mais de 10.000 perícias).

Em São Paulo foi, no ano de 1942, nomeado assistente extranumerário da cadeira de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, tendo, nessas funções, ministrado cursos práticos e teórico-práticos tanto de clínica médico legal como de biotipologia forense.

Em 1945 prestou concurso à livre-docência de Medicina Legal na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, tendo sido aprovado unanimemente pelos membros da comissão julgadora. Apresentou, nessa ocasião, a monografia intitulada *Contribuição para o Estudo da Histologia do Hímen e seu Valor Médico Legal*. Depois desse concurso, foi incumbido de parte do curso teórico da mesma cadeira.

Em 1946 freqüentou o Curso de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão sobre Eletroencefalografia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

Em 1949 foi nomeado professor catedrático da Medicina Legal da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, atividade docente essa que exerceu sem interrupção até a sua aposentadoria em 1975.

Em 1950 foi convidado pelo Grão Chanceler da Pontifícia Universidade Católica para integrar a Comissão de Seleção de Professores da Novel Faculdade de Medicina de Sorocaba, tendo anteriormente sido indicado para professor de Medicina Legal dessa Faculdade, indicação essa aprovada pelo Conselho do Ensino Superior do Ministério da Educação e Cultura dos Estados Unidos do Brasil. Exerceu essa função de março de 1955 a março de 1963.

Em 1955 foi nomeado Diretor da Faculdade de Medicina de Sorocaba, cargo que exerceu durante nove anos, sendo reconduzido nessas funções por dois períodos consecutivos.

Em 1951 foi indicado para reger a cadeira de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de Campinas, tendo a sua indicação sido aprovada pelo Conselho Superior de Educação do Ministério de Educação e Cultura do Brasil, atividade essa que exerceu de março de 1957 a março de 1963.

Em 1959 prestou concurso à livre-docência de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo sido também aprovado unanimemente pelos membros da

Comissão Julgadora. O título da monografia defendida nessa ocasião foi: *A Tuberculose Pulmonar e o Acidente do Trabalho*. Nesse mesmo ano foi eleito Conselheiro Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Tribunal de Ética Médica) para o exercício de 5 anos.

Em 1962, com a criação da Ordem dos Médicos Legistas do Brasil, foi considerado sócio fundador e eleito seu Secretário Geral. Nesse mesmo ano, em 8 de junho, como livre-docente, passou a reger a cadeira de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vaga com a aposentadoria compulsória do seu titular, o professor Dr. ANTONIO ALMEIDA JÚNIOR.

Em maio de 1963, após concurso, assumiu a cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito da USP, cargo que exerceu até 10 de abril de 1980 quando foi aposentado compulsoriamente por limite de idade.

Além dessas atividades, teve também encargos de relevância na Administração Universitária, tais como: membro do Conselho Universitário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, do Conselho Técnico Administrativo das Faculdades Paulista de Direito e da Faculdade de Medicina de Sorocaba.

Foi vice-diretor e encarregado do período noturno da Faculdade de Direito da USP, eleito pela Congregação dessa Faculdade, no período de 13 de janeiro de 1975 a 11 de agosto de 1978.

Foi membro reeleito da Comissão de Ensino e Recursos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; e, também, membro do Conselho Técnico Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

Organizou o Museu, o laboratório, o arquivo, a documentação científica e o material didático da cadeira de Medicina Legal da Faculdade Paulista de Direito, colocando-a entre as melhores instaladas no Brasil, a qual possuía preciosas coleções de slides, fotografias e peças para demonstração em aulas teóricas e práticas.

Participou de várias comissões examinadoras para concurso a professor titular, professor adjunto, livre-docência, doutorado e mestrado em São Paulo e em outros estados do Brasil.

Foi membro, nos anos de 1958 e 1960, da comissão de prêmios do Colóquio de Professores de Medicina Legal.

Trabalhos publicados ou apresentados em sociedades científicas

1. Contribuição para o Estudo das *linhas brancas dactiloscópicas e do seu valor na identificação* — Tese de doutoramento — Aprovada com distinção em 17 de março de 1933.
Resumo publicado nos Arquivos de Medicina Legal e Identificação, Rio de Janeiro — 3:42(1933).
Conclusões transcritas em todas as edições de “Medicina Legal” do Professor FLAMÍNIO FÁVERO.
Citada e comentada por:
ALMANDOS, LUIZ REYNA — *Las Líneas Blancas Digitales*. Arq. Med. Leg., Buenos Aires, 1936, 260.
PINA, LUIZ DE — *Dactiloscopia — Identificação — Polícia Científica* — Lisboa, 1938, 184.
RIBEIRO, LEONIDIO — *Pathologie des Empreintes Digitales* — Paris, 1946, 154.
ABREU, HENRIQUE TANNER DE — *Medicina Legal Aplicada à Arte Dentária* — 3.^a ed. — 1936.
2. *Sobre um caso interessante de morte após injeção de Neosalvarsan: em colaboração com o Prof. FLAMÍNIO FÁVERO* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo — 7:171 — (1936).
3. *Valor do exame do conduto auditivo externo nas mortes violentas* (Nota Casuística) — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo — 13:10 (1942).
4. *Caranguejos necrófagos* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 13:113 (1942).
5. *Lesões dos centros nervosos por projéteis secundários de arma de fogo* — Arquivos da Polícia Civil de São Paulo — 4:279 (1942, 2.º semestre) — Citado na Medicina Legal do Prof. FLAMÍNIO FÁVERO.
6. *Considerações em torno de um caso de fulguração* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo e publicado nos Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 5:10 (1943).
7. *Trombose da veia central da retina e acidente do trabalho* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo e publicado nos Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 5:101 (1943).
8. *Enfisema subcutâneo universal* — Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 8:281 (1944).
9. *Tumor do cérebro e intoxicação* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 15:98 (1944).
10. *Um caso de lesões pessoais, com abortamento e conseqüente homicídio* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 15:126 (1944).
11. *Ausência congênita de hímen. Comprobación histológica — Interpretación embriogenética* — Em colaboração com HILARIO VEIGA DE CARVALHO — Revista de Medicina Legal y Jurisprudência Médica — 9:1 (1945).
12. Citado nas *Lições de Medicina Legal* do Prof. A. ALMEIDA JÚNIOR e no *Medicina Legal* do Prof. FLAMÍNIO FÁVERO.
- 12a. *Contribuição para o estudo da histologia do hímen e seu valor médico legal* — Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para concurso à livre-docência — 1945 — São Paulo.

13. *Incapacidade parcial e permanente da mastigação* — Nota casuística — Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 9:265 (1945).
14. *Aneurisma traumático da artéria subclávia direita — Costela cervical* — Em colaboração com H. VEIGA DE CARVALHO — Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 10:243 (1945).
15. *Atrofia regional da pele e acidente do trabalho* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 16:101(1945).
16. *Um suposto estupro* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 17:52 (1946).
17. *Tuberculose Acidente tipo* — Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 12:187 (1946, 2.º sem.).
18. *Pseudo-hermafroditismo androginóide irregular* — Apresentação à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — (1946).
19. *Lesão da medula por instrumento perfurocortante* — Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo — 13:189 (1947).
20. *Tumor de células gigantes e acidentes do trabalho* — Em colaboração com H. VEIGA DE CARVALHO — Arquivos da Polícia Civil de São Paulo — 14:143 (1947).
21. *Lepra e acidente do trabalho* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 19:5 (1948).
22. *Surdez e paralisia do nervo facial periférico — Acidente do trabalho* — Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo — 19:76 (1948).
23. *Sevicia (Nota Casuística)* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — (1948).
24. *Das lesões corporais* — Trabalho premiado pela Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — Prêmio Alcântara Machado — 1945. Citado nas Lições de Medicina Legal dos Profs. A. ALMEIDA JÚNIOR e J. B. DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR; no Relatório do Tema oficial de Medicina Legal do 2.º Congresso Brasileiro de Medicina Legal e Criminologia realizado em Recife, em julho de 1956; *Do perigo de vida nas lesões corporais* — Prof. J. MADEIRA NEVES — Relator. Anais do II Congresso Brasileiro de Medicina Legal e Criminologia, Recife — julho de 1956. *Perigo de vida nas lesões corporais* — Tese apresentada pelo Prof. R. THEODORICO DE FREITAS para concorrer à cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Universidade do Recife.
25. *Comectomia (Crime de Injúria)* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 1950.
26. *Das impressões labiais* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 1950.
27. *Perigo de vida prolongado* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 1950.
28. *Aspecto bio-psicológico do projeto "NELSON CARNEIRO" (Casamento)* — Apresentado à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo e transcrito nos Anais da Câmara Federal de Deputados.
29. *Antecipação da morte e acidente do trabalho* — Anais do 1.º Congresso Brasileiro de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo — 1954.
30. *As sinusites na indústria* — Apresentado ao Departamento de Medicina do Trabalho da Associação Paulista de Medicina — 1954.

31. *Varicocele e trabalho* — Apresentado ao Departamento de Medicina do Trabalho da Associação Paulista de Medicina — 1955.
32. *Alguns aspectos da medicina legal* — Aula inaugural na Faculdade de Medicina de Sorocaba em 10-3-1955 — Revista da Universidade Católica de S. Paulo — junho de 1955.
33. *Tuberculose e função pulmonar* — Em colaboração com os Drs. DIOGO PUPO NOGUEIRA e JOSÉ MEIRA CARDOSO.
34. *Tuberculose pulmonar e o acidente do trabalho* — Monografia para o concurso à livre-docência de Medicina Legal na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo — Linográfica Editora Ltda. — 1956 — 335 páginas.
35. *Aspectos médico-legais da anestesia* — Monografia — 956 páginas — Editora Beneficente S. Camilo — 1962 — apresentada para o concurso à cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito da USP.
36. *Por que, ainda, o aborto terapêutico?* — Publicado na Revista da Faculdade de Direito da USP — vol. LX — ano 1965.
37. *Aspectos médico-legais do atropelamento* — 88 páginas — Publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — vol. LXXII — ano 1977.
38. *Lições de medicina legal* — em colaboração com o Prof. A. DE ALMEIDA JÚNIOR — 614 páginas — em 16.^a edição.

Sociedades científicas e culturais de que participa

Membro fundador da “Ordem dos Peritos Médicos do Brasil” — 1962

Secretário Geral da “Ordem dos Peritos Médicos do Brasil” — 1962

Sócio Titular da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo.

Sócio Honorário do Círculo de Médicos Legistas de Rosário — República Argentina.

Sócio Honorário da Sociedad Argentina de Sexologia, Biotipologia y Eugenésia.

Sócio Titular da Sociedade Paulista de História da Medicina.

Sócio da Sociedade Internacional de Criminologia de Paris.

Vice-presidente no exercício da Presidência da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo.

Acadêmico titular da cadeira n.º 17 da Academia Paulista de Educação.

Há 10 anos é membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, como conselheiro.

Comendador da Ordem Equestre do Santo Sepulcro de Jerusalém — 1958.

Saudação do Professor Ruy Barbosa Nogueira

Receber dos meus companheiros de Congregação a honrosa incumbência de saudar o grande Mestre João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, por motivo da láurea de Professor Emérito que a Douta Congregação de Professores e Alunos lhe outorga é, para mim, dentre tantas demonstrações de amizade, afeição e confiança, uma das que mais se dirige ao meu coração, porque nele há tantos anos tenho este amigo, conselheiro e companheiro dos momentos bons ou difíceis, e especialmente dos memoráveis anos de 1974 a 1978, quando compartilhamos da Diretoria do sesquicentenário, nesta Faculdade.

Desde os primórdios de minha carreira no ensino, há já 27 anos, iniciada na Faculdade Paulista de Direito, cultivamos nossa amizade e sempre pude admirá-lo, inclusive como professor que foi, de meus filhos.

Eis, minhas Senhoras e meus Senhores, porque tanto me regozijo com esta oportunidade, que vós e a vida me concedem, de comungar convosco nesta homenagem ao Professor, que é a do diáfano carinho da alma, pleno de afeto e gratidão.

Da parte da Faculdade, este ato solene, não só é de gratidão, mas sobretudo de justiça, e também um dos mais expressivos da "alegria e amizade que moram no Largo São Francisco, na velha e sempre nova Academia". Na Academia onde se ensina e se *aprende o direito, o culto da pátria e da paz*.

Por isto, quero cumprimentar-vos, oh Faculdade! Se sois tempo e templo da nacionalidade, cumpris hoje mais uma de vossas missões, pois declarais o direito; continuais a cultivar os varões abnegados da pátria; e, continuais a apontar aqueles que, como este Mestre, trabalhando silentes no ensino da juventude, são construtores dos alicerces da paz.

Falar desta outorga, em nome da concedente, e para o laureado, na presença de seus pares, alunos, familiares e amigos, em solenidade pública, não exige apenas dizer do significado e conteúdo do título, mas sobretudo da intencionalidade dessa vontade unânime da Congregação que proclama, no universo do ensino, sua gratidão perene e procede ao registro histórico de quanto este Professor soube doar de sua própria vida, isto é, de seu tempo dedicado aos estudos, pesquisas, aulas, seminários, orientações, escritos didáticos e científicos, enfim de constante transmissão de conhecimentos, de experiências e de exemplos, na informação e para a formação da juventude, esta juventude que se vai inserindo nas responsabilidades de liderança dos destinos da humanidade.

O título

Do ponto de vista lingüístico, que significa o vocábulo EMÉRITO em nosso falar?

Do verbo latino “emereo” (merecer, ganhar, alcançar, conseguir, obter), o particípio passado “emeritus” significa precisamente merecido, acabado, concluído. É, pois, o título máximo que um verdadeiro Professor pode obter para assinalar sua honrada carreira.

O filólogo WILHELM VON HUMBOLDT, no preâmbulo da tradução germânica de Agamenon observa que, na comparação de uma língua com outra, se constata que cada idioma tem seu estilo próprio, ao que denomina de *forma externa*. Mas, além disso, a gramática histórica e especificamente a sematologia demonstram que, formados os vocábulos dentro de cada idioma e das condições existenciais de cada povo, é natural que as palavras pertencentes a cada idioma — que segundo as estatísticas baseadas em estudos filológicos se contam entre 2.500 a 3.000, excluídos os dialetos — nem sempre tenham a mesma abrangência, sentido ou conotação. Além disso, pelo fenômeno da polissemia, um mesmo vocábulo, dentro de uma mesma língua, assume diferentes significados. Se ao invés de um substantivo, se trata, como no caso, de um adjetivo qualificativo, a adequada compreensão de seu significado também está vinculada ao do substantivo qualificando. Para o caso, tenhamos também em conta que a procurada conotação do adjetivo EMÉRITO é a que se quer acrescentar ao título de PROFESSOR universitário, com a função de gradação meritória e coroamento da carreira do homenageado. É um título de “honor”, declaratório de sua honorabilidade de cátedra, de sua dedicação reconhecida em conseqüência do muito que realizou e doou, humana e humanisticamente, à sociedade.

É neste sentido, que em Vita Nuova, DANTE ALIGHIERI, referindo-se à expressividade dos nomes, a sintetiza com o provérbio: “nomina sunt consequentia rerum”. Especificamente para o caso, como vemos, a denominação de PROFESSOR EMÉRITO vem a ser a expressão destinada a designar a pessoa com a função de qualificá-la, reconhecer a sua reputação, fama, em uma palavra, o seu *renome*.

A qualificação de Professor Catedrático, nos termos do art. 176, § 3.º, VI e 194 da Constituição Federal, V Excia. a conquistou através de todas as provas de habilitação, consistentes em concursos públicos de provas e títulos e obteve, dentro do direito, sentença declaratória de mérito e constitu-

tiva desse título vitalício. Não foi propriamente um prêmio, mas um direito que a ordem jurídica lhe reconheceu e o integrou em seu patrimônio, como direito adquirido.

Mas V. Excia. jamais visou essa conquista de um direito apenas para usufruí-lo, senão para empregar o conteúdo desse "status" na contínua doação a seus alunos, a seus colegas, enfim à Faculdade e à causa do ensino.

O ser humano vale pelo conteúdo de sua intencionalidade e demonstra seu valor pela prática de suas boas ações.

Qual foi o espírito que jamais deixou de presidir seu proceder?

Vamos saltar todas suas conquistas anteriores, de acesso à carreira, para chegarmos precisamente à do grau da vitaliciedade, em que o acomodado poderia ter descansado sobre os louros da vitória. No entanto, que iremos ver? Precisamente o inverso, isto é, o Catedrático, com seu novo e último título da carreira a se desafiar e a dar o máximo de dedicação.

É precisamente da sua oração de posse de Catedrático que vamos extrair os mais relevantes pressupostos de como e porque mais este título de "honor" lhe veio a ser outorgado.

Reafirmando sua admiração à Faculdade e com a humildade que sempre soube conservar, declarou V. Excia. já no pórtico:

"Pertencer à Congregação desta Faculdade: ter como companheiros de magistério seus ilustres mestres; lecionar aos jovens herdeiros do heroísmo e das glórias dos que lhes precederam no tempo; lembrar dos professores que no passado pontificaram em suas cátedras; saber que nesta escola ecoam ainda as maiores e mais eloqüentes vozes do pensamento e das reivindicações nacionais, parecia-me ousadia ou, até mesmo, pecado acreditar que um dia também pudesse eu nela ingressar; motivo porque a realidade presente me atordoia e confunde, fazendo-me pensar na miragem dos viandantes pelos desertos."

Logo no decorrer de seu exponencial discurso, perante todos aqueles que já estavam acostumados, dia-a-dia, a admirar o docente por seus trabalhos e proceder, V. Excia. exterioriza esta verdadeira profissão de fé:

"O que na verdade dignifica a cátedra é a liberdade de pensamento sobre a disciplina lecionada

e a certeza de que a sua conquista jamais lhe será usurpada. Entretanto, ela só poderá ser engrandecida por quem tiver a vocação necessária para o magistério; vocação essa que no dizer de PAYEN é o chamamento para uma vida de sacrifício e abnegação, a qual exige duas condições essenciais: o prazer imenso de transmitir os conhecimentos adquiridos e o amor ao aluno, que representa as suas mais caras esperanças e que traduz seu próprio ser a refletir os mesmos ideais e idênticos propósitos.

A escola, portanto, não deve ser unicamente o centro de informação cultural mas também o prolongamento na formação integral da mocidade estudiosa. O mestre que omitir este sentido não estará cumprindo com os seus deveres para com a Pátria e para com Deus. E o que resultar dessa falha, certamente lhe pesará na consciência. São tão graves as faltas dessa natureza que o insuperável VIEIRA, já o dissera em mais de um dos seus memoráveis sermões: “Ser-nos-ão de pedir contas mais pelo que deixamos de fazer do que pelo que já fizemos.”

Com a sua convicção íntima, com a sua capacidade de trabalho e a certeza do diuturno e estrito cumprimento, não só do dever, mas de sempre procurar dar de si o máximo de seus esforços em prol do ensino, V. Excia. lançou o anátema de VIEIRA, a seu próprio desafio, espicaçando sua consciência futura aos embates de uma prestação de contas do que pudesse vir a deixar de fazer na sua missão de ensino.

Pois bem. Hoje V. Excia. há de estar ufano de alegria consigo mesmo, pois pode constatar que, ao invés de V. Excia., foram seus pares e alunos que, apurando suas contas, as aprovaram com o louvor da láurea de Professor Modelo, de Professor que além do cumprimento de suas obrigações legais, deu tal dimensão ao seu ensino e aos seus exemplos, que não só continuou a perpetuá-los em livros e trabalhos didáticos e científicos, mas ainda participando da orientação e fundação de escolas, liderou e até agora lidera instituições.

Neste passo, não podemos deixar de volver um pouco no tempo e registrar uma síntese das atividades, produções e série de conquistas culturais de nosso homenageado.

Ainda jovem, por concurso, foi nomeado Médico Legista do Estado de São Paulo, em cujo exercício até a aposentadoria

praticou a mais ampla casuística, prestou notáveis serviços, aumentando sempre sua experiência com a riqueza de seus estudos. Conquistou ainda e exerceu a Livre-Docência na Faculdade de Medicina da USP, foi Professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Campinas, da Faculdade de Medicina de Sorocaba, da qual não só participou da Fundação, mas foi Diretor durante 9 anos. Foi Professor Catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, onde lecionou 26 anos, até a aposentadoria.

Nesta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo não só obteve, por concurso e distinção, a livre-docência, como a Cátedra de Medicina Legal, lecionando até 1980, quando se aposentou. Prelecionando durante tantos anos nesta Faculdade, também dedicou o máximo de seus esforços não só às comissões, aos trabalhos da Congregação, mas ainda deu à Diretoria desta Casa todo seu devotamento, eleito que foi Vice-Diretor para o mandato que coincidiu com os festejos do sesquicentenário.

Não nos sendo possível aqui reproduzir a lista de seus trabalhos didáticos e científicos, constantes de livros, conferências, congressos, simpósios, trabalhos em comissões, posições de Diretor, Secretário Geral, membro titular e sócio "honoris causa" de inúmeras associações científicas do Brasil e do exterior, como das inúmeras condecorações e prêmios por serviços prestados, constantes de seu currículo e dos arquivos desta Casa, queremos apenas referir que S. Excia., com sua extraordinária capacidade de trabalho e liderança, é atualmente o Presidente eleito da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, além de membro do Conselho Penitenciário deste Estado.

Dentre suas obras, basta lembrar que o livro *Lições de Medicina Legal*, escrito em colaboração com seu antecessor, nosso querido e saudoso Professor ALMEIDA JÚNIOR, com mais de 600 páginas, é um verdadeiro "best seller" da Medicina Legal e com tal carinho e trabalho S. Excia. o vem atualizando, que já alcançou a 16.^a edição, tal a extensão desse ensino que continuará a partir desta Faculdade, pois nosso homenageado é e continua incansável trabalhador.

Além de todas essas provas de dedicação e capacidade de trabalho, o Professor JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR tem ainda o dom de formar verdadeiros discípulos, conquistar amigos e admiradores. Isto presenciamos há pouco, por ocasião das homenagens que lhe foram prestadas por

motivo de sua aposentadoria nesta Faculdade. Pudemos todos assistir a uma das festividades mais numerosas dentre as já dedicadas a um Mestre, como comprovação de quanto foi capaz de conquistar as inteligências e os corações.

O ato da Congregação

Depois de toda essa consagração, por que teriam seus pares e alunos integrantes da Congregação resolvido conceder-lhe, por unanimidade, o título de Professor Emérito desta Faculdade?

Antes de mais nada, a mim me parecia que fora logo porque tivéssemos notado sua primeira falta à nossa reunião, a que nunca deixava de comparecer. Mas na verdade agora já estou certo de que os juristas não se motivaram só pelos olhos e corações, mas sobretudo pelo sentimento de Justiça. Como autores deram início à ação declaratória de conhecimento do mérito e eis constituído o título de Professor Emérito.

Se há um título de mérito tão expressivo dentro das relações humanas, seja no campo da normatividade ou dos laços da afeição ou dos vínculos da fraternidade, é este, porque decorrente dos liames da admiração e da gratidão. A Faculdade de Direito também declara que esse laço não é apenas indissolúvel, mas na bilateralidade do direito o Professor Emérito, com seu renome, continua com as obrigações inerentes às do filho muito amado.

Não há dúvida que um título, como o de PROFESSOR EMÉRITO que hoje V. Excia. recebe, não é o conquistado diretamente através dos embates dos concursos, mas é aquele que a todos se sobrepõe, porque além de pressupor todos os outros, exige a conclusão de uma honrada carreira, só alcançada por aqueles a quem Deus também concedeu a mercê de vida para recebê-lo e poder conservá-lo, não apenas como mais uma das evidências divinas, mas da presença e companhia de Deus, especialmente para o crente, que V. Excia. tem sido e sempre será.

Deus já lhe concedeu em Seu altar a esposa amada, Professora DINAH DE OLIVEIRA COSTA, que na comunhão de vida, de pensamento e especialmente de preocupações comuns de ensino também lhe trouxe em comunhão mais alunos. V. Excia. precisava mesmo da incomensurável extensão e significado do título de Professor Emérito para, com sua esposa, seus familiares, alunos, colegas e amigos, poder partilhá-lo, pois todos se sentem, com o querido casal, também laureados em seus corações.

Oração do Professor J. B. de Oliveira e Costa Júnior

Há momentos que não somos capazes de expressar tudo o que experimentamos, tal o alvoroço dos sentimentos a perturbar a inteligência. É a emoção a impedir-nos exteriorizar o que quiséramos dizer e transborda o coração.

Perdoe-me, portanto, douta Congregação, porque não irei conseguir, neste instante, traduzir em palavras o estado d'alma que se me apodera da imaginação.

Sinto, apesar disso, imensa satisfação ao receber o título de professor emérito desta gloriosa Academia, outorga benevolente de sua Egrégia Congregação.

Recebo-o, com humildade e grande desvanecimento, certo de representar ele mais do que o mérito do homenageado, a bondade e o voto de simpatia dos eminentes mestres de nossa Faculdade de Direito.

Não há honraria maior do que o louvor e o reconhecimento dos próprios pares, refletidos na concessão do prêmio máximo que se possa almejar: o de emérito no magistério superior, que muito enobrece e dignifica. É a dádiva sempre desejada, coroamento de uma vida dedicada ao estudo e ao ensino, como prova final de que o mestre cumpriu fielmente as suas obrigações, dando também a consciência do cumprimento do dever para com Deus, a Pátria, a escola e a juventude universitária.

Acabei de ouvir, ainda para minha maior alegria, a saudação pela voz do Professor BARBOSA NOGUEIRA, companheiro de longos anos nas lides universitárias, de quem conheço a cultura e o valor moral que ornamentam sua personalidade de escol e que faz da amizade uma de suas características singulares.

Sei, muito bem, o que significa o Prof. BARBOSA NOGUEIRA em nosso País: de renome internacional, discípulo de ASCARELLI, fundador da primeira cadeira de Direito Financeiro em nossa Faculdade, autor de vários livros científicos e que já lecionava cursos de Direito Tributário, por ele mesmo promovidos, muito antes de reger a cadeira de sua especialidade na Faculdade Paulista de Direito e na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

É o cientista vocacionado para o magistério.

No meu caso especial, mais enternecido fico porque o destino nos colocou lado a lado em muitas circunstâncias: nas escolas onde lecionamos e nas tarefas administrativas, quando tive a honra de ser vice-diretor durante sua fecunda e brilhante Diretoria, nesta Faculdade de Direito.

Agradeço, pois, as expressões generosas e repassadas de afeto ditadas pelo espírito magnânimo do querido amigo.

Volto, agora, o pensamento para todos os que, direta ou indiretamente, me permitiram desfrutar o ambiente agradável e fraterno desta Academia.

Agradeço aos insignes professores pelo trato afável e carinhoso que sempre me proporcionaram, excedendo mesmo qualquer expectativa.

Estendo os meus agradecimentos aos diletos companheiros do Departamento de Medicina Forense, de modo muito especial, pela inestimável colaboração prestada durante todo o tempo de minha permanência na Cátedra de Medicina Legal.

Sou grato ainda a todos os funcionários desta Casa, sem exceção alguma, desde os mais graduados até os que exercem as funções mais modestas, pelas atenções cumuladas durante o tempo do meu magistério.

Finalmente, lembro minha esposa DINAH DE OLIVEIRA COSTA, dócil e compreensiva companheira, pela participação e ajuda dispensadas, principalmente tornando o nosso lar alegre e feliz, propiciando-me o ambiente calmo e necessário para o trabalho continuado, razão pela qual beijo-lhe a face, como testemunho de meu amor e de minha gratidão.

Não tenho, portanto, repito, palavras para interpretar tudo o que me acelera o coração e agita o pensamento, fazendo-me recuar para o tempo que aqui cheguei pela primeira vez.

Disse, naquela ocasião, que não podia entrar nesta escola como o vitorioso de um grande combate: cabeça ereta, olhar de superioridade e envolto de glórias porque esta Faculdade não é troféu conquistado, mas sim panteão de civismo, onde se cultuam os valores da raça e os inalienáveis direitos dos homens; que este recinto é um templo onde somente penetrar-se-á genuflexo, de cabeça pendente, em atitude de prece porque mais do que os muros que o circundam e os arcos que o engalanam é a alma que o preside e a tradição que se perpetua na continuidade imortal do tempo.

Que vos posso dizer, eminentes mestres, quando já me retirei do vosso convívio após tantos anos de trabalho, alegria e esperança?

Insisto, porém, uma vez mais, no que sempre confessei a quem me quisesse ouvir: não sentir-me frustrado na profissão abraçada, ao contrário, julgo-me realizado pelo sucesso alcançado na atividade profissional de médico e por ter atingido os

degraus mais elevados na carreira penosa, mas rica de encantos do magistério superior. Repito, todavia, que se me fosse possível recomeçar tudo novamente, teria certeza que escolheria a advocacia como profissão para meu regalo e orgulho, tal a repercussão em mim provocada pela convivência diária com os meus ilustres companheiros de ensino, impressionando-me tão profundamente que ainda conservo verdadeira nostalgia de um sonho, com tanta ternura acalentado, mas também irrealizável porque não poderia compreender o estudo do Direito em outra Faculdade, nem imaginar o duplo papel de professor e aluno, na mesma escola.

O tempo passou e quando me dei conta de mim mesmo... percebi o fim do devaneio e que já chegara a hora da partida.

Deixei então o meu Departamento de Medicina Forense, entrei na sala de aulas ao lado e olhei para o Prof. ALMEIDA JÚNIOR, que lá se encontra na representação não estática de uma pintura, mas na expressão dinâmica de uma personalidade vibrante, de mestre padrão e murmurei-lhe: fiz o que me foi possível para não deslustrar a cátedra que tanto engrandecestes, levei muito a sério as minhas obrigações, nunca me omiti e procurei sempre entender os problemas dos jovens, tendo percebido que ele concordara comigo.

Entre na outra sala contígua e despedi-me de AMÂNCIO DE CARVALHO, aquele que instalou o primeiro curso de Medicina Legal nesta Academia. Falei-lhe que fora o pioneiro a marcar a tônica daquilo que deveria ser transmitido aos moços, assunto completamente novo ao ensino jurídico, com as dificuldades inerentes de um campo muito diferente e, por isso mesmo, de difícil divulgação. Sabia que o mestre lera o Parecer da Comissão de Instrução Pública da Câmara dos Deputados, de 7 de abril de 1882, de que RUY BARBOSA foi o Relator, mostrando a importância dessa matéria para os juristas e disse para mim mesmo: como estão distantes da "Águia" os que pensam de modo contrário.

Desci, lentamente, a escada até o saguão do primeiro andar e ali reverenciei ALCÂNTARA MACHADO, um dos meus antecessores na Cátedra de Medicina Legal. Admiro-lhe o amor dedicado à Faculdade de Direito, ao nosso querido Estado de São Paulo, invocando, no discurso de posse à Academia Brasileira de Letras, as suas origens paulistas desde ANTONIO DE OLIVEIRA, chegado a São Vicente em 1532. Com que unção escreveu a "Vida e Morte do Bandeirante"; que pureza de estilo e fascinação de forma; que altura atingiu nesta Casa e fora dela!

Senti-me diminuído, pequenino mesmo, por ter substituído esse vulto da nossa História, restando apenas vangloriar-me porque paulista também sou há mais de 400 anos, com raízes enteradas no lendário Vale do Paraíba e no solo sagrado de Santo André da Borda do Campo.

Entrei na Sala dos Professores, olhei os armários onde são guardadas as becas e sintetizei, num relance, o significado daquele recinto: estreitam-se lá os vínculos de amizade entre os mestres; são proferidas lições extras, para encantamento de todos; e formuladas discretas críticas construtivas, saboreadas com ligeiro sorriso e leve ironia por alguns e com sutis esquivas por outros.

Abri a porta e dirigi o olhar para a Sala da Congregação, verdadeiro plenário de cultura e civismo, onde se conjugam os esforços em favor dos mais puros ideais de justiça e patriotismo, sob a inspiração do criador dos cursos jurídicos no Brasil.

Aproximei-me da janela e vi, lá fora, o Largo de São Francisco, “o território livre”, palco dos grandes acontecimentos cívicos e onde a voz da nossa mocidade se corporifica e espalha, ultrapassando divisas e ressoando por todo o território brasileiro, como sentinela da honra e das aspirações nacionais; revi, também, a reação incontrolável de 23 de maio de 1932, com seus heróis, sacrificados em holocausto à liberdade — arrancada cívica e demonstração do valor do paulista em luta pela legalidade e contra os usurpadores da soberania popular, única fonte legítima do poder público; ouvi, ainda, o ruído da marcha apoteótica — com Deus pela família e pela liberdade para que se não implantasse, no Brasil, um regime espúrio, em completo desacordo com as tradições e tendência de nossa gente.

Afastei-me em seguida e penetrei no Salão Nobre, neste salão, com a presença da figura heráldica, serena e respeitável do 2.º Imperador do Brasil, testemunha das grandes solenidades, sempre revestidas de requintada pompa e obedecendo às rijas normas da tradição.

Ecoa aqui, ainda, a voz de seus tribunos, o cantar de seus poetas e o burburinho de sua juventude, disposta às lutas e sacrifícios em defesa da liberdade e da democracia.

É realmente um templo, onde as vozes se transformam em oração pelo império da lei, dignidade do homem e grandeza da Pátria.

Desci o último lance da escadaria. Vi, bem em frente, no pátio, o sangue dos heróis desta Academia, mortos em defesa

dos ideais da Revolução Constitucionalista — a epopéia de 1932 — e relembrei-me dos meus dias passados em Itararé, da bravura da mocidade heróica desta escola, fiel ao culto do Direito e das liberdades públicas, infensa ao caudilhismo de VARGAS, que nos denegriu e se instalara no país sob a legenda do voto secreto e para impedir que um presidente indicasse o seu sucessor . . . E o que ocorreu depois foi o maior desmentido à bandeira alçada nas pregações eleitorais porque, após a vitória, o voto passou a secretíssimo, desapareceu . . . O chefe da aliança liberal não indicou mais ninguém para sucedê-lo, mas sucedeu-se a si mesmo durante 15 anos . . .

Que farsa! Que mentira! Que desilusão!

Li, gravados nas paredes desta Academia, os versos e as frases de seus grandes poetas e escritores, um a um: é IBRAHIM, “S. Paulo amanheceu em armas. Aqui se reuniu para a arrancada solar de 9 de julho”; é RUY, “Debaixo destes tetos duas evidências há, que nos consolam, nos desmagem e chegam a desconvencer-nos da morte: a continuidade da tradição e a continuidade da Justiça”; é NABUCO, “A grandeza das Nações provém do ideal que a sua mocidade forma nas escolas e as humilhações que elas sofrem da traição que o homem feito comete contra o seu ideal de jovem”

Não queria acreditar que chegara o último momento: cabeça baixa como havia ingressado no 1.º dia, atravessei o pátio de entrada e vi JOSÉ BONIFÁCIO, o Moço, símbolo da própria escola, neto e sobrinho do patriarca, político, poeta, professor, orador eloqüentíssimo, em tudo imenso. De quem CASTRO ALVES escreveu para o Norte: que o mais maravilhoso para ele, na Academia, era estar ouvindo o grande JOSÉ BONIFÁCIO.

“Discípulo que fui de JOSÉ BONIFÁCIO, disse RUY, seria orgulho se não fosse gratidão, vaidade se não fora dever, dar-vos aqui o testemunho de seu magistério. . . Quando JOSÉ BONIFÁCIO assomou na tribuna, tive pela primeira vez a revelação viva da grandeza da ciência que abraçávamos. A modesta cadeira de professor transfigurava-se; uma espontaneidade esplêndida como a natureza tropical borbulhava dali nos espíritos encantados; um sopro magnífico animava aquela inspiração caudal, incoercível, que nos magnetizava de longe na admiração e no êxtase”.

Nas suas preleções desfilavam em catadupas a filosofia jurídica, a jurisprudência romana, os códigos modernos, o direito pátrio e a interpretação histórica, para deslumbramento

dos discípulos, perplexos ante a sua dialética irretorquível e a ampla intuição científica.

Da sua morte JOAQUIM NABUCO falou que era “uma desgraça nacional, dessas que ferem de morte uma geração inteira”

JOSÉ BONIFÁCIO, esse homem imortal, disse num de seus cantos poéticos: “meu braço é raio, o coração muralha”

Ao recusar a presidência do Conselho, aspiração máxima de todos os grandes políticos do império, pois nada queria ser, afirmou que lhe bastava ser o que era: professor.

Transpus, então, ao mesmo tempo triste e envaidecido, o portal do meio da fachada da minha Academia, volvi a cabeça para traz e olhei, por último, a imagem olímpica de JOSÉ BONIFÁCIO e disse-lhe: não.. não. . não. eu também sou vosso aluno!.

Novo Professor Titular de Medicina Forense, Dr. Odon Ramos Maranhão

A Redação

Aprovado por unanimidade em brilhante concurso realizado em maio de 1981, tomou posse solene como Titular da Cadeira de Medicina Forense o Professor Dr. ODON RAMOS MARANHÃO

Reuniu-se a Congregação dos Professores no Salão Nobre, no dia 30 de setembro às 8,30 hs. O novo titular foi introduzido no Doutoral pelos Professores JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E ARMANDO CANGER RODRIGUES, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

A saudação foi feita pela Dra. ADA PELLEGRINI GRINOVER, que, "em nome da Congregação, recebe o sucessor, nesta Casa, de AMÂNCIO DE CARVALHO, ALCÂNTARA MACHADO, ALMEIDA JÚNIOR E COSTA JÚNIOR, com a certeza de que o Dr. ODON RAMOS MARANHÃO será seu digno continuador, pois reúne as qualidades morais e intelectuais para tanto."

Em seu discurso de agradecimento, comovido, o Professor ODON relembra seus primeiros passos na carreira docente, e agradece a seus antigos mestres da Faculdade de Medicina, e aos colegas da Faculdade de Direito, que o ajudaram a conquistar o mais alto galardão do magistério superior, a titularidade da Cadeira de Medicina Forense na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O Novo Titular

O Professor ODON RAMOS MARANHÃO nasceu em São Paulo, aos 23 de março de 1924. É filho de ODON CAVALCANTI MARANHÃO e de D. PACÍFICA RAMOS. É casado com D. ZÉLIA FÁVERO MARANHÃO e tem quatro filhos.

Fez seus primeiros estudos em várias escolas estaduais da Capital, passou para o Colégio Bandeirantes e terminou seus estudos secundários no Anglo-Latino.

Matriculou-se posteriormente na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, tendo colado grau em 1953.

Ainda estudante, fez estágios em diversas entidades médicas, conquistando especialização em vários campos da Medicina.

Estagiou, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina, na Clínica Psiquiátrica, na 1.^a Clínica Médica e na 1.^a Clínica Cirúrgica.

Na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo fez estágio no Departamento de Medicina Legal, Cátedra do Professor FLAMÍNIO FÁVERO; no Departamento de Histologia e Embriologia e no Departamento de Química Fisiológica.

Foi acadêmico residente no Sanatório Charcot; estagiou no Departamento Estadual da Criança — Instituto de Puericultura, e, sob o patrocínio do Centro Acadêmico Oswaldo Cruz, da Faculdade de Medicina, participou do trabalho da Liga de Combate à Sífilis.

Inicia, então, uma longa e profícua carreira profissional e docente, sem jamais afastar-se dos estudos.

Especializou-se em diversas áreas médicas e afins, como Psiquiatria, Eletrencefalografia, Medicina Psicossomática, Higiene Mental, Endocrinologia, etc.

Fez muitos cursos de extensão e aperfeiçoamento. No Instituto de Biotipologia Criminal cursou: *Personalidades Psicopáticas, Perícia Psiquiátrico-Forense, Eletrencefalografia e Drogas Psicotrópicas*.

Na Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo cursou: *Psicodiagnóstico de Rorschach*, com aulas teóricas e práticas, debates e análise de protocolos de exames.

Cursou *Psicologia Gestáltica e Topológica*, na Sociedade de Psicologia de São Paulo e *Psicodiagnóstico de Myra y Lopes*, no Centro de Estudos de Franco da Rocha.

Fez o curso de *Psicologia*, Cadeira de Clínica Psiquiátrica, patrocinado pela Universidade de São Paulo e o de *Personalidades Psicopáticas*, patrocínio do Instituto de Biotipologia, do Manicômio Judiciário e Casa de Custódia.

Cursou ainda *Semiologia Psiquiátrica*, do Centro de Estudos de Franco da Rocha; *Temas Práticos de Medicina Psicossomática, Medicina Psicossomática*, ambos pelo Centro Acadêmico Oswaldo Cruz, e *Orientação Educacional* — Escola Universitária de S. Paulo.

Todos esses cursos de Psicologia, somados à sua grande experiência como Médico Psiquiatra propiciaram ao Dr. ODON RAMOS MARANHÃO o registro profissional como Psicólogo Clínico, junto ao Ministério de Educação e Cultura, em fevereiro de 1964.



A Carreira Docente

O Professor ODON RAMOS MARANHÃO iniciou em 1955 sua carreira docente nesta Casa, como Assistente Extranumerário da Cadeira de Medicina Legal.

Em 1963, com a tese *Elementos para a Perícia Médico-Legal na Avaliação da Periculosidade*, conquistou a Livre-Docência. Em 1973, com aprovação plena no julgamento do memorial, torna-se Professor Adjunto.

E agora, com a tese *Personalidades anti-sociais: aspectos da Controvérsia*, conquista brilhantemente a Titularidade da Cadeira de Medicina Forense.

Já era Titular de Medicina Legal nas Faculdades de Direito de Itú, das Faculdades Metropolitanas Unidas e da Universidade Mackenzie.

É membro Titular da Academia de Medicina de São Paulo, (1969) e do Conselho Penitenciário (1981); e foi contemplado, entre outros prêmios, com a Medalha Anchieta, conferida pela Câmara Municipal de São Paulo, e por 4 vezes recebeu o Prêmio Oscar Freire de Criminologia, conferida pela Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo.

Bibliografia

A produção científica do novo Professor Titular é rica e abrange livros, monografias, teses, trabalhos premiados e trabalhos apresentados em Congressos.

Livros:

Curso Básico de Medicina Legal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

Psicologia do Crime. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981 (no prelo). Trabalho premiado pela Sociedade de Medicina Legal e Criminologia em 1979.

Princípios de Psiquiatria Forense (no prelo).

Manual de Sexologia Forense. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

Teses:

Elementos para Perícia Médico-Legal na Avaliação da Periculosidade. Livre-Docência, 1963.

Personalidades anti-sociais: aspectos da controvérsia. Titularidade, 1981.

Trabalhos premiados:

A Perícia Médica no Livramento Condicional. 1964, Prêmio Oscar Freire.

Exposição ao Sulfeto de Carbono. 1964. Prêmio Idealizadores do Sesi; em colaboração com o Professor Armando Canger Rodrigues.

I Inventário Multifásico da Personalidade de Minnesota. 1965. Prêmio Oscar Freire.

Estudos de Criminologia. 1970. Prêmio Oscar Freire.

Em Congressos apresentou os seguintes trabalhos:

Delinqüência Neurótica. VI Congresso Brasileiro de Medicina Legal — Recife, 1980.

Sistematização da Delinqüência Neurótica — IMESC — São Paulo, 1980.

A “*Classificação Natural*” e a “*Triagem*” de Sentenciados — 2.º Congresso Brasileiro da Administração Penitenciária — São Paulo, 1980.

Nos diversos “Congressos Brasileiros de Medicina Legal”, realizados em diferentes cidades brasileiras, apresentou:

Considerações sobre o Código de Processo Ético-Disciplinar — 5.º, Belo Horizonte, 1978.

O Estado Perigoso. 4.º, São Paulo, 1974.

Delinqüência Essencial: um controvertido diagnóstico. 4.º, São Paulo, 1974.

Os índices Delinqüenciais no Inventário de Minnessota. 4.º, São Paulo, 1974.

Capacidade de Imputação: resultados de 300 perícias. 3.º, Belém, 1971.

O Eletrencefalograma em delinqüentes. 2.º, Curitiba, 1969.

O Tríptico Lombrosiano: um problema que ressurge? 2.º, Curitiba, 1969.

Sinais excludentes de simulação nas Lombalgias Espondilogênicas-Accidentárias. 2.º, Curitiba, 1969. Em colaboração com o Professor Armando Canger Rodrigues.

Atividades docentes

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Professor ODON MARANHÃO é regente do curso de Medicina Legal desde 1964, e rege também o curso de Criminologia, do IX Semestre — Área de Direito Penal, desde 1972, ambos a nível de graduação.

É Professor Titular, regente de Medicina Legal nas Faculdades Metropolitanas Unidas e na Universidade Mackenzie.

Em cursos de pós-graduação, leciona Criminologia, nesta Faculdade, e Psicopatologia Forense, na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Área de Psiquiatria.

O Professor ODON MARANHÃO pronunciou diversas palestras e deu alguns cursos avulsos sobre os mais variados temas de sua especialidade, em Faculdades de Direito e de Medicina:

Princípios de Psiquiatria Forense

Delinqüência Jcvenil

Problemas médico-legais no tratamento cirúrgico de transsexuais

Omissão de socorro

Dinâmica do ato criminoso

Personalidade psicopática e personalidade delinqüente

Violência sexual

Aborto e ética

Anulação de casamento, e muitos outros.

Participou de Bancas Examinadoras de Concursos na Faculdade de Direito, na de Medicina, no Instituto de Psicologia, no Instituto de Biociências, todos da Universidade de São Paulo, na Escola de Sociologia e Política, na Faculdade de Medicina de Mogi das Cruzes e Escola Paulista de Medicina.

É membro Titular da Academia de Medicina de São Paulo, sócio fundador da Associação Paulista de Higiene Mental e Psiquiatria Infantil, e do Centro de Estudos Criminológicos do Instituto de Biotipologia Criminal.

Pertence às seguintes entidades: como sócio efetivo, da Associação Paulista de Medicina, do Centro de Estudos de Franco da Rocha, da Sociedade Rorschach Internacional e da de São Paulo; como sócio titular, pertence à Sociedade de Psicologia de São Paulo, à Sociedade de Medicina Legal e Criminologia, à Sociedade Paulista de História da Medicina e à Associação Psiquiátrica de São Paulo.

É membro Pleno da Sociedade Internacional de Hipnose e da Sociedade Paulista de Medicina Social e do Trabalho.

A posse

Dia 30 de setembro, às 20,30 horas, reuniu-se em sessão solene a Congregação dos Professores da Faculdade de Direito para recepcionar o Novo Titular de Medicina Forense, Professor Dr. ODON RAMOS MARANHÃO.

Dando início à cerimônia da posse, o Diretor, Professor ANTONIO CHAVES, designou a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER e os Professores IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA e CANGER RODRIGUES, para introduzirem o novo titular no recinto, dizendo em seguida:

“Eminentes colegas, minhas senhoras, meus senhores.

É com satisfação que a Faculdade de Direito se engalana hoje para dar posse ao novo Titular ODON RAMOS MARANHÃO.

Dentre as personalidades que não puderam apresentar-se, algumas quiseram demonstrar sua presença espiritual, enviando mensagens, como a da Professora ODETE LOURENÇÃO VAN KOWLC do Instituto de Psicologia:

“Impossibilitada de comparecer, congratulo-me com o prezado amigo pela nova conquista na carreira universitária.”

Do Dr. DJALMA LÚCIO GABRIEL BARRETO, Chefe de Gabinete, recebemos o seguinte telegrama:

“Professor ANTONIO CHAVES, Diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Motivo de força maior impede-me de comparecer na solenidade de posse do Professor ODON RAMOS MARANHÃO, assim, deixo aqui consignados meus efusivos cumprimentos ao ilustre Professor pela justa investidura.”

Do Dr. ALVIM PASSOS:

“Professor ODON RAMOS MARANHÃO, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Impossibilitado de comparecer, nesta importante e justa posse, nossas homenagens.”

É portanto com a maior satisfação que passo a palavra à Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, que foi incumbida pela Congregação de saudar o novo titular.

A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, em brilhante discurso, enalteceu as grandes qualidades de mestre e especialista em diversas áreas afins à Medicina Legal, virtudes inerentes ao Professor ODON, especialidades como Psicologia Clínica, Psiquiatria, Eletrencefalografia, Medicina Psicossomática, Higiene Mental, Endocrinologia e tantas outras, “que abriram-lhe os caminhos que desembocariam no estudo interdisciplinar, como o é a sua cadeira nesta Casa”.

Ao chegar a Titular de Medicina Legal, o Dr. ODON RAMOS MARANHÃO atinge o grau máximo de sua carreira docente. “Galardão mais alto não pode haver, e o novo Professor Titular o alcançou por seus indiscutíveis méritos de homem e de estudioso, após longo e áspero caminho, que lhe temperaria o espírito, até levá-lo à conquista da Cátedra de Medicina Legal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”.

O Professor ODON agradeceu a homenagem com um comvente discurso, lembrando cada um dos que o ajudaram a galgar os degraus da carreira universitária, seus antigos mestres da Faculdade de Medicina, onde se formou, Professores ARNALDO AMADO FERREIRA e FLAMÍNIO FÁVERO, e aos mestres desta Casa COSTA JÚNIOR, MANOEL PEDRO PIMENTEL, NAIR LEMOS GONÇALVES e ADA PELLEGRINI GRINOVER, por seu formoso discurso.

Continuando sua exposição, faz uma reflexão sobre os graves problemas da Medicina Legal contemporânea e passa em revista alguns de seus aspectos mais importantes, ressaltando o caráter interdisciplinar de sua cadeira, frisando “o que a caracteriza como Ciência e define sua individualidade

é um particular corpo de doutrina, amoldado aos interesses do Direito, respeitada a natureza médica lato sensu, o espírito jurídico e o sentido social”.

E finaliza agradecendo a seus familiares e inúmeros amigos, expressando seu sentimento mais profundo: “Volto-me para Aquele que me guia por caminhos jamais antevistos, leva-me a lugares não sonhados e cobre a minha vida de bênçãos, o meu Deus e Senhor, no tempo e na Eternidade”.

Saudação da Professora Ada Pellegrini Grinover

Mal se apagaram as luzes deste Salão Nobre após a cerimônia de minha posse e eis que o Senhor Diretor, Professor Antônio Chaves, me atribui a honrosa incumbência de receber, em nome da Douta Congregação, o novo Professor de Medicina Legal, dr. Odon Ramos Maranhão. O mesmo ambiente, os mesmos trajés, a mesma solenidade. Tudo evoca, a meus olhos, outra cerimônia, tão recente.

Creio ser esta a única justificativa para a minha designação: a última dos empossados a receber o mais novo Titular desta Casa, numa mescla de emoções que se entrelaçam. O orgulho, o respeito, a gratidão de quem chega; a alegria, o júbilo, o conagraçamento de quem acolhe. Eu represento aqui como que a ponte entre o recipiendário e os receptores. Não tão antiga a ponto de ter olvidado os sentimentos daquele. Já nestes integrada para manifestar seu estado de espírito.

E assim, em nome da Congregação festivamente reunida, tenho a honra de dar as boas vindas ao Professor Odon Ramos Maranhão, sucessor, nesta Casa, de Amâncio de Carvalho, de Alcântara Machado, de Almeida Júnior e de Costa Júnior.

Elevada é a responsabilidade de suceder a tão eminentes Mestres, mas profunda é a certeza de que o dr. Odon Ramos Maranhão será seu digno continuador, pois reúne as qualidades morais e intelectuais para tanto.

Traz ele no sangue a vocação para o ensino. Odon Cavalcanti Maranhão e Pacífica Ramos, seus pais, foram ambos Professores Primários, e lhe inculcaram, desde pequeno, o espírito de sacrifício, de dedicação e de abnegação que plasma os verdadeiros mestres. Sua fibra e firmeza de caráter patentearam-se cedo: ainda no III Ano da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, acometido de grave distrofia bilateral da córnea, quando lhe restava apenas 1/10 de acuidade visual e os médicos o aconselhavam a deixar o curso, nele

insistiu, com enormes sacrifícios pessoais e à custa de sua força de vontade, logrando concluí-lo, sem interrupção, com o desdobramento dos 3.º e 4.º anos.

Quem o iniciou na carreira universitária foi o Dr. Arnaldo Amado Ferreira, Professor de Medicina da Universidade de São Paulo e um dos fundadores das Faculdades de Medicina de Santos e da Faculdade de Direito de São José e de São Bernardo do Campo. Pela mão do saudoso Mestre ingressou o Dr. Odon Ramos Maranhão, ainda estudante do 5.º ano, como Técnico de Laboratório, na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, ali forjando seu interesse pela Medicina Legal. Nessa época, contraiu núpcias com Dona Zélia Fávero Maranhão, já formada em pedagogia e que ainda se licenciaria em língua e literatura francesas pela Sorbonne, concluindo o curso de Mestrado pela Universidade de Nancy. Soube Dona Zélia conciliar à perfeição seus interesses culturais com a bela missão de companheira e de mãe, apoiando e estimulando o esposo, dando-lhe serenidade e tranqüilidade, incentivando os filhos e encaminhando-os, com seu exemplo, pela via árdua e gratificante do estudo e do trabalho. Após a formatura, assumiu o Dr. Odon Ramos Maranhão o cargo de assistente do Prof. Flaminio Fávero, seu outro paraninfo, e finalmente, após o interstício de dois anos, então necessário — e pelo qual o Prof. Almeida Júnior aguardou o novo assistente — ingressou nesta Casa, nela continuando, depois, como assistente do Prof. João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, a quem agora sucede na cátedra, vaga por força da cega norma da aposentadoria compulsória.

Cedo demonstrou seus pendores como Professor de Medicina Legal. Aliás, não se satisfizera ele com o título de Médico, mas buscara também o de psicólogo clínico, registrando-se no MEC nos albores da regulamentação da profissão, ainda em 1964. Outras especializações — em Psiquiatria, Eletrencefalografia, Medicina Psicossomática, Higiene Mental, Endocrinologia e tantas outras — abriram-lhe os caminhos que desembocariam no estudo interdisciplinar por excelência, na disciplina — encruzilhada, que é a medicina legal.

Desta, teve oportunidade de escrever Oliver Schroeder Jr. :

“É preciso fundir as forças isoladas do direito e da medicina em um novo empenho cultural, num empreendimento intelectual interdisciplinar.”

“A nova disciplina “pois nova é, nesse enfoque” precisa integrar os conhecimentos jurídicos

e médicos para prover capacidades que atendam simultaneamente à Justiça e à Saúde.”

Capacidade que atenda simultaneamente à Justiça e à Saúde é essa, moldada na vocação e no longo preparo do Professor Odon Ramos Maranhão que, no primeiro capítulo de seu *Curso Básico de Medicina Legal*, coloca a *nova disciplina*, autônoma, como “matéria interdisciplinar que forma especialistas para atender aos interesses comuns da Medicina e do Direito.”

Assim, nessa senda claramente delineada no cipoal do conhecimento humano, Odon Ramos Maranhão trilhou o seu caminho luminoso, que se iniciara nos bancos acadêmicos, desde o aprendizado como Técnico de Laboratório da Faculdade de Medicina. E, após alcançar os títulos de Livre Docente e Adjunto nesta Casa — sempre com aprovação plena —, bem como sagrar-se Professor Titular de Medicina Legal da Faculdade de Direito de Itu, das Faculdades Metropolitanas Unidas e da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, chega finalmente o Dr. Odon Ramos Maranhão ao cargo máximo da carreira, nesta Faculdade. Galardão mais alto não pode haver, e o novo Professor Titular o alcançou por seus indiscutíveis méritos de homem e de estudioso, após longo e áspero caminho, que lhe temperaria o espírito, até levá-lo à conquista da cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Verdadeira conquista, ao cabo de brilhante curso em que revelou a seriedade do preparo, o rigor científico da formação, as multifárias facetas do homem aberto às tendências interdisciplinares da ciência moderna. E disso eu sou testemunha, pois me foi dada a elevada honra de integrar a Comissão Examinadora, presidida pelo Prof. Manoel Pedro Pimentel e composta pelos Professores Holdemar Oliveira de Menezes, Armando Canger Rodrigues e Marco Segre, a qual indicou unanimemente o candidato, aprovando-o com média 9,26.

Muitos outros títulos do Professor Odon Ramos Maranhão poderiam ser mencionados: Prêmios e Medalhas — dois Prêmios Oscar Freire de Criminologia e um de Medicina Legal, Medalha Anchieta, Medalha Cultural Oscar Freire; os diversos livros publicados, alguns didáticos, outros científicos, vários já esgotados; os inúmeros trabalhos apresentados em Congressos; as Comissões Examinadoras de que fez parte; os cursos, conferências e palestras que ministrou; os cargos eletivos em que foi investido e as comissões científicas que integrou; suas atividades como psiquiatra concursado no Departamento de

Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo e como membro do Conselho Penitenciário, e tantos e tantos outros, a demonstrarem uma inesgotável fonte de energia e uma dedicação ímpar e serena.

Entre todos, contudo, o título mais ambicionado, o que mais sacrifícios lhe custou, o que transcende o significado imediato de uma conquista, é o de Professor Titular desta Casa. Ainda há pouco, em cerimônia igual a esta, ao agradecer a saudação recebida do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em nome desta mesma Congregação, quando de minha posse solene, dizia eu :

“Ser professor desta casa significa a inserção concreta nessa Douta Congregação, ou seja a participação integral e definitiva, pelo cargo mais elevado da carreira, em uma instituição secular. Instituição que é uma realidade jurídica permanente, estável em sua atuação e em suas tradições, e ao mesmo tempo dinâmica e variável, para adaptar-se às necessidades mutantes. Essa instituição tem entre seus valores fundantes os melhores valores da própria sociedade: o humanismo, o vigor e a coragem das idéias, a luta pelo direito, pela justiça, pela liberdade. Este é seu idealismo de ontem e de hoje. Por essas idéias morreu-se no passado; para essas idéias continuamos a viver.

Mas uma instituição somente sobrevive quando os que a integram se identificam com os princípios de sua existência e com as suas finalidades últimas. A instituição pressupõe a união de todos em torno do objetivo comum, pela adesão e pela colaboração, formando todos um só corpo, voltado à execução de seu ideário. Por isso, a instituição pode soçobrar frente às paixões dos homens, quando estes se afastam da conduta necessária à preservação do espírito institucional. Cabe a nós cimentá-la pelas crenças e pelas realizações, para que ela permaneça, vigorosa e altaneira, resistindo aos ataques externos e internos dos que a vilipendiam. O importante é termos sempre presentes os valores fundamentais dessa instituição, conjuntamente congregados e voltados à consecução de seus fins, para que possa ela sobreerguer-se acima das fraquezas de alguns, graças ao esforço de muitos.”

Essas palavras, que ainda há pouco eu proferia como recipiendária, repito-as agora, como receptora. Destinam-se a quem ingressa na instituição e a quem nela queira permanecer, cõscio do verdadeiro espírito da Escola.

Eis que o ideário de quem entrava se transmuda na crença de quem fica. Que sejam essas as nossas palavras de boas vindas, caro Professor Odon Ramos Maranhão. Que sua chegada o integre na Congregação com um sopro de alento, um prenúncio de fé. Que sua chegada seja um ponto de partida.

Oração do Professor Odon Ramos Maranhão

Convocado pelo Professor Doutor ANTONIO CHAVES, DD. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para uma sessão solene da Douta Congregação, em que se dará posse ao novo Professor de Medicina Legal, dirijo-me ao Largo de São Francisco. Entrando no histórico prédio da “velha e sempre nova Academia”, sinto-me em verdadeiro devaneio, vindo-me à lembrança, desordenadamente, dados da sua história: sua criação, no período do Brasil-Império; as campanhas abolicionistas; a implantação da República; a luta constitucionalista...

Com especial colorido relembro os Mestres da Ciência de AMBROISE PARÉ e PAULO ZACCHIA:

— AMÂNCIO DE CARVALHO, que aqui lecionou por mais de quarenta anos e adaptou a antiga Medicina Pública aos moldes da Medicina Legal européia;

— ALCÂNTARA MACHADO, o jurista que foi acatado como “médico honorário”, devido aos seus amplos conhecimentos e nos legou, entre muitas outras produções notáveis, o Anteprojeto do Código Penal de mil novecentos e quarenta;

— ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR, eminentemente um “Professor”, tendo lecionado em cursos primários, secundários e superiores, em Faculdades de Medicina e Direito, o didata por excelência;

— JOÃO B. DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR, Professor Emérito desta Casa, ex-Diretor da Faculdade de Medicina de Sorocaba e Vice desta Faculdade, associou-se ao trabalho didático de seu antecessor e o livro *Lições de Medicina Legal* tornou-se o texto mais usado no ensino dessa Disciplina em todo o território nacional.

Alcançando a antecâmara da “Sala das Becas”, passo em frente à chapeleira, vejo minha imagem refletida no espelho

e um arrepião percorre o meu corpo: agora me dou contas de que o Professor a ser empossado sou eu mesmo e sinto esmagar-me o peso da responsabilidade do cargo e da tradição cultural sesquicentenária das Arcadas.

Depois de aberta a sessão pelo Diretor e cumpridas as formalidades de praxe, sou recebido na Congregação com o formoso discurso da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, Chefe do Departamento de Medicina Forense e Membro da Comissão Julgadora do Concurso para Professor Titular de Medicina Legal, realizado em maio passado, a quem agradeço comovido.

Saindo, então, do meu devaneio e refazendo-me do susto, começo a refletir sobre os graves problemas de Medicina Legal contemporânea e passo em revista alguns de seus aspectos mais importantes.

Desde logo, volto-me para o caráter interdisciplinar que sempre revestiu essa Ciência, ocupada em reunir conhecimentos de vários campos relacionados ao Homem e à Saúde, para bem servir à Justiça. Verifico não poder considerá-la uma especialidade, posto que se socorre da colaboração de vários profissionais. Já em 1974, LEON DÉROBERT, na França e OLIVIER SCHROEDER nos Estados Unidos, a consideravam uma “capacidade” para resolver os problemas da Saúde e do Direito. E foi esse o conceito que adotei ao analisar os *novos rumos da Medicina Legal* em 1977 e posteriormente nas edições didáticas de 1978 e 1980.

O que a caracteriza como Ciência e define a sua individualidade é um particular corpo de doutrina, amoldado aos interesses do Direito, como se infere dos preciosos ensinamentos do Professor COSTA JÚNIOR, respeitada a natureza médica “*latu sensu*”, o espírito jurídico e o sentido social, a que já fazia referência o saudoso mestre de Strassburg, CHARLES SIMONIN.

Dentro dos limites desses parâmetros, urge uma reformulação dos cursos pós-graduados e do acesso à carreira docente, para se abrir oportunidades a profissionais não médicos, que desejam se dedicar à pesquisa e ao ensino dessa fascinante e multiforme ciência interdisciplinar.

É com satisfação que registro ter esta Faculdade de Direito recentemente admitido, mediante concurso de provas e títulos, Professor Assistente do Departamento de Medicina Forense, uma bacharel. Da mesma forma, verifico com entusiasmo estar a Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo promovendo concurso de Livre Docência em Deontologia Médica, pela

primeira vez como Disciplina, tendo inscrito candidato que é advogado e filósofo.

Se é verdade que a Perícia permanecerá sempre como atividade profissional específica, não é verdade menor que a investigação científica e a atividade didática possam ser exercidas por vários profissionais convenientemente preparados, dentro do novo conceito de Medicina Legal.

Por outro lado, reconheço que o ensino dessa Disciplina nas Faculdades de Medicina e nas Faculdades de Direito se diversificará no aspecto formal, no método e no objetivo. O médico será o Perito e precisa saber examinar, registrar, concluir, informar, enquanto o advogado — e conseqüentemente o jurista — há de saber inquirir, criticar e até contestar a matéria médico-legal.

Até hoje não consegui entender a inclusão, pelo MEC, da Medicina Legal no elenco das “disciplinas facultativas”, de que trata a Resolução 3/72. Quando a Douta Congregação desta Casa tratou desse assunto, na qualidade de Representante dos Livre Docentes, tive o ensejo de lembrar que só se forma um bom profissional com o concurso de amplo elenco de Disciplinas e não somente a custa de excepcional Mestre, atuando isoladamente. Tive a satisfação de ver acolhido este modesto argumento, tendo sido preservado o ensino da Medicina Legal nesta Faculdade de Direito, agora oferecido também em cursos pós-graduados, já reconhecidos pelo Ministério de Educação e Cultura.

Os menos avisados têm confundido a medicina pericial com o amplo campo da medicina forense, tomando a parte pelo todo. Contudo, essa é a Medicina Legal de “consumo diário”, posto que os exames de interesse jurídico ocorrem a todo instante e em todo lugar. Também, essa é a parte mais estável, pois lida com matéria estabelecida, doutrina firmada e direito constituído.

Bem mais complexos são os “problemas de fronteira”, as “questões-limites”. A título de exemplo, cito a própria Deontologia Médica, que — primeiramente ensinada em caráter “moralista” e passando a uma fase de regulamentação pelo Código de Ética Médica — agora propõe novos problemas. Até aqui se tem cogitado dos “deveres do médico”, partindo-se do pressuposto de que se trata de uma “profissão liberal”. Mas o médico contemporâneo é basicamente um assalariado, o que modifica a sua posição na sociedade. De certa forma ela passa a se confundir com inúmeras outras atividades. Cogita-se —

e muito — dos *deveres* do médico em relação aos demais, ficando esquecido o que *se lhe deve*, ou seja, daquilo a que tem direito.

Em 1975, o Professor GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, da Universidade Federal da Paraíba, publicou o livro *Direito Médico*, no qual preconiza seja regulamentado por legislação própria o exercício médico-profissional, “mas também tudo aquilo a que estão obrigadas as pessoas ante a Medicina”. Pois esse “Direito Médico”, que um dia será lecionado a acadêmicos de Medicina e de Direito, surgirá sob a inspiração da Medicina Legal Contemporânea.

Vivemos um período de criminalidade crescente e algumas medidas estão surgindo, como os Anteprojetos de Novos Códigos Penal e Processual Penal, elaboração de Lei das Execuções Penais, a reforma do Sistema Penitenciário. É bem verdade que a muitos profissionais penitenciários falta uma visão biopsíquica da personalidade dos infratores. Muitas tentativas surgiram para suprir essa lacuna e já em 1964, o preclaro Professor e ex-Reitor MIGUEL REALE, na Secretaria da Justiça, criava a Escola de Administração Penitenciária, vinculada ao então Departamento dos Institutos Penais do Estado.

Pois esse enfoque “biopsíquico” pode e deve ser atribuição da “criminologia clínica”, que não se confunde com a “sociológica”, nem com a “penológica”. Matéria essencialmente médica que é, integra o Departamento de Medicina Forense, como bem estabeleceu a Reforma Universitária. Falta, porém, emprestar-lhe a estrutura de disciplina autônoma, o que só contribuirá para o aprimorar do ensino desta inigualável e pioneira Faculdade de Direito.

A psicologia judiciária, bem como a psicopatologia forense, são partes integrantes da Medicina Legal. Elas não interessam aos profissionais que se dedicam à atividade curativa ou preventiva, mas são preciosas para a boa distribuição da Justiça. Interessam ao Direito Civil, Penal, Processual e Trabalhista. A primeira (psicologia judiciária) tem estado quase em ostracismo, havendo falta de manuais atualizados e publicações técnicas ordenadas, obrigando os interessados a trabalhosas consultas bibliográficas. A Reforma Universitária a incluiu no Departamento de Medicina Forense e, creio, deverá ser organizada em disciplina autônoma.

A segunda (psicopatologia forense), ensinada na Faculdade de Medicina em curso pós-graduado, conta com poucos especialistas em nosso meio, o que leva o Judiciário a servir-se de clínicos da psiquiatria para atender aos interesses forenses.

Uma integração de todos esses campos científicos e outros não mencionados — talvez exija uma estrutura de pesquisa e ensino muito mais ampla do que um simples Departamento. Lembro-me, então, do alto nível cultural, da ampla produção científica e do renome internacional do Instituto “Oscar Freire”, que o eminente Professor Emérito FLAMÍNIO FÁVERO organizou e dirigiu por algumas décadas, à sombra protetora da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Pois esse Instituto, com toda a sua tradição, envolvendo nomes brilhantes como VEIGA DE CARVALHO e CANGER RODRIGUES, entre muitos outros, bem poderia ser o precursor de um Instituto Universitário de Medicina Legal. Sei que isto é sonho, mas muitos sonhos um dia se tornam realidade.

Vindo a ocupar o alto cargo em que agora sou investido, verifico não ser possível aqui chegar, sem o concurso de um sem-número de fatores, entre os quais sobressaem a influência e a colaboração de Mestres, familiares e amigos. Experimento, por isso, profundo sentimento de gratidão, impossível de ser silenciado.

Reverencio e homenageio nesta hora meus antigos mestres da Faculdade de Medicina, onde me formei e onde iniciei com os caros amigos Professores ARNALDO AMADO FERREIRA e FLAMÍNIO FÁVERO a minha carreira docente. Agradeço o convívio e os ensinamentos dos excelentes Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que — recebendo-me como simples Instrutor — auxiliaram-me a chegar a este posto. Entre muitos nesta Casa, agradeço de modo especial ao Professor ALMEIDA JÚNIOR (in memoriam) e aos Professores COSTA JÚNIOR, MIGUEL REALE, MANOEL PEDRO PIMENTEL, NAIR LEMOS GONÇALVES, ADA PELLEGRINI GRINOVER e aos meus examinadores dos Concursos de Livre-Docência, de Professor Adjunto e de Professor Titular. Estendo, particularmente, esses agradecimentos à Digna Secretária — DRINADIR COELHO — sempre atenta a nossos problemas — e aos eficientes Auxiliares do Departamento: IRENE B. MUAKAD, JOSÉ LOPES ZARZUELA, MIGUEL FALCI e JOSÉ GLAUCO BARDELLA.

Sou grato — e muito — a meus familiares e meus filhos, que me compreendem e apóiam, e especialmente à minha esposa — Professora ZÉLIA FÁVERO MARANHÃO — a quem, depois de vinte e nove anos de casamento, posso continuar repetindo afetuosamente: “hoje mais do que ontem e menos do que amanhã”.

Aos amigos, tantos, de tantas origens e procedências, estendo um abraço agradecido.

A meu Diretor, Professor ANTONIO CHAVES, a quem devo tantas atenções, minha gratidão. Aos colegas, companheiros, Diretores e Reitores da Universidade Mackenzie e das Faculdades Metropolitanas Unidas, bem como do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo e dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado, meu agradecimento.

Deixei para o fim, propositadamente para o fim, o meu sentimento mais profundo, que expresso numa atitude de verdadeiro culto: Volto-me para Aquele que me guia por caminhos jamais antevistos, leva-me a lugares não sonhados e cobre a minha vida de bênçãos, o meu Deus e Senhor, no tempo e na Eternidade.

Palavras do diretor, Professor Antonio Chaves encerrando a sessão solene

Preclaros Membros da Congregação, senhora Secretária, eminente colega e amigo Professor CANGER RODRIGUES, senhores estudantes, minhas senhoras e meus senhores:

Acabamos de ouvir duas peças oratórias, cada uma com características peculiares. A da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER no seu estilo impecável, na sua frase bem construída, fazendo uma saudação, ao mesmo tempo enternecedora e comovente e a do Professor recém-empossado, com laivos de literatura, muito sentimento e recordações que a todos nós nos deixam empolgados.

Da oração da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, quero repetir algumas expressões que ficaram mais gravadas.

“O mesmo ambiente, os mesmos trajés, a mesma solenidade.”

O mesmo ambiente sim, os mesmos trajés, as mesmas solenidades.

Mas quanta diferença no decurso de poucos anos entre a posse de um Professor e a posse de outro Professor que o saúde na mesma disciplina!

É claro e não nos foi dado acompanhar no exemplo típico na cadeira de nosso homenageado de hoje, as sucessivas posses de AMÂNCIO DE CARVALHO, ALCANTARA MACHADO, de ALMEIDA JÚNIOR, de nosso queridíssimo e inesquecível JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR.

Mas quanta diferença no ambiente que cerca cada uma destas solenidades, quanto progresso, quanta evolução!

Certamente problemas existem, bem antigos, que vêm se prolongando através dos tempos, e ainda não solucionados, como o da idade mínima para o casamento, o de revelar ou não a uma criança que é filha adotiva, o da idade mais próxima para a emancipação, os delicadíssimos problemas relativos à interdição, as dificuldades ainda não definitivamente solucionadas relativas a investigação de paternidade, ao lado de problemas novíssimos que desafiam a argúcia de jovens talentosos como este que acaba de tomar posse na presente solenidade.

A medicina e o direito, têm muitos lances que os aproximam, tornando necessária uma convivência maior e mais permanente troca de idéias.

Para mencionar apenas alguns dos desafios que afligem o homem de hoje: o da inseminação artificial homóloga ou heteróloga. Já ocorreu nos Estados Unidos o fato de mulheres de militares em postos de batalha serem fecundadas com sêmen de seus maridos mantido congelado, tendo comovido o mundo inteiro o caso de um cidadão, acometido de enfermidade incurável cuja mulher foi por essa forma inseminada, vindo a dar à luz depois de mais de um ano do falecimento do marido.

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

O XI de Agosto e o Retorno da Associação dos Antigos Alunos

A Redação

Celebrou-se, nesta Faculdade, em sessão solene da Congregação realizada a 11 de agosto do corrente ano e presidida pelo Senhor Diretor da Faculdade, Professor Doutor Antônio Chaves, o 154.º aniversário da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. Na mesma cerimônia que se realizou no salão nobre às 10,30 horas, após a missa de Ação de Graças celebrada no pátio, com a presença de Professores, alunos, ex-alunos e membros de entidades jurídicas, comemorou-se, também, o retorno para a Academia da Associação dos Antigos Alunos.

Sobre a data, falou em nome da Congregação o Professor Dr. Geraldo de Camargo Vidigal, o soldado n.º 4396 do 6.º Regimento, como se autodenomina, orgulhosamente, em toda oração, e que lutou na Itália em 1944. Transvasa no discurso e nos versos que compôs para a ocasião o renovado e incontido amor que desde a infância devota à Academia, imbuído sempre do espírito de luta pela democracia e liberdade.

Após o discurso do Professor Vidigal, o presidente da Associação dos Antigos Alunos, Dr. Trajano Puppo Neto, em breves palavras agradeceu à Diretoria e à Congregação dos Professores a sala que foi destinada à Associação.

Falou em seguida, em nome do corpo discente, o aluno Mário Antônio Menucci, presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, que, mantendo a tradição, se referiu ao momento político brasileiro e conclamou a todos para erguer, bem no alto, a bandeira da democracia e da liberdade.

Finalmente, o Acadêmico Pedro de Oliveira Ribeiro Neto declamou o já clássico poema sobre as Arcadas, de sua autoria, *Canto de Glória da Faculdade de Direito de São Paulo*.

Como se fosse ouvido pela primeira vez, tal a veemência artística do declamador, o *Canto de Glória* comoveu a platéia inteira que se uniu na mesma emoção. Foi ainda visivelmente impressionado que o Senhor Diretor, para encerrar a sessão,

referiu-se à data e à Associação dos Antigos Alunos; agradeceu os participantes da festa e a presença de todos, convidando-os para inaugurar a nova sede da Associação dos Antigos Alunos, logo a seguir, o que se deu em ambiente de alegre confraternização.

Publicam-se a seguir o discurso do Professor Dr. Geraldo de Camargo Vidigal, o *Canto de Glória da Faculdade de Direito* e breve notícia sobre a sede atual da Associação dos Antigos Alunos.

Geraldo de Camargo Vidigal fala em nome da Congregação

Desde 1827, ano a ano, década a década, estudantes de Direito, professores, advogados, magistrados, estadistas evocam e celebram o 11 de Agosto, data que marcou a instalação dos cursos de Direito no Brasil.

Neste ano de 1981, cabe-me a honra de officiar as cerimônias comemorativas da efeméride.

Mais de um século e meio de celebrações da significação de São Francisco e de Olinda podem fazer parecer pretenciosas tentativas minhas de acrescentar alguma coisa ao muito que tem sido dito.

Pareceu-me preferível, por isso, trazer à colação a vivência de um determinado dia 11 de Agosto, especialíssimo para mim e que recebeu comemoração particular.

37 anos atrás, no dia 11 de Agosto, alguém redigia, nos arrabaldes da cidade italiana de Caserta, um manifesto dirigido às Arcadas. O redator era o soldado 4396, do 6.º Regimento de Infantaria.

Escrito em intervalos de um curso intensivo sobre minas e armadilhas explosivas, o manifesto revelava as emoções e a determinação de quem recebera a honrosa missão de lutar pelo Brasil, no teatro de guerra da Itália, como punição a crimes de amor à Liberdade, da crença no Direito, de dedicação a seu país.

Recebido semanas depois em São Francisco, publicado em numerosos jornais brasileiros, o manifesto teve mais tarde sua divulgação terminantemente proibida pelo DIP — o Departamento de Imprensa e Propaganda, do Estado Novo getulista.

“Da vanguarda das forças brasileiras que lutam pela Democracia — dizia o manifesto — envio minha mensagem de confiança ao grande baluarte da retaguarda democrata brasileira.

A todos os companheiros de ideais e de ação dirijo meu fraternal abraço.

Nesta data, que é a nossa, sinto como nunca a distância que me separa das Arcadas. Meu conforto é a consciência de que combato, mais intensamente do que nunca, pela mística a que dediquei minha mocidade.

Colegas: os brasileiros que se sacrificam e se enobrecem na campanha da Itália lutarão cheios de fé, na certeza de que seu esforço não será vão. O sangue dos que tombarem será a centelha da chama que há de purificar o Brasil.

Que nosso lema, nossa palavra de ordem e nosso brado sejam sempre: — DEMOCRACIA!"

A disposição de luta, a inspiração da Liberdade e o sentimento nacional se combinavam, no espírito das frases com que eu me dirigia, a 11 de Agosto de 1944, aos meus companheiros do Centro XI, então empenhados em destemidas ações de "underground" que visavam ao renascimento da Democracia no Brasil. Era o espírito da Faculdade de Direito, o espírito das Arcadas — reafirmando na dicção e na saudade de um aluno distante.

Recebera a Academia o sentimento nacional desde os projetos legislativos que, na década de 1820, resultaram em se criarem duas Faculdades de Direitos gêmeas, em São Paulo e em Olinda, para que a elas pudessem acorrer estudantes de todo o país. Como os debates parlamentares evidenciaram, a intenção que dominava os projetos era a de que nossos jovens estudiosos pudessem realizar-se nacionalmente, naquele momento em que as paixões da Independência do Brasil tornavam inviável o curso em Coimbra.

Essa marca original nunca esmaeceu. Em São Leopoldo ou Monte Alegre, em CASTRO ALVES ou VICENTE DE CARVALHO, em QUIRINO DOS SANTOS ou CAMPOS SALLES, em RUY BARBOSA ou AFONSO PENA em TEIXEIRA DE FREITAS ou JOÃO MENDES JÚNIOR, em ALMEIDA NOGUEIRA ou SPENCER VAMPRÉ, em WALDEMAR FERREIRA ou IBRAHIM NOBRE, em LAUDO DE CAMARGO ou NOÉ DE AZEVEDO, em AFRODÍSIO VIDIGAL ou em ALCIDES VIDIGAL — São Francisco é sempre um ponto de referência de amplas preocupações nacionais.

A dualidade das escolas de Direito, em Olinda e São Francisco, não gerou regionalismos que dividissem o país, mas, ao revés, serviu ao aprimoramento da consciência nacional, resultando na fraternal solidariedade que sempre uniu os acadêmicos de São Paulo aos de Pernambuco. Era freqüente, aliás, ao longo do século XIX, que estudantes destacados iniciassem seu

curso em uma das duas faculdades e em seguida se transferissem para a outra. Assim sucedeu com CASTRO ALVES, que chegou a São Paulo já aureolado do renome que fizera em Olinda. Assim ocorreu com RUY BARBOSA e JOÃO MENDES. Assim foi no caso de AFRODÍSIO VIDIGAL, o estudante sergipano que iniciou seus estudos em Olinda, para concluí-los em São Paulo, onde se radicou, estabeleceu sua brilhante advocacia e fundou sua família.

Brotando quando apenas se proclamara a Independência, floresceu São Francisco no clima de devoção à Liberdade que envolvia o país. Era o tempo em que se cantava, como se fosse uma prece:

Liberdade:

Abre as asas sobre nós!

O amor à Liberdade viçou em nossa Escola de Direito, ao longo de seus 150 anos de vida. Nas pugnas da Abolição e da República, na campanha civilista, na Revolução Constitucionalista, na Resistência ao Estado Novo, na denúncia dos mitos da Tecocracia — os estudantes de Direito de São Paulo tiveram sempre à sua volta os ecos da grande voz de CASTRO ALVES, celebrando a

Liberdade peregrina,

Esposa do porvir, noiva do sol!;

reconheceram sempre, como OLIVEIRA RIBEIRO NETO anunciou, que o nome da velha Faculdade

É a melhor das rimas para Liberdade;

e alguns ouviram a Liberdade, mesma, proclamar, em versos que mais tarde escreveria o soldado 4396, do 6.º Regimento:

Distribuo aos oprimidos
Sol partido em pequeninos,
Rasgando azuis de Justiça
Em nuvens de escravidão;
E enquanto as bastilhas caem
Inscrevo, em lápides frias,
Epitáfios, para as tumbas
Dos tiranos que virão.

Em São Francisco, a poesia e o Direito andaram sempre de mãos dadas. É expressivo que os nomes de três grandes poetas do romantismo figurem na fachada de nossa escola — e não por exemplo os de TEIXEIRA DE FREITAS, LAFAYETTE, JOÃO MENDES JÚNIOR, PEDRO LESSA, WHITAKER.

E se morreram cedo demais CASTRO ALVES, AZEVEDO e VARELA, outros grandes poetas, como VICENTE DE CARVALHO e RAYMUNDO CORREA, acrescentaram a suas realizações líricas a vivência do Direito.

Do sentimento nacional e do amor à Liberdade se alimentou sempre, na Academia do Largo de São Francisco, a disposição de luta. Os Faróis Paulistanos, os Hinos a Palmares, os M.M.D.C., os 9 de novembro, as Folhas Dobradas — exprimiram sempre aquelas inspirações.

É bem certo que a Academia, ao instalar-se no coração do Território Bandeirante, herdava a audácia e a agressividade da Bandeira. Mas nos bandeirantes influíam somente um arremesso primitivo, quase selvagem, para a ação livre, e a intuição obscura de um caráter nacional ainda por definir-se. Na disposição de luta da Academia, ao revés, a nítida consciência da nacionalidade e a visualização precisa dos ideais libertários descreveram, ao longo de um século e meio, caminhos de ação coerentes.

Assinale-se, pois: a instalação da academia em Piratininga marca o divisor entre ondas de mera disposição inominada de luta e vetores de obstinada disposição de luta pelo Direito.

Antes de 11 de Agosto de 1827, os homens de São Paulo eram procurados, solicitados, recrutados — sempre que a presença de sua generosa disposição de luta se reclamava, a qualquer título. A partir de 11 de Agosto de 1827, a polarização dos Paulistas para os ideais da Liberdade e da Justiça transformou-os em combatentes que não poderiam ser aliciados para causas menores, porque voltados às grandes tarefas do Direito.

Nos 154 anos decorridos, as sucessivas gerações Acadêmicas acumularam, dia a dia, ano a ano, geração a geração, um admirável acervo de realizações sociais, fundadas sempre em sua crença no Direito, em seu amor à Liberdade, em sua dedicação ao Brasil.

Neste dia 11 de Agosto, permita-se ao soldado 4396, ao oficial, neste salão nobre, as cerimônias comemorativas da nossa data, encerrar sua oração com o seu

Soneto de São Francisco

- Academia, que eu menino
Amei, ao sol da fantasia;
Bandeira que agitei, sorrindo,
Na adolescência, em desafio:
Teu ritual, sob os teus hinos,

Nas cerimônias que officio,
 Inda me envolve em teu fascínio
 — Em ti me integro, Academia!
 Fulge a Justiça, no teu páteo,
 A Liberdade, nos teus cláustros,
 Em teus umbrais, a Poesia;
 E os jovens abrem teus caminhos,
 Reconstruindo, em borbórinho,
 A aurora em tuas arcarias.

Canto de glória da Faculdade de Direito de São Paulo

Oliveira Ribeiro Neto

Minha velha escola, como estás mudada,
 velha Faculdade outrora levantada
 pelas mãos dos frades, pelas mãos dos índios
 na manhã dourada de Piratininga.
 Quantas horas longas, quantas horas lentas
 sobre ti passaram, mansas, sonolentas
 pelos claustros onde claros franciscanos
 iam desfiando contas e orações.
 Velho casarão! Quantos corações
 entre as taipas toscas e os beirais tranqüilos
 viste que murcharam como murcham lírios,
 viste que morreram nos buritis sombrios,
 pelos cláustros brancos, pelos cláustros frios.
 Depois, numa tarde linda de noivado,
 sinos que batiam, sinos pelos ares.
 E a alegria chegou para viver contigo
 como se em alforge roto de mendigo
 uma cornucópia de ouro se entornasse.
 A alegria infrene dos teus estudantes
 transbordou nas ruas da aldeiola morta.
 Correu tua fama, foi de porta em porta
 do Brasil, chamando os moços que sonhavam
 sonhos de beleza, glória e liberdade.
 Dos arcos curvados das tuas arcadas
 o amor atirava flechas encantadas
 com filtros de fogo e cantos de poesia,
 e enchia de volúpia em transes de paixão
 o coração das lânguidas donzelas
 espiando à rótula das tímidas janelas,

bordando sedas ou tecendo rendas,
 ou envoltas na sombra das mantilhas
 indo rezar, tementes do demônio,
 nas novenas do Carmo e Santo Antônio.
 Junto à capa negra, plange um violão.

Passa o romantismo da terra paulista
 à garoa fria ou ao luar de prata:
 — o estudante e sua noiva, a serenata.

Alguém, que já não vive neste mundo,
 — é Byron, — os acompanha passo a passo.

É ele que insinua à crença de Azevedo
 e atrás compreensão a torturar de medo,
 a dúvida que mata a lúcida manhã:

“Se eu morresse amanhã, viria ao menos
 fechar meus olhos minha triste irmã”.

Ele é que sussurra na alma de Varela
 o cântico sentido ao ver o filho morto
 e guia a mão ao trêmulo poeta:

— “Oh tu que eras na vida a pomba predileta”
 Fantasma que os seguiste em passos de mistério,
 que morte que lhes deste e que imortalidade!

Quando a escravidão, nos corpos cor da noite
 punha estrelas de sangue na vergonha do açoite,
 foi a tua caridade, São Francisco,
 que aos moços do Mosteiro ensinou este grito:

— “Deus oh Deus onde estás que não respondes?
 Em que mundo, em que estrela tu te escondes
 embaçado nos céus?”

A voz de CASTRO ALVES, rolando no infinito,
 conseguiu arrancar dos troncos de granito
 a raça carinhosa que embalou meu berço.

Esse canto ainda vibra a rolar pelo espaço:
 “Senhor Deus dos desgraçados,
 dissei-me vós Senhor Deus,
 se é loucura ou se é verdade
 tanto horror perante os céus? ”

E o eco despertado em Santo Amaro,
 subindo ao céu sobre a garoa e o pó,
 lavou em Sangue Limpo o verbo claro
 do gênio singular de PAULO EIRÓ,
 e erguendo em sua alma o culto e o altar,
 nas Arcadas de lendas e de glórias,

BERNARDO GUIMARÃES contou estórias
e o romance deu alma nova a Alencar.

E o mesmo sonho de intenso amor ao mundo,
à luz do sol, à luz do gás, à luz da vela,
ergueu um templo de fulgor amplo e profundo
aos santos do parnaso e do soneto,
às *pombas* que se vão e ao *mal secreto*,
e ao poeta de *Nós*, no amor paulista,
como à rosa de amor purpúrea e bela,
de GUILHERME, de VICENTE e de RAIMUNDO.

Perpassam nas Arcadas a voz e a nostalgia
de tantos corações iluminados,
dos poetas menores, confinados
aos próprios sonhos de amor e de poesia
e em ruínas de sonhos enterrados.

E em verdade, vós outros que sois glorificados,
em clarões de presente e de saudade,

— SÃO MENOTTI DEL PICCHIA, SÃO CASSIANO,
fazei que nasçam poetas ano a ano,
para cantar-te as glórias, Faculdade!

Minha Academia, velho ninho de águias,
fonte esclarecida de ideal clarão,
já vinte anos antes mesmo da Rebública
mandaste teus filhos conduzindo o archote,
lúcidos pregoeiros da renovação.

E quando o Brasil, trêmulo e humilhado,
sem lei e sem rumo, ia escravizado
engulindo as lágrimas duma longa noite
sem o breviário da Constituição,
foi tua coragem, minha velha Escola,
que fez das Arcadas muros de defesa,
que tornou as taipas em fortins de guerra,
e pôs no teu peito o fanal da luta
do ânimo paulista a mostrar a senda
duma liberdade sem ser usurpada.

Os teus dois patronos foram teu exemplo,
pois foi SÃO FRANCISCO que te deu a fibra,
pois que foi SÃO PAULO que te deu a espada!

Hoje que estás rica, de pedra vestida
toda rendilhada qual noiva garrida
do São Paulo novo dos arranha-céus,
hoje que não dormes sob os longos véus
de névoa e de garoa do São Paulo antigo

de ruas estreitas e falar pausado,
 eu confio e espero em tua mocidade,
 que é a mesma sempre, minha Faculdade,
 pois Ruy, e Nabuco, e Rio Branco, e mil outros
 que deram à pátria um nome glorioso
 enchendo de luzes páginas da História,
 vão mostrando aos moços, por felicidade,
 que o teu nome sempre, minha Faculdade,
 é a melhor das rimas para Liberdade
 e a melhor das chamadas para o altar da Glória.

A Associação dos Antigos Alunos retorna à Academia

Após a sessão solene comemorativa do XI de Agosto, dirigiram-se todos ao segundo andar para inaugurar a nova sede da Associação dos Antigos Alunos.

Além dos convidados, estava presente toda a Diretoria da Associação, atualmente assim constituída: presidente de honra, Ministro PEDRO CHAVES; presidente, Dr. TRAJANO PUPPO NETO; Vice-Presidente, Dr. EDUARDO TELLES PEREIRA; 1.º secretário, Dr. PEDRO BRASIL BANDECHI; 2.º secretário, Dr. CLÁUDIO GÔMARA DE OLIVEIRA; 1.º tesoureiro, Dr. PAULO TEIXEIRA DE CAMARGO e 2.º tesoureiro, Dr. ALOÍSIO LACERDA DE MEDEIROS.

Retornavam, pois, os ex-alunos à sua velha Academia, após 25 anos de ausência, para ocupar a sala onde funcionou por muitos anos a Chefia Técnica da Biblioteca Geral, na parte sul do edifício que dá para a rua Riachuelo.

Já, então, em sua discreta mas acolhedora sede, ouviram-se as breves mas candentes palavras dos oradores.

Primeiro, o Sr. Diretor da Faculdade faz alusões às vantagens da permanência da Associação sob as Arcadas. Depois, o presidente da Associação, Dr. TRAJANO PUPPO NETO, reitera o agradecimento da Associação ao Diretor e considera a Faculdade e a Associação um todo inseparável, embora “aquela represente o momento, a transição e esta “a continuação, o prolongamento, a extensão da “Alma Mater”. Referiu-se à colação de grau como o “elo sentimental, forte e consciente que mantém os antigos alunos “jungidos à velha e sempre nova Academia”. E à vivência sob as Arcadas como estímulo constante em razão do legado cívico, científico e histórico dos grandes vultos que por aqui passaram.

Falaram também o desembargador ADRIANO MARREY JÚNIOR e o vice-presidente, Dr. EDUARDO TELLES PEREIRA que fez questão de salientar a atuação amiga e decisiva do Professor ANTÔNIO CHAVES e da Bel.^a DRINADIR COELHO, Assistente Técnico, para que se concretizasse o ideal dos ex-alunos de voltar à casa de onde jamais deveriam ter saído. Prestou homenagem, também, à figura simpática e amiga do antigo “ex-aluno” símbolo da Academia, Dr. EMÍGDIO PEREIRA NETO, infelizmente ausente.

E foi assim, em ambiente de alegre confraternização de professores, ilustres personalidades, alunos, ex-alunos e funcionários da família acadêmica que se inaugurou a nova sala da Associação dos Antigos Alunos, onde, também, “se deixa a folha dobrada enquanto se vai morrer”

Palavras do Dr. Trajano Pupo Neto

Para nós, da Associação dos Antigos Alunos, hoje é o retorno ao lugar de onde jamais deveríamos ter saído.

A colação de grau não é o rompimento com o passado, agradável e estimulante, de lutas e de conquistas, durante o qual haurimos ensinamentos superiores e exemplos dignificantes. Muito pelo contrário. É o elo sentimental, forte e consciente, que nos mantém jungidos à “velha e sempre nova Academia”.

Que alegria estarmos de novo sob as venerandas, corajosas e indomáveis Arcadas, por onde passaram os mais notáveis e destemerosos vultos da História Pátria! Estimulados por exemplos tão dignificantes, saberemos honrar as nobres tradições desta Casa.

É preciso registrar, com os nossos profundos agradecimentos, que devemos à compreensão, ao estímulo e à decisão do Professor ANTÔNIO CHAVES, Digníssimo Diretor, a nossa reintegração à Academia, do “Território Livre do Largo de São Francisco”.

Só sob a égide do Direito encontra o homem o clima de liberdade capaz de levá-lo a viver com honra e dignidade. Para tanto, precisamos do apoio — que, estamos seguros, não nos faltará, de todos os nossos queridos colegas, antigos alunos, como nós. Somente assim, estaremos à altura da grandeza da obra que nos incumbe, como advogados e como cidadãos.

São Paulo, 11 de agosto de 1981.

Medalha de Ouro para Civilista das Arcadas

A Redação

Eleito Civilista do ano de 1981, o Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA, desta Faculdade, recebeu do Instituto de Divulgação do Direito Civil, em sessão realizada a 11 de agosto naquela agremiação, a Medalha de Ouro do Mérito Jurídico Civil.

Introduzido no recinto por seus ilustres pares, foi saudado pelo historiador e jurista, Professor TITO LÍVIO FERREIRA.

Agradecendo o prêmio e a saudação, o homenageado proferiu o discurso que se transcreve a seguir, sob o título: *O Direito Civil e o Processo*. O orador ressalta a decadência atual do Direito Civil no Brasil, em contraposição ao Direito Processual que aliás se desgarras das bases legítimas do "Jus Civile", prejudicando, em consequência, as lides judiciais.

Considerando a láurea recebida não um prêmio mas estímulo, LIMONGI FRANÇA empenha sua dedicação total ao Direito Civil, para restaurar-lhe as "bases da Técnica Racional" e a "boa Doutrina", até que "caia o pano final das pálpebras cansadas".

O direito civil e o processo

Meus Senhores!

Recebo com humildade e particular gratidão a subida láurea, com que haveis considerado por bem distinguir-me, qual seja a medalha de ouro do *Mérito Jurídico Civil*, oriunda da indicação como o *Civilista do Ano*.

Tão honrosa comenda tanto mais me é cara, quanto mais tenho em vista a entidade que ma outorgou, — o Instituto para a Divulgação do Direito Civil.

É que, com efeito, em razão de profunda identidade de propósito e ideais, está fazendo exatamente quatro anos que, por ocasião do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos, ao lançar os dois primeiros volumes da Enciclopédia Saraiva do Direito, achei indispensável sublinhar a égide do Direito Civil, fundando, entre nós, como fundei, a primeira

Revista de Direito Civil, de nosso país, e, ao lado da *Révue Trimestrielle* e da *Rivista di Diritto Civile*, a terceira e, até o presente, uma das três únicas do Direito Comparado.

Já conta ela hoje dezoito volumes feitos, dos quais catorze estão publicados.

Conforme aí podeis averiguar, cultivamos a mesma seara das melhores intenções com referência à defesa do Direito, com vistas à boa consecução da Justiça.

Desde o prefácio do volume primeiro deixamos bem claro que não tem sentido a hipervaloração do Direito Público, e, especialmente, a do Direito Processual, ora em verdadeira epidemia cultural em nosso País, devido ao desarraigamento das suas bases as quais, por razões históricas e ontológicas, se encontram no duas vezes milenar *Jus Civile*, de onde saíram todas — absolutamente todas — as disciplinas do Direito Moderno.

A falta de humildade científica, sobretudo de alguns moços juristas de hoje, os tem levado a afrontar essa verdade, sobretudo no campo processual, de tal forma que, conforme cotidianamente se depara, advogados têm sustentado, e magistrados têm decidido, pura e exclusivamente com base no Código de Processo Civil, assuntos do mais profundo direito material.

Assim, instando em que o Processo não é adjetivo, mas instrumental, estão acabando por transformar o Direito Material em adjetivo do Processo.

Curiosamente, os mestres estrangeiros em que se baseiam, não possuem esse vezo, dada à sólida formação jurídica das universidades européias, antolhando-se-nos verdadeiramente esdrúxula a transformação que a matéria vai experimentando entre nós.

Com efeito, tendo procurado o seu aprimoramento em *cientistas do Direito Processual*, a insuficiente formação e informação sobre o Direito Material, levou uma primeira geração de dedicados estudiosos a se insularem no mundo esotérico de impermeável *Processualismo*, ao passo que, diante disso, o fascínio dos melhores talentos estudantis, da geração subsequente, se foi voltando para um exagero maior que ora os tem levado a verdadeiro *bizantinismo neopraxista*.

Assinale-se, por outro lado, que a responsabilidade por esse estado de coisas, o qual tem transformado as pendências judiciais em verdadeiro tabuleiro de xadrez, com as suas “preclusões”, “carências”, “julgamentos antecipados” e

“ilegitimidades”, não está apenas na unilateralidade de grande parte dos professores de Processo da minha geração, senão também — e quiçá principalmente — no caráter pragmatista, imediatista, jurisprudencialista, aresteiro, provinciano, de uma decadente e predominante pretensa ciência do Direito Civil.

A tal ponto que a maioria das obras verdadeiramente universitária, desta matéria, não contam senão com uma minoria de leitores, ao passo que os manuais, ao modo de desataviadas apostilas, ganham com facilidade a preguiça e a inércia de profissionais menos avisados.

Daí a importância do vosso Instituto e o valor que atribuo à vossa láurea, sobretudo numa ocasião em que já íamos perdendo de vez o encantamento pelo nosso trabalho, posto que o julgávamos praticamente em vão.

Daí também não ir recebê-la como um prêmio, senão como uma incumbência.

A incumbência de continuar fiel à minha vocação científico-civilística, já agora com os elementos de uma experiência jurídica de quase quatro décadas, até que se me apaguem as luzes da razão e, no dizer do Poeta, “caia o pano final das pálpebras cansadas”.

Meus Senhores!

Que estas palavras não as leve o vento.

E que, incentivado pela vossa láurea, continue sensível aos ditames dessa vocação, para, ao vosso lado, pugnando pelo Direito Civil, o faça *ipso facto*, a bem da restauração das bases da Técnica racional assim como a boa Doutrina, sem as quais claudica o Direito e esboroa-se a Justiça!

A “Revista da Faculdade de Direito” Agradece Colaboração de Ex-Aluno

A Redação

A *Revista da Faculdade de Direito*, através de sua D.D. Comissão de Redação, consigna neste volume especial reconhecimento por espontânea, graciosa e anônima colaboração prestada durante 25 anos pelo bacharel GERALDO TOLOSA.

GERALDO TOLOSA, ex-aluno desta Faculdade, foi quem verteu os índices da “Revista da Faculdade de Direito” para o francês e inglês, desde o volume 51-1956 até este mesmo número 76-1981, tendo contribuído dessa forma para a divulgação da Revista nos países estrangeiros.

Registre-se que em sua liberalidade e amor à antiga escola, visou apenas colaborar para que a doutrina jurídica dos Professores de sua Faculdade fosse, em síntese, entendida no exterior. E, a título de contribuição para as memórias acadêmicas, lembre-se, também, que nosso colaborador de tantos anos lecionou francês e inglês, desde 1944 no Curso Castelões, tendo preparado para concursos vestibulares ao Direito 4.872 alunos, dos quais 3.100, aproximadamente, foram aprovados nesta Faculdade.

Portanto, a “*Revista da Faculdade de Direito*” da Universidade de São Paulo faz justiça, expressando aqui sua gratidão.

INDICE

IN MEMORIAM

In Memoriam de Anacleto de Oliveira Faria — Tércio Sampaio Ferraz Júnior	15
---	----

DOCTRINA

Repressão Penal às Violações do Direito de Autor. As Inovações Introduzidas pela Lei n. 6.895, de 17.12.80, Aumentaram as Atribuições dos Delegados de Polícia — Antônio Chaves ...	25
Contribuição de Melhoria e Taxa de Iluminação Pública — Ruy Barbosa Nogueira	39
O Princípio da Lei mais Favorável no DIP — Haroldo Valladão .	53
Associações Religiosas. Natureza Jurídica — Antônio Chaves ..	63
O Novo Direito do Mar e a América Latina — Vicente Marotta Rangel	75
O Direito Comparado no Curso de Pós-Graduação — José Cretella Júnior	87
Prazo de Ação Rescisória e Direito Intertemporal — Celso Neves ..	97
Empresas Multinacionais e Soberania do Estado — Dalmo de Abreu Dallari	107
O Direito de Subscrição em Aumento de Capital, no Fideicomisso Acionário — Fábio Konder Comparato	123
Do Conflito de Atribuição no Código de Processo Civil Brasileiro — José Cretella Júnior	145
A Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas Corpus e Mandado de Segurança — Ada Pellegrini Grinover	163
A Revogação da Sentença no Direito Lusitano — Moacyr Lobo da Costa	179
Direito e Poder na Reflexão de Miguel Reale — Celso Lafer ...	203
O Pensamento Jurídico-Filosófico do Professor Goffredo Telles Júnior — Aloysio Ferraz Pereira	223
Breves Considerações em Torno da Estrutura e Função da Fórmula com Cláusula Arbitrária no Processo Romano Clássico — Luiz Carlos de Azevedo	249

PARECER

Doação à Instituição Religiosa e a Emenda Constitucional n.º 1/69 — Eros Roberto Grau	255
--	-----

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Necessidade de Atualização da Reparação pelo Dano à Pessoa Humana — Antônio Chaves	273
O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional — Manoel Gonçalves Ferreira Filho	299
A Profissão do Direito — Modesto Souza Barros Carvalhosa	315
Justiça Concreta — Modesto Souza Barros Carvalhosa	323
O ECAD e o Direito de Execução no Brasil — Carlos Alberto Bittar	331
Pobreza y Cultura — Alberto Wagner de Reyna	353
A Tributação dos Direitos de Autor — Carlos Alberto Bittar	375

CRÔNICA DAS ARCADAS

João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, Professor Emérito — A Redação	397
Saudação do Professor Ruy Barbosa Nogueira	405
Oração do Professor João Baptista de Oliveira e Costa Júnior	411
Novo Professor Titular de Medicina Forense, Dr. Odon Ramos Maranhão — A Redação	417
Saudação da Professora Ada Pellegrini Grinover	423
Oração do Professor Odon Ramos Maranhão	427

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

O 11 de Agosto e o Retorno da Associação dos Antigos Alunos — A Redação	435
Discurso do Professor Dr. Geraldo de Camargo Vidigal	436
Canto de Glória da Faculdade de Direito de São Paulo — Pedro Oliveira Ribeiro Neto	440
A Associação dos Antigos Alunos Retorna à Academia — A Redação	443
Palavras do Dr. Trajano Puppo Neto	444
Medalha de Ouro para Civilista das Arcadas — A Redação	445
O Direito Civil e o Processo — Rubens Limongi França	445
A Revista da Faculdade de Direito Agradece Colaboração de Ex-Aluno — A Redação	449

I N D E X

IN MEMORIAM

In memoriam de Mr. Anacleto Oliveira de Faria — Tércio Sampaio Ferraz Júnior	15
---	----

DOCTRINE

La répression pénale aux violations du Droit d'Auteur. Les innovations introduites par la loi n. 6.895, du 17.12.1980, ont augmenté les attributions des agents de police — Antônio Chaves	25
La Contribution pour amélioration et la taxe d'illumination publique — Ruy Barbosa Nogueira	39
Le principe de la loi la plus favorable en Droit International Privé — Haroldo Valladão	53
Les Associations Religieuses. Leur Nature Juridique — Antônio Chaves	63
Le Nouveau Droit de la Mer et l'Amérique Latine — Vicente Marotta Rangel	75
Le Droit Comparé aux Cours de post-graduation — José Cretella Júnior	87
Le Délai de l'Action Rescisoire et le Droit Intertemporel — Celso Neves	97
Les Sociétés Multinationales et la Souveraineté de l'État — Dalmo de Abreu Dallari	107
Le Droit de Souscription en Augmentation de Capital, dans le Fidéicommiss Actionnaire — Fábio Konder Comparato	123
Le Conflit d'Attribution dans le Code Brésilien de Procédure Civile — José Cretella Júnior	145
La Tutelle Préventive des Libertés: l'Habeas Corpus — Ada Pellegrini Grinover	163
La Révocation de la Sentence dans le Droit Portuguais — Moacyr Lobo da Costa	179
Droit et Pouvoir d'après les Réflexions de Mr. Miguel Reale — Celso Lafer	203
La Pensée Juridico-Philosophique de Mr. le Professeur Goffredo Telles Júnior — Aloysio Ferraz Pereira	223
De Brèves Considérations sur la Structure et la Fonction de la Formule à Clause Arbitraire dans la Procédure — Luís Carlos de Azevedo	249

OPINION JURIDIQUE

La Donation faite à une Institution Religieuse et l'Emendation Constitutionnelle n.º 1/69 — Eros Roberto Grau ..	255
--	-----

CONFÉRENCES ET DISCOURS

Le Besoin d'actualiser la réparation aux dommages portés à l'individu — Antônio Chaves	273
Le Pouvoir de Police, le Développement et la Sûreté Nationale — Manoel Gonçalves Ferreira Filho	299
La Profession du Droit — Modesto Souza Barros Carvalhosa	315
La Justice Concrète — Modesto Souza Barros Carvalhosa . .	323
L'ECAD le Droit d'Exécution Musicale au Brésil — Carlos Alberto Bittar	331
Pauvreté et Culture — Alberto Wagner de Reyna	353
La Taxation des Droits d'Auteur — Carlos Alberto Bittar . .	375

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ

João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, Professeur Emérite — La Rédaction	397
Discours de Réception par Mr. le Professeur Ruy Barbosa Nogueira	405
Discours de remerciements par Mr. le Professeur João Baptista de Oliveira e Costa Júnior	411
Le Nouveau Professeur de Médecine Légale, le Dr. Odon Ramos Maranhão — La Rédaction	417
Discours du professeur Ada Pellegrini Grinover	423
Discours de remerciements par Mr. le professeur Odon Ramos Maranhão	427

CONTRIBUTION POUR LES MEMOIRES ACADEMIQUES

Le onze août et le Retour de L'Association des Anciens Elèves — La Rédaction	435
Discours de Mr. Le Professeur Dr. Geraldo de Camargo Vidigal	436
Chant de Gloire de la Faculté de Droit de São Paulo — Pedro Oliveira Ribeiro Neto	440
L'Association des Anciens Elèves Retourne à la Faculté	443
Quelques mot Prononcés par le Dr. Trajano Puppo Neto	444
Un Civiliste de la Faculté est Décoré d'une Médaille d'Or — La Rédaction	445
Le Droit Civil et la Procédure — Rubens Limongi França	445
La Revue de la Faculté Remercie la Collaboration d'un Ancien élève — La Rédaction	449



IMPrensa OFICIAL DO ESTADO
SÃO PAULO - BRASIL
1982

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).