

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

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

Largo São Francisco, 95
Térreo - CEP 01005
01000 - São Paulo, SP

NOTAS:

1. As expedições futuras dependem da devolução deste cartão.

Les expéditions ultérieures dépendent du renvoi de cette carte.

Further mailings depend on the return of this card.

2. Solicitamos permuta com publicação congênere.

Nous demandons l'échange avec publication congénère.

Please exchange with similar publication.

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

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

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

NOME _____
ENDEREÇO _____
CÓDIGO POSTAL _____
DATA _____
ASSINATURA _____

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
01005 - Largo São Francisco, 95. Térreo. 01000 - São Paulo, SP - BRASIL

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



01005 — Largo São Francisco, 95, Térreo
01000 — São Paulo, Brasil

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

18-05 87

FAC. DIV. U. S. P.
DIVISIONAL. CENTRAL

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

PROFESSORES MEMBROS

DR. MIGUEL REALE
DR. ANTÔNIO CHAVES
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL
DR. JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA
DR. MAURO BRANDÃO LOPES
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO
DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

PROFESSORES HONORARIOS

RUI BARBOSA (1949 - 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 (1970 - 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 - 1965)
ALEXANDRE CORREIA (1890 - 1984)
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 EULALIO 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 BUZUID, 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 CRETELLA JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, de Direito Penal
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO ROBERTO 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. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER, de Direito Processual Penal
DR. ODON RAMOS MARANHÃO, de Medicina Forense
DR. GERALDO ATALIBA, de Direito Financeiro
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil

PROFESSORES-ADJUNTOS

DR. RENATO CIRELL CZERNA, de Filosofia do Direito
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA, de Direito Civil
DR. TOMAS FRANCISCO DE MADUREIRA PARA 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. LUÍS 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
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. WALTER MORAES, 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. FABIO NUSDEO, de Direito Econômico
DR. CASSIO DE MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, de Direito Internacional

PROFESSORES LIVRES-DOCENTES

DR. PEDRO PAES FILHO, de Direito Civil
DRA. ODETE MEDAUAR, de Direito Administrativo
DR. CARLOS ALBERTO BITTAR, de Direito Civil

Assistente Técnico para Assuntos Acadêmicos

BEL. ODILA REGINA INDOLFO

Assistente Técnico para Assuntos Administrativos

BEL. HENRIQUE SCALFI

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME LXXX

(Janeiro - Dezembro)

1985

Comissão de Redação:

Professor Dr. José Cretella Júnior

Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira

Professor Dr. Irineu Strenger

Redator Secretário:

Bel. em Direito e Jornalismo: Antonio Augusto Machado de Campos

“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, subordinados a um sumário inicial;
2. Não poderão exceder a 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.

A Comissão

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

Em seu **OCTAGÉSIMO** nono 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. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade.

«Revista da Faculdade de Direito»

Endereço correto para permuta:

01005 — Largo de São Francisco, nº 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — Brasil

Conflito de Atribuições no Direito Administrativo

*José Cretella Junior **

SUMÁRIO: Síntese: 1. O vocábulo «atribuição». 2. A expressão «conflito de atribuições». 3. O vocábulo «conflito». 4. Conflito de jurisdição. 5. Conflitos no direito pátrio. 6. Origem da confusão. 7. Conflitos no Código de Processo Civil de 1939. 8. Comentadores do Código de 1939. 9. O Código de 1973. 10. Comentadores do Código de 1973. 11. Conflitos de atribuição «internos». 12. Conflitos de atribuição «externos». 13. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969. 14. Natureza jurídica dos conflitos «internos» e «externos».

1. O vocábulo «atribuição»

Uma das **conseqüências da hierarquia**, no Brasil, é a **resolução dos conflitos de atribuição**. Em que consistem esses **conflitos**?

Nos países de unidade de jurisdição ou de jurisdição una, como o Brasil, em que vigora a regra **una lex, una jurisdictio**, «atribuição» é «desempenho de serviço público», «tarefa», «função», «atividade administrativa», «conjunto de poderes funcionais que órgãos ou agentes são autorizados, por lei, a exercer, no exercício do cargo», «círculos 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, internamente, na esfera do Legislativo e do Judiciário (a exceção).

Nos países de «jurisdição dupla», com a França, que admitem o **contencioso administrativo** e, portanto, **duas ordens judicantes**, paralelas, mas autônomas, «atribuição» é o mesmo que «jurisdição».

2. A expressão «conflito de atribuições».

As expressão «conflito de atribuições», no direito universal, tem dois sentidos radicalmente diferentes: «choque entre duas autoridades administrativas, em matéria administrativa» (Brasil) e «choque de

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

competência para decidir contenciosamente» (França), também em matéria administrativa.

Fazendo-se abstração dos Poderes (**aspecto formal**), para levar-se em conta, apenas, o exercício da atribuição (**aspecto material**), podemos dizer que, no Brasil, «conflito de atribuições é a luta de competência administrativa entre agentes ou órgãos que se julgam, simultaneamente, aptos ou não, 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**.

Eis como as coisas ocorrem nos países de jurisdição una, nos quais inexistente o contencioso administrativo.

Se, entre nós, 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 administrativo. Ou para o desempenho da atividade (fato administrativo).

Conflitos de atribuição externos são os que ocorrem entre autoridades de dois Poderes diferentes (Legislativo e Executivo, Executivo e Judiciário, Legislativo e Judiciário), quando, no desempenho daquele «quantum» de Administração existente fora do Executivo, autoridades máximas desses dois Poderes (o Judiciário e o Legislativo), se julgam competentes ou incompetentes para a edição do mesmo **ato administrativo** ou para o desempenho do mesmo **fato administrativo**.

Eis agora como as coisas se passam nos países, como a França, em que existe o **contencioso administrativo**.

Nesses países, «conflito de atribuição» é «conflito de jurisdição» entre autoridades do **contencioso administrativo** e **autoridades judiciárias**, porque ambas **judgam**, ambas têm **poderes jurisdicionais**. Estão aqui, em choque, autoridades judicantes de duas ordens, cabendo ao Tribunal de Conflitos dizer qual das duas ordens podem tomar conhecimento da questão e julgá-la, se o Conselho de Estado (Corte Administrativa suprema), se a Corte de Cassação (Corte Judiciária máxima do direito comum).

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», 6,5: naves inter se **confluxerant**. Descrevendo, na «Eneida», II, verso 417, a fúria dos elementos, Vergílio disse: *acversi vento **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 competência» 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», 3ª ed. 1940, p. 28), pode ocorrer que dois ou mais juizes (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», 4ª ed., 1939, vol. I, p. 190). A observação de MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO é perfeita, incensurável, correta.

Por sua vez, no Brasil, o **conflito de atribuição** diz respeito à **luta de competência** administrativa, quer pertençam ambas as autoridades ao mesmo Poder (conflito interno de atribuição), quer pertençam a Poderes diferentes (conflito externo de atribuição).

4. Conflito de Jurisdição

Conflito de jurisdição, 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 arts. 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, no Brasil, as autoridades administrativas e judiciárias.

Na França, tal «conflito de jurisdição» é possível; recebendo o nome técnico de «conflito de atribuição», na França é sinônimo de «jurisdição»; no Brasil, «atribuição» é sinônimo de «ato administrativo» ou de «fato administrativo».

Na França, os **conflitos de jurisdição** que ocorrem entre magistrados do Poder Judiciário, são sempre **internos**, ao passo que os **conflitos externos** «de jurisdição» é que recebem o nome técnico de **conflitos de atribuição**.

5. Conflitos no Direito Pátrio.

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

O **conflito de jurisdição** ou **conflito de competência**, que envolve sempre juízes ou tribunais, é **matéria de direito processual**. O **conflito de atribuição**, embora envolva, de um lado, juízes de 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, porque é concernente a desempenho de serviço publico.

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 autoridades 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 «conflitos de atribuição interno» o que se verifica entre autoridades do mesmo Poder; «conflito de atribuição externo», o que ocorre entre autoridades pertencente 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 C. Pr. Civ., art. 124, a CF, art. 119, I, f e o Reg. Interno do STF, art. 6º, e, este ultimo, 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 «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, os tribunais administrativos julgam, dizem o direito, desempenham atividades judicantes, em matéria administrativa.

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 C. Pr. Civ. de 1939 matéria incompatível com o nosso sistema jurídico, acabando por influenciar comentadores como PONTES DE MIRANDA que, ao analisar exaustivamente o C. Pr. Civ. de 1939 e o de 1973, não percebeu o absurdo da situação.

ALFREDO BUZUID, idealizador e estruturador do atual C. Pr. Civ., colocou as coisas no devido lugar, ao deferir aos Regimentos Internos dos Tribunais a tarefa da disciplinação do processo e julgamento do «conflito de atribuição» entre **autoridade judiciária e autoridade administrativa.**

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 or-

dem. 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 contrariedade 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 LAUBADERE, «Traité élémentaire de droit administratif», 1953 ps. 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, 4º; CF de 1969, art. 153, § 4º).

Como o legislador processual de 1939 traduziu lei estrangeira, procurando adaptá-la a nosso direito, os arts. 146 e 802 do C. Pr. Civ. dão a impressão de que há, no Brasil, o instituto do contencioso administrativo.

O art. 802 («O conflito de jurisdição poderá ocorrer entre autoridades judiciárias ou entre estas e as administrativas») do C. Pr. Civ. 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 art. 802 do C. Pr. Civ. 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 do ditatorial, sob evidente inspiração de países que admitiam o **contencioso administrativo**, o C. Pr. Civ. 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 o modelo francês não se ajusta à realidade brasileira.

O art. 146 do C. Pr. Civ. de 1939 está em ligação estreita com o art. 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 STF, b) os Tribunais de Justiça (antes Tribunais de Apelação) ou c) os próprios juizes de direito, nos demais casos. Onde se lê «conflitos de jurisdição» deve ler-se «conflitos de atribuição».

Ao passo que o C. Pr. Civ. de 1973 não determinou quem processaria e julgaria o **conflito de atribuições** entre **autoridades judiciárias** e **autoridades administrativas**, assim que suscitado, o C. Pr. Civ. 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: sejam quem for competente para conhecer e julgar o conflito, deve fazê-lo, conforme o respectivo Regime Interno, sempre levando-se em conta o que a CF determinou.

7. Conflitos no Código de Processo Civil de 1939.

Absurdo flagrante, porque divorciado da realidade, é o conflito de jurisdição entre **autoridades judiciárias** e **autoridades administrativas** a que faz referência o art. 146 do C.P.C. de 1937, heresia repetida no art. 802 do mesmo Código Processual, apresentado ao Presidente da República, em 24 de julho de 1939, conforme a Exposição de Motivos, redigida por Francisco Campos.

Por incrível que pareça, salvo raras exceções, os processualistas brasileiros da época tomaram a sério a letra do Código e dali partiram para considerações cerebrinas, sem base na realidade.

8. Comentadores do Código de 1939.

Comentando, em 1947, o C. Pr. Civ. de 1939, concluiu PONTES DE MIRANDA, ao referir-se ao art. 146: «É difícil, todavia, saber-se o que foi que verdadeiramente se pretendeu» («Comentários ao C. Pr. Civ.», Rio, 1947, vol. I, p. 508; 2ª. ed., 1958, vol. II, p. 349).

Aceitando, sem crítica, a colocação incorreta do C. Pr. Civ. de 1939, PONTES DE MIRANDA trata normalmente do «conflito de jurisdição entre autoridades judiciárias e administrativas» («Comentários ao C. Pr. Civ.», Rio, 2ª ed., 1958, vol. II, p. 347), escrevendo, a seguir, que o C. Pr. Civ. figurou os casos de conflito entre as autoridades judiciárias e as autoridades administrativas («Comentários ao C. Pr. Civ.», 2ª ed., 1958, vol. II, 348). E prossegue:

«Para que o Tribunal de Justiça decida conflitos de jurisdição entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas...» (Comentários ao C. Pr. Civ., Rio 2ª ed., 1958, vol. II, p. 384). 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 MIRANDA, ao comentar o art. 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 C. Pr. Civ.», Rio, 2ª ed., 1960, vol. X, p. 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 C. Pr. Civ.», Rio, 1947, vol. IV, p. 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 C. Pr. Civ. 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 C. Pr. Civ. 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», 4ª ed., 1955, vol. IX, p. 143). Nesta primeira parte, CARVALHO SANTOS pressentiu o erro do Código de 1939, mas não aprofundou o tema.

CARVALHO SANTOS equivoca-se, porém 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 atri-

buições» («Código de processo civil interpretado», 4ª ed., 1955, vol. IX, p. 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, p. 476), citando LOPES DA COSTA (cf. «Direito processual civil brasileiro», 1941, vol. L. ps. 235-236) e COSTA MANSO (cf. «O processo na segunda instância»), assinala com precisão que «não é possível 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 invalidade 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 Min. do STF, OROZIMBO NONATO, citado pelo professor CAIO TÁCITO (cf. «Conflito de atribuições», em «Repertório enciclopédico do direito brasileiro», vol. XI, p. 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 **ex-cêntricos**, 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**, 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**.

9. O Código de 1973

«Os regimentos internos dos tribunais regularão o processo de julgamento do conflito de atribuições entre autoridade judiciária e autoridade administrativa» — diz lapidariamente o C. Pr. Civ. brasileiro, de 1973, no art. 124. É a única referência, em todo o Código de Processo Civil, a esse tipo especial de conflito.

O C. Pr. Civ. 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 (arts. 146 e 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 C. Pr. Civ., em vigor; os **conflitos de atribuição**, assuntos 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 C. Pr. Civ. de 1939 (art. 146, I e II).

Qual o motivo por que o C. Pr. Civ. de 1939 disciplinou tais **conflitos**, determinando quem tinha competência para processá-los e julgá-los e o C. Pr. Civ. 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 a 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 da 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», ps. 101-109, fundada e dirigida pelo Professor ALFREDO BUZAID).

10. Comentadores de Código de 1973

Ao comentar o art. 124 do C. Pr. Civ. 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, 2ª ed., vol. II, p. 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, 2ª ed., vol. II, ps. 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 C. Pr. Civ. de 1973, que assim se entendesse o dispositivo. Tanto que remeteu a matéria para os Regimentos Internos do 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 BUZAID 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, 2ª ed., 1959, vol. I, p. 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 2ª p. 510).

SÉRGIO SAHIONE FADEL («Código de processo civil comentado», Rio, 1981, vol. I, p. 254) principia a tratar corretamente do assunto, apoiado em CAIO TÁCITO («Conflito de atribuições», em «Repertório enciclopédico do direito brasileiro», vol. XI, p. 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, p. 255).

Órgãos administrativos não exercem **função jurisdicional**, em nenhuma esfera e, muito menos, na esfera administrativa.

HELIO TORNAGHI, comentando o C. Pr. Civ. de 1973, principia, corretamente, dizendo que «não pode haver conflito de jurisdição entre órgão judiciário e órgão administrativo» (Comentários ao C. Pr. Civ.), 2ª ed., 1976, RT, vol. I, p. 377), mas depois oferece exemplo que não é pertinente à espécie. «Figura-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 C. Pr. Civ.», 2ª ed., 1976, RT, vol. I, p. 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, p. 243 e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, «Parecer», em RDA, 118/431).

11. Conflitos de atribuição «internos».

A todo momento ocorrem **conflitos de atribuição** «internos», ou seja, **luta** ou **choque de competência** entre duas autoridades **do mesmo Poder**, em matéria administrativa.

São dois agentes públicos que se julgam **competentes** — conflito positivo de atribuição — ou que se julgam **incompetentes** — conflito negativo de atribuição — para o desempenho de determinado serviço público ou para o exercício de certa função. Ou para a edição de ato administrativo.

Cabe ao superior hierárquico desses dois funcionários **de mesmo nível** a **resolução do conflito** e isso em decorrência da hierarquia.

Dirimido imediatamente o **conflito**, cessa a disputa, porque o superior decidiu **de plano** a quem cabe a **tarefa**.

Se os funcionários forem de níveis diferentes, sobe-se na escala hierárquica, até chegar-se ao **superior comum aos dois** e a este cabe dirimir o **conflito de atribuição** suscitado.

12. Conflitos de atribuição «externos».

Mais raros e mais complexos são os **conflitos de atribuição** entre autoridades pertencentes a dois Poderes distintos, sempre, e claro, **em** matéria administrativa, porque, do contrário, o **conflito**, simplesmente, inexistiria.

No Brasil, o Poder Executivo é quem, por excelência, edita **atos administrativos** e pratica **atos administrativos**, mas os outros dois Poderes por exceção, anormalmente, também administram.

Não conhecemos nenhum caso de **conflito de atribuição** de que tenha participado o Poder Legislativo, mas conseguimos selecionar alguns **choques de competência** entre **autoridades do Poder Executivo e autoridades do Poder Judiciário**, em matéria administrativa.

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 aquele comércio e o de plantas na área de 300 metros, a partir do centro dos mercados de flores localizados na 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 antiga 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, deferindo 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 REVISTA FORENSE, 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 REVISTA FORENSE, 73/554).

Em 24 de setembro de 1941, o plenário do STF, por maioria, contra o voto do Ministro CASTRO NUNES, relator, e de WALDEMAR 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 REVISTA FORENSE, 90/99).

Vale a pena ler o debate havido em plenário, entre os Ministros CASTRO NUNES e 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 Estadual e o Presidente do Tribunal de Apelação do Estado, achando-se

ambos competentes para a prática de determinado ato administrativo — **ato de nomeação** de funcionário estadual.

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 DL Estadual nº 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 STF, tendo a Magna Corte decidido com precisão: «O STF 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 nº 1.500, foi, entretanto, catalogado como de **Conflito de Jurisdição**»).

No caso, as duas autoridades se avocaram — avocação a faculdade de editar o ato administrativo de provimento de cargo público — ato de nomeação —, configurando-se 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 STF, 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», 5ª ed., 1974, p. 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-se 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 lhe 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 STF, a cujo plenário ficaria afeta a **resolução administrativa** desse **choque de competências**.

Nítido **conflito de atribuição** ocorreu em São Luís do Maranhão, sendo suscitante o Juízo dos Feitos da Fazenda Pública e suscitada a Alfândega de São Luís, ou seja, houve **choque de competência administrativa** entre o Juiz do Feitos da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Maranhão e o Inspetor da Alfândega de São Luís, pleiteando o suscitante o prosseguimento no processo de **busca e apreensão** requerido, preventivamente, pelo Procurador da República.

Suscitado o **conflito de atribuições** perante o STF, 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 STF 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 STF teve a oportunidade de examinar pseudo **conflito 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.

Conclui o STF 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 STF não é **órgão consultivo**, a questão só poderá ser decidida pelos meios próprios que a lei faculta (STF, em RDA, 8/123).

13. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969

Conforme o que determina a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 119, I, «f», compete ao STF processar e julgar originariamente os **conflitos de atribuições** que ocorrem (a) autoridades administrativas e autoridades judiciárias da União; (b) autoridades administrativas de um Estado e autoridades judiciárias de outro Estado; (c) autoridades judiciárias da União e autoridades administrativas de um Estado; (d) autoridades administrativas da União e autoridades judiciárias de um Estado; (e) autoridades judiciárias da União e autoridades administrativas do Distrito Federal; (f) autori-

dades administrativas da União e autoridades judiciárias do Distrito Federal; (g) autoridades judiciárias da União e autoridades administrativas de um dos Territórios; (h) autoridades administrativas da União e autoridades judiciárias de um dos Territórios; (i) autoridades judiciárias do Distrito Federal e autoridades administrativas de um dos Territórios; (j) autoridades judiciárias de um dos Territórios e autoridades administrativas do Distrito Federal; (l) autoridades judiciárias de um Estado e autoridades administrativas de um dos Territórios; (m) autoridades administrativas de um Estado e autoridades judiciárias de um dos Territórios; (n) autoridades judiciárias de um Estado e autoridades administrativas do Distrito Federal; (o) autoridades administrativas do Distrito Federal e autoridades judiciárias de um dos Estados.

Regimento Interno do STF, art. 6^a, «e» repete, **ipsis litteris**, o art. 119, I, «f», da Emenda Constitucional n^o 1, de 1969.

As catorze hipóteses, resultantes dos desdobramentos do dispositivo da Constituição ou do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujo conteúdo é o mesmo, podem ser reduzidas a onze, se considerarmos que as autoridades judiciárias dos Territórios, na verdade, são «autoridades judiciárias da União».

Resta ainda considerar os **conflitos de atribuições**, nos Estados-membros, cujo processamento e julgamento originários cabem ao respectivos Tribunais de Justiça, sempre que ocorram choques de competências, em matéria administrativa, tão só, entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas, quando interessados o Governo ou Secretarias de Estado, autoridades legislativas estaduais ou o Procurador Geral da Justiça.

14. Natureza Jurídica dos Conflitos «Internos» e «Externos»

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 ao 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, p. 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 STF não conheceu o conflito, porque tal não ocorre «entre autoridades administrativas e magistrados, quando estes não funcionam como tais» (STF, em REVISTA FORENSE, 156/104).

Nos dois exemplos que demos, o STF ressaltou com veemência que não é **órgão consultivo** (STF, em RDA, 8/123 e STF, em REVISTA FORENSE, 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.

Julgamento Conforme o Estado do Processo

(TEMAS POLÊMICOS)

Rogério Lauria Tucci

Professor de Direito Processual da Faculdade
de Direito da USP

SUMÁRIO : 1. Delimitação dos contornos do instituto. 2. Momentos da extinção do processo sem julgamento do mérito. 3. Atecia das disposições referentes ao julgamento conforme o estado do processo. 4. Sentença homologatória como sentença de mérito. 5. Inadmissibilidade de condenação em honorários advocatícios à alta de apelação adesiva do réu. 6. Conjugação do disposto nos artigos 319 e 330, inciso II, do Código de Processo Civil. 7. Conseqüências da revelia em sentido estrito na reconvenção. 8. Conclusões.

1. Delimitação dos contornos do instituto

É o **juízo conforme o estado do processo**, sem dúvida alguma, uma das mais importantes inovações introduzidas pelo Código de 1973 no Direito Processual Civil Brasileiro.

Resultado da conjugação parcial de modelos alienígenas, ganha, todavia, notável originalidade, que o coloca entre as principais instituições da moderna ciência processual, seguramente orientado à proclamada necessidade de «**simplificação do processo**, a par da **celeridade** na sua conclusão, com preciosa **economia** de tempo, atos e despesas, a fim de que a justiça possa ser melhor ministrada, inclusive mais perfeita e rapidamente» (cf., a respeito de institutos afins, nosso **Do julgamento conforme o estado do processo**, 2ª ed., São Paulo, 1982, pág. 33).

E apresenta-se, notoriamente, dividido em duas espécies, a saber: a) a atinente ao **objeto formal** do processo, consubstanciada no por nós denominado **juízo segundo o estado dos autos** e a que corresponde, na terminologia legal, a **extinção do processo sem julgamento do mérito** (cf. artigo 329, primeira parte, combinado com o 267); e b) a referente ao **objeto material** do processo, em que se traduz o **juízo antecipado da lide**, ou seja, do **meritum causae** (cf., ainda, artigos 329, segunda parte, e 269, incisos II a V).

Não abrange, portanto, como, de maneira equívoca, faz crer aludida Codificação — ao seccionar o Capítulo V, do Título VIII («**Do procedimento ordinário**») do Livro I («**Do processo de conhecimento**»), em «**Da extinção do processo**», «**Do julgamento antecipado da lide**» e «**Do saneamento do processo**», — a decisão mediante a qual o juiz declara saneado o processo (artigo 331).

Esta, na realidade, só deve ser proferida, **quando seja caso de julgamento conforme o estado do processo**, com o qual (data venia dos autorizados processualistas que entendem de modo contrário) não pode ser confundida.

Como tivemos, já, oportunidade de acentuar, na indicada monografia, à pág. 282, nota 2, diferentemente do expendido por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **O novo processo civil brasileiro**, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1978, vol. I, pag. 153, «e outros igualmente ilustres juristas especializados em Direito Processual (e. g., EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, **O julgamento conforme o estado do processo**, cit., p.13; JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, **Comentários ao Código de Processo Civil**, cit., v.3, p.594; MOACYR AMARAL SANTOS, **Primeiras linhas de Direito processual civil**, cit., v. 2, p. 232), entendemos que a **decisão de saneamento do processo não constitui julgamento conforme o estado deste**, que se consubstancia numa sentença, mas, apenas, ato decisório de natureza interlocutória em que o juiz o declara livre de obstáculos para a **resolução do mérito**, ainda inoportuna (v., a tal propósito, nºs 49, *supra*, e 91, *infra*; e, com a mesma opinião, ALEXANDRE DE PAULA, **Código de Processo Civil anotado**, cit., v.2, p.177; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, **As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973**, cit., p. 95)».

Nesse sentido, por igual, têm-se manifestado nossos Pretórios, tal como patenteia THEOTÔNIO NEGRÃO, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 11ª ed., São Paulo, 1982, pág. 135, nota 1 ao art. 331: **Rev. For.**, 254, pag. 198; **Rev. do Tribs.**, vols. 507/147, 471/171; **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vol. 44, pág. 233; **Julgados do TJESP**, vols. e págs. 49/43, 43/153, 41/109 e 136, 39/305, 34/307 e 335, 33/392.

2. Momentos da extinção do processo sem julgamento do mérito

— O segundo tema considerável polêmico a ser enfrentado, neste estudo acerca do **julgamento conforme o estado do processo**, é o alusivo aos momentos em que o juiz pode pôr-lhe termo sem exame do mérito da causa.

Nosso entendimento, conhecido, é o de que o **julgamento segundo o estado dos autos** pode ter lugar em todo o desenrolar do procedimento, ou seja, **desde o aforamento da ação**, «tanto que a petição seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara» (cf. artigo 263, primeira parte), **até o proferimento da sentença de mérito** (cf. artigo 267, § 3º, de aplicação generosamente extensiva).

Não havendo dúvida, no derradeiro aspecto, quanto à **relatividade da eficácia preclusiva do ato decisório de saneamento do processo**, manifesta afigura-se, todavia, a discrepância doutrinária a respeito

de constituir o **indeferimento da petição inicial** um ato decisório de **extinção do processo**.

Entre os que assim não o consideram alinham-se principalmente, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1976, vol. II pág. 488, sustentando não constituir o **indeferimento liminar da petição inicial** caso de extinção, mas de **inadmissibilidade de formação do processo**; e HÉLIO TORNAGHI, **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo, 1975, vol. II, págs. 330/331 (inobstante possa ser tido como dúbio o seu posicionamento, como procuram mostrar o mesmo MONIZ DE ARAGÃO, *op. et vol. cit.*, pág. 489, nota 3; e PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1979, tomo III, págs. 604/611).

Já o saudoso tratadista pátrio, ultimamente citado, LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, **Aspectos e inovações do Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, 1974, pags. 102/103 e 117; SÉRGIO SAHIONE FADDEL, **Código de Processo Civil comentado**, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1981, vol. I, pág. 441 (apesar da restrição feita ao texto legal); e MARCOS AFONSO BORGES, **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo, 1974/1975, vol. I, pág. 256, entre outros, afiançam que essa é, realmente, uma das modalidades de **extinção do processo sem julgamento do mérito**.

Expressa-o, aliás, com todas as letras, o artigo 267, inciso I, do vigente Código de Processo Civil, **verbis**: «**Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I — quando o juiz indefirir a petição inicial**» (grifado).

E, como assevera LUIS ANTONIO DE ANDRADE, *in op. et loc. cit.*, «Andou certo o legislador de 1973. A instauração da relação processual na verdade se **inicia** com o despacho na petição inicial. Ou, mesmo, antes — quando esta apenas **distribuída** — se na comarca houver mais de uma vara, pois nesse caso e desde esse momento nasce para o juiz a obrigação de despachá-la, mandando, ou não, citar o réu. Do contrário ficaria ao arbítrio do órgão julgador a fixação temporal da instauração do processo. Inspirou-se o codificador, ao ditar a nova regra, ao que parece, na lei portuguesa, segundo a qual a ação é considerada **proposta** logo que recebida na secretaria a respectiva petição inicial (CPC, art. 267)».

Essa, outrossim, é a tônica de julgamento das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, cuja ementa, no particular é a seguinte: «**Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito por ter sido indeferida a inicial**» (grifado).

De resto, o próprio MONIZ DE ARAGÃO, *op. et vol. cit.*, pág. 431, não foge a que o legislador brasileiro, ao solucionar «o problema em consonância com a realidade e acorde com a melhor doutrina», teve em vista que, ao «iniciar a formação do processo, o fato de propor a demanda já produz efeitos».

Ora, um processo **cuja formação tenha sido iniciada** (cf. o mesmo eminente autor, à pág. 432, «...o ato inicial de formação do processo se completa com o despacho oposto pelo juiz à petição inicial») só pode ser trancada mediante **sentença de extinção**.

Vem aqui, a tal propósito, lição de PONTES DE MIRANDA, **op. et tomo cit.**, págs. 611/612, segundo a qual, começando o progresso pela iniciativa da parte, como, acertadamente, consta do artigo 262, o decisório de indeferimento liminar da petição inicial faz extingui-lo, mesmo que o réu não tenha sido, ainda, citado: «Aí, a despeito do indeferimento, angulariza-se a relação jurídica processual, que começa com a iniciativa do autor» (textual, e com nossa conhecida restrição, válida também para transcrição anterior, à concepção do processo como relação jurídica processual).

3. Atecnia das disposições referentes ao julgamento conforme o estado do processo

Relativamente ao **indeferimento da petição inicial**, há outra situação que faz por merecer idêntico destaque.

Na enumeração dos respectivos casos, expressa o artigo 295 do Código de Processo Civil o atinente à **verificação, desde logo da decadência ou da prescrição** (esta, por certo, quando referente a **direitos não patrimoniais**, cf. artigo 219, § 5º).

Acontece que o artigo 267, inciso I, elenca o **indeferimento da peça vestibular da ação** entre as hipóteses da **extinção do processo sem julgamento do mérito**, mas o versado diz com a **composição da lide**, nos termos do artigo 269, inciso IV

Esse derradeiramente apontado dispositivo — acentuamos no **Do julgamento cit.**, pág. 225, — pôs termo à controvérsia ocorrente entre os jurisperitos, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, «estatuindo constituírem a **decadência** e a **prescrição** objeto de apreciação num **juízo de mérito**, ou seja, mediante pronúnciação de **julgamento antecipado da lide**, ou **sentença definitiva** proferida ao final da instrução da causa, ambos momentos do procedimento ordinário — aquele integrante da **fase saneadora**, e esta da **fase decisória** — e dos quais resulta o encerramento normal do processo, com a composição do litígio submetido à apreciação do órgão jurisdicional» (v., em idêntico senso, a XXVIa. Conclusão do Simpósio de Processo Civil, realizado no ano de 1975 em Curitiba).

Ademais, e como, com acuidade, observa JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Manual de Direito Processual Civil**, São Paulo, 1974, vol. II, pág. 162, a patentear uma exceção às regras procedimentais focadas, «esse julgamento antecipado da lide pode ser proferido até mesmo **in initio litis**», mediante **sentença definitiva** à qual se aplicam os artigos 455 a 466 do Código de Processo Civil vigente.

Isso significa, também, que, ao contrário do entendimento manifestado por eminentes processualistas, a indicação do artigo 329, segunda parte, ao artigo 269, incisos II a V, revela a previsão de **juízo antecipado da lide**, não só nas circunstâncias alvitadas no artigo 330, como, por igual, em se tratando de **reconhecimento da procedência do pedido, pelo réu, de transação, de pronúncia da decadência ou da prescrição e de renúncia, pelo autor, ao direito sobre que se funda a ação** (v., a respeito, PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 1975, tomo VI, pags. 355/356; LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 1974, vol. VI, pág. 163; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, Rio de Janeiro, 1978, tomo II, pág. 506, ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA, «Da formação, da suspensão e da extinção do processo», in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1978, vol. 262, pág. 60; ARRUDA ALVIM, «Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil», in mesma *Revista*, 1975, vol. 252, pág. 60, nota 95; *Arq. Jud.*, vol. 69, pág. 112; *Rev. For.*, vol. 96, pág. 323; *Rev. dos Tribs.*, vols. e pags. 432/225, 405/202, 381/145, 353/215).

O ilustre autor e magistrado paulista, no estudo ultimamente mencionado, anota, com precisão — inobstante distinguindo entre os **atos compositivos do litígios**, pelas partes, e a **definição da lide**, efetiva e intrinsecamente, pelo juiz, — que «No art. 329, fala a lei que a **lide** — se não tiver sido extinto o processo, sem julgamento de mérito (aplicação do art. 267) — **será extinta, com julgamento de mérito, mercê da aplicação dos incs. II — , do art. 269**. Em rigor, nas hipóteses do art. 269, II a V, quando o art. 330 se refere que o juiz declarará extinto o processo, devemos observar que, **para tais casos**, o legislador **dixit minus quam voluit**. Efetivamente em tais casos extingue-se, não só o processo, **mas também a lide**» (com os primeiros grifos nossos).

Se não isso — permitimo-nos aduzir, — **indisfarçável defeito de técnica**, ao cumular, no artigo 329, casos de **extinção do processo sem ou com julgamento do mérito**, e alvitrar, no artigo 330, outros, exclusivamente, de **juízo antecipado da lide**.

Este, enfim, consistente num **prévio juízo de mérito**, encontra-se em ambos os dispositivos, com as características determinadas em cada uma das diferentes situações. E, revela-se, sempre, numa **sentença definitiva** que, com a preclusão dos prazos para recursos, se vê coberta pela **coisa julgada material**.

Prova eloqüente dessa derradeira afirmativa dá-nos a própria Codificação processual civil em vigor, ao ter, expressamente, no artigo 584, inciso III, a **sentença homologatória de transação** como **título executivo judicial**.

4. Sentença homologatória como sentença de mérito

É que a **homologação** em casos que, tais, não se faz «automática, mas, pelo contrário, necessariamente alomática, isto é, perqui-

ridora dos requisitos reclamados pelo ato homologando» cf. **Do Julgamento** cit. pág. 223, com a lembrança, complementar, do poder concedido ao juiz, nos artigos 125, inciso III, e 129, de repressão à atuação contrária à dignidade da justiça e de coibição à prática de ato ilícito ou da consecução de fim proibido pela lei).

Daí, inclusive, a possibilidade da **rescisão da sentença de mérito fundada em transação inválida** (cf. art. 485, inciso VIII): não fora o julgamento correspondente alusivo à composição do litígio, jamais se poderia falar em tal espécie de ação rescisória, mas, somente, na ação anulatória prevista no subsequente artigo 486.

Entendimento diferente, certamente equivocado, leva a admitir essa última espécie de atuação judicial, tal como tem acontecido em tribunais paulistas (cf. **Rev. dos Tribs.**, vols. e págs. 564/118, 502/103, 496/101; **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vols. e pags. 43/278, 42/266; **julgados do TACSP** (ed. Saraiva), vol. 75, pág. 83).

Afirmando-a ação adequada à desconstituição de ato judicial dependente de sentença homologatória, assim se expressou, e. g., a Sexta (6ª) Câmara do I Tribunal de Alçada Civil, no julgamento publicado na mencionada **Rev. dos Tribs.**, vol. 564, à pág. 119: «... deparamos com típica sentença homologatória de transação, realizada em Juízo para extinguir o litígio (fls.). Nessas condições, a pretendida desconstituição há de ser feita na forma do art. 486 do CPC, tal como a requereu o apelante. Valendo-nos, neste passo, da lição de Barbosa Moreira, temos que os atos que constituem objeto da sentença homologatória ‘apesar do invólucro sentencial que os cobre, podem ser **diretamente** impugnados, sem necessidade de rescindir-se — usada a palavra, aqui, na acepção técnica — a decisão homologatória’ (ob. cit., p.186). Na elegante e precisa advertência de Costa Manso, ‘a sentença limita-se a autenticar solenemente um ato das partes ou de terceira pessoa; não é, pois, a sentença, mas o próprio ato que se deve rescindir’ (cit. por Barbosa Moreira, nota 240, p.185). Em recente julgamento, a C. 7ª Câmara deixou assentado, também, o cabimento da ação prevista no art. 486 do CPC para a rescisão de sentença homologatória de transação celebrada pelas partes (AI 287. 585)».

Bem é de ver, entretanto, que a alusão ao ensinamento de BARBOSA MOREIRA se apresenta de todo desfocada.

O acatado Mestre e Magistrado guanabarinense trata da **rescisão de sentença homologatória de transação** em outra sede, e de modo bem diferente, como, aliás, reconhece o próprio acórdão, em parte anterior. E assim, corretamente, se expressa: «Pensamos, destarte, que é necessário distinguir, no tocante aos atos homologáveis por sentença entre **os abrangidos pelo art. 458, nº VIII**, e os restantes. **Com relação àqueles (renúncia à pretensão, reconhecimento do pedido, transação), o regime será análogo ao da confissão, tal como o define o art. 352**; isto é: a ação anulatória unicamente poderá ser utilizada no **curso do processo**, antes do trânsito em julgado da sentença homologatória;

depois disso, o remédio próprio e exclusivo será a ação rescisória do art. 485, nº VIII» (v. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1981, vol. V, págs. 188/189; com grifos, à exceção dos derradeiros, todos nossos).

E na esteira desse entendimento coloca-se a perfeita exegese dos apontados artigos 485, inciso VIII, e 486 do Código de Processo Civil, como evidenciado pelos Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e de São Paulo in **Rev. do Tribs.**, vols. e págs. 561/220 e 588/66.

O mais alto Pretório paulista, especialmente, nesse acórdão da lavra do eminente Desembargador ARRUDA ALVIM, clarifica: «É necessário estabelecer, apesar da pouca clareza da sistemática legal os limites entre o art. 485, VIII, e o art. 486, ambos do CPC. Parece que há de se convir que o mesmo sistema não pode ter dois caminhos preordenados a finalidades praticamente idênticas, quais sejam a rescisória fundada no art. 485, VIII, e a anulatória, calçada no art. 486, ambos do CPC. Em sendo assim, não disciplinam a mesma realidade. O art. 485, **caput**, endereça a ação rescisória contra **sentenças de mérito** e a **transação** julgada por sentença é representativa de que houve julgamento de mérito (art. 269, III), todos dispositivos do Código de Processo Civil».

A tônica da distinção questionada encontra-se, portanto, em que **a sentença homologatória de transação, de renúncia ao direito material afirmado pelo autor ou de reconhecimento do pedido, pelo réu**, da mesma maneira que o **ato decisório de reconhecimento da prescrição ou da decadência**, diz respeito ao **meritum causae**.

É, assim sendo, obviamente que, quando proferimos previamente, correspondem, na linguagem da lei, a **julgamento antecipado da lide**.

5. Inadmissibilidade de condenação em honorários advocatícios à falta de apelação adesiva do réu

Ainda no tocante ao **indeferimento liminar da petição inicial**, faz por merecer consideração a hipótese em que, ocorrendo, sequencialmente, a citação do réu, em virtude de apelação do autor e de acordo com o disposto do artigo 296 do Código de Processo Civil, venha este a constituir procurador judicial e pleitear, nas contra-razões de recurso, a composição ao demandante vencido dos ônus da sucumbência, inclusive a verba correspondente a honorários advocatícios.

Dos mais autorizados analistas da mencionada preceituação, o único a enfrentar, explicitamente, o tema é WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo, 1975, vol. III, pág. 226, a saber: «Resta indagar o que ocorrerá se, havendo o réu constituído advogado para acompanhar o recurso, e desprovido este, quanto aos honorários advocatícios despendidos pelo vencedor. Parece-nos que, em tal hipótese, o tribunal, ao negar provimento ao apelo do autor, imporá a este o pagamento das custas e dos hono-

rários que, então, fixará tudo em conformidade com o art. 20 do Código».

Esse pronunciamento tem o endosso da Primeira (1ª) Turma do Supremo Tribunal Federal (v. **Rev. Trim. de Jurispr.**, vol. 89, pág. 689; e **Rev. dos Tribs.**, vol. 550, pág. 245) e de THEOTÔNIO NEGRÃO, op. cit. pág. 55, nota 18 ao artigo 20 (este, por certo, em razão do entendimento manifestado à pág. 115, in nota 31 ao artigo 267, §2º, no sentido de que o autor deve arcar com as custas e os honorários do advogado constituído pelo réu em todas as hipóteses de extinção do processo, sempre que vencido).

E, pelo que se verifica do julgamento em referência, entende o Excelso Pretório ser caso de imposição **ex officio**, em grau de recurso, da verba honorária do patrono do demandado, **verbis**: «Extinto o processo pelo indeferimento da inicial, apelando o autor, e decaindo de sua intenção, uma vez observado o art. 296 do Código de Processo Civil, responde ele, como vencido, pelos honorários da sucumbência, art. 20, c/c o art. 28 e 267, § 2º do CPC».

Ousamos, todavia, dissentir dos eminentes autores citados e dos igualmente ilustres subscritores do acórdão indicado, como passamos a esclarecer.

Dúvida não pode haver acerca da dispensabilidade de pedido expresso para condenação em honorários advocatícios, como asseverado na Súmula nº 256, que, embora concebida à luz dos artigos 63 e 64 do Código de Processo Civil de 1939, subsiste na sua essencialidade por força do disposto no artigo 20 do atual (cf., e. g., **Rev. For.**, vol. 261, pág. 270; **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vol. 51, pág. 172).

Imperativa é, com efeito, a determinação do aludido artigo 20, no início do **caput** «**A sentença condenará o vencido...**» (com grifos nossos).

Mas, como se tem, à evidência, desse mesmo dispositivo, o legislador nacional distingue, explicitamente, entre **despesas e honorários advocatícios**. E, ao referir-se, no § 1º a **recurso**, limita a condenação do vencido às despesas: «... não em honorários, mas apenas nas despesas judiciais. Nos incidente e recursos, não cabe, portanto, a condenação em honorários» cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, op. cit., pág. 54, nota 8 ao artigo 20, § 1º).

Ademais, o § 2º do mesmo artigo 20 define, criteriosamente, as **despesas** alvitradas no **caput**, como segue: «As despesas abrangem não só as custas do atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico».

Nada mais do que isso, como patenteia CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro — São Paulo, 1975, vol. I, tomo I, págs. 189/190, ao estabelecer o «**conceito legal de despesa**», de sorte a tornar inaceitável qualquer interpre-

tação extensiva (e, por não ter razão de ser, contraditória com a lei interpretada. . .), como quer PONTES DE MIRANDA, op. cit., 2ª ed., 1979, tomo I, pág. 532.

E, por derradeiro, não se pode deixar de ter em conta, a tal propósito, a inadmissibilidade da **reformatio in peius** no sistema processual civil brasileiro em vigor, em que pese a inexistência de qualquer norma escrita proibitiva (cf. nosso **Curso de Direito Processual — Processo civil de conhecimento**, II, São Paulo, 1976, págs. 246/247).

Na arguta observação de MOACYR AMARAL SANTOS, op. cit., 3ª ed., 1979, vol. III, pág. 108, regendo-se a apelação pelo denominado princípio dispositivo, o recorrente, normalmente, apela do que lhe é desfavorável na sentença. Isso, por certo, para obter **solução mais favorável**, sendo-lhe injusto, e até ilógico, que, recorrendo, veja piorar sua situação em benefício do adversário (a quem — permitimo-nos complementar, — é dado, também, impugnar a sentença para obter vantagem que não lhe tenha sido concedida).

Daí porque entendemos ser necessária **apelação adesiva** do réu citado para contra-arrazoar o recurso do autor (na forma e prazo previstos no artigo 500 do Código de 1973), em prol da obtenção da verba honorária decorrente da confirmação da sentença indeferitória da petição inicial.

Como expressa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Comentários et vol. cit., pág. 489, «A função do 'recurso adesivo' é justamente a de levar ao conhecimento do tribunal matéria que, só por força do recurso principal, não se devolveria».

6. Conjugação do disposto no artigos 319 e 330, inciso II, do Código de Processo Civil

Já agora noutra diversificado aspecto, notório é que concebemos a **contumácia, ou revelia**, como «o não comparecimento em juízo da parte — autor, réu, ou ambos — omitindo-se totalmente a efetivação de suas pretensões» (cf. nossos **Da contumácia no processo civil brasileiro**, São Paulo, 1964, pág. 123; e «Contumácia ou revelia», in **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**, São Paulo, 1978, pág. 130).

Nesse mais recente escrito, já sob a vigência do Código de 1973, e em face do enunciado do artigo 319, cuidamos, também, de estabelecer, a par da genérica, a concepção de **contumácia, ou revelia, em sentido estrito**, correspondente ao descumprimento, pelo réu, do ônus de responder, deixando de contestar, no prazo legal, o pedido formulado pelo autor (cf., além do apontado, artigos 223, § 1º 255, inciso II, e 285, segunda parte).

Não nos encontramos isolados, no tocante ao entendimento assim manifestado.

E, dentre os que pensam de modo idêntico, cumpre destacar a opinião de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1979, vol. III, pag. 246, após enfatizar que **o Código não define a revelia, limitando-se a disciplinar seus efeitos, e verbis**: «Como visto, a revelia ou contumácia pode ser referida tanto ao não-comparecimento da parte, em juízo, como à sua inatividade. O não-comparecimento é mais abrangente e inclui a inatividade, porquanto não age quem deixa de comparecer. Já a segunda é mais estrita. O art. 319 atribui os efeitos que enuncia ao não-comparecimento e ao comparecimento com inatividade. Se o réu, citado, constitui procurador nos autos, mas não contesta, ou o faz intempestivamente, os efeitos da revelia ocorrem no tocante aos fatos. Os que foram afirmados pelo autor serão reputados verdadeiros. Se o comparecimento, sem atuação, é relevante para os fins do art. 322, não o é para o previsto no art. 319».

Deve ser acrescentado que o artigo 319 em referência traduz o **efeito material da revelia do demandado**: a admissão, como verdadeiros, dos fatos alegados pelo autor, se incorrente qualquer das situações previstas no subsequente artigo 320.

Como anota PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 1974, tomo IV, pág. 179, «O art. 319 redigiu a regra de dispensa abstrata da prova: se uma afirma e outra não nega, tem-se como verídica, sem necessidade de prova, a afirmação» (v., no mesmo sentido, a orientação jurisprudencial corrente, *in Rev. For.* vols. e págs. 247/157, 246/349; *Rev. dos Tribs.*, vols. e págs. 538/234, 532/165, 520/163, 506/80, 505/234, *Rev. de Jurispr. do TJESP*, vol. 51, pág. 124; *Julgados dos TACSP*, vols. 56/102, 55/111, 38/40).

Por outro lado, não pode deixar de ser levado em conta, também, seu **efeito processual**, determinado no artigo 330, inciso II, e sobrelevado em nosso *Do julgamento cit.*, págs. 257/259, onde expressa, com THEOTÔNIO NEGRÃO, a **cogência** da regra, no **caput**, segundo o qual «O Juiz **conhecerá** diretamente do pedido, proferindo sentença...» (com grifo nosso): «Tenha-se presente, nesse particular, que o proferimento de ato decisório de mérito se torna decorrência inafastável da **contumácia** do demandado, exceto, é claro, quando ocorrer qualquer das situações expressamente ressalvadas na própria lei».

Daí porque, diferentemente do que tem sido, algumas vezes, propagado (v. *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 75, pág. 275; *Rev. dos Tribs.*, vol. 563, pag. 216), o órgão jurisdicional deve conhecer, desde logo, do pedido e proferir sentença, sempre que o réu, devida e realmente citado, deixar de apresentar resposta ao pedido formulado pelo autor, no prazo legal (v., ainda, RITA GIANESINI, *Da revelia no processo civil brasileiro*, São Paulo, 1977, pág. 115; PONTES DE MIRANDA, *Comentários cit.*, tomo IV, pág. 202; *Rev. dos Tribs.* vols. e págs. 520/162, 506/80, 493/162; *Julgados dos TACPS*, vol. 42, pág. 147).

Isso não significa, contudo, que o julgamento seja, necessariamente, de acolhimento da pretensão deduzida no pedido formulado pelo autor, podendo, pelo contrário, ser-lhe adverso.

Mostra-o, em irrepreensível exegese dos preceitos a que alude, ÉDSON RIBAS MALACHINI, «Do julgamento conforme o estado do processo», in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1978, vol. 261, pág. 416 (v., também, WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, *op. et vol. cit.*, págs. 329/330; e SÉRGIO SAHIONE FADEL, *op. et vol. cit.*, pág 541).

E reafirma-o correto entendimento jurisprudencial dos nossos Pre-tórios, publicizado in *Rev. do Tribs.* vols. e págs. 563/216, 536/116, 525/127/, 521/267, 520/140, 493/162; *Rev. de Jurispr. do TJESP*, vols. e págs. 50/139, 49/126; *Julgados dos TACSP*, vol. 45, pág. 190: «**A revelia não tem o efeito de dar automático reconhecimento à procedência do pedido inicial**» (da ementa do acórdão primeiramente mencionado).

O mais que se pode conceber, a tal propósito, como lembra RITA GIANESINI, *op. cit.*, págs. 116/117, é a inadmissibilidade de proferimento de ato decisório de mérito à vista da não-concorrência, de pressuposto processual ou condição da ação. Caso contrário, o **juiz tem o dever de julgar antecipadamente a lide**.

7. Consequências da revelia em sentido estrito na reconvenção

Várias outras questões, altamente interessantes, como, e. g., a alusiva à aplicação, ou não, dos analisados artigos 319 e 330, inciso II, no âmbito da **ação rescisória** (v., a respeito, *Rev. dos Tribs.*, vols. e págs. 571/163, 518/206; *Julgados dos TACSP*, vol. 49, pag. 56), poderiam constituir, igualmente, objeto deste labor.

A sua já alentada extensão, todavia, não o permite, nesta oportunidade.

Fiquemos, por isso, para finalizar, no tema atinente à **revelia em sentido estrito na reconvenção**.

Expressa o artigo 316 do Código de Processo Civil que, apresentada pelo réu a demanda reconvenicional, o autor-reconvindo deverá ser «**intimado, na pessoa de seu procurador**, para contestá-la no prazo de quinze (15) dias» (com grifos nossos).

Entendida, tal intimação, até (e, por certo, equivocadamente) como citação (v. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo IV, pág. 171; THEOTÓNIO NEGRÃO, *op. cit.*, pág. 131, nota 2 ao artigo 316; *Rev. Trim. de Jurispr.*, vol. 94, pag. 298), propende a maioria dos processualistas brasileiros para a incidência, também no âmbito da reconvenção, do artigo 319, relativo, como visto, ao **efeito material da revelia** (v. JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, *op. et vol. cit.*, págs. 439/440; CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *Da reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, 1979, págs. 181/182; JACY DE

ASSIS, **Procedimento ordinário**, São Paulo, 1975, pág. 107; MARCOS AFONSO BORGES, **op. et vol. cit.**, pág. 327; RITA GIANESINI, **op. cit.**, págs. 144/145).

Essa foi, aliás, a XXVIIa. Conclusão do Simpósio de Curitiba, em 1975, **contra o nosso voto**, que ousamos reafirmar.

Com efeito, ocorre, então, como bem explica JOSÉ FREDERICO MARQUES, **op. et vol. cit.**, pags. 94/95, apenas o «descumprimento de ônus sobre a impugnação específica das **quaestiones facti**», havendo lugar, isso sim, para a incidência da regra contida no artigo 302.

Mesmo porque, na realidade, não há, aí, a **citação, pessoal e válida**, do autor-reconvindo cf. **Rev. dos Tribs.**, vol. 470, pág. 113), e, muitas e muitas vezes, o procurador não tem, sequer, poderes para recebê-la ou lhe falta, na experiente observação de JACY DE ASSIS, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, 1979, vol. II, tomo II, pág. 246, «conhecimento dos motivos do pedido reconvenicional» ou a possibilidade de «encontrar-se com seu mandante para formular a contestação e impugnar os fatos, de maneira específica».

Ademais, profunda desigualdade mostra-se no tratamento dispensado ao autor-reconvindo, em tal circunstância (dada a inaplicação, relativamente a ele, do disposto nos artigos 223, § 1º, 225, inciso II, e 285, última parte), com flagrante violação do denominado **princípio da isonomia processual**.

Finalmente, como aduz CALMON DE PASSOS, **op. et vol. cit.**, pag. 440, devendo a ação e a reconvenção serem julgadas numa só sentença (cf. o teor do artigo 318 do Código de 1973), incidível resta, sem dúvida, a instrução da causa, devendo ser levada em consideração, pelo juiz, a prova produzida, de sorte que seu convencimento seja «coerente e único em relação aos fatos que sejam relevantes e pertinentes para ambas as ações, pouco importando tenham eles sido comprovados em função da demanda principal ou do litígio reconvenicional». Via de conseqüência — permitimo-nos acrescentar, — incogitável delinea-se o **efeito processual da revelia em sentido estrito, na reconvenção**, pois o **juízo antecipado da lide** somente pode ocorrer se o juiz estiver apto a decidir de plano ambas as lides — a da ação principal e a reconvenicional (cf. CLITO FORNECIARI JÚNIOR, **op. cit.**, pag. 190; WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, **op. et vol. cit.**, pág. 325; JACY DE ASSIS, **Comentários**, vol. et tomo cit., pág. 249; LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, **op. cit.**, pág. 150; MARCOS AFONSO BORGES, **op. et vol. cit.**, págs. 328/329; **Rev. dos Tribs.**, vol. 567, pag. 127).

8. Conclusões

Ante todo o expendido, parece-nos correto estabelecer as seguintes conclusões, referentemente aos temas versados neste breve estudo:

Primeira) O **juízo conforme o estado do processo** divide-se, apenas, em **juízo segundo o estado dos autos** e **juízo antecipado da lide**, ambos mediante **sentença** que põe termo ao processo, **respectivamente, sem e com exame do *meritum causae***.

Não compreende, portanto, o ato decisório de saneamento do processo, da natureza interlocutória, pela qual «o juiz, verificando ser admissível a ação a regular o processo, o impele em direção à audiência, por não estar madura a causa para o juízo do mérito» (cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **O novo processo civil brasileiro** cit., pág. 153).

Segunda) **O indeferimento liminar da petição inicial dá-se**, em regra, através de **sentença** em que o juiz ou tribunal **extingue o processo sem juízo do mérito**.

Essa modalidade de **juízo segundo o estado dos autos** explica-se por ter o processo iniciada sua formação com o ajuizamento da ação, «tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara» (cf. artigo 263, primeira parte, do Código de Processo Civil), assim também, no primeiro caso, quando «protocolada, se o magistrado estiver ausente» (cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, **op. cit.**, pág. 111, nota 2 ao apontado artigo 263).

Terceira) A indicação do artigo 329, segunda parte, do Código de Processo Civil revela a previsão de **juízo antecipado da lide**, não só nas circunstâncias alvitadas no artigo 330, como, por igual, em se tratando de **reconhecimento da procedência do pedido, pelo réu, de transação, de pronúncia da decadência ou da prescrição ou de renúncia, pelo autor, ao direito sobre que se funda a ação** — casos em que ocorre a **extinção do processo com juízo do mérito** (cf. artigo 269, incisos II a V).

Conseqüentemente, a **sentença homologatória de reconhecimento do pedido, de transação ou de renúncia à pretensão**, da mesma maneira que o **ato decisório de reconhecimento da decadência ou da prescrição**, diz respeito ao **mérito da causa**, consistindo, portanto, num **ato compositivo da lide** submetida à apreciação judicial.

Quarta) **indeferida liminarmente a petição inicial**, e havendo apelação do autor, o tribunal não pode impor-lhe, **ex-officio**, a condenação no pagamento dos honorários de advogado constituído pelo réu, citado para acompanhar o recurso, nos termos do disposto no artigo 296 do Código de Processo Civil.

Impedem-no, a par da **proibição da «reformato in peius»**, no vigente sistema processual civil brasileiro, as preceituações contidas nos §§ 1º e 2º do artigo 20 do mesmo Diploma legal, de sorte a tornar necessária, em prol da obtenção da verba honorária decorrente da

confirmação da sentença indeferitória da petição inicial, a interposição de **recurso adesivo**, pelo réu.

Quinta) A **revelia em sentido estrito**, ou seja, a decorrente da falta de resposta do réu (devida e realmente citado) ao pedido formulado pelo autor, no prazo legal, **produz dois efeitos** — um **material**, previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil, segundo o qual, em regra, **se reputam verdadeiros os fatos alegados pelo demandante, e não contestados pelo demandado**; e outro **processual**, prescrito no artigo 330, inciso II, **determinante do julgamento antecipado da lide**.

Este, todavia, pode ser tanto favorável, como desfavorável, ao autor beneficiado pela omissão do réu, pois, embora adstrito aos fatos afirmados pelas partes, «é da atribuição do juiz conhecer da matéria de **direito**, sem que nessa parte se encontre vinculado e embaraçado pela atitude dos litigantes» (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**, 2ª ed., Coimbra, 1929, pág. 119).

Reafirma-se, aí, indubitavelmente, o vigor de aforismas que se tradicionalizam no âmbito do Direito Processual, a saber: «**Narra mihi factum dabo tibi ius**» e «**Iura novit curia**».

Sexta) Inaplicável afigura-se o disposto no artigo 319 do Código de Processo Civil, referentemente à **revelia em sentido estrito do autor-reconvindo, na reconvenção**.

Ocorre, então, segundo preciso ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. et vol. cit.*, págs. 94/95, apenas o **descumprimento do ônus da impugnação especificada dos fatos**, com as conseqüências estabelecidas no artigo 302.

E, de resto, não há como cogitar-se, em tal caso, da incidência do **efeito processual da revelia**, até porque, por força da regra estabelecida no artigo 318, **ação e reconvenção devem ser julgadas, antecipadamente ou não, numa só sentença**.

Domínio Público no Brasil

Aspectos Patrimoniais

Domínio Público Remunerado

Licença Legal e Licença Compulsória

Antonio Chaves

Prof. de Direito Civil e ex-Diretor da
Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1. Domínio público. Conceito. Fundamento. Inconvenientes. 2. Causas. Natureza Jurídica. 3. Domínio público das obras publicadas pelo Estado e domínio público extraordinário. 4. O domínio público remunerado. 5. Objeções. Refutação. 6. O domínio público remunerado no âmbito internacional. 7. Revogação, não obstante, do domínio público remunerado. 8. A «autorização» pelo CNDA deve ser substituída pelo simples registro. 9. Natureza jurídica das quantias arrecadadas. 10. Sistemas derivados do domínio público remunerado: licença legal e licença obrigatória.

1. Domínio público. Conceito. Fundamento. Inconvenientes

Garante o art. 42 da Lei nº 5.988, de 14-12-73, como norma geral que sofre exceções, os direitos patrimoniais do autor, durante toda a sua vida, reservando, também vitaliciamente, quando transgressores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que o mesmo lhes transmita pelo período de 60 anos, a contar de primeiro de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.

Em caso de obras em colaboração indivisível, tais prazos de proteção para os sucessores contar-se-ão da morte do último dos colaboradores sobreviventes.

O que sucede vencidos esses prazos de proteção?

A obra cai em domínio público, isto é, qualquer pessoa poderá lançar mão dela para tirar proveito, sem pagar, em princípio, quaisquer direitos.

Pode-se definir o domínio público, em seu conceito clássico, como a possibilidade do aproveitamento econômico de uma obra, literária ou artística, por qualquer do povo, uma vez vencido o período de proteção concedido pela lei, ao seu autor, sucessores ou cessionários.

Isto, evidentemente, apenas com relação aos autores conhecidos: as obras dos demais pertencem, em geral, ao folclore, e obedecem a critérios diferentes de proteção.

Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

- as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;
- as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral (folclore);
- as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmem aos autores de obra aqui publicada o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição (art. 48).

Bem se percebe a alta finalidade objetivada pelo legislador: possibilitar o mais amplamente possível a reprodução ou execução dessas mesmas obras, a preço inferior, a fim de facilitar a sua divulgação e, pois, disseminar a arte e a cultura.

Basta, no entanto, comparar os preços de um livro ou de um disco que pagam direitos autorais, com outros que não pagam, para verificar que raramente, muito raramente, encontra-se qualquer diferença de preço, o que demonstra que o chamado «domínio público» redonda em benefício daqueles poucos editores e empresários que se encarregam de fazer novas edições ou representações, depois de vendidos os termos de proteção.

O mesmo fenômeno, e com maior gravidade, foi detectado com relação às obras musicais: dos bilhões mensalmente arrecadados uma percentagem é certamente de obras do domínio público.

«Seria justo admitir» — comentava TULLIO ASCARELLI, criticando um projeto de lei então em andamento — «uma sucessão de uma sociedade de classe dos autores vivos nos direitos autorais dos autores falecidos, em prejuízo do interesse do enriquecimento do patrimônio cultural geral, possibilitado pelo barateamento e multiplicidade das edições de uma obra caída em domínio público?»

Com que justificativa podiam eles se apossar dos direitos autorais de um escritor (aliás, na maioria dos casos, estrangeiro) falecido, só pelo fato de não ter este deixado herdeiros?

Com que direito os escritores podem provocar o encarecimento na venda ao público (inevitável consequência da permanência do direito do autor) de uma obra a que são alheios?

Como podem os escritores inscritos na ABDE perceber uma remuneração à vista da publicação no Brasil das obras de GEORGES DUHAMEL, FAUKNER, HEMINGWAY EINSTEIN, CROCE, SARTRE ou THOMAS MANN, só porque estes autores possam, morrendo, não deixar herdeiros?»

Também PEDRO VERGARA teve oportunidade de ressaltar que todas essas questões se revestem de enorme importância jurídica, porque alteram, de modo fundamental, o direito vigente:

«Desde logo, se nos depara a tese de saber se uma cousa que pertence ao domínio público, isto é, à coletividade, pode ser tomada ou ocupada por um particular, com o prejuízo de outro.

O domínio público, tal como resulta das próprias palavras, é a situação de um bem que pertence a todos, porque perdeu, decorrido um termo dado, a dependência do interesse privado, a que se prendia, por força de uma relação jurídica qualquer.

Sob esse aspecto, o domínio público de obras do engenho humano é igual a qualquer outro domínio público, dentro da conceitação deste instituto, se assim podemos chamá-lo, cabem todas as cousas que saírem do domínio e de posse, dos particulares.

Mas, é também certo que a defesa e a conservação de tais cousas cabe ao Estado. Só ele pode guardá-las e não lhe cabe deferi-lo a ninguém, de modo exclusivo, sem estabelecer um privilégio odioso, isto é, sem usurpar o direito ao gozo da mesma cousa comum, que a ninguém pode ser recusado.»

GUILHERME FIGUEIREDO tem ressaltado a questão em cores vivas, indagando se o domínio público produzirá mesmo a «divulgação da cultura», o «barateamento do livro» pela livre exploração, se dá ele direito a que qualquer cidadão explore a obra. E responde:

«Não, evidentemente: nem a obra baixa de preço por ter caído em domínio público, nem a sua exploração pode ser feita por quem não dispunha de meios de produção para tanto. BEAUMARCHAIS, em 1791, dirigiu-se ao Comitê de Instrução Pública: «Je voulus profiter du succès d'un de mes ouvrages ju'on desirait jouer en province pour travailler à la reforme du plus grand de tous les abus, celui de représenter les ouvrages sans rien payer à leurs auteurs.»

E DELAYRAE, autor de *Nina*, queixava-se ironicamente: «Je n'entends pas ce que ces Messieurs veulent dire par propriété publique, et comment en faisant imprimer ou graver ma pièce pour en vendre les exemplaires, j'ai pu me dessaisir de mon droit utile, la représentation. Eh Messieurs, vous hériterez cinq ans après ma mort, ne vous plaignez pas, car en vérité c'est bien assez: vous hériterez au préjudice de mes enfants.» Realmente o domínio público é a herança do editor. Em alguns casos, talvez permita um ligeiro barateamento da obra, mas quase sempre o seu preço cresce novamente, e se torna correspondente ao das obras ainda sob o domínio da exclusividade.

No Brasil, como em toda parte, é rara a obra em domínio público que custe menos do que as que estão ainda sob o regime da exclusividade. Basta um relance nos catálogos de livrarias para se verificar esta afirmação.»

2. Causas. Natureza Jurídica

Enumera CARLOS MOUCHET as diferentes causas da entrada das obras literárias e artísticas no domínio público:

a) Transcurso do termo legal de proteção: é a causa mais generalizada e importante, variando muito os prazos de país a país, com tendência, porém, a fixar-se em 50 anos após a morte do autor.

b) Descumprimento de formalidades. Sujeito a críticas, o sistema de formalidades como requisito indispensável para a concessão da proteção vem sofrendo sucessivas eliminações. Não é exigida pelas Convenções Universal e de Berna para a proteção das obras estrangeiras a formalidade do registro. Apenas a primeira não prescinde da inclusão do sinal.

c) Outras causas apontadas são a inação dos herdeiros ou cessionários como prevê o art. 40 da lei espanhola de 1879, para as obras que não sejam novamente publicadas por seu titular no período de vinte anos.

A lei argentina, em virtude da inação dos herdeiros ou cessionários por dez anos, não determina que a obra passe para o domínio público, mas estabelece uma espécie de regime de licença legal, uma vez que deverá ser paga àqueles uma retribuição (art. 10).

Ainda, a ausência de herdeiros. É a primeira das três hipóteses enumeradas na Lei nº 5.988:

«Art. 48 — Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I — as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II — as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição

III — as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confiram aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição.»

Finalmente, a renúncia do autor em favor da coletividade que, porém, deve ser expressa e não causar prejuízo aos credores nem aos herdeiros necessários. A lei peruana prevê a hipótese no art. 62, c.

Quanto à sua natureza jurídica, aponta o mesmo tratadista as várias concepções existentes, desde as que consideram o domínio público como a situação normal do uso das obras intelectuais comunicadas e colocadas à disposição da comunidade, depois de vencido o período de exclusividade fixado por lei, até a que o considera como uma limitação temporal do direito de autor, que, como direito natural, deveria ser perpétuo, ponto de vista mais geralmente aceito.

Realça V. DOZORESEV a importância não-somente teórica, mas também imediata e prática do problema, uma vez que a natureza jurídica determina em larga medida o sistema e o mecanismo dessa mesma proteção.

Para a teoria que entende que se trata de «obras não protegidas» a obra não pertenceria a ninguém, podendo pois ser livremente utilizada por quem quer que seja e da maneira que for.

Para a que a considera como «pertencente ao domínio público», ela apresenta importância para a coletividade, embora não tenha qualquer conteúdo jurídico. Difere da fórmula análoga que se aplica aos objetos materiais que pertençam ao domínio público; significa que o Estado se reserva sobre eles direito de propriedade.

No que diz respeito à abrangência, muita confusão tem sido feita a respeito das obras estrangeiras.

Há que considerar, porém, que a tradução de uma obra pertencente ao domínio público constitui uma reelaboração, como tal expressamente protegida, e gozando de todas as prerrogativas de uma obra primígena.

Não poderá, no entanto, essa tradução implicar em deformações ou mutilações, caso em que poderá perfeitamente ser invocado no art. 25, § 2º da LDA, que não estabelece distinção, na atribuição ao Estado, através do CNDA, da «defesa da integridade e genuidade da obra caída em domínio público» entre as nacionais e as estrangeiras.

3. Domínio público das obras publicadas pelo Estado e domínio público extraordinário

Outras duas modalidades são entre nós previstas.

A primeira ocorre quando o autor publica a obra à custa dos cofres públicos. Nesta eventualidade, a obra cai no domínio público quinze anos após a publicação nos termos do já lembrado art. 46 da Lei nº 5.988.

O dispositivo, mera reprodução do art. 662cc, não atenta à circunstância de que o fato de ter sido o Estado o titular da primeira edição de uma obra não é o motivo suficiente para que se reduza tão drasticamente o período de fruição do direito de autor pelo seu criador e sucessores ou cessionários.

O *Jornal do Brasil*, em tópico transcrito pelo UBC — boletim social da União Brasileira de Compositores (nº 89, 1967, pág. 2) — dava notícia de que, por sugestão de seu Presidente, Acadêmico JOSUÉ MONTELLO, o Conselho Federal de Cultura, verificando o evidente prejuízo com que vão para o domínio comum as obras lançadas por intermédio do Instituto Nacional do Teatro, Serviços de Documentação dos Ministérios e departamentos governamentais, estava elaborando an-

teprojeto de lei visando impedir tenham os escritores suas obras publicadas sem receber direitos autorais.

Foi citado, entre outros, o livro **Poesia Simbolista no Brasil**, de ANDRÉ MURICI, de que já são transcorridos quinze anos de sua edição oficial.

Lembra HERMANO DUVAL ser, porém, preciso que a obra não seja ato público ou documento oficial e que o Estado haja efetivamente adquirido os direitos autorais tal como ocorreu com as obras de RUI BARBOSA.

Não basta que a obra tenha sido impressa na tipografia oficial. A impressão simplesmente subvencionada não acarreta a queda no domínio público. É, aliás, o que estava no art. 661, parágrafo único CC e está no art. caput, da Lei nº 5.988.

Domínio público extraordinário do art. 32 Lei nº 5.492, de 17-07-1928, consiste, na definição do tratadista, «na antecipação do domínio público, independentemente da vontade do autor, isto é, por fato alheio, do editor ou de terceiro, quando, decorridos seis anos, contados da data da aquisição, não tiver editado ou publicado o livro ou a obra de arte, nem reeditado obra cuja edição anterior esgotou-se.»

Transcreve a condenação de PHILADELPHO AZEVEDO, por inconstitucional:

«Como admitir-se, pois, que entre nós, onde o preceito constitucional garante o direito do autor por toda sua vida, se adote a regra de que a resolução do direito do cessionário venha a importar a queda da obra no domínio público?

Obra de pessoa vive no domínio comum é coisa quase incompreensível, diante da nossa Constituição; a cessão é sempre restrita e não se equipara à alinação do domínio, eis que permanece sempre o direito moral; resolvido o elemento patrimonial, este é atraído por aquele, operando-se verdadeira consolidação, tal qual no usufruto.»

Por entre outras considerações, assinala o tratadista que, sobre não se admitir um exercício antissocial do Direito — uma vez que o art. 32 tem por fundamento a própria difusão da cultura —, «não é verdade que o autor se desinteresse pela sorte de sua obra após a cessão completa dos respectivos direitos pecuniários, ao contrário, a cada nova edição ou reimpressão o autor poderia ter o interesse de melhorar a obra introduzindo acréscimos ou modificações (Código Civil, arts. 659, 1.350 e 1.357 a que correspondem os arts. 52 parágrafo único, 71 e 67 da Lei nº 5.988) que a conservassem atualizada; ora, decorridos seis anos sem que o editor-cessionário editasse a obra adquirida, seu autor estaria impedido de exercer aquelas prerrogativas fundamentais à proteção do direito moral, porque a obra teria caído no domínio comum!

Hoje, se o infeliz art. 32 não estivesse condenado por inconstitucional, revogado estaria seu parágrafo 2º desde o advento do Cód-

digo de Processo Civil de 1930, ao conferir ação cominatória à União ou ao Estado para compelir o titular do direito autoral a reeditar a obra sob pena de desapropriação (art. 302, X), o que foi depois mantido pela nova lei de desapropriações de 21 de julho de 1941 (Decreto nº 3.365, art. 5, letra o)». Conclui que «a falta de reedição não é mais sancionada com a severa pena do domínio público, mas com a de desapropriação do direito autoral; se, antes, o titular não cumpriu o preceito cominatório da União ou Estado para reeditá-la.

4. O domínio público remunerado

O reconhecimento generalizado de que o domínio público tradicional não correspondeu às finalidades que o haviam inspirado, conduziu a evolução da idéia, em grande número de países, para uma nova concepção: a do domínio público remunerado que se diferencia daquele, como a expressão indica, pelo fato de a obra, embora continuando à disposição dos interessados em seu aproveitamento econômico, ficar na dependência de uma retribuição.

Consiste, pois, na síntese de ROBERT PLAISANT, na obrigação para o usuário de pagar uma renda estabelecida pela lei ao beneficiário também por ela designado para a utilização da obra uma vez caída no domínio público. A utilização é livre, mas submetida a este pagamento.

«O interesse do domínio público renumerado consiste em colocar à disposição de um organismo público ou semipúblico quantias importantes que ele utiliza para promover a cultura e auxiliar os autores.

Seu inconveniente resulta do fato de constituir numa verdadeira retirada prévia parafiscal cujo efeito é onerar a exploração das obras do espírito e, mais especialmente, desfavorecer os usuários do país que consagre esta instituição com relação aos Estados que a ignoram».

Depois de criticar definições anteriores, dá JEAN VILBOIS (pág. 11) a sua: «um regime de livre aproveitamento econômico, por um modo ou uma forma de expressão qualquer, e sob reserva do respeito de sua integridade, das obras literárias e artísticas que entram no domínio público por ocasião da expiração de seu período legal póstumo de proteção: esse regime, de duração ilimitada, consiste na obrigação imposta ao usuário de pagar uma retribuição determinada a um organismo de percepção encarregado de garantir sua repartição às pessoas físicas ou morais convocadas a suceder ao autor a título de herdeiros ou de representantes.»

GUILHERME FIGUEIREDO reproduz os argumentos favoráveis ao domínio público gratuito:

«1º — a perpetuidade do direito autoral é um entrave à disseminação das obras suprimidas à publicidade pelo egoísmo ou ca-

pricho dos herdeiros, prejudicando não só a sociedade, que tem todo o interesse na difusão máxima dos livros, como a glória e a popularidade do próprio autor;

2º — ao cair em domínio público sofrem as obras uma verdadeira revitalização de sua popularidade, com o impulso recebido por novas reedições;

3º — em face da gratuidade de exploração da obra, os exemplares são vendidos a baixo preço, tornando-a acessível e mais conhecida do público, motivando muitas vezes crescente expansão do renome do autor, até aquela época não verificada.»

E em seguida apresenta os argumentos opostos, que justificariam plenamente a criação do domínio público remunerado em favor da comunidade dos escritores vivos através de sua sociedade profissional.

«1º — os caprichos dos herdeiros não são fatos tão facilmente verificáveis como à primeira vista parece, e podem ser perfeitamente afastadas as inconveniências deles decorrentes, com o estabelecimento da licença obrigatória ou legal, já hoje adotada por algumas legislações;

2º — a gratuidade de exploração do direito autoral não traz a redução do preço das obras, porque, como os fatos o demonstram, os livros de autores antigos não são mais acessíveis economicamente do que os dos autores modernos;

3º — o novo impulso recebido por algumas obras depois de caídas no domínio público não é a regra geral, e a consagração das mesmas nessa época está muito mais ligada ao seu próprio valor do que ao fato de novas reedições, as quais se concedem apenas quando o livro tem a devida aceitação;

4º — a contribuição da sociedade para a obra intelectual não difere em intensidade da concedida a outros atos humanos;

5º — o domínio público gratuito é uma ficção jurídica, porque a obra, após o período de exploração consagrada por lei aos herdeiros, cai sob o monopólio de algumas pessoas que a exploram ilegítimamente em substituição aos mesmos.»

É o ponto de vista de numerosos autores, que DELIA LIPZYC compendia ao dizer que o uso gratuito das obras em domínio público importa em concorrência desleal a respeito das obras de domínio privado que devem ser remuneradas.

a gratuidade do uso não beneficia o público, mas o usuário (editor, empresário, etc.) uma vez que o preços dos livros ou espetáculos não diminuem quando neles se utilizam gratuitamente as obras em domínio público.

Pelo contrário, retira-se estímulo à criação autoral quando admite-se a concorrência de uma imensa quantidade de obras cuja possibilidade de uso gratuito serve quando menos como instrumento para pressionar os autores e rebaixar suas pretensões diante da ameaça de utilizar aquelas.

A obra em domínio gratuito e as estrangeiras desprotegidas deslocam as nacionais protegidas ou cuja utilização deve ser paga.

É por isso que a instituição do domínio público deve ter como correlato a onerosidade do uso da obras nestas condições.

O art. 93 da lei dispõe, por sua vez, que a utilização por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), órgão máximo na matéria, ao qual tudo fica praticamente subordinado, nos termos do art. 116.

Se a utilização visar lucro, deverá ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

Inspirou-se no art. 60 do projeto BARBOSA-CHAVES que, no entanto, propunha uma proporção muito menor: apenas «uma terça parte da quantia que, normalmente, caberia ao titular de direito de obra semelhante não pertencente ao domínio público, reduzida ainda, para publicação de obras didáticas, para as edições populares cujo preço de capa não excedesse de dois centésimos do salário mínimo do Distrito Federal, a um décimo do que é atribuído ao autor de obra semelhante não caída no domínio público, devendo a circunstância ser mencionada em todos exemplares.»

As modificações nele introduzidas ampliaram-lhe o alcance, pois referia-se apenas às publicações, mas não se pode dizer que tenham sido felizes.

A eliminação das expressões excludentes do caráter de exclusividade deixam pairar a dúvida se, concedida a uma pessoa a faculdade, ficam as demais impedidas de obtê-la também.

O fato de não se fazer mais menção à exigência ao respeito do direito moral parece conceder liberdade a qualquer alteração ou modificação, ou que não está, por certo, no espírito da lei, que encontrava melhor expressão no § 3º daquela proposição, também eliminado: «A autorização será também necessária para utilização de obras que constitui elaboração ou transformação de obras de domínio público.»

Mas a idéia de introduzi-lo no Brasil não foi dos autores do projeto.

Consta de outro, apresentado em 1947, à Câmara dos Deputados por GUILHERME FIGUEIREDO, na ocasião Presidente da Associação Brasileira de Escritores, elaborado por ele e por CLOVIS RAMALHE-

TE, e aprovado pela associação de classe, amplamente divulgado, enviado a todos os filiados daquela Associação, e amplamente discutido no II Congresso de Escritores realizado no mesmo ano, ao qual compareceu CARLOS LACERDA.

A I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, realizado em São Paulo, aprovou tranqüilamente, aos 10-06-1977, as Resoluções n. 25 recomendando «Instituir o Domínio Público Remunerado como meio de defesa para o autor protegido», e a n. 45: «Onde existir o domínio público remunerado (pagante), estabelecer a seu respeito sistemas de remuneração e taxas iguais aos vigentes ou usuais para o domínio privado destinando-se essa arrecadação ao fomento da criação e da atividade artística em todas as suas manifestações.»

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17-08-1976 o Conselho Nacional de Direito Autoral a Resolução nº 4 que faz depender (art. 4º) de sua permissão não só a utilização das obras intelectuais nacionais e estrangeiras pertencentes ao domínio público, como também (art. 5º) a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração de obra nessas condições. Objetivando lucro, deverá o requerente esclarecer, em formulário específico, qual o trabalho que pretende executar.

Aqueles 50% que, na forma do referido art. 93 da lei, caberiam ao autor foram assim considerados pelo art. 9º da Resolução:

I — publicação de livros, obras musicais e gravuras de obras plásticas para finalidades não didáticas, 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda ao público;

II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que, se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional;

III — representação pública em recintos com cobrança de ingressos, 5% (cinco por cento) sobre o total da arrecadação e, quando num mesmo espetáculo houver obras que não pertençam ao domínio público, o recolhimento será proporcional ao programa apresentado.

§ 1º — Nas hipóteses em que os recolhimentos forem feitos pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, este deverá fazê-lo trimestralmente, de acordo com a freqüência observada.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% que caberiam ao autor serão considerados (§ 2º do art. 9º):

a) para as hipóteses do item I supra, 1% (um por cento) sobre o preço de venda ao público;

b) para as do item II, 0,84% (zero vírgula oitenta e quatro por cento) sobre o preço de venda;

c) para as hipóteses do item III, 1% (um por cento) sobre o total da arrecadação.

O disposto aplica-se às representações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 10).

Pelo art. 13, o editor ou produtor que pretenda utilizar obra pertencente ao domínio público é obrigado a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

Quem é que deve efetuar o pagamento?

O Decreto-Lei argentino nº 1.224, de 03-02-1958, com modificações posteriores, que criou o Fundo Nacional das Artes, e a Resolução nº 2.460, de 1963, também modificada, art. 3º especificam:

os proprietários, arrendatários, concessionários ou empresários de salas de espetáculos públicos ou localidades com acesso público;

os permissionários, proprietários e/ou usuários de estações de radiodifusão e televisão, privadas ou oficiais.

as pessoas ou empresas produtoras, distribuidoras e exibidoras de películas cinematográficas;

os editores, fabricantes ou importadores de livros, revistas, periódicos e material impresso em geral, e de decalques ou moldados;

as empresas gravadoras de discos, fitas, arames, fios ou qualquer outro sistema de reprodução conhecido ou a conhecer-se.

5. **Objecções. Refutação**

Foi só então que a pimenta começou a arder nos olhos dos interessados, abrindo-se no País uma das mais ásperas polémicas registradas nos últimos tempos.

Com todo o vigor de sua dialética, levantou-se o saudoso CARLOS LACERDA, num artigo de larga repercussão: «O perigo de legislar sobre o que não se conhece», **O Estado de S. Paulo**, de 11-03-1977, qualificando a norma legal de «aberração constitucional que passou pelo Congresso e foi sancionada no meio da indiferença, ou antes, da ignorância geral.

Quem quiser editar o Khama Sutra, ou a Bíblia deverá pagar 5% de direitos autorais. . ao Conselho Nacional de Direito Autoral. Esse pagamento seria, pois, cruamente um tributo. As músicas de BEE-THOVEN são do domínio público. Uma vez que o governo passa a

cobrar direitos para que se possa executar a «Nona Sinfonia» de BEETHOVEN, quem tem o direito de cobrar tais direitos? Brasil ou a Alemanha, onde nele nasceu? Vamos pagar à Alemanha para editar GOETHE, ou o governo brasileiro se intitula herdeiro dos direitos do «Fausto»? O mesmo se pode dizer de qualquer autor, em qualquer gênero de música. Quem quiser tocar o adágio de ALBINONI pagará os direitos sobre essa obra ao conselho tupiniquim ou ao que é governo na terra em que ALBINONI nasceu? Se editarmos MOLLIÈRE, pagaremos ao Conselho de Direito Autoral sediado em Brasília ou ao Senhor GISCARD D'ESTAING, no Faubourg Saint-Honoré?

O que resta, na sua brutalidade, é o fato de que doravante não se pode editar obra literária ou científica caída em domínio público sem pedir licença ao Ministério e sem lhe pagar 5% de direitos autorais. ARISTÓTELES, MOLLIÈRE, JOSÉ DE ALENCAR, uma infinidade de escritores ter-se-iam convertido em «zombies» do seu Conselho de Direitos Autorais. Mortos, os autores trabalham para a democracia como os fantasmas da macumba antilhana. Dessa violência, desse aborto jurídico, dessa legislação teratológica, só há agora dois meios de se livrar».

Os resultados dessa campanha não se fizeram esperar. Dois meses depois, noticiava a imprensa ter a Comissão de Justiça do Senado aprovado, por unanimidade, o projeto do Senador LUIZ VIANA revogando o artigo 93 da Lei nº 5.988, sob a alegação de ser contraditório ao que determina o Código Civil. O Senador WILSON GONÇALVES, relator do projeto, afirmou não ser lícito ou possível que se criem condições e se estabeleça participação para reedição de obra caída no domínio público. Somente por um equívoco poderia o legislador ter exigido que os editores pagassem direitos autorais sobre obras caídas no domínio público. Se o pagamento representa um percentual para o autor, o que se pagaria aos Apóstolos, a HOMERO ou a DANTE? «Ao absurdo» — comentou — «soma-se o ridículo».

Favorável ao projeto, o Senador WILSON GONÇALVES, ao relatá-lo na Comissão de Justiça, frisou que o artigo 93 apresenta, na sua essência, uma inusitada forma de desapropriação por via indireta e sem indenização. A inovação importaria em ressuscitar o direito autoral relativo a obras de há muito caídas no domínio comum com o agravante de reverter o pagamento não em favor dos herdeiros ou sucessores, mas do Conselho Nacional de Direito Autoral. «Isto» — acrescenta — «seria um imposto ou contribuição obrigatória».

Em data de 20-07-1977 podiam os jornais informar «a decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) de não mais cobrar direitos sobre as obras já em domínio público, recebida com grande euforia, quase em ambiente de festa, pelas editoras do Rio».

É chegado, no entanto, o momento para rever as posições e reconhecer também o perigo de escrever e fazer campanhas sobre o que

não se conhece, pois, como se vê, o domínio público remunerado não é uma criação teratológica do direito brasileiro, atento a um princípio elementar da preservação e do fomento da cultura, e espraia-se, pouco a pouco, por todos os países do mundo, à vista de seus benefícios inegáveis.

Tem CARLOS MOUCHET toda razão ao observar não se dever esquecer que este uso não se realiza por cada componente da coletividade individualmente, mas através dos grandes usuários: editores, empresários, gravadores, estações de rádio e de TV, produtores de filmes, etc.

«Ninguno de estos usuarios pone el grito en el cielo, cuando se produce un aumento en el precio del papel para la impresión o cuando se eleva el costo de la mano de obra o de las maquinarias e instalaciones. Se limitan a agregar esos aumentos en los precios para el público. En cambio, asombra que aun haya quienes se resistan a pagar por el uso de la verdadera e insustituible materia prima, que es la creación intelectual, sin la cual los libros serían montones de hojas en blanco, el escenario un vacío, el disco fonográfico una materia inerte, la radio y la televisión meros transmisores de noticiosos y de publicidad.»

Aponta a razão dessa resistência: é que o domínio público gratuito não beneficia o usuário individual, mas o grande usuário, o industrial, o empresário. Não se tem notícia de que no teatro as entradas sejam mais econômicas quando a obra é de domínio público gratuito, ou mais baixo o preço do livro de um autor nas mesmas condições. Ao contrário, é muito comum que das obras clássicas façam-se edições luxuosas e, conseqüentemente, mais custosas.

«Em compensação, é evidente que as obras em domínio público gratuito fazem uma «concorrência» por assim dizer às obras de autores vivos, uma vez que são muito comuns os grandes usuários que preferem utilizar as obras pelas quais devem pagar direitos de autor. Com o pagamento dos direitos pelas obras em domínio público a situação se nivela. E, então, joga na escolha da obra a ser reproduzida, representada, gravada etc. sua qualidade, seu interesse para o público, e não uma mera razão de beneficiar-se com uma diferença de custos.»

GUILHERME FIGUEIREDO, num contundente artigo, «O certo e o errado na Lei Autoral», *Revista de Teatro da SBAT* (março-abril 1977, pags. 23 e 24), confessou a surpresa com que leu o mencionado artigo de CARLOS LACERDA, que ali diz «coisas graves, sendo a primeira delas justamente certa ignorância do legislador». Mas, assinala, invocando os antecedentes já mencionados, «não, porém, ignorância a ponto de ter «inventado» o domínio público remunerado, existente, segundo demonstra, há mais de meio século».

E adverte que CARLOS LACERDA, «naquele tempo membro da ABDE, e hoje «editor», não podia desconhecer o assunto e avançar

«contra ele como se o domínio público remunerado fosse um Chefe de Estado inimigo».

Muita celeuma, como se vê, foi levantada a respeito daquela resolução. Não percebemos nela qualquer absurdo ou qualquer afronta às Convenções Internacionais, que não regulamentam a matéria. Parece mesmo oportuno considerar a necessidade de fixar alguns princípios a respeito, atendendo ao vulto das obras estrangeiras que podem ser aproveitadas. Cumpre ainda lembrar que há que distinguir entre a obra em domínio público e a tradução dessa obra, que é por sua vez trabalho que não pode ter caído em domínio público. O que, por outro lado, não impede que outras traduções, sem quaisquer aproveitamento das já existentes, possam ser levadas a efeito, recaindo assim sob a regulamentação do Conselho.

Editores e gravadores terão, pois, que se adaptar aos novos critérios. Parece altamente positiva a circunstância de se evitarem ou, pelo menos, diminuïrem os perigos decorrentes de publicações de obras traduzidas já em vias de serem comercializadas por outros editores ou gravadores.

O assunto interessa não exclusivamente às editoras e às gravadoras, como também aos titulares de obras ainda não caídas em domínio público, uma vez que uma das conseqüências do estabelecimento do domínio público remunerado é fazer com que diminua a concorrência que às obras antigas possam fazer as recentes.

No tocante às sedijas objeções relativas às obras clássicas e às estrangeiras, as tão fáceis ironizações, considerando o Estado «proprietário» dos direitos sobre a Bíblia, **Divina Comédia** ou as obras de SHAKESPEARE, faz ver MOUCHET que os aparentes absurdos são decorrentes do erro de ubicar a instituição no setor do direito autoral, e considerar o Estado como sucessor dos inúmeros autores que existiram no passado. E com relação às obras estrangeiras, como poderia um Estado apropriar-se do patrimônio cultural pertencente a outros Estados?

Não deve olvidar-se — recomenda — que a obra, uma vez que deixou de ser inédita, sai de certo modo do controle do seu autor e, portanto, também das leis do país de seu autor ou do lugar em que foi criada.

«Sua difusão pode ser teoricamente universal e cada Estado se reserva o modo de regulamentar em seu aproveitamento econômico. Para proteger aos autores fora de seu território, deve o Estado celebrar tratados com outros países ou incorporar-se aos convênios multilaterais de proteção da obra intelectual.

Ao gravar o Estado as obras estrangeiras caídas em domínio público, não se atribui necessariamente a qualidade de proprietário da obra ou de sucessor do autor, mas está exercendo

um ato de império sobre o conteúdo puramente econômico de determinadas atividades que ocorrem sob sua jurisdição: a edição de um livro, a representação de uma obra, a transmissão por rádio ou TV, etc.

A exclusão da obra estrangeira seria incongruente com uma das finalidades da instituição, que é estabelecer uma espécie de igualdade no aproveitamento das obras em domínio público e no domínio privado.

Se fossem excluídas do domínio público remunerado as obras estrangeiras, não cabe a menor dúvida que os grandes usuários se dedicariam com avidez a usar de preferência essas obras, deslocando as dos autores nacionais.»

6. O domínio público remunerado no âmbito internacional

Lembra GUILHERME FIGUEIREDO que na Comissão de Cooperação Intelectual da Sociedade das Nações, em 1927, foi debatido o problema, e graças a RUFFINI, representante italiano, que já vira o princípio do domínio público remunerado consagrado pela legislação da Itália de 1925, foi formulado um voto para o seu acolhimento pelas diversas legislações nacionais.

Era a primeira vitória do enunciado da Comissão nomeada em 1823 por LUÍS XVIII para o estudo da duração dos direitos dos herdeiros, e da proposição de HETZEL ao Congresso de Bruxelas de 1858, para a criação de uma taxa de domínio público remunerado no valor de 5% do preço da obra. A proposição, que mereceu acolhida entusiástica de VICTOR HUGO, foi reproduzida em diversos projetos de lei, como os de LEBEY (1918), RAMELL (1921), POINSOT VIDAL (1923), o da Societé de Gens de Lettres (1921-25), PLAISANT (1921), CONSTANS (1926), e HERRIOT (1927). Na Itália, a lei de 1925 consagrou-o com o valor de 5% e a de 1941 modificou-o para 3 e 2% (art. 177 e seguintes).

Acrescente-se que várias conferências internacionais recomendaram a instauração do domínio público remunerado.

Assim, a subcomissão da propriedade intelectual da Comissão de Cooperação Intelectual das Nações Unidas, em 1923, formulou voto de que, vencido o prazo de duração da lei, o direito de obter proveito devia ser exercido por uma Caixa Nacional de Letras e Artes, administrada pelos escritores e pelos artistas sob fiscalização e funcionando para fins gerais.

Em 1927 a mesma Comissão adotou outra recomendação em favor do domínio público remunerado nas legislações nacionais, cujo fundamento se encontrava numa justa apreciação dos direitos do público diante do autor e seus sucessores.

A Conferência de Genebra convocada em 1952 pela UNESCO, que adotou a Convenção Universal, «formula o voto de que se submeta a estudo, em todos os países cujas instituições se prestem à adoção de uma medida desta natureza, a possibilidade de criar o domínio público tributário de conformidade com as modalidades que melhor se adaptem a cada um deles».

A II Sesión de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, realizada em Madrid, de 30-4 a 5-6-1966, sob os auspícios do Instituto de Cultura Hispânica, com a colaboração dos «Bureaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle» (BIRPI), finalmente, formulou uma recomendação para que as legislações que estabelecem o domínio público remunerado provejam a instituição das garantias e limitações necessárias para que sempre se oriente em benefício do desenvolvimento da cultura e no dos próprios autores, sem adotar o caráter de um imposto ou tributo de caráter geral.

Não vemos por que não possa o CNDA cobrar pela concessão de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira, assim como ninguém poderá se opor ou reclamar pelo fato de obras de autores brasileiros, caídas em domínio público, serem publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

O art. 5 da Convenção de Berna garante aos autores por ela protegidos os direitos que os países signatários concedem aos nacionais, por um período compreendendo a vida do autor e 50 anos depois da sua morte (art. 7, nº 1).

Não estende, pois, a proteção além desse período (domínio público), muito embora o art. 6 bis salvaguarde os direitos morais independentemente do patrimoniais, mesmo depois da cessão destes.

Tanto é verdade que o art. 18, nº 1, ressalva aplicar-se a Convenção a todas as obras que não tenham caído ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.

A alusão que faz a alínea 3ª às estipulações contidas nas convenções especiais já celebradas ou a celebrar confirma a conveniência de uma regulamentação internacional.

Salientam, tanto o Bulletin, vol. II, nºs 2-3, 1949, como o «Commentaire du supplément à la demande d'avis» da UNESCO que a expressão «domínio público remunerado» não é tomada por toda parte na mesma acepção. O conceito mais geralmente admitido é o seguinte: depois da expiração do prazo normal da proteção, isto é, quando a obra cai no domínio público, a utilização da obra não é livre como seria no caso do domínio público normal gratuito: quem dela se utiliza deve pagar uma retribuição, geralmente recebida pelas sociedades de autores, que empregam esses recursos com finalidades culturais ou para auxiliar os autores em estado de necessidade ou sua família. Em

certos casos, também o Estado pode ser um dos beneficiários dessa instituição.

Além da URSS e França (desde 1936), reconhecem essa instituição em sua legislação: Uruguai (1937), Bulgária (1939), Itália (1941), Romênia (1946), Iugoslávia (1946), Hungria (1952), Argentina (1958), México (1963), Tchecoslováquia (1965), Chile (1970), Senegal (1973) e Portugal (1980).

Na Bulgária, no Uruguai e na Iugoslávia, toda e qualquer utilização de qualquer obra caída no domínio público está sujeita a uma retribuição.

Na Espanha, embora não haja disposição legal específica, os Estatutos da Sociedad General de Autores de España, aprovados pelo Decreto nº 1.163/69 do Chefe do Governo, atribuem à SGAE a incumbência de arrecadar os direitos de autores teatrais e musicais caídos em domínio público ou quaisquer outros atribuídos ao Estado.

Na Romênia, a edição e a representação das obras literárias dependem de uma retribuição, mesmo quando tenham caído em domínio público.

Com exceção da Bulgária, onde o domínio público não é remunerado senão durante vinte anos a partir do dia em que a obra caiu nesse domínio (após) a proteção de 30 anos (p.m.a.), a aplicação desse sistema não é submetida, em nenhum país, a qualquer limitação de tempo. Assim — salienta o Bulletin — os que utilizam obras de SHAKESPEARE ou de MOLIÈRE devem pagar uma retribuição. A lei italiana diz expressamente que as obras de origem estrangeira também estão sujeitas a esse pagamento. Nos outros países, parece que a mesma regra está subentendida.

Na Iugoslávia não se pode falar propriamente de um domínio público, pois a obra — quando o autor ou seus sob-rogados em direito deixam de ser protegidos — não cai em domínio público de qualquer, mas no do Estado. Essa eventualidade pode ser provocada seja pela expropriação, seja pela expiração do prazo normal de proteção.

Na Romênia, as taxas são expressas em percentagem (5% do preço de venda dos livros, 25% das entradas dos espetáculos).

A lei uruguaia dá incumbência ao Conselho dos Direitos de Autor de fixar a tarifa.

Na Itália, existe uma percentagem para as representações e execuções públicas (5-10%), mas os editores de livros pagam *forfait*.

Os direitos relativos ao domínio público remunerado, provenientes das contribuições sobre representações, execuções públicas e emissões radiodifundidas, pertencem ao Estado, o qual, por sua vez, dá uma certa contribuição às caixas de assistência aos autores. As retribuições re-

lativas à venda de obras em volumes vão inteiramente às caixas de assistência.

As estatísticas relativas às execuções — representações públicas e emissões radiofônicas, que produziram proventos de domínio público remunerado, foram crescendo de 1 milhão de liras em 1941 até 39 milhões em 1948.

Como decorrência da venda de obras em volumes, a Associação dos Editores Italianos pagou, por contrato, à Caixa Nacional de Socorro dos Escritores, em 1948, 5 milhões de liras e, em 1949, 5 milhões e meio de liras.

Na Bulgária, a metade das contribuições pertencem ao Tesouro, enquanto que a outra metade é paga à União dos Autores, a fim de auxiliar e garantir os trabalhadores culturais.

Na Argentina e no Uruguai, é antes cultural que assistencial a aplicação dos fundos provenientes do domínio público remunerado.

Bem se percebe que não faltará quem objete que se trata, na maioria, de países socialistas, e quem invoque o fato de a lei italiana ter sido instituída sob o regime fascista.

Ao que facilmente se retruca que na exemplarmente democrática França, pela lei de 25-02-1956, regulamentada por um decreto de 29-11-1956, a duração do direito do autor foi prolongada em benefício da Caixa Nacional de Letras, criada por lei de 11-10-1946, para fazer face às obrigações estatutárias.

Fundos obtidos através da Sociéte de Gens de Lettres, são recolhidos a uma Caixa das Letras e das Artes, dirigida pelo Ministério da Educação e Belas-Artes. Dela emanam subvenções e obras culturais, pensões e escritores e artistas, por velhice ou invalidez, mesmo auxílios destinados ao encorajamento de estreante.

Informa HENRI DESBOIS, *Le Droit d'Auteur en France* (Paris, Dalloz, 2ª ed., 1966, pág. 383), que o domínio aberto à atividade da mencionada Caixa estende-se a «todos os direitos de autor, e a todos os modos de aproveitamento aos quais dá lugar a obra considerada», aditando o art. 16 que o prolongamento aplica-se «sejam quais forem as condições de utilização».

7. Revogação, não obstante, do domínio público remunerado

A Lei nº 7.123, de 12-09-83, que em duas linhas revogou o art. 93 e o inciso I do art. 120 da LDA teve origem num projeto nesse sentido do Senador LUIZ VIANA, que justificou sumariamente sua iniciativa atribuindo aqueles dispositivos a um «equívoco» e transcrevendo o libelo de CARLOS LACERDA (DCN, II, 17-03-1977, p. 369).

Isso não obstante uma lúcida apreciação de 12-04-1983, da Dra. MÁRCIA REGINA BARBOSA MARQUES DA SILVA, do Codejur,

lembrando que, aos 15-06-1977, o Colegiado do CNDA, ao manifestar-se a respeito, conforme se verifica do voto do relator CARLOS MATHIAS DE SOUSA, sem expender manifestação conclusiva, havia apenas abordado as possíveis vantagens ou desvantagens do instituto.

O precursor da idéia, entre nós, havia sido o deputado EUCLIDES FIGUEIREDO, pelo Projeto de Lei n. 234, que levava em consideração as resoluções de Congressos de Editores, e ao qual haviam aderido os líderes de todos os partidos e o que de mais expressivo contava o Congresso Nacional.

A proposição havia sido totalmente apoiada pela Comissão de Justiça da Câmara, presidida por AGAMENON MAGALHÃES, e baseada no relatório de PLÍNIO BARRETO, relator da matéria.

Embora não tivesse sido votado naquela legislatura, o fato demonstrava que a matéria de há muito era reclamada pela consciência nacional.

Posteriormente, outros projetos, na esteira do proposto por EUCLIDES FIGUEIREDO foram apresentados ao Congresso e dentro do já preconizado pelo eminente Ministro Philadelpho de Azevedo do Supremo Tribunal Federal, na sua antológica obra «Do direito moral do Escritor.»

«Nos estudos que decorreram do anteprojeto do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos elaborado pelo Desembargador Milton Sebastião Barbosa, em 1967, a matéria foi acolhida e na douta Comissão, do qual resultou o trabalho definitivo enviado ao Ministério da Justiça, Comissão esta presidida pelo Ministro Cândido Mota Filho e composta pelo Desembargador Milton Sebastião Barbosa e Professor Antonio Chaves, o instituto foi com propriedade analisado e aceito. O anteprojeto resultante, conhecido nos meios interessados por Projeto Barbosa-Chaves, que mereceu do eminente Senador Franco Montoro a qualificação de ter sido o maior esforço feito neste país para regular tão importante matéria, foi também objeto de emenda substitutiva do projeto governamental que resultou na Lei nº 5.988/73».

Transcreve longo trecho da Justificação do Relator, ao encaminhar o Projeto ao Ministro da Justiça, para concluir que muito ao contrário do que pretendeu Carlos Lacerda, jornalista, editor e não jurista, mestre em análises superficiais, a consagração do domínio público remunerado não decorreu, «como de hábito, de coisas que passam neste país sub-repticamente». Ao revés, decorreu do amadurecimento de uma idéia preconizada e defendida desde 1946.

«Incorporando e integrando a esta nossa manifestação, como peça basilar, o inteiro teor do trabalho do Professor Antonio Chaves, sobre a questão, eis que o notável catedrático da Universidade de São Paulo é hoje uma das maiores autoridades mundiais em matéria de direitos de autor e na qual de maneira irresponsável se patenteia que, tal qual foi adotado em nossa

legislação, com a criação do Fundo de Direito Autoral, que beneficia a cultura e toda comunidade intelectual, o domínio público remunerado brasileiro eliminou de maneira objetiva os inconvenientes do instituto, o Conselho Nacional de Direito Autoral, conclusivamente, manifesta a sua convicção que deva o projeto ser rejeitado pela sua profunda inoportunidade e inconveniência. No seu trabalho, o emérito Prof. Antonio Chaves, sem necessidade de maiores digressões, demonstra, à sociedade, que se há artigo escrito sobre a matéria que não se conhece, sem dúvida alguma o de Carlos Lacerda, que serviu de justificativa ao projeto em estudo, é exemplo típico e antológico».

«Se o Egrégio Conselho Nacional, — concluía — ao invés de votar matéria que apenas atende a interesse de grupos, no caso os editores, se debruçar sobre a necessidade da codificação da matéria de tão rara importância nacional e internacional, como sugerido pelo projeto Barbosa-Chaves e preconizado pelo saudoso Plínio Barreto, Senador Franco Montoro e tantos ilustres juristas, certamente fará obra duradoura e abrangente.»

Deixou-se, no entanto, o Congresso levar pelos grupos de pressão, favorecendo por essa forma não apenas as editoras que, pelos seus órgãos de classe, desfraldaram a bandeira da revogação dos dispositivos, como ainda as grandes empresas de comunicações, que voltaram a desfrutar livremente grande parte dessas obras em detrimento da produção atual, e, ainda, algumas associações de titulares de direitos e de muitos «fiscais», que aproveitam a confusão que reina para cobrar direitos indevidos, cujo destino ninguém consegue definir.

Mas o instituto não pode deixar de ser restabelecido, numa reforma corajosa da atual lei.

8. A «autorização» pelo CNDA deve ser substituída pelo simples registro

O art. 93 da lei dispanha, por sua vez, que a utilização por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, órgão máximo na matéria, ao qual tudo fica praticamente subordinado, nos termos do art. 116.

Se a utilização visasse lucro, deveria ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17-08-1976 o Conselho de Direito do Autor resolução que faz depender (art. 4º) de sua permissão não só a utilização das obras intelectuais **nacionais e estrangeiras** pertencentes ao domínio público, como também (art. 5º) a **adaptação, tradução, arranjo ou orquestração**

de obra nessas condições, de autorização expressa do CNDA. Objetivando lucro, deveria o requerente esclarecer, em formulário específico, qual o trabalho que pretende executar.

Aqueles 50% que, na forma do referido art. 93 da lei, caberiam ao autor foram assim considerados pelo art. 9º da resolução:

II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que, se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% que caberiam ao autor serão considerados (§ 2º do art. 9º):

a — para as hipóteses do item II, 0,84% sobre o preço de venda;

O disposto aplicava-se às representações de obras arrançadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 10).

Pelo art. 13, o editor ou produtor que pretendesse utilizar obra pertencente ao domínio público era obrigado a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

É contra a exigência de uma «autorização» por parte do Estado que são unânimes as objeções.

Qualificando-a como contrária à própria natureza da instituição do domínio público, acusa-a DELIA LIPSZYC de dar lugar ao dirigismo estatal e à censura encoberta, o que é repetido por BRUNO JORGE HAMMES: seria confiar ao Estado o direito de selecionar o que é cultural, decidir o que vai ser divulgado e o que não vai ser.

A I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito do Autor, reunida em São Paulo, aprovou aos 10-06-1977 a Resolução nº 27, pela qual «A livre utilização da obra no domínio público, não pode ser impedida pelo requisito de autorização oficial, resguardada sempre a integridade da obra.»

Ora, aí está: não é o domínio público remunerado que a maioria dos juristas especializados repele, e sim a autorização prévia do Estado para a utilização das obras caídas em domínio. Tanto assim que se exige, muito acertadamente, que a integridade da obra seja resguardada, o que implica numa interferência do poder público para impedir a violação dos direitos morais.

O inconveniente será eliminado pela simples substituição daquela expressão que — reconheça-se — não foi feliz, por uma simples comunicação ao CNDA, indispensável não só para a cobrança de uma taxa mínima que precisa ser restabelecida à vista da sua indiscutível moralidade e utilidade, como ainda porque um cadastro de todas essas utilizações seria utilíssimo.

Não só ao Estado, para a cobrança da percentagem, como para os interessados, que poderiam evitar os inconvenientes de, por exemplo, duas ou três publicações contemporâneas de obras caídas no domínio público, que fatalmente acarretariam prejuízo a todos eles.

Não vemos por que não possa o CNDA cobrar já não mais pela «concessão» de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira, mas pela utilização, uma vez restabelecido o critério, dessas obras, assim como ninguém poderá se opor ou reclamar pelo fato de obras de autores brasileiros, caídas em domínio público, serem publicados em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

9. Natureza jurídica das quantias arrecadadas

Assinala DELIA LIPSZYC ponto de grande relevo e pouco verificado: o domínio público não significa substituição pelo Estado aos herdeiros ou cessionários do autor na titularidade dos direitos econômicos sobre a obra. As quantias que por essa forma se arrecadam não apresentam qualquer caráter de contraprestação, como no caso das obras de domínio privado, mas oferecem **natureza impositiva**.

Cita, nesse sentido, a lição de CARLOS MOUCHET, **EL domínio público pagante**, págs. 65, 66 e 67:

«Se a obra saiu do domínio privado é porque **se extinguiu o direito de autor na esfera econômica**. Existe uma parte das instituições do direito de autor que subsistem depois da morte do criador intelectual e depois de extintos todos os prazos de aproveitamento econômico e é o chamado direito moral que é perpétuo. Esta perpetuidade se baseia na necessidade da defesa do patrimônio cultural da coletividade. Trata-se da proteção e defesa da obra literária e artística como bem cultural, não meramente econômico. Caída a obra no domínio público interessa à coletividade que a mesma se mantenha em sua integridade artística, que não se omita o nome de seu criador, que não se omita ou modifique seu título que permite identificá-la, que a obra não se reproduza em forma imperfeita ou grosseira, etc. As medidas de ordem administrativa ou penal que o Estado pode adotar para a proteção, salvaguarda e defesa desse bem cultural não as exerce a título de herdeiro ou sucessor dos interesses da coletividade.»

Localiza então, com MOUCHET o fundamento e a natureza dos direitos que o Estado cobra pelo uso das obras que se encontram no domínio público remunerado, «imperium» que tem o Estado para gravar determinados atos de conteúdo econômico que se realizam **livremente**, sem necessidade de autorização prévia no território de

sua jurisdição, como são a edição de um livro, a gravação de uma obra musical em disco, a produção de um filme, etc.

A natureza jurídica desse gravame consiste antes de mais nada em ser **contribuição** que o Estado exige dos habitantes do país quando realizam alguns atos positivos em relação com o uso ou aproveitamento das obras artísticas, em domínio público.

10. Sistemas derivados do domínio público remunerado; licença legal e licença obrigatória

O primeiro princípio, comenta JEAN VILBOIS, é o mais próximo do anterior: toma-lhe emprestado seu elemento fundamental. É, de todos os desmembramentos inventados para restringir o caráter absoluto e exclusivo do monopólio de aproveitamento concedido ao autor, o mais extenso e o mais grave.

Define-o como «um regime de proteção do direito de autor caracterizado pela liberdade concedida a todos de reproduzir ou de representar uma obra literária ou musical, já publicada sob a condição do pagamento de uma renda proporcional ou percentagem cuja taxa é fixada pela lei e cujo montante pertence exclusivamente ao titular do direito ou aos seus sucessores ou cessionários».

ROBERT PLAISANT afirma que o direito de autor parece ter chegado a uma curva da sua história, que a noção de direito privado é limitada, em certos países, pela ingerência da lei, mas, no estado atual do direito francês, o autor permanece ainda o único dono da sua obra, nenhuma disposição legal restringindo sua plena liberdade.

Lembra que o direito de propriedade literária e artística é reconhecido ao autor para favorecer o desenvolvimento da cultura, dando ao criador a recompensa legítima de seus esforços e de seu talento. Este monopólio da exploração nasceu de um compromisso entre as necessidades coletivas e as reivindicações individuais. É, portanto, compreensível que a parte atribuída a cada um destes elementos possa variar conforme as épocas e de acordo com os meios.

No decorrer do último século, em que as criações literárias e artísticas, assim como sua exploração, se apresentavam como um interesse essencialmente particular ou privado, parecia natural reconhecer sem reserva o direito exclusivo do autor.

Verifica-se, na época contemporânea, que estas mesmas obras prestam-se a importantes utilizações de caráter coletivo, solução que decorre tanto da extensão da cultura, como do fato de os instrumentos de difusão — disco, cinema, radiofusão, principalmente — serem de poder incomparavelmente maior do que aquele de que se dispunha há um século.

«É preciso ainda acrescentar que a multiplicação dos usos aos quais se prestam as obras literárias e artísticas tornam menos fácil a aplicação do princípio de acordo com o qual a obra não

pode ser empregada sem o consentimento do autor. O pagamento de uma retribuição é fácil, a assinatura de um contrato o é menos».

Convence com um exemplo: a recepção pública e uma emissão pública de uma emissão radiofônica constituem uma nova representação e dão lugar ao exercício do direito de autor. Evidentemente, não é possível obrigar o utilizador que procede a esta recepção a obter o consentimento prévio do autor. Não é, então, necessário instaurar um sistema de licença obrigatória? Praticamente o problema está resolvido pelo fato de a quase totalidade dos autores exercerem seus direitos por intermédio das sociedades de percepção, as quais concedem permissão de pleno direito mediante o pagamento de uma retribuição conjunta.

O problema não seria exposto em toda sua complexidade se não se acrescentasse, do ponto de vista comparativo, que numerosos países estrangeiros que praticam o sistema da licença legal ou obrigatória estão a eles apegados e não pensam em renunciar.

É o que ocorre, antes de mais nada, com a URSS e com outros países colocados sob sua influência. Os autores beneficiam-se de direitos pecuniários que parecem ser freqüentemente muito rendosos, mas não dispõem livremente de suas obras em direito e, menos ainda, de fato.

Tivemos mesmo um exemplo, por sinal pouco feliz, de verdadeira licença legal, no Decreto-lei nº 980 de 20-10-1969, que mandava retribuir na irrisória proporção de meio por cento sobre o preço da venda ao público do ingresso padronizado fornecido pelo Instituto Nacional do Cinema «os direitos autorais e os conexos relativos a obras lítero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões».

É assim, em segundo lugar, em países bastante numerosos que reconhecem, em princípio, o direito exclusivo mas que o limitam em casos particulares por razões de interesses gerais; mormente em matéria de gravação em fonograma ou de tradução.

Quanto a esta, determinados Estados entendem indispensável restringir as prerrogativas dos autores estrangeiros, para satisfazer necessidades culturais às quais as criações nacionais não bastam...

ROBERT PLAISANT repele, como mal fundada, a arguição de que, em virtude da intervenção das sociedades de percepção, o sistema efetivamente praticado seja muito próximo do que resulta da licença obrigatória:

«O autor conserva integralmente seu direito moral de que se pode temer ele seja ameaçado pelo sistema de licença, pelo menos de maneira indireta e a prazo. O autor, por intermédio

das sociedades de percepção, mantém seu direito pecuniário com a sociedade de percepção que representa o autor e não pela lei, pelo juiz ou por um organismo administrativo constituído com essa finalidade. Uma análise exata desses dois regimes leva a verificar que eles são contraditórios e não análogos.»

Acrescenta o tratadista que o sistema de licença acarreta quase necessariamente uma séria diminuição dos proventos pagos aos autores, pelo simples fato de que estes não poderiam mais defender-se, recusando seu concurso. Alguns serão tentados a pretender que o provento superior é obtido pelos autores em detrimento da coletividade e da cultura comum. «Eis aí, ainda uma vez, uma visão superficial da realidade.»

Nos regimes tradicionais, o regime de reprodução livre coloca-se no interior do prazo de proteção, seja durante a própria vida do autor, seja, mais freqüentemente, depois de sua morte, subsistindo o direito pecuniário em proveito dos herdeiros. Apenas seu **quantum** difere e a obrigação da autorização prévia encontra-se diminuída ou abolida.

Por esse sistema, esclarece, o autor fica despojado de seu direito de livre disposição: não pode opor-se ao aproveitamento da obra, uma vez que voluntariamente a tenha divulgado, publicando-a, nem colocar a esta exploração outras condições pecuniárias senão as fixadas na lei.

«É permitido, com efeito, a qualquer pessoa reproduzir a obra, representá-la ou executá-la publicamente com uma finalidade de lucro, sob a única condição de satisfazer a retribuição legal ou de comprometer-se a pagá-la. Numa palavra, a obra está à disposição de todos no sistema do «domínio público», mas o gozo não é gratuito, não pode ocorrer a não ser mediante o pagamento de um preço. A lei, quando admite semelhante regime de exploração, persegue com efeito uma dupla finalidade. Pretende garantir a existência do direito de autor: para tanto concede ao seu titular uma remuneração de que toma o cuidado de fixar a tarifa, e isso durante o tempo normal de proteção, durante o período de domínio privado.»

Tem por finalidade a licença obrigatória evitar os possíveis abusos do direito exclusivo, que podem consistir na não exploração do direito, tendo por efeito retirar uma obra da circulação, no estabelecimento de exigências pecuniárias exorbitantes como condição da permissão de aproveitá-la, o que leva ao mesmo resultado, ou conceder a outorga de um monopólio a um industrial ou alguns em detrimento dos outros.

A cada uma dessas preocupações corresponde uma variedade da licença obrigatória: nos dois primeiros casos trata-se, principalmente, de carregar sobre a vontade do autor ou de seu sucessor ou cessionário para levá-lo a aproveitar ou deixar explorar a obra por um terceiro ou a reduzir suas pretensões. A ameaça será suficiente a maior parte das vezes: em sua falta, força-se-á o consentimento mediante recurso

a uma autoridade encarregada de exercer a sujeição após exame dos fatos e de arbitrar a remuneração legitimamente devida. A licença dependerá, então, da decisão de um árbitro ou de um juiz.

A terceira hipótese apresenta-se diferentemente: visa especialmente a indústria dos instrumentos mecânicos de reprodução sonora. Aqui não se deseja forçar o consentimento do autor à utilização de sua obra pelo procedimento considerado: ele tem interesse nessa utilização e a autorizará, o mais freqüentemente, de bom grado. Mas quer-se evitar o monopólio: a autorização uma vez considerada não pode ser exclusivamente em benefício de um só em razão dos interesses materiais empenhados; outros devem poder usar desta primeira autorização ou obter novas.

Formulando-se, então, ao titular do direito de autor um primeiro pedido de autorização, a fim de adaptar sua obra aos instrumentos destinados a reproduzi-la mecanicamente e de tirar exemplares múltiplos para uma edição subsequente, ele conserva em princípio a faculdade absoluta de aceitar ou de recusar. Neste último caso nenhum recurso é possível, sua vontade dita lei: a obra não será adaptada. Se ele, ao contrário, deixa uma primeira vez adaptar ou reproduzir a obra por um terceiro, ou nessa adaptação a lei intervém e diz que ele será obrigado a conceder ulteriormente autorizações semelhantes aos outros empresários ou que estes últimos, argüindo a primeira concessão, poderão entregar-se a uma utilização idêntica da obra. Em todos os casos uma condição é posta a este aproveitamento: a da retribuição.

O sistema diferencia-se, portanto, da porcentagem legal, uma vez que supõe na origem um ato de vontade do autor ou de seu representante: de sua decisão depende todo o jogo da **licença obrigatória**.

Por entre outras considerações, encarece o tratadista que a fisionomia geral deste sistema, de grande importância no setor dos direitos músico-mecânicos, sofre numerosas variações de acordo com a finalidade a que se propõe atender.

«Muito freqüentemente também, cometem-se erros de terminologia, classificando-se sob a rubrica **licença obrigatória**, tentativas que se relacionam mais exatamente a **porcentagem legal**.

Esta última se caracteriza, a seu ver, por seu automatismo: desde que se ofereça o pagamento tarifado pela lei a utilização da obra é lícita. O autor recebe uma simples notificação; não se lhe pede aquiescência, e ele não pode apresentar outras condições senão o recebimento da taxa prevista. Ao contrário, cada vez que alguém deve dirigir-se ao autor para pedir-lhe uma permissão já concedida a outrem ou mesmo simplesmente indagar das suas exigências pecuniárias, cada vez que as partes dispõem de um recurso a uma autoridade arbitral ou judiciária, diremos que existe **licença obrigatória**: nestes casos, com efeito,

o aproveitamento da obra não se torna lícito senão após acordo das partes, obtido amigavelmente ou imposto pelo juiz.

Todo usuário que queria tomar a iniciativa de uma edição do domínio público deverá subscrever uma declaração prévia indicando sua intenção, o título da obra, o número de exemplares, o formato, o preço de venda, a data provável da colocação em circulação.»

Qualquer empresário que pretenda organizar uma representação ou execução de uma obra de domínio público deverá também avisar previamente a associação competente, proporcionando as indicações necessárias para permitir a verificação, comprometendo-se, igualmente, a pagar a retribuição devida e, além disso, a remeter o programa exato da sessão com nota da receita obtida.

Em vista da incerteza da terminologia nesta matéria, propõe entender-se:

Por **licença obrigatória**: autorização legal de aproveitar uma obra sob a única forma pela qual ela foi entregue ao público, nas mesmas condições em que o autor já consentiu anteriormente.

Por **licença legal**: a autorização legal de utilizar sob uma forma qualquer, uma obra entregue ao público, sob reserva do direito ao respeito, contra uma retribuição fixada pelo juiz ou qualquer outro organismo, em falta de acordo.

Verifica que a licença obrigatória é uma extensão de um contrato preexistente, e a licença legal, um título inteiramente novo, em virtude do qual a obra pode ser utilizada.

A primeira leva, portanto, ao direito exclusivo uma ofensa menos grave que a segunda.

Apresenta os seguintes exemplos:

Quando um autor já fez representar uma peça, ocorrerá licença legal se for permitido a um posto de radiodifusão retirar desta peça uma adaptação radiofônica.

Desde que o autor tenha feito representar uma peça, existe licença obrigatória se é permitido a um outro teatro representar esta peça nas mesmas condições que haviam sido concedidas pelo autor na primeira vez.

Através dessa licença obrigatória é que terá de ser resolvido, mais cedo ou mais tarde, o problema da reprografia.

O sistema outra coisa não visa senão facilitar o acesso às obras impressas ou gravações, com abstração do consentimento do titular

do direito de autor para o aproveitamento de obra sua anteriormente divulgada, contanto que a divulgação se processe pelo mesmo sistema, mediante remuneração e completa salvaguarda dos seus direitos morais.

O que é que, essencialmente, pretendem os autores?

Substancialmente, uma retribuição eqüitativa pela utilização de suas obras.

Se até há poucos anos a sua aquiescência era considerada indispensável, caso por caso, a facilidade, a rapidez e a multiplicação dos meios pelos quais se opera a multiplicação tornam impraticável o sistema. Terá que abrir mão da possibilidade de regatear o preço ou de obter melhores condições, recebendo, em troca, a segurança de um pagamento não inferior comumente aceito pelas obras congêneres, redundando a facilidade que é obrigado a conceder na multiplicação dos proventos que, de resto, por outra forma não receberia.

Mas, para que a cada um dos autores seja concedida a oportunidade de evitar que fique prejudicado na percepção dos proventos devidos pela utilização indiscriminada dos seus trabalhos frente ao público, deverão juntamente com os editores, unir-se numa entidade que os represente, encarregada do recolhimento dos pagamentos e da entrega do respectivo montante a quem de direito.

Com efeito, a simples consideração de que pode haver milhares de pessoas, nas mais diversificadas e distantes localidades, desejosas de obter cópias de algumas páginas de um livro, de uma revista ou de um jornal, sendo-lhes praticamente impossível conseguirem todas as informações sobre o autor — se está vivo, onde reside, se deixou sucessores, se transmitiu seus direitos a cessionários, quais são, onde se encontram etc., — patenteia a impraticabilidade do velho sistema.

Mesmo que soubessem todos de seu paradeiro, seu telefone tilinaria 100 vezes por dia, e precisaria pagar um secretário para responder a todas as cartas pedindo autorização.

Bem patente, pois, que o pedido de licença, caso por caso, precisa ser substituído por expediente mais simples, mais racional, que opera mediante os poderes conferidos pelos autores e pelas editoras coletivamente considerados, a uma entidade a ser constituída para tal fim, que os represente em todos os estabelecimentos ou entidades que ponham em funcionamento aparelhos reprográficos.

Mas o direito de associação não é livre? Não poderão, um ou muitos autores ou editores, recusar-se a aderir a essa entidade?

Sem dúvida. Mas estarão contrariando seus próprios interesses, pois terão que defender pessoalmente, ou por outra pessoa ou entidade, seus direitos, fazendo aquela verificação, aparelho por aparelho, da eventual violação de suas prerrogativas, que é praticamente impossível para cada um, isoladamente, com resultados insignificantes e com enorme prejuízo para a ação que possa ser desenvolvida coletivamente.

Bibliografia

- CHAVES, António — Direito Autoral de Radiodifusão, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 444-453.
- DOZORTSEV, V. — Les Editeurs, les Producteurs de Phonogrammes et de Videogrammes et la Protection des Oeuvres du Domaine Public, Doc. PRS/CPY/DF/CEG/L/7, apresentado ao Comité de Peritos Governamentais sobre a proteção das obras do domínio público, da UNESCO, reunido em Paris de 17 a 21.01.1983, 16 págs. mimeografadas.
- FIGUEIREDO, Guilherme — Defesa de alguns pontos capitais do Projeto de lei de direito autoral, Diário do Congresso Nacional de 18-11-1947, pág. 8157 e segs.
- HAMMES, Bruno Jorge — O Domínio Público Remunerado, Estudos Jurídicos, n. 39, 1984, p. 39-52.
- LIPSZYC, Delia — Domínio Público, 14 folhas mimeografadas sem indicações.
- MOUCHET, Carlos — El Dominio Público Pagante, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970, 182 págs.
- PLAZAS, Arcadio — El Dominio Pagante en la Legislacion Colombiana, RIDI, 2(2), 1979, págs. 40-48.
- VILBOIS, Jean — Du Domaine Public Payant en Matière de Droit d'Auteur, Paris, Sirey, 1929, 544 págs.

Participação, Concerto, Acordos Sociais nas Relações Trabalhistas Contemporâneas

- a) Direito dos trabalhadores à informação;
- b) A participação dos trabalhadores por métodos diferentes da negociação coletiva.

Octávio Bueno Magano
Professor Titular de Direito do Trabalho
da Faculdade de Direito da USP

1 — Introdução

Participar significa ter parte em alguma coisa ou influência na decisão de outras pessoas. A participação de que aqui se cuida é participação no poder por parte dos trabalhadores.

Poder, em sentido amplo, significa a força em potencial. Poder se conceitua também como aptidão de uma pessoa ou de um grupo de pessoas no sentido de impor sua vontade a outras pessoas. Em sentido jurídico, o poder melhor se define como força qualificada pelo Direito.

Numa sociedade pluralista, existem vários centros de poder. O poder maior é o do Estado, que particulariza como soberano. Os demais poderes conceituam-se como autonomias, entre as quais se realçam a dos empregadores, nas empresas e a dos sindicatos.

O Estado titular do poder soberano, além de atividade política, exerce também funções administrativas e econômicas. No exercício de qualquer das apontadas funções, pode ter ou não a participação dos trabalhadores.

Os empregadores exercem, por excelência, atividades econômicas. Mas há também a considerar os empregadores por equiparação, como as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos. No regime capitalista, possuem todos eles o poder de dirigir suas empresas ou atividades. Mas tal poder é suscetível de ser partilhado com os trabalhadores.

A participação no poder, no âmbito dos sindicatos, significa a democratização destes.

No presente trabalho, vamos cuidar da participação no poder, nos três níveis apontados: participação de trabalhadores e de empregadores no poder estatal; participação dos trabalhadores no poder dos

empregadores, relativamente à gestão de suas empresas; e participação dos trabalhadores no poder sindical.

Com o termo concerto ou «concertación», o que se quer significar é combinação ou ajuste. Trata-se de modalidade contratual típica dos dias atuais. No passado, quando se falava em contrato, pensava-se em ajuste entre duas pessoas. Hoje, o mesmo termo comporta também a idéia da disciplina de relações coletivas, o que se logra através da convenção coletiva, mas igualmente, num nível de maior generalização, a solução de problemas da sociedade civil, tais como o do desemprego e o da inflação, o que se obtêm, exatamente, por meio do concerto ou da «concertación».

Informação é conhecimento e, pois, veículo de participação no poder. Isso bem se compreende tendo-se presente que o poder implica a tomada de decisões, cujo acerto depende de informações adequadas. (1)

A negociação coletiva constitui processo conducente à convenção coletiva. Esta apresenta-se, a seu turno, como instrumento de participação dos trabalhadores no poder do empregador. Como está consignado em estudo específico sobre o assunto, realizado sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho, a convenção coletiva constitui inclusive «forma bastante avanzada (de participação) ya que supone no solamente que se informe y se consulte a los trabajadores, sino que se procure concordar sobre cuestiones que, si no, serían objeto de decisiones unilaterales.» (2) A importância da convenção coletiva, como instrumento de participação, se realça, ademais, pelo seu caráter flexível apto a resolver grande número de questões sem necessidade da implantação de aparatos institucionais. (3) É preciso registrar, ainda, que certas matérias tradicionalmente inscritas no âmbito das prerrogativas do empregador, como, por exemplo, determinação da quantidade de trabalhadores na empresa; contratação de serviço de terceiros; medidas de reestruturação e racionalização; política de inversões; prestações complementares de desemprego; treinamento de trabalhadores para o exercício de novas funções; e mesmo subsídios para a manutenção e aprimoramento de serviços do interesse público, vão, paulatinamente, sendo admitidas como objeto próprio da convenção coletiva. (4)

Mas, ao lado da convenção, cumpre considerar outros institutos conducentes ao mesmo objetivo, a saber, o delegado de pessoal; a comissão de empresa; o delegado sindical, a representação de trabalhadores em órgãos de administração da empresa.

(1) Recomendação nº 129, de 1967, da Organização Internacional do Trabalho.

(2) Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1981, p. 188.

(3) Idem, p. 189.

(4) Ibidem, p. 191.

2. — Participação de Trabalhadores e de Empregadores em Atividades Estatais.

A participação de trabalhadores e de empregados, em atividades estatais, deve ser considerada em dois níveis na formulação e atuação de política econômica e social, consubstanciada num plano; na integração de trabalhadores em corpos administrativos, cujas atividades possuam relevância econômico-social. (5)

A análise da primeira forma de participação, aqui apontada, requer esclarecimento inicial sobre o sentido da palavra plano.

Na sua expressão mais simples, o plano consiste na alocação de determinados objetivos de natureza para a consecução de determinados objetivos da natureza econômica e social levada a efeito pelo Estado. (6)

Elemento importante, na idéia de plano, é pois, o de fim a realizar. Na economia liberal, as necessidades se satisfazem por mão-de-obra invisível. Na economia planejada, a atividade econômica é, ao contrário, dirigida. Daí a tendência de se conjugar a idéia de plano com socialismo. (7) Se é verdade que o socialismo implica, necessariamente, o plano, não há dúvida de que este pode também existir no regime capitalista, dado que não traduz ideologia, mas técnica. (8) Conquanto o plano não corresponde, necessariamente, a uma ideologia, não há negar-lhe caráter político e isso exatamente porque se explica como adaptação de meios a fins.. (9) De acordo com isso, escreve Fernando Henrique Cardoso: «A decisão de planejar é política, no sentido de que por intermédio da definição dos planos se alocam «valores» e objetivos junto com os «recursos» e se redefinem as formas pelas quais estes valores e objetivos são propostos e distribuídos.» (10)

(5) Em estudo realizado sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho, arrolaram-se as seguintes formas de participação: «a) participation by occupational and social groups in the formulation and implementation of economic and social planning at all levels; b) participation by occupational and social groups in various public or semi-public bodies responsible at the national or regional level for the formulation and implementation of policies, programmes or project of and economic and social nature; c) participation by groups specially set up by the public authorities to facilitate the implementation of local projects in both urban and rural areas (rural leadership schemes, community development, communal action, etc.); d) participation by occupational and social groups or by groups of the type just mentioned in economic and social administration, both at the national level and at the regional and local levels; e) participation in development in the form of action undertaken by occupational and social groups independently of any action by the government.» (Employers and Workers' Participation in Planning», Geneva, International Labour Office, 1971, p. 6).

(6) «. . . the co-ordinated and consistent economic policy which articulates explicitly the means which are to be adopted for achieving predetermined objectives.» (ob. cit., «Employers and Workers' . . . », p. 3).

(7) Caire, Guy, *La Planification*, Paris, Cujas, 1972, p. 34.

(8) Idem, p. 34.

(9) «. . . la politique se présente essentiellement comme une action em vue d'un but.» (Batifol, Henri, «Problèmes de frontières: Droit et Politique», «in» Archives de Philosophie du Droit, Paris, Sirey, 1971, Tome XVI, p. 7.

(10) «Planejamento no Brasil, São Paulo», Perspectiva, 1970, p. 170.

O enlace entre fins e recursos só é possível, mediante o prévio arrolamento destes no presente e no futuro próximo (futuro correspondente à duração do plano). Nesse sentido, se diz que o plano constitui antes de mais nada informação sobre o possível, ⁽¹¹⁾ quer dizer, informação sobre os recursos disponíveis aptos a viabilizar a realização dos objetivos que se têm em vista. No mesmo sentido, pode-se também afirmar que o plano se situa na encruzilhada entre o saber e o poder. ⁽¹²⁾ O poder seleciona os objetivos a serem alcançados pelo plano e o saber mostra quais os recursos aptos a serem utilizados na sua realização.

Elemento inerente à idéia de plano é também a existência de uma organização incumbida de o conceber e de o tornar efetivo, organização essa que se confunde com o Estado ou uma de suas agências. ⁽¹³⁾

Os planos se classificam em imperativos e indicativos. ⁽¹⁴⁾

Os primeiros são próprios dos países socialistas e os segundos dos países capitalistas. Em relação aos primeiros, há centralização das decisões econômicas, ficando todas as unidades de produção submetidas às definições do plano. ⁽¹⁵⁾ No que concerne aos segundos, limitam-se a fornecer aos agentes da atividade econômica a indicação das metas tidas como nacionalmente desejáveis. Particulariza-se ainda a planificação indicativa pela utilização da técnica dos incentivos na área fiscal, na das despesas públicas, na da polícia de crédito e na psicologia, o que levou conhecido autor a qualificá-la como «planificação pela saliva.» ⁽¹⁶⁾

Três fases devem ser identificadas na vida dos planos: a da elaboração; a da execução e a do controle. ⁽¹⁷⁾ Na primeira, fixam-se os objetivos e as prioridades de acordo com os quais os planos se estruturam; na segunda, determinam-se os métodos de sua efetivação (coerção ou incitamento); na terceira, cuida-se do acompanhamento de sua execução. Em qualquer das três fases indicadas, pode haver atuação exclusiva de agentes governamentais, ou abrir-se espaço à participação de empregadores e trabalhadores.

Essa participação pode se tornar desejável em virtude de uma razão política, social ou econômica. ⁽¹⁸⁾

Haverá razão política quando o Governo visar, por exemplo, combater a inflação, adotando medidas de contenção à expansão salarial

(11) Caire, ob. cit., p. 42.

(12) Idem, p. 32.

(13) «Les autorités de l'Etat interviennent à toutes les étapes de la préparation du Plan, et prennent seules les décisions essentielles.» (Savy, Robert, *Droit Économique*, Paris, Dalloz, 1972, p. 35).

(14) Caire, ob. cit., p. 66/67.

(15) Idem, p. 66.

(16) Ibidem, p. 67.

(17) Ibidem, p. 104/109.

(18) «Employers and Workers' », ob. cit., p. 40/45.

e creditícia. Em tal hipótese, para assegurar a exequibilidade do plano, poderá ter interesse em que os parceiros sociais participem de sua elaboração, execução e controle. E, assim procedendo, estará o Governo, na verdade, promovendo um concerto social, fato que precisa ser assinalado para mostrar as afinidades existentes entre os dois instituídos.

Haverá razão social quando o Governo quiser, através do plano, resolver problemas de saúde, habitacionais, educacionais, ambientais, etc. Então, como serão os trabalhadores os principais beneficiários de tais medidas, é mais do que justificável que possam participar da sua estruturação e do controle da respectiva execução.

Haverá razão econômica quando o Governo tiver como escopo a colheita do maior número possível de informações, para a elaboração do plano, bem como o propósito concomitante de aumentar a produtividade do fator trabalho.

As razões acima alinhadas parecem-nos suficientemente fortes para justificar a tendência, cada vez mais generalizada, no mundo ocidental, de se admitir a participação dos parceiros sociais, no processo de planificação. (19)

Cumprido, contudo, registrar que a tendência em foco não encontrou ainda, no Brasil, campo propício para se converter em realidade. A idéia de planejamento é, assim, uma concepção vitoriosa. Mas não o entendimento de que, do processo respectivo, devam participar os parceiros sociais.

A idéia de planejamento encontra-se, no Brasil, consagrada em dois textos constitucionais básicos. O primeiro deles é o inciso V, do artigo 8º, da Constituição, em que se atribui à União competência para «planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais.» Comentando o texto, escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho: «O texto incumbe à União de promover o desenvolvimento, ou seja, manda que ela o opere, por meios hábeis. Não lhe comanda apenas estimular amparar, propiciar, quer mais do que isso. Por outro lado, concebe esse desenvolvimento como planejado... Pretende assim que o desenvolvimento não se faça ao sabor da ocasião. Reclama que ele se processe segundo um projeto racional.» (20) O segundo texto constitucional a ser aqui considerado é o do inciso IV, do artigo 43, da Constituição, através do qual se vincula o plano ao princípio da legalidade.

(19) Exemplo bastante ilustrativo é o da legislação portuguesa. Na alínea (d), do art. 80, da Constituição, encontra-se prevista a planificação democrática da economia. Na alínea (1), do art. 81, assegura-se a participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades econômicas na definição, na execução e no controle das principais medidas econômicas e sociais. Igualmente, na França, abre-se largo espaço à participação dos trabalhadores no processo correspondente à planificação. (Savy, ob. cit., p. 35/36).

(20) «Comentários à Constituição», São Paulo, Saraiva, 1972, vol. I, p. 76.

As disposições constitucionais sublinhadas completam-se com preceitos da legislação ordinária, merecendo realce os do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e os dos Atos Complementares nºs 43, 76 e 9, respectivamente de 29 de janeiro de 1969, de 21 de outubro de 1969 e de 11 de dezembro de 1970.

A conjugação de todos os textos citados mostra que, no Brasil, o plano se liga estruturalmente com o orçamento plurianual de investimento e este com o orçamento programa. Primeiro, concebe-se o Plano, contendo diretrizes gerais de desenvolvimento e definindo objetivos e políticas globais, setoriais e regionais. ⁽²¹⁾ A sua duração deve ser igual a do mandato do Presidente da República (atualmente seis anos.) ⁽²²⁾ Depois, respeitadas suas diretrizes e objetivos, prepara-se o orçamento plurianual de investimento, com duração de três anos, e no qual se consideram exclusivamente as despesas de capital, com a indicação dos recursos anualmente destinados à sua execução. ⁽²³⁾ Por último, elabora-se o orçamento programa, com duração anual, e pormenorização da etapa do programa plurianual a ser realizada no exercício seguinte e que servirá de roteiro à execução coordenada do programa anual. ⁽²⁴⁾

Os planos encerram ideais e objetivos que não podem estar despreendidos da realidade. Devem, ao contrário, fundar-se em minuciosa análise da economia, com especial atenção para as disponibilidades sociais de trabalho, energia e equipamento, bem como para o comportamento do consumo, da poupança e do investimento. ⁽²⁵⁾ «Os orçamentos plurianuais de investimento apreciam as necessidades de capital para o cumprimento dos planos e presidem ao controle da distribuição dos recursos para investimento, ao longo de vários períodos orçamentários.» ⁽²⁶⁾ «Os orçamentos-programa estipulam metas e objetivos necessários ao cumprimento do plano.» ⁽²⁷⁾ São o único elemento, da estrutura em análise, de caráter operacional. ⁽²⁸⁾

Como se deprende do exposto, no Brasil, o plano constitui concepção institucionalizada. Contudo, nos delineamentos de sua complexa estrutura, não se abre espaço à participação dos parceiros sociais. Entre nós, houve apenas uma experiência efêmera nesse sentido, representada pela criação do Conselho Consultivo do Planejamento — CONSPLAN, presidido pelo Presidente, ou Ministro de Estado de sua indicação e constituído pelos seguintes membros: a) cinco representantes das classes produtoras; c) um representante da imprensa e

(21) Vide § 1º, do art. 1º, do Ato Complementar nº 43/69.

(22) Vide art. 1º, do Ato Complementar nº 76/69.

(23) Vide art. 5º, do Ato Complementar nº 43/69.

(24) Vide art. 16, do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67.

(25) Vidigal, Geraldo de Camargo, *Fundamentos do Direito Financeiro*, São Paulo, s.c.e., 1972, p. 256.

(26) *Idem*, p. 256.

(27) *Ibidem*, p. 256.

(28) Silva, José Afonso da, «Orçamento Programa no Brasil», S. Paulo, s.c.e., 1972, p. 87.

dos órgãos de divulgação da opinião pública; d) um representante do Conselho Nacional de Economia; e) quatro técnicos de reconhecida competência profissional, sendo dois no campo da economia, um no campo da sociologia e outro no da engenharia, sendo dois deles, pelo menos, professores universitários; f) três representantes de companhias ou organizações estaduais ou regionais de planejamento ou desenvolvimento econômico.» (29) Contudo, com o advento da Lei nº 3.036, de 1º de maio de 1974, que substituiu o antigo Ministério do Planejamento, com a sua respectiva estrutura, pela Secretaria de Planejamento, à que atribuiu a coordenação do sistema de planejamento, deixou de existir o CONSPLAN, criando-se em seu lugar, o Conselho de Desenvolvimento Econômico, que não contém entre os seus membros representantes dos parceiros sociais, mas apenas Ministros de Estado, entre os quais, surpreendentemente, não figura o Ministro do Trabalho. Mencionada há de ser também a Secretaria Especial de Assuntos Econômicos, criada pelo Decreto nº 84.025, de 24 de setembro de 1979, composta apenas de agentes administrativos, com a finalidade de assessorar o Ministro do Planejamento na formulação da Política Econômica e no acompanhamento de sua execução.

Mas a participação dos parceiros sociais, na formulação e atuação de política econômica e social, constitui apenas uma das formas da participação deles em atividades estatais; a outra consiste na integração de ambos em corpos administrativos, de relevância econômico-social.

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê, em seu artigo 513, que o sindicato seja órgão de colaboração com o Estado, na solução dos problemas relacionados com a respectiva categoria e, ainda, no desenvolvimento da solidariedade social. Conquanto tal regra haja sido estabelecida sob o domínio do espírito corporativista, força é reconhecer que nele se contém idéia merecedora de preservação desde que atualizada, qual a solidariedade social. Sob a ótica do corporativismo, a solidariedade social significava a superação da luta de classes, mediante a sujeição destas aos superiores desígnios do Estado. Presentemente, quando se fala em solidariedade social, o que concebe é a participação dos parceiros sociais em corpos administrativos de relevância social, a fim de que as atividades destes refletiam não apenas interesses dominantes e sim os interesses do Estado conjugados com os dos grupos sociais mais representativos.

A melhor explicação para o apontado tipo de participação encontra-se nestas palavras de Horácio D. J. Ferro: «Fundamentalmente nos referimos à intervenção (do sindicato) a nível administrativo e sócio-econômico. Temos em vista aquilo que os administrativistas e constitucionalistas tipificam como «intervenção de estranhos» na administração. Consideramos o procedimento que, na época atual, denomina-se democracia de participação, que se vale dos chamados «corpos

(29) Decreto nº 58.317, de 2 de maio de 1966.

intermediários», para a obtenção de uma fluída intercomunicação entre governantes e governados.» (30) O que há de essencial no conceito de democracia de participação ou democracia econômica é a transformação do processo decisório, no seio de certas entidades estatais. De acordo com isso, notam Martin Garmoy e Derek Shearer que a essência de democracia econômica consiste na transferência «of economic decision making from the few to the many.» (31)

O Brasil encontra-se distanciado do apontado modelo de democracia econômica. As participações de trabalhadores e empresários, em entidades estatais, limitam-se às seguintes: Justiça do Trabalho; (32) Conselho Consultivo de Emprego e Salário; (33) Conselho Nacional de Política Salarial; (34) Comissão Interministerial de Preços; (35) Fundo de Garantia de Tempo de Serviço; (36) Conselho de Recursos da Previdência Social; (37) Juntas de Recursos da Previdência Social; (38) Programa Especial de Bolsas de Estudo; (39) Comissão do Enquadramento Sindical; (40) Conselho Superior do Trabalho Marítimo; (41) Comissão Sindical de Colaboração de Inspeção do Trabalho; (42) Conselho Diretor do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural; (43) Conselho Nacional de Trânsito. (44) As omissões de participação mais notórias se fazem sentir na Secretaria do Planejamento (elaboração dos planos de desenvolvimento); no Conselho de Desenvolvimento Econômico; no Conselho de Desenvolvimento Social; (45) no Conselho Monetário Nacional; (46) na Comissão Gestora do PIS e PASEP; (47) no Conselho de Administração Financeira da Previdência da Assistência Social (CAF). (48) Por isso que as últimas entidades citadas são as principais responsáveis pela política econômica e social do Governo, pode-se dizer, sem reboços, que, enquanto

(30) Jurisprudência Argentina, Buenos Aires, abril de 1979, p. 19.

(31) Economic Democracy, New York, M.E. Sharpe, 1980, p. 3.

(32) Vide art. 647, da Consolidação das Leis do Trabalho.

(33) Vide art. 5º, da Lei nº 4.589/64. Vide também art. 17, do Decreto nº 81.663, de 16-5-78.

(34) Vide art. 1º, da Lei nº 5.617/70.

(35) Vide art. 3º, do Decreto nº 63.196/68.

(36) Vide art. 12, da Lei nº 5.107/66.

(37) Vide art. 148, da Consolidação das Leis da Previdência.

(37) Vide art. 148, da Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto nº 89.312, de 23-1-84).

(38) Vide art. 185, da Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto nº 89.312, de 23-1-84).

(39) Vide art. 5º, do Decreto nº 57.870/66. Vide também artigo 26, do Decreto nº 81.663, de 16-5-78.

(40) Vide art. 576, da Consolidação das Leis do Trabalho.

(41) Vide art. 9º, da Lei nº 4.589/84. Vide também artigo 10, do Decreto nº 81.663, de 16-5-78.

(42) Vide arts. 23 e 25, do Decreto nº 55.841/65.

(43) Vide art. 97, do Decreto nº 73.617/74.

(44) Vide art. 6º, do Decreto nº 62.127/68.

(45) Vide Lei nº 6.118, de 9 de outubro de 1974.

(46) Vide Lei nº 6.045, de 15 de maio de 1974.

(47) Vide art. 9º, do Decreto nº 78.276, de 17 de agosto de 1976.

(48) Vide art. 6º, do Decreto nº 83.266, de 12 de março de 1979.

nelas não houver a participação de que aqui se cuida, a mesma participação será, em nosso País, de caráter marginal.

3 — Participação dos Trabalhadores na Empresa

A participação em causa deve ser examinada sob três ângulos: o objetivo a ser colimado; os métodos por intermédio dos quais se exterioriza; e o campo sobre que recai.

Do primeiro ponto de vista, a participação comporta três enfoques: o ético, o político-social e o econômico.

Sob o aspecto ético, a participação se caracteriza como instrumento destinado a favorecer o desenvolvimento da personalidade do trabalhador. A recusa em se admitir que este se considere apenas como peça de uma engrenagem produtiva gera a crença de que deve participar das questões relacionadas com a sua atividade, realçando-se, assim, a sua condição de ser humano.

O enfoque político-social imbrica com o conceito de democracia econômica, ou seja, com o programa de transladação, para o âmbito da empresa, das práticas democráticas da sociedade civil. Esse programa baseia-se na idéia de que as pessoas sobre as quais repercutem as decisões tomadas nas instituições políticas e sociais devem participar das mesmas decisões. (49) É manifesto, porém, o descompasso entre a voga desse conceito na esfera política e a sua reduzida aplicabilidade nas empresas. (50)

O enfoque econômico consiste em conceber a participação como instrumento de melhoria da eficiência da empresa, resultante de maior interesse do trabalhador pela sua atividade e da diminuição das áreas de conflito com o empregador. (51)

Quanto aos métodos conducentes à participação, há de se enumerar os seguintes: a informação, a consulta, a instituição de delegado de pessoal e de comissões de fábrica, a convenção coletiva do trabalho, a representação dos trabalhadores nos órgãos diretivos da empresa.

A informação não constitui apenas condição de exercício de outras formas de participação, mas caracteriza-se ela própria como tal, por causa da influência que os trabalhadores informados exercem naturalmente sobre a administração. Isso bem ilustra com o processo de negociação coletiva, pois que, quando a administração negocia com trabalhadores nas referidas condições, tem necessariamente de negociar de boa fé.

(49) Livro verde publicado pela Comissão das Comunidades Europeias, in OIT, Participación de los Trabajadores en las Decisiones de la Empresa, Genève, Oficina Internacional del Trabajo, 1981, p. 11.

(50) Programa da Confederação de Sindicatos da Suécia, in ob. cit., OIT, «Participación», p. 12.

(51) Ob. cit., OIT, «Participación», p. 17.

O padrão comum da moderna legislação trabalhista é o da sujeição do empregador a um número cada vez maior de informações. Deve fornecer anualmente aos órgãos representativos de seus empregados o relatório das atividades da empresa, com as contas dos negócios realizados, os resultados globais obtidos, os investimentos feitos, os lucros auferidos. Com a mesma regularidade, deve apresentar relatório indicando as medidas adotadas para a melhoria de condições de trabalho bem como informações sobre o nível de produção, a quantidade de pedidos da clientela, o nível de emprego, o estado do equipamento. (52)

A consulta constitui forma mais evoluída de participação, porque exterioriza a posição dos trabalhadores em face de decisão a ser tomada e, por isso, não pode deixar de, em maior ou menor escala, influenciar a mesma decisão. As legislações trabalhistas modernas impõem à administração das empresas a consulta aos órgãos representativos de trabalhadores sobre um grande número de matéria, como, por exemplo, a contratação de aprendizes; a redução do número de trabalhadores efetivos; a adoção de medidas aptas a influir em condições de trabalho; a alteração de postos de trabalho; a elaboração de programa de férias, etc. (53)

A co-decisão, como o próprio nome está indicando, constitui a forma mais intensa de participação, manifestando-se em diferentes níveis da estrutura da empresa. Na França, manifesta-se na gestação de obras sociais. (54) Na Alemanha, por meio da representação dos trabalhadores no conselho de superintendências das sociedades por ações. (55)

No Brasil, os mecanismos de participação dos trabalhadores na gestão das empresas são incipientes. Escrevendo sobre o tema, em 1958, Elson Gottschalk consignava o seguinte: «... neste terreno não saímos, ainda, das faixas da puerícia, e não demos os nossos próprios passos à procura de uma nova estrada, em terreno já batido, há algumas décadas, por outras nações industrialmente mais desenvolvidas. (56) A observação do professor baiano continua atual. O que mudou de lá para cá foi muito pouco, devendo ser assinalada a regra do item V do artigo 165 da Constituição, que assegura aos trabalhadores o direito de, excepcionalmente, participar da gestão das empresas, pela forma estabelecida em lei. Até o presente, nenhuma lei se editou regulando o apontado preceito constitucional. A nível de legislação, existe apenas a norma consubstanciada no artigo 165, da Consolidação das Leis do Trabalho, impondo a constituição, nas empresas, com cinquenta ou mais empregados, de comissão de prevenção de acidentes

(52) Maurice Cohen, *Le Droit des Comités d'Entrprise*, Paris, LGDJ, 1977, p. 491.

(53) *Idem*, p. 470.

(54) *Ibidem*, p. 566.

(55) Section 7 do *Co-Determination of Employees Act*, *Mitbestimmungsgesetz-MitbestG*, de 4 de maio de 1976, Frankfurt, Metzner, 1976, p. 45.

(56) A participação do empregado na Gestão da Empresa, Salvador, Progresso, 1958, p. 204.

(CIPA), composta de representantes da empresa e dos respectivos empregados. Contudo, a idéia de participação periodicamente vem à tona nas assembléias das entidades de classe e nas cogitações de nossos juristas. O mais completo documento entre nós formulado sobre o assunto é o que se consubstancia no Anteprojeto de Código do Trabalho, de Evaristo de Moraes Filho, em que se prevê a criação de conselhos de trabalhadores em todas as empresas com cem ou mais empregados, com atribuições de caráter social e econômico, tais como a de receber queixas e tentar dirimí-las no âmbito de empresa; a de participar da elaboração de regime interno; a de ser consultado sobre dispensa e transferência de trabalhadores; a de participar da gestão de obras sociais; a de estudar as sugestões apresentadas pelo pessoal com o objetivo de aumentar a produção; a de ser informado sobre os lucros da empresa, emitindo sugestões sobre a sua aplicação. (57) A idéia de participação, depois de hibernada durante algum tempo, tornou-se ultimamente tópico reiteradamente inserido nas reivindicações trabalhistas, sendo certo que algumas empresas têm-se disposto a aceitá-la, posto que em condições ainda incipientes. Não deve tampouco ficar sem registro a inserção da idéia de participação no programa do partido político do Governo. (58)

Há, portanto, sinais evidentes da propensão de seguir o Brasil, nesta matéria, o padrão estabelecido pelas legislações trabalhistas mais modernas.

Os traços característicos do apontado padrão denotam que o poder de direção nas empresas não pertence mais exclusivamente ao empregador. Os seus interesses, não há dúvida, ainda são hegemônicos.

Mas, persistindo a tendência de aumentar a participação dos trabalhadores na vida da empresa, esta cada vez mais se realça como um centro de convergência de interesses, não se devendo excluir a hipótese de que os interesses do empregador, hoje hegemônicos, venham a ser, ao longo do tempo, suplantados pelos da empresa. (59)

Finalmente, no que toca à área sobre que recai a participação, cumpre assinalar que nela se inserem todos os assuntos de interesse dos trabalhadores, distribuídos geralmente em três compartimentos distintos — o social, o profissional e o econômico —, referindo-se o primeiro à gestão de obras sociais; o segundo, à admissão, transferência, dispensa de trabalhadores, fixação de salários e assuntos correlatos; e o último, ao ritmo das atividades da empresa, à transferência de estabelecimento ou de partes importantes deste, à fusão com outras empresas, às modificações introduzidas no objetivos da sociedade, à adoção de novos métodos de trabalho.

(57) Anteprojeto de Código do Trabalho, LTr, São Paulo, 28:530.

(58) Partido Democrático Social — Programa, Brasília, 1980, p. 15, item 34.

(59) «... o interesse dos acionistas da macrocompanhia, é cada vez mais suplantado por outra realidade: o interesse da empresa.» (Comparato, Fábio Konder, Aspectos Jurídicos da Macroempresa», São Paulo, Saraiva, Revista dos Tribunais, 1970, p. 52).

Exemplificativamente há de ser mencionados aqui o direito de admitir empregado, que, cada vez mais, vai deixando de constituir prerrogativa exclusiva do empregador. A lei alemã é bastante incisiva sobre o assunto, como bem se depreende da regra a seguir reproduzida: «Cada vez que o empregador tencione admitir um trabalhador, deve, em tempo hábil, indicar ao conselho de empresa as funções a lhe serem destinadas, fornecendo informações sobre sua pessoa.» (60) O conselho pode opor-se à contratação, não só quando vislumbra infringência da lei ou de cláusula de convenção coletiva, mas também quando entender não possuir o candidato qualificações para o posto vago, ou quando concluir ser a sua admissão prejudicial a outros trabalhadores. (61) Muitas vezes a restrição feita ao poder de admitir empregados: substancia-se na «closed shop», consoante e a qual só os trabalhadores sindicalizados podem ser contratados. (62) Outras vezes não é poder de admitir mas o de manter empregador que se restringe, ou por meio da «union shop» (63) ou da «agency shop». (64) Certas legislações impõem a contratação de determinada porcentagem de empregados portadores de doenças físicas. (65)

Merecem também realce os tópicos concernentes à localização e à transferência de estabelecimentos, à adoção de novos métodos de trabalho, à implantação de novos equipamentos. A lei alemã constitui o mais completo repositório das apontadas restrições ao poder organizacional do empregador, exigindo co-decisão da comissão de empresas sobre as seguintes matérias: redução de atividade, fechamento ou transferência da empresa ou partes substanciais desta; modificação de instalações industriais; introdução de novos métodos de trabalho. (66) Na França, há preceito legal impondo que a comissão de empresa seja informada e consultada sobre questões relacionadas com a organização, a gestão e a marcha geral da empresa, o que inclui medidas de caráter técnico, como a criação ou supressão de um estabelecimento. (67) A lei francesa dispõe, ademais, a respeito da necessidade de a comissão ser informada sobre quaisquer alterações concernentes à organização material da empresa e ao respectivo ambiente de serviço e consultada sobre a implantação de novos métodos de trabalho e transformações de postos, decorrentes de modificação de equipamento. (68) O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, tratando da competência da comissão de empresa, impõe ao empregador a obrigação de a in-

(60) § 61, da Lei sobre o Estatuto das Empresas, de 11 de outubro de 1952. (BIT, série legislativa de 1952).

(61) § 61, n° 3, da Lei Alemã sobre Estatuto das Empresas. (BIT, série legislativa de 1952).

(62) Marshall, F. Ray & Rungeling, Brian, *The Role of Unions in the American Economy*. Joint Council on Economic Education, 1976, p. 58.

(63) *Idem*, p. 58.

(64) *Ibidem*, p. 57.

(65) Catala, Nicole, *Droit du Travail; l'Entreprise*, Paris, Dalloz, 1980, p. 311.

(66) § 72; da Lei sobre o Estatuto das Empresas de 1952, (BIT, série legislativa de 1952).

(67) Catala, *ob. cit.*, «Droit », p. 189.

(68) *Idem*, p. 195.

formar sobre os seguintes assuntos: reestruturação de cargos; reduções de jornadas; planos de formação profissional; implantação ou resivão de sistemas de organização e controle de trabalho; estabelecimento de sistemas de prêmios ou incentivos e avaliação de postos de trabalho. (69)

Não podem ficar sem menção especial as limitações que as legislações modernas, em conformidade com a Convenção nº 158/82 e a Recomendação nº 166/82, da Organização Internacional do Trabalho, vêm impondo às despedidas arbitrárias.

Por último, é mister assinalar que os poderes do empregador de implantar serviços sociais e administrativos bem como as suas prerrogativas de caráter econômico de decidir a respeito de incorporações, fusões, participação em grupo de sociedades, volume de investimentos, níveis de produção e outras vão se tornando também vulneráveis à ingerência dos trabalhadores. Nessa conformidade, preceitua expressamente a lei alemã dever a comissão de empresa incumbir-se da administração dos serviços sociais; (70) co-participar de decisões sobre fusão com outras empresas. (71) e ser informada sobre o programa de fabricação, situação econômica da empresa, situação da produção e das vendas. (72) Na França, a gestão de obras sociais consititui prerrogativa exclusiva da comissão de fábrica. (73) No terreno econômico, as suas funções são predominantemente consultivas, compreendendo fusões, participações em outras sociedades, marcha geral dos negócios. (74) Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores prevê expressamente a participação da comissão de empresa na gestão de obras sociais, determinando, por outro lado, a obrigatoriedade de ser ela informada sobre a evolução geral do setor econômico, sobre a situação da produção e das vendas, sobre o programa de produção e sobre a evolução provável do volume de emprego. (75)

No Brasil, o campo aberto à incidência de cláusulas normativas ou disposições legais é quase exclusivamente o das condições de trabalho. Trata-se, porém, de campo minudentemente regulamentado, com regras abundantes sobre remuneração, férias, repouso remunerado, identificação profissional, formação, alteração, suspensão, interrupção e extinção do contrato de trabalho. Não obstante, outras áreas, tradicionalmente reservadas ao exercício exclusivo do poder diretivo do empregador, vão, pouco a pouco, se abrindo à ingerência do Estado e dos trabalhadores. Exemplo frisante é o das regras sobre segurança e medicina do trabalho. Por força do disposto no art. 160, da Conso-

(69) Art. 64, 1.3, Madrid, Servicios de Publicaciones del Ministerio del Trabajo, 1980, p. 89-90.

(70) § 56.1, da Lei sobre o Estatuto das Empresas (BIT, série legislativa de 1952).

(71) § 72, da Lei sobre o Estatuto das Empresas.

(72) § 67.3, da Lei sobre o Estatuto das Empresas.

(73) Cohen; ob. cit., «Le Droit . . .», p. 566.

(74) Idem, p. 470-2.

(75) Itens 9 e 1, do art. 64.

lidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, nenhum estabelecimento pode iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade competente. Em caso de risco grave e iminente para o trabalhador, pode esta ir ao extremo de interditar estabelecimentos, setor de serviço, máquina ou equipamento. Por outro lado, há hoje obrigatoriedade de se constituírem, nas empresas, comissões mistas de trabalhadores e representantes do empregador, com a incumbência de prevenir acidentes do trabalho. Finalmente, há de se registrar que algumas empresas, ou por decisão unilateral, ou, em virtude de acordo coletivo, consentiram, ultimamente, em permitir a organização de comissões internas de trabalhadores.

4 — Participação dos trabalhadores no Poder Sindical.

O poder sindical de que se cuida corresponde a uma autonomia, que se define como capacidade de autodeterminar os próprios interesses. Não se trata de poder delegado pelo Estado nem tampouco de poder outorgado pela categoria respectiva, sob a forma de representação, mas de poder próprio, surgindo no momento mesmo em que o sindicato se constitui. Espanca-se a idéia de delegação, com a constatação de que, muitas vezes, o sindicato exerce o seu poder contra o Estado. Balda-se a idéia de representação com a verificação de que o sindicato não persegue interesses de seus membros e sim interesse próprio, que corresponde à síntese dos interesses daqueles. Por outro lado, em regime de liberdade sindical, nem sempre o sindicato se organiza pelo critério de categoria, critério esse que, em alguns sistemas jurídicos, é aliás, inexistente.

O poder aqui realçado pode ser exercido de diversas maneiras. Sem se falar da sua vulnerabilidade à corrupção, atestada por farta literatura, (76) é preciso registrar que, à semelhança do que sucede no âmbito da sociedade civil, o governo do sindicato pode ser democrático; de um grupo reduzido de pessoas; ou unipessoal.

Exemplo do governo sindical unipessoal foi o exercido por James Ridle Hoffa, sobre o Sindicato dos Carroceiros, nos Estados Unidos da América do Norte. No Brasil, deve ser mencionada a Central Sindical, CUT, cujo prestígio e atuação encontram-se estreita dependência da figura carismática de Luiz Ignácio da Silva (Lula).

Exemplo de governo sindical oligárquico é o da generalidade das organizações sindicais, o que se explica pela conjugação dos seguintes fatores: a) baixo índice de sindicalização (na maioria dos sindicatos, o número de sócios não atinge 20% dos trabalhadores da categoria respectiva); (77) b) reduzida participação dos sócios nos assuntos do

(76) Paradis, Adrian A., *Trabalhismo em Ação*, São Paulo, Record, 1965, p. 128/142.

(77) Grondim, Marcelo, *Perfil dos Dirigentes Sindicais na Grande São Paulo*, São Paulo, Cecode, 1985, p. 68.

interesse do sindicato (as assembléias reúnem menos de 1% dos associados; mais de 90% dos trabalhadores da categoria ignoram quem são os seus diretores e até o endereço da sede do sindicato); (78) c) inadequado rodízio das cúpulas dirigente (entre os presidentes dos sindicatos 55% estão há mais de sete anos na direção sindical, o que significa o cumprimento de três mandatos de 3 anos; entre secretários, a permanência é ainda maior: 71,4% são membros da diretoria há mais de 9 anos e 85,7% há mais de cinco anos); (79) d) estreita vinculação do sindicato ao Ministério do Trabalho, o que leva o dirigente sindical a se preocupar mais com bons contatos políticos do que com sólidas vinculações com as bases respectivas; e) existência de contribuição sindical compulsória, que, propiciando largos recursos financeiros aos sindicatos, leva os seus dirigentes a se descuidarem do aumento do número de associados; f) vigência do critério da unidade sindical compulsória, que significa a outorga de poder independentemente de conquista.

Governo sindical democrático é o ideal perseguido nas sociedades democráticas. Está inscrito no art. 39, da Constituição Italiana e significa, basicamente, participação dos trabalhadores, a mais ampla possível, na vida sindical. Analiticamente esse ideal quer dizer: a) grande número de associados voluntários; b) presença maciça dos associados nas assembléias sindicais; c) integração dos associados nos movimentos encetados pelo sindicato, notadamente nas greves; d) rodízio nos cargos de direção; e) autonomia em relação ao Estado e às empresas.

No Brasil, para que o sindicato seja resgatado da deplorável situação em que se encontra, aproximando-se do ideal democrático, acima descrito, fazem-se necessárias as seguintes medidas: a) eliminação da contribuição sindical compulsória, para estimular o aumento do número de associados; b) extinção do critério da unidade sindical compulsória, a fim de que o poder dos dirigentes sindicais passe a depender da vontade dos associados dos sindicatos; c) criação de estímulos à prática de rodízios nos cargos de direção sindical; d) desenvolvimento de programas educacionais, para o aprimoramento de líderes sindicais (atualmente 43,3% dos dirigentes sindicais, em São Paulo não chegaram a completar o primeiro grau de escolarização). (80) f) eliminação dos vínculos que prendem o sindicato ao Governo, a fim de que o primeiro possa se tornar autônomo, perseguindo interesses genuinamente sindicais.

5 — Concerto Social

Na polivalência da palavra concerto, inclui-se o sentido de convenção, ajuste, acordo, pacto, que tencionamos aqui realçar.

(78) *Idem*, p. 67.

(79) *Ibidem*, p. 36.

(80) Grondin, *ob. cit.*, p. 87.

O pacto pode ser modernamente distinguido do contrato, por ser acessório deste. Contudo, no Direito Romano, distinguia-se da estipulação (contrato) por não gerar ação, ministrando somente exceção. ⁽⁸¹⁾ Parece que hoje, quando se fala em concerto ou pacto social, procura-se fazer emergir esse sentido romanístico da expressão, para se significar que não se trata de contrato formal provido de sanção, mas de algo mais flexível e menos vinculante.

O termo concerto ou pacto tem sido ultimamente usado para caracterizar política consensual destinada a gerar estabilidade econômica. ⁽⁸²⁾ O pacto se traduz numa política porque constitui instrumento de adaptação de meios a fins (...) (la politique se présente essentiellement comme une action en vue d'un but). ⁽⁸³⁾ Os fins a serem colimados são principalmente o combate à inflação e ao desemprego. Trata-se de política consensual porque se torna exequível em virtude da convergência das vontades dos parceiros sociais (empregados, empregadores e Estado).

É no sentido aqui apontado que vários pactos sociais se celebram na Europa Ocidental e em alguns países da América Latina, nos últimos dez anos.

O conteúdo deles é amplo e heterogêneo, podendo ser assim resumido: a) objetivo de combate à inflação e ao desemprego; b) medidas de ordem econômica a serem adotadas pelos pactuantes, para colimarem o referido objetivo; c) fixação de diretrizes a serem obedecidas na celebração de convenções coletivas; d) diminuição da conflictividade entre os parceiros sociais, nos diversos níveis de atuação; e) reestruturação de certos organismos sociais e institutos trabalhistas, visando a melhor adaptação deles às exigências da economia.

É difícil determinar a natureza jurídica dos pactos sociais. Contudo, algumas aproximações podem ser ensaiadas. Logo de início, cumpre registrar que os pactos não contêm soluções autoritárias, exteriorizando, ao contrário, a autonomia dos entes que dele participam.

Esse caráter consensual dos pactos traz à tona a idéia de que um Direito negociado tende a tomar o lugar do Direito imposto. ⁽⁸⁴⁾ O Estado possuindo, como súditos, não apenas indivíduos isolados, quadro que se idealizava, até fins do século XIX e princípios do século XX, mas, também, grupos aparatosamente organizados, não se anima a impor aos últimos as regras tendentes à realização de sua política, prefere negociá-las. Com isso, opera-se, o ressurgimento da contratualidade, depois de se haver oficiado o «requiem» do contrato.

(81) Teixeira de Freitas, Augusto, Vocabulário Jurídico, Rio, Garnier, 1933, p. 296.

(82) Giugni, Gino, Concertazione Sociale e Sistema Politico in Italia, «in» Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, Milano, nº 25, anno VII, 1985, p. 56.

(83) Batiffol, ob. cit., p. 7.

(84) Vasseur, Michel, Un Nouvel Essor du Concept Contractuel, «in» Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, Siery, 1964, Tome nº 62, p. 8.

Em obras que se tornou famosa (*Les Métamorphoses*. .), Savatier, expressando a «*communis opinio doctorum*», há cerca de quarenta anos, assinalava que o contrato se achava em declínio, quase em ruína. (85) Hoje, já não se pode afirmar a mesma coisa. A idéia de contrato aflora em todas as áreas: nas relações internacionais, com a disseminação dos tratados, acordos, protocolos; entre as empresas, com a formação de grupos econômicos; nas relações trabalhistas, com a voga das convenções coletivas e dos pactos sociais; nas relações administrativas, com a prática da planificação dialogada. (86)

O apontado contratualismo não consiste na restauração do que vicejou no século XIX e princípio do século XX, de caráter individualista e formal, e sim na emergência de um contratualismo organicista, convertido em instrumento de organização da vida social e econômica, (87) do qual o pacto social constitui uma das exteriorizações mais significativas.

Inserido o pacto social na categoria do contrato, considerado «*latu sensu*» força será agora indicar os institutos com os quais guarda maior afinidade.

Em primeiro lugar, há de ser assinalado o seu parentesco com o plano, quando este possui caráter indicativo e se constrói com base no diálogo, entre os parceiros sociais. Em ambos os casos, trata-se da instrumentalização de uma política de objetivos sociais e econômicos.

Em segundo lugar, carece aproximar o pacto social da convenção coletiva do trabalho. Não há como os indentificar, porque, no primeiro, não se estipulam condições de trabalho. Contudo, como estabelece diretrizes a serem observadas na celebração de futuras convenções, imbrica-se necessariamente com ela. Tal nexos foi aliás reconhecido pelo legislador espanhol, que inseriu a previsão do acordomarco, no capítulo do Estatuto dos Trabalhadores dedicado à negociação e às convenções coletivas de trabalho.

Tendo presente as apontadas aproximações, é mister assinalar, a seguir, que os pactos sociais tanto podem ser expressos quanto tácitos. Na Espanha, estabeleceu-se a tradição dos pactos sociais formais, enquanto, na Alemanha e na Áustria, a prática é a dos pactos informais. Na Itália, depois do Acordo Scotti, de 22 de janeiro de 1983, assinala-se clara tendência para os pactos informais. Em 1984, o conteúdo do pacto que não pôde ser celebrado, em virtude da defecção da central sindical comunista (CGIL), tornou-se objeto de Decreto-Lei, cuja validade reafirmou-se através de «referendum».

No Brasil, desde o advento da «Nova República», a idéia de pacto social tornou-se absorvente. O Governo fez várias gestões junto às

85) Savatier, R., *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1952, p. 20.

(86) Vasseur, ob. cit., p. 15.

(87) Idem, p. 11.

Centrais Sindicais mais representativas (CONCLAT hoje CGT E CUT) no sentido de as aliciar para a referida idéia. Muitos seminários se realizaram sobre o assunto e a imprensa escrita e falada nunca deixou de lhe reservar amplo espaço. Buscava-se a celebração de um Pacto Social como meio de debater a grave crise econômica em que se encontrava o país mergulhado e que bem se ilustrava com a inflação açada a níveis insuportáveis (mais de 200% ao ano).

Verificada a inviabilidade de um pacto social formal, (o que se explica talvez pela imaturidade das centrais sindicais brasileiras), houve por bem o Governo inserir a matéria que dele poderia ser objeto nos moldes de um Decreto-Lei (Decreto-Lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, seguido pelo Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986).

O conteúdo dos Decretos-Leis citados pode ser assim sintetizados: a) instituição do cruzado como novo padrão monetário; b) congelamento de preços; c) desindexação da economia; d) desinflação salarial; e) combate à conflitividade social, com o realce dado à negociação coletiva em detrimento de processos conflitivos; f) implantação da escala móvel de salários; g) reformulação do seguro-desemprego; h) alteração do regime de mercado de capitais.

Basta cotejar os itens acima discriminados com a tipologia dos Pactos Sociais, ultimamente celebrados em outros países, para ver se trata de matérias correlatadas.

Se, por outro lado, as diretrizes contidas no Decretos-Leis em causa vieram, como se espera, a contar com o consenso da população, então, parece que não constituirá demasia caracterizá-los com pactos sociais tácitos.

Liberdade Pública de Pesquisa e Magistério

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

(Professor Livre-Docente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo)

Aos 18 de dezembro de 1985, o Professor Dr. Antônio Hélio Guerra Vieira, Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, presidiu solenidade, na Faculdade de Direito da USP, atinente à «instalação dos cinco primeiros minicomputadores doados pela Reitoria». Em sua alocação, o Magnífico Reitor da USP referiu-se, entre vários tópicos de singular relevância, à «**ampla autonomia de magistério e pesquisa**» como tradição da Universidade de São Paulo, tendo realçado que todos os Professores usufruem de liberdade para efetuar seus planos de pesquisa, assim caracterizando-se a USP, ainda nas palavras de Sua Excelência, como a Universidade brasileira que mais incentiva e remete Professores e Pesquisadores ao Exterior, bem assim como a que mais recebe congêneres do Exterior. Por este fato, somado a outros aspectos, a Universidade de São Paulo responde por um terço da produção científica brasileira — acrescentou Sua Excelência.

Esta asserção do Magnífico Reitor da USP comporta sucinta análise sob o enfoque da **liberdade pública de pesquisa e magistério**, anti-gamente denominada «**liberdade pública de cátedra**».

No ensino público, por exemplo, a **liberdade de cátedra** dá ao professor o direito de ensinar, sem reserva, o que julga ser a verdade. Do mesmo modo que o Governo escolhe e paga aos Juizes para que **digam o direito**, assim também seleciona e remunera professores, para **dizerem a verdade**. Não mais do que o **direito, a verdade** não é privativa de um partido, porque não há verdade oficial. A independência da cátedra deve ser tão intensamente assegurada, como a independência do Tribunal (cf. Henri Berthélemy, **Traité Élémentaire du Droit Administratif**. 9ª ed., 1920, p. 321).

Conhecimento genuíno, frisava o Presidente Roosevelt, requer liberdade para conseguí-lo («**Genuine knowledge demands freedom to pursue it**»).

«Não se confunda, pois, **liberdade de cátedra** com «abuso», «desvio» ou «excesso» de **liberdade de cátedra**. Constitui «desvio» de **liberdade de cátedra** usá-la para ministrar, por exemplo, **matéria estranha** ao

programa; constitui «abuso» de **liberdade de cátedra** usá-la para doutrinação política ou subversiva; não constitui, porém, «abuso», «desvio» ou «excesso» o uso da cátedra para defesa de verdade científica, nos estritos limites que a pesquisa e a investigação a recomendem» (José Cretella Júnior, **Liberdades Públicas**, 1974, São Paulo, p. 142).

O Professor-Pesquisador universitário, em qualquer nível da carreira docente, pode e deve desfrutar da mais ampla **liberdade de ensino e pesquisa**, pela simples evidência de que, no regime constitucional de observância às liberdades públicas, a todas as pessoas físicas são asseguradas as liberdades de opinião e de difusão do pensamento (cf. artigo 153, § 8º, da Constituição da República Federativa do Brasil). Por dobrada razão, ao Professor-Pesquisador deve ter assegurada **liberdade absoluta de magistério e pesquisa**, porque presumivelmente ninguém reúne melhores qualificações do que o Professor-Pesquisador para afirmar e exprimir parecer científico, autônomo, singular e original sobre **qualquer tema**, sobretudo em sua área de especialização, **sem prejuízo da possibilidade de manifestar-se, com a necessária cautela, a respeito de qualquer assunto, no universo da cultura.**

Ouçamos o ensinamento do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho: «ainda entre várias formas de liberdade de expressão do pensamento está a liberdade de ensino, isto é, poder o mestre ensinar a seus discípulos o que pensa, não podendo ser coagido a ensinar o que os outros pensam ser correto. A Constituição reconhece expressamente a liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério» (**Curso de Direito Constitucional**, 11ª ed., 1982, São Paulo, Saraiva, p. 281-282). Com efeito, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 176, § 3º, estatui que «a legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: (...) a **liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério**, ressalvado o disposto no artigo 154». O art. 154 apenas coíbe «o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção».

Assim, **lato sensu**, pode-se conceituar a liberdade pública de **magistério** como a faculdade de ampla difusão de conhecimentos culturais especializados, segundo a opinião privativa do docente sobre o que considere consistir em verdade científica, bem como a liberdade pública de pesquisa como a faculdade de busca da verdade científica, sem limitação alguma, teórica ou prática, de tempo, lugar ou modo, respeitada a herança cultural do passado e preservada a possibilidade de reformulação científica, presente ou futura, exclusividade de acordo com as convicções e conclusões pessoais do pesquisador.

Sem a observância destas liberdades públicas, a pesquisa e o magistério desfiguram-se, deformam-se, tornam-se meros exercícios de adesão intelectual passiva a pessoas (vivas ou mortas), grupos ou instituições. Sem estas liberdades públicas, enfim, não faz sentido ser Professor e Pesquisador.

Por outro lado, é óbvio que ninguém é especialista em todas as disciplinas das ciências humanas e exatas (aliás, o último e, talvez, o único ser humano a abranger toda a cultura de sua época parece haver sido Aristóteles — 384/322 a.C.). Por razão quando o especialista de uma ou duas disciplinas manifesta opinião científica sobre temas interdisciplinares ou exclusivos de outras disciplinas (próxima ou remotamente afins) deve humildemente inteirar-se das opiniões, prévias ou posteriores, emitidas pelos especialistas de outras disciplinas, reformulando ou não sua própria opinião. Rematado absurdo, porém, consiste no supor-se que um especialista possa ou deva confinar-se exclusivamente em sua disciplina sem jamais pesquisar ou opinar sobre outras disciplinas, próximas ou remotamente afins. Esta observação, aplicável a toda a cultura científica, assume especial relevo, aliás, na própria Ciência do Direito.

Elucida José Cretella Júnior que «setor algum dos conhecimentos humanos constitui círculo fechado e incomunicável de noções. Toda disciplina científica e, mais ainda, filisófica mantém conexões com outros setores do saber, estabelecendo-se uma relação contínua de dependência recíproca, relação esta de reciprocidade e subordinação, característica extraordinária do saber humano» (**Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 185-186).

No tocante à **pesquisa**, ademais, o ordenamento jurídico federal, no Brasil, não se limita a assegurá-la como liberdade pública, mas a vincula ao magistério e a incentiva por meio dos seguintes dispositivos legais: a) «entendem-se como atividades de magistério superior aquelas que, pertinentes ao **sistema indissociável do ensino e pesquisa**, se exerçam nas universidades e estabelecimentos isolados em nível superior, para fins de transmissão e ampliação do saber» (art. 2º, **caput**, da Lei federal nº 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965 - Estatuto do Magistério Superior); b) «o ocupante de cargo de magistério superior fará jus, entre outras, às seguintes vantagens: (...) bolsas de estudo, destinadas a viagens de observação, ou cursos e estágios» (art. 54, **caput** e inciso III, da Lei federal nº 4.881-A/65); c) «as universidades organizar-se-ão com as seguintes características: (.) **flexibilidade de métodos e critérios**, com vistas às diferenças individuais dos alunos, às peculiaridades regionais e às possibilidades de **combinação dos conhecimentos para novos cursos e programas de pesquisa**» (art. 11, **caput** e item f, da Lei federal nº 5.540, de 28 de novembro de 1968); «os cargos e funções de magistério, mesmo os já criados ou providos, serão desvinculados de campos específicos de conhecimentos» (art. 33, **caput**, da Lei federal nº 5.540/68) (grifos nossos).

No âmbito específico da **Universidade de São Paulo**, verifica-se que a legislação estadual em vigor é ainda mais enfática, ao incentivar a liberdade pública de pesquisa, porquanto estipula o artigo 166 do Regimento Geral da USP (Decreto estadual nº 52.906, de 27 de março de 1972) que «a USP incentivará a pesquisa **por todos os meios ao seu alcance**, notadamente por: I — concessão de bolsas especiais, principalmente para iniciação científica, abrangendo campos diversos; II — for-

mação de pessoal em cursos de pós-graduação da própria USP ou em outras instituições nacionais e estrangeiras; III — concessão de auxílios para execução de projetos específicos; IV — realização de convênios com entidades nacionais, estrangeiras e internacionais; V — intercâmbio com instituições científicas estimulando os contatos entre pesquisadores e o desenvolvimento de projetos comuns; VI — divulgação dos resultados das pesquisas realizadas; VII — promoção de congressos, simpósios e seminários para estudo e debates» (grifos nossos).

Não há necessidade do menos esforço hermenêutico para concluir-se que a Universidade de São Paulo está legalmente obrigada a incentivar a **mais ampla liberdade pública de pesquisa e magistério, em aspecto disciplinar ou interdisciplinar, departamental ou interdepartamental.**

Aliás, a interpretação sistemática dos Estudos da USP (Decreto estadual nº 52.326, de 16 de dezembro de 1969) e o do Regimento Geral da USP (Decreto estadual nº 52.906/72) evidencia que o legislador estadual sabiamente visou a integração interdisciplinar, interdepartamental e interunitária de **toda** a Universidade, ou seja, de **todo** o conhecimento científico, precisamente para assegurar e incentivar, em linha horizontal, a liberdade pública de pesquisa e magistério. Com esse propósito, previu, **verbo gratia**, os **Centros Interdepartamentais** (art. 69 do Regimento Geral da USP), lamentavelmente ainda não concretizados em algumas Unidades da USP. Numa Universidade, como no próprio mundo, todos os docentes e pesquisadores, em princípio, podem e devem, com a necessária moderação e a imprescindível cautela, pesquisar e opinar a respeito de **todos** os assuntos que constituem o acervo da Cultura, a partir da evidência de que há uma interpenetração gnoseológica no mundo cultural. Esta liberdade pública não colide — antes coaduna-se — com o princípio da especialização disciplinar, indispensável ao progresso da cultura científica, assim como o princípio da divisão do trabalho possibilita a racionalização do trabalho humano.

«No Universo da Cultura, o Centro está em toda Parte» — eis o feliz dístico da Universidade de São Paulo, gravado em seu **campus** quinze anos atrás, por inspiração do Professor Dr. Miguel Reale, então Magnífico Reitor da USP. Com efeito, não há como confundir **organização administrativa departamental** (agrupamento de disciplinas proximamente afins) com **integração científica interdepartamental** (liberdade pública de pesquisa interdisciplinar e interdepartamental); a taxinomania burocrática de uma disciplina científica jamais poderia cercear a liberdade pública de seu cultor de realizar pesquisa interdisciplinar ou interdepartamental, com fundamento na legislação indicada no presente estudo.

E pode-se acrescentar que, no Universo da Cultura, o vértice reside no tempo, conforme nos ensinou Leonardo Da Vinci, o gênio da Renascença: «**la verità solo fu figliuola del tempo**» («a verdade só é filha do tempo»).

Tempus fugit...

Administração Internacional do Estado

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

(Professor Assistente-Doutor de Direito Administrativo
na Faculdade de Direito da USP. Procurador do
Estado de São Paulo)

(Doutor em Direito pela FADUSP)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Autonomia científica das disciplinas jurídicas. 2.1. Autonomia científica do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público. 2.2. Objetos interdisciplinares. 3. Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo. 3.1. Método comparativo. 4. Administração Internacional do Estado. 4.1. Definição. 4.2. Regime jurídico interdisciplinar. 4.3. Taxinomia na Administração Pública. 4.4. Relações administrativas com a Administração Internacional. 5. Conclusões.

1 — Introdução

Nossa concepção de **Administração Pública** é a seguinte: I) — **Administração Internacional:** a) Administração exterior (organismos administrativos internacionais); b) Administração interior (organização administrativa interna das entidades e órgãos internacionais); II) — **Administração Interna ou Estatal:** a) Administração Direta ou Centralizada; b) Administração Indireta ou Descentralizada; c) Administração Infradireta ou Pericêntrica (Administração Sócio-Econômica e Administração Interestatal) (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 77).

Por outro lado, o Estado projeta-se e atua, na área internacional, por meio de relações jurídico-soberanas de coordenação, regidas pelo Direito Internacional Público, bem como por redações jurídico-administrativas de integração, sob a égide do Direito Administrativo Internacional. A Administração Internacional do Estado abrange, assim, a parcela de atividades administrativas estatais que efetivam, **in concreto**, as relações políticas e jurídicas do Estado, na área internacional, seja como **Estado-soberania** (sob a regência do Direito Internacional Público), seja como **Estado-Administração** (sob a égide do Direito Administrativo Internacional, capítulo do Direito Administrativo). O relacionamento político-jurídico do **Estado-soberania**, na área internacional, cabente ao Direito Internacional Público, remanesce alheio ao presente estudo. Analisar-se-á, porém, o relacionamento administrativo integrante do **Estado-Administração**, na área internacional, por-

quanto sofre a incidência do Direito Administrativo, marcadamente do Direito Administrativo Internacional.

O relacionamento administrativo integrante do Estado-Administração, na área internacional, insere-se no âmbito da Administração Infradireta ou Pericêntrica, como Administração Interestatal. Nos aspectos principiológico e de regime jurídico, subsume-se a duas disciplinas jurídicas: Direito Administrativo e Direito Internacional Público. Verifica-se, pois, que o relacionamento administrativo integrante do Estado-Administração, na área internacional, consiste em tema, em objeto interdisciplinar, como outros na Ciência do Direito, a suscitar exame prévio das próprias zonas de intersecção entre as disciplinas jurídicas cientificamente autônomas, assinaladamente entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público.

2. Autonomia Científica das Disciplinas Jurídicas.

A Ciência do Direito constitui uma unidade especializada de cognição, sob aspectos formal e material, no âmbito das ciências sociais, caracterizadas pelo princípio da sociabilidade. A unidade da Ciência do Direito é assegurada por princípios monovalentes, válidos somente para esta província da cultura humanística. Portanto, consiste em truísmo afirmar-se que há interligação lógica, necessária, entre todos os ramos da Ciência do Direito. Com efeito, todos os ramos da ciência jurídica nutrem-se da seiva comum, consistente nos **princípios jurídicos monovalentes**.

«Por sua vez, todos os ramos da ciência jurídica, uns de recente formação, outros de tradicional existência, com **objeto** próprio, **método** próprio e **princípios informativos** próprios, proclamam sua autonomia, necessitando, porém, de um reexame crítico da problemática principiológica setorial, para que se firmem na análise do regime jurídico dos respectivos institutos, sempre em conexão com as **categorias jurídicas**, momento anterior de generalidade que se ergue no vestibulo de cada ramo» (José Cretella Júnior, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. X, 1972, Rio, Forense, p. 32).

A autonomia científica das disciplinas jurídicas fundamenta-se, pois, em **objeto** próprio, **método** próprio e **princípios informativos** próprios.

Entretanto, não se pode obscurecer a evidência de que subsiste, a nível teórico e prático, uma tensão dialética entre os atributos **autonômicos** das disciplinas jurídicas e os atributos **monovalentes** da Ciência do Direito. A preocupação permanente de edificar ou manter-se a autonomia diferencial das disciplinas jurídicas (tese) provém da resistência contínua à força centrípeta, uniformizadora, dos princípios jurídicos monovalentes (antítese), que resulta nas alterações de limites disciplinares e nas crescentes intersecções entre as disciplinas jurídicas (síntese).

Os lindes entre as disciplinas jurídicas não passam de pontos lógico-referenciais em efetiva ou potencial evolução, porquanto os **objetos** próprios dos ramos jurídicos mesclam-se em velocidade montante, ante o dinamismo dos fatos sócio-jurígenos. Os **métodos** próprios de análise, de cada disciplina jurídica, tendem a uniformizarem-se, à medida que, em cada ramo do Direito, se busca partir indutivamente dos institutos específicos para atingir-se categorias jurídicas, as «formas puras do Direito», comuns a várias disciplinas jurídicas.

Os **princípios setoriais** próprios de disciplina jurídica, ademais, constituem somente especializações dos princípios jurídicos monovalentes, voltados especificamente para o objeto próprio de cada disciplina.

Em conseqüência, pode-se concluir que a autonomia científica das disciplinas jurídicas constitui uma construção teórica *in fieri*, em evolução lentíssima, mas perpétua e inexorável, cujo único aspecto sólido e definitivo consiste na possibilidade de alteração. Longe de consistir em sedimentação pétrea e estática de compartimentos estanques, a autonomia científica das disciplinas jurídicas mais parece um sistema lógico de vasos intercomunicantes, por onde se distribuem dinamicamente os fatos sócio-jurígenos, à busca da valorização que os enquadre numa disciplina jurídica ou, como objetos interdisciplinares, em duas ou várias disciplinas jurídicas.

Entre as disciplinas jurídicas, sobretudo as do Direito Público, aumentam inexoravelmente as zonas secantes, as áreas comuns, os objetos interdisciplinares, bem como a aplicação intra e interdisciplinar do método comparativo. No Direito Público, proteiforme e evolutivo por excelência, agigantam-se incoercivelmente as interconexões jurídico-científicas entre o Direito Interno e o Internacional, corolário da **explosiva internacionalização do mundo contemporâneo**, fenômeno sócio-jurígeno que nenhum jurista pode ignorar.

As áreas de Direito do Estado e de Direito Internacional aproximam-se celeremente, sob aspectos teórico e prático. Em algumas Universidades estrangeiras, já consistem de **área única**, com salutar convivência das respectivas disciplinas jurídicas, posto serem todas facetas diferenciadas da atuação do Estado: talvez esta realidade estrangeira também se concretize, num futuro distante, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sempre sensível à evolução científica internacional.

2.1. Autonomia científica do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público.

A autonomia científica do Direito Administrativo provém de reunir esta disciplina jurídica **objeto** próprio, **método** próprio e **princípios informativos** próprios.

O **objeto próprio** do Direito Administrativo é o conjunto de atividades das pessoas jurídicas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas.

Outrossim, vários são os métodos possíveis, na Ciência do Direito. Assim, assinalam-se, **verbi gratia**, os métodos exegético, sociológico, «a priori», «a posteriori», realista, dogmático e jurídico (cf. José Cretella Júnior, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 379).

Consiste o **método jurídico** em analisar o conteúdo de cada sistema positivo para produzir sua unidade. Baseando-se na razão, procura demonstrar que a ciência jurídica deve ser racional em seu desenvolvimento, porque sua elaboração há de consistir na dedução das conseqüências que derivam dos princípios normativos positivos. Se direito público é uma disciplina jurídica, necessário aplicar-lhe o método jurídico, que compreende duas partes essenciais: a **análise jurídica** e a **construção jurídica**, consistindo a primeira na investigação dos princípios e procurando a segunda extrair destes todas as conseqüências (cf. José Cretella Júnior, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 379).

O **método jurídico**, no âmbito do Direito Administrativo, abrange duas dimensões. Em primeiro lugar, aplicação de indução e dedução, para extrair-se do **jus positum**, da jurisprudência judiciária e dos fenômenos jurídicos **in genere** (o denominado «direito à margem») o conjunto de princípios setoriais disciplinares (indução), para posteriormente, por analogia ou extensão, abarcar nos princípios os casos concretos não previstos (dedução). A segunda dimensão consiste na aplicação da análise diacrônica — História do Direito — e da síntese sincrônica — Direito Comparado, método comparativo —, para atingirem-se os limites extremos (formais e substanciais) do Direito Administrativo, bem como as intersecções e áreas comuns com outras disciplinas jurídicas.

Os **princípios** informativos próprios do Direito Administrativo são os de: **a)** hierarquia; **b)** prerrogativas públicas; **c)** especialidade; **d)** continuidade; **e)** igualdade do administrado; **f)** presunção da verdade; **g)** tutela administrativa; **h)** indisponibilidade do interesse público; **i)** poder-dever do administrador (cf. José Cretella Júnior, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. X, 1972, Rio, Forense, p. 34-144).

Por outro lado, o Direito Internacional Público igualmente consiste em disciplina jurídica cientificamente autônoma, com **objeto** próprio, **método** próprio e **princípios** informativos próprios.

O **objeto** próprio do Direito Internacional Público é o conjunto das relações político-jurídicas internacionais do Estado-soberania e de outras pessoas, entidades e órgãos, dotados de alguma espécie de personalidade internacional.

O **método** próprio do Direito Internacional Público soe consistir numa combinação entre os métodos jurídico, realista e sociológico, sem exclusão de ocasional aplicação de outros métodos. Assim, o Direito Internacional Público analisa diretamente **fatispécies internacionais**, de

natureza pública, extraindo-lhes a essência jurígena e atribuindo-lhes valoração política, sociológica e jurídica, numa metodização indutiva que conduz aos princípios setoriais e às «normas fundamentais» desta disciplina, dedutivamente estendidas, **a posteriori**, por analogia ou **ex aequo et bono**, a casos concretos ou lacunas do **jus positum** internacional.

Os **princípios informativos** próprios do Direito Internacional Público são os do consentimento, reciprocidade, igualdade dos Estados, finalidade das decisões judiciais e arbitrais, validade legal dos acordos, **boa-fé**, jurisdição estatal, liberdade dos mares, proibição à guerra agressiva, interdição ao genocídio, não-discriminação racial, proibição de crimes contra a humanidade e proibição à pirataria e ao comércio de escravos. Embora não exauram o rol de princípios setoriais do Direito Internacional Público, estes treze princípios são considerados pacíficos, não controvertidos (cf. Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, third edition, 1984, Oxford, Clarendon Press, p. 19 e 513).

2.2 Objetos interdisciplinares.

Na Ciência do Direito, assinala-se a existência de vários **objetos interdisciplinares**, consistentes de fatos do mundo ou de categorias jurídicas que, no mundo do Direito, são valorados, normatizados e recebem atributos diferenciais no âmbito próprio de duas ou mais disciplinas jurídicas.

Por outro lado, no âmbito específico de qualquer disciplina jurídica sempre subsiste a possibilidade de alguma instituição ou instituto típico de tal disciplina produzir um efeito jurídico, puramente **episódico** e **incidental**, em outra disciplina. Assim, **verbi gratia**, os efeitos da condenação criminal definitiva na área do Direito Administrativo Disciplinar. Tais instituições e institutos regem-se, porém, pelos métodos próprios e princípios informativos próprios de suas respectivas disciplinas jurídicas, com exclusividade, mesmo quando geram efeitos circunstanciais em outras disciplinas jurídicas.

Os **objetos interdisciplinares**, todavia, distintos das instituições e institutos típicos das disciplinas jurídicas, remanescem **sempre** e **inexoravelmente** abrangidos pelos métodos próprios e princípios setoriais próprios de duas ou mais disciplinas jurídicas. Assim, **verbi gratia**, o objeto interdisciplinar **Liberdades Públicas**, considerado pela doutrina brasileira e estrangeira como «disciplina-encruzilhada» (cf. José Cretella Júnior, **Liberdades Públicas**, 1974, São Paulo José Bushatsky, Editor, p. 25), é abrangido pelos métodos próprios e princípios informativos próprios de **todas** as disciplinas jurídicas públicas e privadas, com predominância dos Direitos Constitucional, Administrativo e Internacional Público (este último na área dos Direitos Humanos).

No tocante à atividade jurídico-constitucional do Estado, igualmente há, efetiva ou potencialmente, objetos interdisciplinares, regi-

dos pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional Público, aspecto que conduziu Georg Dahm a observar o seguinte: «todo que é objeto do Direito nacional — sem excluir-se, por exemplo, a própria Constituição do Estado — pode efetivamente ser, ou chegar a ser, objeto do Direito Internacional Público» (*Völkerrecht*, vol. I, Stuttgart, 1958, § 1, p. 3).

Irrecusável, porém, que o **objeto interdisciplinar** mais tradicional da Ciência do Direito consiste das **atividades administrativas internacionais do Estado — a administração internacional do Estado —**, predominantemente abrangidas por duas disciplinas jurídicas: Direito Administrativo (especialmente Direito Administrativo Internacional) e Direito Internacional Público (especialmente Direito Internacional Administrativo).

3. Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo.

Elucida José Cretella Junior que «setor algum dos conhecimentos humanos constitui círculo fechado e incomunicável de noções. Toda disciplina científica e, mais ainda, filosófica, mantém conexões com outros setores do saber, estabelecendo-se uma relação contínua de dependência recíproca, relação esta de reciprocidade e subordinação, característica extraordinária do saber humano. (...) Ora, ciência jurídica, por excelência, como é, mantém no direito administrativo conexões íntimas com as demais disciplinas jurídicas, quer no âmbito do **direito público** (direito constitucional, direito processual, direito penal, direito internacional público), quer no âmbito do **direito privado** (direito civil, direito comercial, direito internacional)» *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, 1966 Rio/São Paulo, Forense, p. 185-186).

Na Ciência do Direito, o Direito Administrativo é a disciplina jurídica mais receptiva e porosa a elementos oriundos de todas as outras disciplinas jurídicas e de algumas disciplinas extrajurídicas, atinentes a várias áreas humanísticas e exatas da cultura científica. Este característico do Direito Administrativo deriva do fato de que esta disciplina jurídica normatiza o funcionamento, a dinamização concreta da Administração Pública, que é forçada a lidar, na diarística administrativa, com fatispécies jurígenas, internas e internacionais, que refletem a incidência de institutos, instituições e regimes jurídicos de outras disciplinas jurídicas.

Por esse motivo, afirma Stej que o Direito Administrativo se relaciona com todos os ramos do saber humano e, mais, que retira de outras ciências seu conteúdo, sendo, no entanto, original e autônomo no sentido de que o retira **de maneira particular para aplicá-lo a fim distinto e próprio** (cf. J. Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., 1957, Rio de Janeiro, Borsoi, p. 11).

Assim, verifica-se a crescente interconexão entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público. A **área comum** a ambas as disciplinas jurídicas dilata-se e solidifica-se de modo irreversível, como resultado da montante integração administrativa internacional (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 68-74 e 124-131).

Na literatura administrativa brasileira, a relevância do tema foi realçada pela primeira vez, em 1966, por José Cretella Júnior, de modo incisivo e veemente: «a intensa vida de relação entre os Estados modernos deu origem, na órbita internacional, ao aparecimento de inúmeros vínculos, jurídicos e sociais, que, ao serem apreciados de maneira científica, passam pelo crivo de **princípios do direito internacional público através de órgãos e agentes que se submetem a normas ditadas pelo direito administrativo**. E, tão freqüentes e importantes são os pontos de contato que surgem entre esses ramos do Direito, que, em torno da nova **disciplina**, por alguns denominada de direito internacional administrativo e por outros de direito administrativo internacional, floresceu copiosa bibliografia especializada em que primam, pela excelência e clareza, os trabalhos de internacionalistas e de administrativistas italianos. Muitos dos problemas, a princípio afetos às Administrações locais, pelos característicos gerais de universidade de que se revestem, passam a projetar-se na órbita internacional, despertando o interesse simultâneo de vários países que procuram de comum acordo resolvê-los. Vem desse modo o direito internacional em socorro da Administração e, de acordo com os princípios deste, encontram-se os meios adequados para a resolução exata dos assuntos de interesse coletivo. Por sua vez, o direito administrativo, instituindo órgãos e meios de ação na esfera internacional, estabelecendo princípios para regular os **serviços públicos internacionais**, facultando aos agentes credenciados a solução dos problemas que interessam a vários países, projeta-se além das fronteiras locais e integra-se num plano universal» (José Cretella Júnior, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 195-196, grifos nossos).

Verifica-se que José Cretella Júnior não hesitou em considerar o Direito Internacional Administrativo ou Direito Administrativo Internacional como «**nova disciplina**», assim atribuindo-lhe, expressamente, autonomia científica em relação ao Direito Administrativo e ao Direito Internacional Público. Por outro lado, o Professor José Cretella Junior não distingue, cientificamente, entre Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo.

Assim como o Direito Urbanístico encontrava-se, muitos anos atrás, como disciplina **in fieri**, na Ciência do Direito, sendo sua autonomia científica ainda acerbamente criticada, no momento atual, também o **Direito Administrativo Internacional** é uma disciplina jurídica **in fieri**, que somente alcançará autonomia científica em futuro distante. No momento atual, a matéria atinente ao Direito Administrativo Internacional (assim como a relativa ao Direito Internacional Administrativo) ainda constitui um **objeto interdisciplinar**.

Com efeito, há um **objeto interdisciplinar**, entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público, consistente no serviço público estatal com destinação internacional e no serviço público internacional com destinação estatal, além de áreas específicas do Direito Internacional Público que aplicam Direito Administrativo (sobretudo Direito Administrativo Disciplinar) e áreas do Direito Administrativo que aplicam o Direito Internacional Público e, por exceção, o Direito do Comércio Internacional (de natureza privatística).

Os métodos próprios do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público assemelham-se e virtualmente identificam-se, em vista de trabalharem com fenômenos administrativos caracterizados por crescente entrelaçamento.

Por outro lado, há uma **essência comum** entre os princípios informativos do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público, consistente no **princípio da integração sistêmica da administração**, que se enuncia como a necessidade de inculcar-se nos entes administrativos a consecução dos fins do aparelhamento administrativo do Estado, para assegurar-se o fluxo harmônico e unidirecional das atividades administrativas públicas, internas e internacionais (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 33).

A propósito do tema, é mister atentarmos ao magistério de José Gascon Y Marin, que foi Professor de **Direito Administrativo** e de **Direito Internacional Público**: «a extensão do domínio do Direito Administrativo, assim como o das relações internacionais, tornando-se cada dia maior, é tanto mais necessário erigir como **ramo científico autônomo** o estudo dos problemas jurídicos colocados pela realização de um fim determinado: a ação administrativa internacional. Assim como atualmente o Direito Administrativo diferencia-se do Direito Político ou Constitucional, a partir da diferença evidente entre Constituição e Administração, no Direito dos Estados que constituem o que denominamos de Sociedade internacional, da mesma diferença nascerá um Direito Internacional Administrativo, pois, mesmo supondo-se muito imperfeita a Sociedade internacional, não se pode negar que não somente ela se constitui, mas age, vive, desenvolve uma atividade especial, e nesta ação e nesta vida, nesta realização de seus fins particulares, **distintos daquelas do Direito Público Internacional**, na necessidade de criar para si órgãos à realização dessas finalidades, na de conservar e aperfeiçoar seus órgãos, para concretizar os fins para os quais foram criados, encontramos uma **atividade administrativa internacional** que necessita de regras jurídicas, de um Direito que se desenvolverá progressivamente cada dia» (José Gascon Y Marin, **Les Transformations du Droit Administratif International**, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1930, IV, tome 34 de la Collection, Sirey, p. 21-22, (grifos nossos)).

A previsão de José Gascon Y Marin, expressa em 1930, concretizou-se parcialmente. **Verbi gratia**, em 1968, Carlos García e Enrique

Martinez Uzeros assinalavam a publicação de centenas de artigos e opúsculos sobre Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo, assim como dos livros de Umberto Fragola, **Diritto Amministrativo Internazionale** (3ª ed., Napoli, 1951), e de Biscotini, **Diritto Amministrativo Internazionale** (vol. I, Padova, 1964) (cf. Carlos Garcia Oviedo e Enrique Martinez Useros, **Derecho Administrativo**, 9ª ed., vol. III, 1968, Madrid, EISA, p. 9-15).

No Brasil, paradoxalmente, reinou o mais profundo silêncio, sobre Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo, até 1966, quando José Cretella Júnior pioneiramente suscitou o tema numa passagem de seu **Tratado de Direito Administrativo** (vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 195-196), já transcrita neste artigo.

A partir da premissa assentada por José Cretella Júnior, em 1966, incluímos em nossa obra **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado** (São Paulo, 1985, RT) um estudo mais alentado sobre Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo, embora este tema haja comparecido, em nosso livro, de modo meramente subsidiário, a fim de compor a análise do tema central da obra: administração atípica do Estado.

Em nossa obra, partimos do magistério de José Cretella Júnior, bem como de Carlos Garcia Oviedo e Haroldo Valladão.

Explicita Carlos Garcia Oviedo que «existem, pois, duas classes de Administração: a Administração da sociedade internacional como realidade orgânica e a Administração dos Estados particulares no âmbito internacional. No aspecto orgânico, traduz-se esse dualismo na existência: a) de uma organização administrativa internacional, e b) de uma organização administrativa interior para os assuntos internacionais. Situando esta matéria em um plano jurídico, cabe distinguir entre um Direito Internacional Administrativo e um Direito Administrativo Internacional. É aquele um Direito regulador das relações derivadas da existência de uma sociedade internacional. Corresponde ao organismo internacional e brota dele (Sociedade das Nações, Uniões, (ONU). O estudo deste ordenamento constitui o Direito Internacional. O Direito Administrativo Internacional regula a atividade do Estado endereçada à realização de seus fins além de suas fronteiras nacionais — comércio internacional, movimento demográfico, proteção aos súditos do país. É um Direito interno, projetando-se no Exterior» (Carlos Garcia Oviedo, **Derecho Administrativo**, 3ª ed., Madrid, EISA, 1951, p. 613-614).

Esclarece Haroldo Valladão: «em especial para as leis administrativas, desenvolvimento e complemento das leis constitucionais, vai haver na doutrina mundial uma evolução acerca das expressões, **Direito Administrativo Internacional** e **Direito Internacional Administrativo**, considerando-se constituir a primeira um ramo do DIP, conflito das leis administrativas, e a segunda um ramo do Direito Inter-

nacional Público, Direito das organizações internacionais. (. .) A concepção de um Direito Administrativo Internacional se materializa, esplendidamente, na obra do seu **verdadeiro fundador**, Karl Neumayer, em cinco volumes, I, II, III, II-2 e IV, 1910-1936 (cf. H. Valladão, **O Ensino e o Estudo do Direito** . ., p. 94) salientando ele a inspiração recebida de Von Bar, desde 1893, declarando em sua tese de docente-livre, de 1907, que «o Direito Administrativo Internacional é um novo ramo a se desenvolver do DIP» (vol. IV/I) «e versando os limites da administração pública de um Estado em confronto com as de outro Estado» (Haroldo Valladão, **Direito Internacional Privado**, vol. III — parte especial, Rio/São Paulo, Freitas Bastos, 1978, p. 287).

Partimos desses magistérios para considerar que, no tocante ao **objeto**, o Direito Administrativo Internacional é um ramo tridisciplinar do Direito Público, com a seguinte dicotomia de objeto: **a)** conflito de leis administrativas estatais entre Estados (**formalmente** atinente ao Direito Internacional Privado; **materialmente**, ao Direito Administrativo interno); **b)** integração coordenante de relações administrativas internacionais de serviço público, entre Estados e organismos internacionais (**formalmente** atinente ao Direito Internacional Público; **materialmente**, ao Direito Administrativo Internacional, capítulo do Direito Administrativo interno) (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 125).

Consideramos o Direito Administrativo Internacional como o capítulo do Direito Administrativo que rege juridicamente o serviço público-administrativo integrante do Estado, com destinação internacional. E consideramos o Direito Internacional Administrativo como o capítulo do Direito Internacional Público que rege juridicamente a atividade administrativa internacional, tanto a relativa à organização interior dos órgãos e entidades internacionais, como a dirigida à coordenação de serviços públicos estatais. Embora ainda constituam capítulos de duas disciplinas jurídicas tradicionais (Direito Administrativo e Direito Internacional Público), ambos já regem objeto interdisciplinar comum, têm métodos virtualmente idênticos e conectam-se por um princípio setorial comum, o princípio da integração sistêmica da Administração. Assim, tudo concorre para fortalecer o prenúncio de José Cretella Júnior, no sentido de que «nova disciplina» se encontra **in fieri**, em vias de paulatina formação. **Data venia**, não pouparemos esforços para contribuir à formação gradativa dessa «nova disciplina», em pesquisas futuras.

3.1 — Método comparativo.

A análise do Direito Administrativo Internacional e do Direito Internacional Administrativo remanescerá sempre fundamentada numa aplicação especial do Direito Comparado, do método comparativo.

«O **direito comparado**, como se sabe, não é **ramo** da árvore do direito. Não é **disciplina jurídica**, autônoma. Não é **direito**. É **método**

científico que, recorrendo à observação e ao cotejo, ressalta os traços dominantes de vários sistemas jurídicos, confrontando, no mesmo plano, **institutos** paralelos e **sistemas**, para depois concluir pela universidade de um conceito ou pela tipificação de um instituto num dado sistema de direito. É a comparação dos direitos. É o método comparativo aplicado ao setor da ciência jurídica. Por isso, é inexacto falar em regras de direito comparado, como é incorreto mencionar normas de direito comparado. O **método comparativo** pode ter abrangência máxima, transcendendo a ala do direito público e do direito privado para trabalhar em esfera categorial e pode descer a cada um dos ramos tradicionais do direito e confrontá-lo no que ele tem em comum» (José Cretella Júnior, **Direito Administrativo Comparado**, 1972, São Paulo, EDUSP, p. 24).

A aplicação especial do método comparativo, em Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo, consiste em trabalhar-se, num primeiro momento, na região categorial comum ao Direito Administrativo e ao Direito Internacional Público (serviço público; atos e contratos administrativos, órgãos administrativos; justiça administrativa interna e internacional, inclusive disciplinar; domínio público, e outras categorias), para lograr-se, em momento final de síntese, a fixação do regime jurídico e dos atributos diferenciais dos institutos e instituições, na área estatal e na internacional. Assim como o método comparativo é tradicionalmente aplicado no confronto de Direitos nacionais e de sistemas jurídicos, também pode ser utilizado no confronto entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público (e, por exceção, o Direito Internacional Privado).

Esta aplicação especial do método comparativo constitui tarefa difícil e espinhosa, que exige conhecimento profundo de Direito Administrativo e de Direito Internacional Público, além de outras qualificações. Ao que sabemos, não existe, na literatura jurídica, brasileira ou estrangeira, obra que verse o Direito Administrativo Internacional e o Direito Internacional Administrativo sob o enfoque do método comparativo. Eis cá, porém, uma obra que **precisa ser escrita**, com a possível brevidade.

4. — Administração Internacional do Estado.

A Administração Internacional do Estado constitui-se de todos os órgãos e atividades administrativas internas do Estado destinados à área internacional ou receptadores do serviço público internacional. Rege-se, **lato sensu** pelo Direito Público, que somente para fins didáticos e metodológicos bifurca-se em Direito Público Interno e Direito Público Internacional ou Direito Internacional Público, embora as relações internacionais públicas do Estado não esgotem o conteúdo do Direito Internacional Público.

A propósito, observou José Gascon Y Marin: «a Administração não foi concebida somente como enclausurada no círculo da vida interna

dos Estados; ao contrário, dada sua atividade no campo das relações internacionais, foi preciso distinguir a Administração interna e a Administração externa. Contudo, os autores de tratados de Direito Administrativo não estudaram todos esta derradeira forma, pois, atendo-se ao estudo do Direito Público interno, por isto circunscreveram nos mesmos limites o exame da administração do ponto de vista jurídico» (**Les Transformations du Droit Administratif International, in** Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye, IV, tome 34, Sirey, 1930, p. 7).

Após meio século, aquela situação comentada por José Gascon Y Marin permanece virtualmente inalterada. A maioria dos autores de Direito Administrativo ainda concentra sua atenção mais apurada no Direito Administrativo interno e na Administração Pública interior. No Brasil, conforme já se frisou, apenas um administrativista, José Cretella Júnior, dedicou um capítulo de sua obra às relações administrativas internacionais do Estado e ao Direito Administrativo Internacional (cf. José Cretella Júnior, **Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 195-196), sendo certo que, no Brasil, outros administrativistas nunca se pronunciaram sobre o tema. Aliás, no Brasil, tampouco os especialistas em Direito Internacional Público manifestaram-se sobre a matéria, talvez por considerá-la primordialmente afeta aos estudiosos do Direito Administrativo. Existem apenas, na literatura estrangeira, muitos artigos, poucos opúsculos e raríssimos livros, a respeito do assunto, aspecto já suscitado item 3 deste artigo, atinente a Direito Administrativo Internacional e o Direito Internacional Administrativo.

Por outro lado, definimos Administração Pública como o organismo executor da atividade estatal e interestatal, que assegura a integração coordenada, interna e internacional, da gestão especializada e técnico-científica do serviço público-administrativo, para consecução permanente e ininterrupta das necessidades, conveniências e interesses públicos.

Optamos, portanto, consoante nossa definição, por uma concepção latíssima, global e universalista de Administração Pública, considerada como organicidade estatal e interestatal, destinada à consecução do interesse público interno e externo, para satisfação das necessidades coletivas nacionais e internacionais, em consonância com a indeclinável inserção do Estado no concerto da comunidade universal, composta apenas pela soberania dos Estados, mas igualmente pela autonomia derivada de organismos administrativos internacionais e outras entidades, internacionais e transnacionais (públicas, privadas ou mistas), de cunho administrativo, técnico-científico e especializado (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 60).

A **Administração Internacional do Estado** consiste na parcela especializada da Administração Pública, cuja finalidade é a manutenção das relações administrativas internacionais do Estado, para a conse-

cução do interesse público interno e externo e satisfação das necessidades coletivas nacionais e internacionais.

4.1 — Definição.

Sob aspecto **formal**, define-se Administração Internacional do Estado como o conjunto de órgãos, entidades e agentes públicos que realizam as relações administrativas internacionais do Estado.

Sob aspecto **substancial**, define-se Administração Internacional do Estado como o complexo de atividades jurídico-administrativas de integração internacional do Estado.

Combinando-se os critérios formal e substancial, define-se **Administração Internacional do Estado** como o conjunto de entidades, órgãos e agentes públicos estatais que concretizam as atividades e relações jurídico-administrativas de integração interestatal.

4.2 — Regime jurídico interdisciplinar.

A Administração Internacional do Estado rege-se, primacialmente, pelo Direito Administrativo (especialmente pelo Direito Administrativo Internacional) e pelo Direito Internacional Público (especialmente pelo Direito Internacional Administrativo).

Ouçamos José Gascon Y Marin: «as relações internacionais supõem **serviços administrativos**. É ao **Direito Administrativo** que pertence o estudo da organização administrativa deste serviço (Ministério das Relações Exteriores, carreiras diplomática e consular). O Estado, a fim de manter sua personalidade internacional, tem necessidade de ser independente, de estabelecer relações com os outros Estados, defendendo seus interesses nacionais fora do território. A armada é a instituição nacional encarregada de defender a independência do Estado. Ingressa no **Direito Administrativo** aquilo que, nas Missões e Escritórios Internacionais, possa interessar ao Estado. O Estado participa da vida internacional. Há **serviços administrativos** e princípios jurídicos que regem esta participação» (José Gascon Y Marin, **Les Transformations du Droit Administratif International**, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1930, IV, tome 34 de la Collection, Sirey, p. 12).

A Administração Internacional do Estado consiste, na verdade, em objeto interdisciplinar, cujo regime jurídico assenta-se nos métodos próprios e princípios informativos próprios do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público.

4.3 — Taxinomia na Administração Pública.

No momento presente, no Direito positivo em vigor, a **Administração Pública Federal do Brasil** apresenta o seguinte perfil institucional:

I — **Administração Direta: Presidência da República e Ministérios** (art. 4º, I, do Dec.-lei nº 200/67); **Órgão de Assessoramento Imediato** do Presidente da República (art. 32 do Dec.-lei nº 200/67); **Órgãos Administrativos Parajudiciais** (arts. 70 e 72 da Constituição da República e outros dispositivos da legislação complementar e ordinária); **Procuradorias** (arts. 94 a 96 da Constituição da República e outros dispositivos da legislação ordinária); **Órgãos Autônomos** (art. 172 do Dec.-lei nº 200/67, com a redação dada pelo Dec.-lei nº 900/69);

II — **Administração Indireta:** autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 4º, II, do Dec.-lei nº 200/67);

III — **Entes Legalmente excedentes da Administração Direta e da Indireta:** **fundações públicas** art. 3º do Dec.-lei nº 900/69; **corporações públicas de profissões liberais** (Dec.-lei nº 968, de 13-10-69); **entidades e organizações de serviço-social, com contribuições parafiscais** (art. 183 do Dec.-lei nº 200/67).

Em nossa obra **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado** (1985, São Paulo, RT, p. 147-148), propusemos, **de lege ferenda**, estudo sobre eventual alteração na legislação federal brasileira, especialmente no Decreto-lei federal nº 200/67 e legislação subsequente, no sentido de legiferar-se a seguinte estruturação da **Administração Pública Federal Brasileira:**

a) **Administração Direta ou Centralizada:** Presidência da República e Ministérios, Órgãos de Assessoramento Imediato do Presidente da República; Órgãos Administrativos Parajudiciais; Procuradorias;

b) **Administração Indireta ou Descentralizada:** autarquias; entidades concessionárias, permissionárias, autorizadas e delegatárias;

c) **Administração Infradireta ou Pericêntrica:** empresas públicas; sociedades de economia mista; autarquias industriais; fundações públicas de profissões liberais; entidades e organizações de serviço público-social, com contribuições parafiscais; órgãos autônomos.

Definimos Administração Infradireta ou Pericêntrica como a atividade administrativa pública, sistemática, atípica, de participação materialmente coordenada do Estado no planejamento e manutenção integrada do equilíbrio sócio-econômico, interno e internacional (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 55).

Combinando-se nossa definição de Administração Internacional do Estado (cf. item 4.1 deste artigo) com o perfil institucional atual da Administração Pública Federal do Brasil, evidencia-se que as atividades e relações jurídico-administrativas de integração interestatal realizam-se, por excelência, pela Administração Direta (Presidência da República e Ministérios, sobretudo Ministério das Relações Exteriores) e, por exceção, pela Administração Indireta, assim como por fundações públicas. Todavia, considerando-se aquela estruturação, **proposta de lege ferenda**, a Administração Internacional do Estado seria exercida pela Administração Direta ou Centralizada, por exceção, e pela Ad-

ministração Infradireta ou Pericêntrica, em regra, com exclusão da Administração Indireta ou Descentralizada.

4.4 — Relações Administrativas com a Administração Internacional.

Definimos **Administração Internacional** como o complexo orgânico-operativo, autocoordenado, de manutenção das entidades internacionais e satisfação às necessidades e interesses públicos da comunidade internacional, mediante prestação direta de serviços aos indivíduos e aos Estados ou coordenação de serviços (cf. item 1 deste artigo e nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 72). Nesta obra, à p. 131, definimos **serviço administrativo integrante do Estado** como a atividade atípica da administração, cujo objeto é a gestão da coordenação estatal e interestatal, para preservação do equilíbrio intra-sistêmico e preenchimento de lacunas técnico-científicas do serviço público estatal, mediante relações administrativas internas e internacionais, qualificadas pela interiorização mediata do fim de utilidade pública e imediata do interesse público internacional.

No tocante à área internacional, visa o serviço administrativo integrante do Estado a inserção coordenada (emissiva e receptiva) da Administração Pública interna na Administração Internacional, a interligação do serviço público interno com o serviço público internacional. Não se trata de juridicização de volições e opções políticas de Estados soberanos, matéria típica do Direito Internacional Público (ou da eficácia extraterritorial da potestade estatal, matéria de Direito Internacional Privado), mas da juridicização coordenante (em regra) ou subordinante (por exceção) de **relações administrativas** internacionais, cujo objeto é a transmissão de elementos técnico-científicos e cuja finalidade é a satisfação do interesse público internacional, não necessariamente coincidente com interesses públicos estatais particularizados.

5. — Conclusões.

Em vista do exposto, podem-se sintetizar as seguintes conclusões:

1ª) — o relacionamento administrativo internacional do Estado-Administração, na área internacional, insere-se no âmbito da Administração Infradireta ou Pericêntrica, como Administração Interestatal; nos aspectos principiológico e de regime jurídico, subsume-se a duas disciplinas jurídicas — Direito Administrativo e Direito Internacional Público;

2ª) — a autonomia científica das disciplinas jurídicas constitui uma construção teórica *in fieri*, em evolução lentíssima, mas perpétua e inexorável, cujo único aspecto sólido e definitivo consiste na possibilidade de alteração;

3ª) — as áreas de Direito do Estado e de Direito Internacional aproximam-se, sob aspectos teórico e prático;

4ª) — a autonomia científica do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público provém de ambas as disciplinas jurídicas fundamentarem-se em objetos próprios, métodos próprios e princípios informativos próprios;

5ª) — na Ciência do Direito, assinala-se a existência de vários **objetos interdisciplinares**, consistentes de fatos do mundo ou de categorias jurídicas que, no mundo do Direito, são valorados, normatizados e recebem atributos diferenciais no âmbito próprio de duas ou mais disciplinas jurídicas;

6ª) — verifica-se a crescente interconexão entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público; a **área comum a ambas** as disciplinas jurídicas dilata-se e solidifica-se de modo irreversível, como resultado da montante integração administrativa internacional (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 68-74 e 124-131);

7ª) — na literatura administrativista brasileira, a relevância da interconexão entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público foi realçada, pela primeira vez, por José Cretella Júnior, em 1966, em seu **Tratado de Direito Administrativo**, vol. I, 1966, Rio/São Paulo, Forense, p. 195-196;

8ª) — há um **objeto interdisciplinar**, entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público, consistente no serviço público estatal com destinação internacional e no serviço público internacional com destinação estatal, além de áreas específicas do Direito Internacional Público que aplicam Direito Administrativo (sobretudo Direito Administrativo Disciplinar) e áreas do Direito Administrativo que aplicam o Direito Internacional Público e, por exceção, o Direito do Comércio Internacional (de natureza privatística);

9ª) — consideramos o Direito Administrativo Internacional como o capítulo do Direito Administrativo que rege juridicamente o serviço público-administrativo integrante do Estado, com destinação internacional; e consideramos o Direito Internacional Administrativo como o capítulo do Direito Internacional Público que rege juridicamente a atividade administrativa internacional, tanto a relativa à organização interior dos órgãos e entidades internacionais, como a dirigida à coordenação de serviços públicos estatais: embora ainda constituam capítulos de duas disciplinas jurídicas tradicionais (Direito Administrativo e Direito Internacional Público), ambos já regem objeto interdisciplinar comum, têm métodos virtualmente idênticos e conectam-se por um princípio setorial comum, o princípio da integração sistêmica da Administração;

10ª) — a análise do Direito Administrativo Internacional e do Direito Internacional Administrativo remanescerá sempre fundamentada numa aplicação especial do Direito Comparado, do método comparativo, ainda inaplicado à matéria;

11ª) — define-se **Administração Internacional do Estado** como o conjunto de entidades, órgãos e agentes públicos estatais que concre-

tizam as atividades e relações jurídico-administrativas de integração interestatal;

12*) — a Administração Internacional do Estado consiste em objeto interdisciplinar, cujo regime jurídico assenta-se nos métodos próprios e princípios informativos próprios do Direito Administrativo e do Direito Internacional Público.

13*) — na atual estruturação da Administração Pública Federal Brasileira, as atividades e relações jurídico-administrativas de integração interestatal realizam-se, pela Administração Direta (Presidência da República e Ministérios), e, por exceção, pela Administração Indireta, assim como por fundações públicas; todavia, **de lege ferenda**, a Administração Internacional do Estado seria exercida pela Administração Direta ou Centralizada, por exceção, e pela Administração Infradireta ou Pericêntrica, em regra, com exclusão da Administração Indireta ou Descentralizada.

14*) — a interligação da **Administração Internacional do Estado com a Administração Internacional** realiza-se por meio de **relações administrativas internacionais**, cujo objeto é a transmissão de elementos técnico-científicos e cuja finalidade é a satisfação do interesse público internacional, não necessariamente coincidente com interesses públicos estatais particularizados.

À guisa de fecho, esclarece-se que o presente tema, neste artigo, foi apenas suscitado, a florado, em linhas gerais, pois se trata de matéria que exigiria uma alentada monografia. Por motivos ignotos, tal monografia ainda não existe, no Brasil, embora este País já conte com uma tradição de notáveis administrativistas e internacionalistas. Como já se frisou, trata-se de obra que **precisa ser escrita**, com a possível brevidade, atentando-se à observação de José Cretella Júnior: «cabe, com efeito, ao **Direito Comparado**, reivindicar para a ciência jurídica o caráter de universalidade que ela deve ter, sem o que o Direito não passará de um conjunto de pesquisas empíricas, de um casuismo utilitarista a dirimir litígios imediatistas, à medida que ocorrerem, e não, como devera ser, o termostato da sociedade, a arte de dirigir os agrupamentos humanos e de regular as relações jurídicas entre sujeitos de direito, de acordo com o ideal supremo de justiça» (José Cretella Júnior, **Administração Indireta Brasileira**, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 83, e **Direito Administrativo Comparado**, São Paulo, EDUSP, 1972, p. 12).

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o estudo desse objeto interdisciplinar poderá, agora ou no futuro, enquadrar-se nos Departamentos de Direito do Estado e de Direito Internacional (e nos respectivos Institutos) ou até num Centro Interdepartamental (art. 54 do Estatuto da USP, Decreto estadual nº 52.326/69; art. 69 do Regimento Geral da USP, Decreto estadual nº 52.906/72). Como já disse um ex-Ministro da Justiça do Brasil (Dr. Armando Falcão), «o futuro a Deus pertence»..

São Paulo, 03 de setembro de 1985.

Uma Carinhosa Mensagem de Eurico Tullio Liebman

Cândido R. Dinamarco

Professor de Direito Processual da Faculdade
de Direito da USP

Significativa homenagem foi prestada pela comunidade jurídica de São Paulo a Enrico Tullio Liebman, na oportunidade do lançamento da tradução brasileira do seu **Manual de direito processual civil**. Reunidos na sede da Associação Paulista de Magistrados, estiveram advogados, membros do Ministério Público, magistrados, procuradores do Estado, estudantes de direito, num evento sem precedentes, em integral congraçamento, patrocinado por todas as entidades de classe; foi um momento de absoluta identificação de todos, no comum reconhecimento dos méritos do homenageado, como guia do pensamento jurídico-processual brasileiro e como figura humana que soube impor-se à estima dos que com ele tiveram oportunidade de conviver durante sua permanência no Brasil e na cordial acolhida que dá aos brasileiros que o visitam em Milão.

Quando se fala na «Escola Processual de São Paulo», que verdadeiramente constituiu hoje uma linha metodológica **brasileira** em direito processual, as lembranças convergem àquele que, durante os anos difíceis da Segunda Guerra, veio ter ao Brasil e aqui soube conduzir um movimento de atualização da nossa processualística, segundo os princípios jurídico-científicos revelados na revolução operada a partir da obra de Oskar Von Bülow e ao longo das históricas lições de Giuseppe Chiovenda. Portador de invejável lastro cultural-jurídico e humanístico, soube Liebman também assimilar a cultura dos nossos antepassados brasileiros e lusitanos, para imprimir aos seu escritos e lições o cunho de uma extremada fidelidade às tradições do nosso direito; quem hoje se dedica ao estudo do direito processual no Brasil, recebe lições que são o amálgama feliz da elaboração dos institutos luso-brasileiros à luz dos mais recentes e prestigiados progressos da ciência processual européia. Por isso é que legitimamente vem Liebman proclamado como o pai da «Escola Processual de São Paulo».

Essa foi, na realidade, a segunda homenagem assim expressiva que o Brasil rendeu a Enrico Tulli Liebman. No ano de 1977 havendo o Governo brasileiro autorgado ao mestre a Comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul (máxima honraria concedida a cidadãos não-brasileiros), foi-lhe feita a entrega em solene festividade no **Museo della scienza e della tecnica**, em Milão. As palavras que então proferi, por

delegação do Consulado-Geral do Brasil, foram reproduzidas no escrito «Sugli sviluppi della dottrina brasiliana del processo civile» (in **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**, vol. I, Milão, Giuffrè, 1979) e estão publicadas, em versão brasileira, com o título «Homenagem a Enrico Tullio Liebman» (RT, 508/290). Nunca é demais reverenciar aquele que vem dedicando uma vida toda à ciência que cultivamos e nunca arrefeceu no amor ao Brasil e à sua gente.

Como ponto culminante da festa em que lhe foi prestada aquela homenagem pela comunidade jurídica paulista, uma ligação telefônica internacional trouxe aos presentes a voz cordial e segura do Mestre, numa carinhosa mensagem em que se sentiu a sua identificação com os estudiosos brasileiros e com a sua cultura, além da grande estima que não perde oportunidade de demonstrar e proclamar. Eis as palavras que com muita emoção foram ouvidas pelos que, no dia 8 de novembro de 1984, estiveram presentes à festa de lançamento do seu **Manual de direito processual civil**:

«Caros amigos brasileiros,
queridos companheiros.

Ouçam, estou aqui com vocês. Lamento falar-lhes em italiano e não na sua língua, como teria preferido. Mas aquilo que após tantos anos de ausência me posso permitir nas visitas que vocês me fazem, isto é, falar como posso no idioma português, não me parece seja consentido nesta ocasião em que as minhas palavras vêm de longe, depois de cruzar o oceano, para chegar até vocês agora reunidos numa reunião festiva. Esta minha mensagem substitui, com bastante imperfeição, a visita que eu gostaria de fazer-lhe, para estar em sua companhia no momento em que são dadas as boas vindas à publicação do primeiro volume do meu **Manual de direito processual civil**, traduzido ao português pela pena elegante de Cândido Rangel Dinamarco, o qual lhe acrescentou notas preciosas e através delas conjugou adequadamente observações filológicas com agudos confrontos entre o processo civil italiano e o brasileiro —, notas essas que dão um valor novo ao meu texto, o qual adquire assim um significado original e único na literatura italiana e brasileira.

Se eu pudesse ter feito a longa viagem e estar presente entre vocês, haveria de rever e abraçar novamente tantos amigos que não esqueço, como eles também não me esqueceram; e encontraria também pela primeira vez amigos novos, da geração mais jovem, aos quais me sinto profundamente ligado pelo estudo da mesma disciplina científica, que não é fim em si mesma, mas se esforça para tornar mais claras, mais fracas, mais seguras e mais justas as relações cotidianas entre os homens que vivem em sociedade. Teria sido uma alegria, ainda, rever a sua cidade, que há vinte anos, quando ali estive pela última vez, tinha edifícios altos, mas agora se tornou uma verdadeira selva de arranha-céus, como vejo pelas fotografias.

Permitam-me dizer que estou muito orgulhoso por saber que as páginas do meu **Manual**, nas quais está condensada toda a experiência

da minha vida de estudioso e de advogado, revivem numa forma, dada pela língua diferente, que é a língua de João Monteiro, de Clóvis Bevilacqua e — pode-se dizer também — de Alfredo Buzaid. Espero que elas sejam do seu agrado e possam ser úteis no exercício cotidiano da sua profissão como juiz e como advogados.

E agora acho que não é justo ter a linha (telefônica) ocupada por tanto tempo: os homens de negócios precisam dela para concluir os seus contratos e os namorados querem trocar as suas confidências. Despeço-me de vocês com afeto e reconhecimento por me terem oferecido esta oportunidade de dirigir-lhes algumas palavras a viva voz, como se estivesse realmente ali ao lado de vocês e pudesse estender-lhes a mão e estreitar-me a vocês num caloroso abraço, daqueles que só no Brasil se sabe dar.»

“Direito de Autor e Interesse Público nos Países em Desenvolvimento”

Carlos Alberto Bittar

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
Professor Livre Docente na Faculdade de
Direito da USP
Membro efetivo do Conselho Nacional de
Direito Autoral

I — DIREITO DE AUTOR: NOÇÕES BÁSICAS

1. Observações preliminares.
2. Direito de Autor: conceito e posição.
3. Direitos inseridos em seu contexto.
4. Obras protegidas.
5. Evolução.
6. Essência e alcance.

II — DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

7. O conflito entre o interesse público e o privado no Direito de Autor.
8. Limitações comuns decorrentes desse conflito.
9. As limitações nas convenções internacionais e no direito interno dos países em geral.

III — A SITUAÇÃO NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

10. A concepção «países em desenvolvimento» no contexto da comunidade internacional.
11. Problemas peculiares a esses países: alcance do interesse público.
12. A situação do conflito no plano do Direito de Autor.
13. Conseqüências específicas desse conflito no plano internacional.
14. O regime especial instituído nas Convenções para esses países: limitações e licenças legais.
15. A lei-tipo proposta pelas organizações internacionais.
16. Reflexos no direito interno dos países em desenvolvimento.
17. Conclusões.

I — DIREITO DE AUTOR: NOÇÕES BÁSICAS

1. Observações preliminares

De há muito, vem-nos preocupando a posição do Direito de Autor — assim como a de outros direitos privados — face a crescente inserção de noções e de elementos de ordem pública na respectiva disciplinação legal, de modo a comprimir a correspondente área de atuação.

Interessa-nos, em particular, a situação daquele Direito nos países em desenvolvimento — em que se encontra o Brasil — a qual analisaremos no presente trabalho, procurando demonstrar os pontos de atrito existentes e os reflexos nas legislações nacionais.

Para esse efeito, partiremos de noções conceituais sobre o Direito de Autor, acentuando, ao depois, o conflito que nele se instala entre os interesses público e privado, o qual se traduz em limitações aos direitos de autor, ora inscritas em convenções internacionais e no direito interno de diferentes países.

Particularizando o tema, enfocaremos as conseqüências especiais desse entrechoque nos países considerados em desenvolvimento, com ênfase para as orientações observadas a nível do direito positivo, extraíndo, ao final, as conclusões que nos parecem pertinentes na presente quadra de sua evolução.

Trata-se de tema de suma importância nos dias atuais, principalmente para os países em questão, porque é neles que mais se sente o conflito de interesses em causa, em função, de um lado, da necessidade de progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento geral da Nação — inclusive e especialmente mediante o aproveitamento de experiência alóctons — e, de outro, da imperatividade da concessão de proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos respectivos nacionais, na formação e na sedimentação de cultura autóctone, para a própria afirmação do país no cenário da inteligência mundial.

2. Direito de Autor: conceito e posição

Conforme salientamos em nosso livro «Direito de Autor na obra feita sob encomenda» (S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 1), o Direito de Autor é o ramo da ciência jurídica em que se protege, sob os aspectos moral e patrimonial, o criador de obra literária, artística ou científica.

Acompanhando a própria evolução experimentada nas comunicações, o Direito de Autor tem-se afirmado, em concreto, nos tempos atuais, mostrando-se sensível às conquistas do pensamento, da ciência e da arte. Insere-se, consoante a doutrina moderna, no contexto dos denominados «Direitos Intelectuais», ao lado do «Direito de Propriedade Industrial» (V. EDMOND PICARD: «Le Droit Pur», Bruxelles, F. Larcier, 1899, p. 98 e segs. espec. p.100; ARMINJON, NOLDE e WOLFF« «Traité de Droit Comparé», Paris, Librairie Générale, 1950, vol. I, p. 98 e segs. JEAN ESCARRA: «Droits intellectuels», Paris Librairie 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, Tipo-

grafica Argentina, 1954, v. I, p. 113; MARCEL CRIONNET: «Les droits intellectuelles et les regimes matrimoniaux en droit français», Paris, Librairie Générale, 1975, p. 1; FILADELFO AZEVEDO: «Direito moral dos escritores», Rio, Alba, 1930, p. 10, dentre inúmeros outros autores).

Vislumbrado, sob certo aspecto, no mundo antigo, esse direito passou, com a invenção da imprensa e a conseqüente possibilidade de reprodução em série de obras, a traduzir-se em um sistema de privilégios concedidos a editores para a exploração econômica de criações literárias. (V., dentre outros autores, EUGENE POUILLET: «Traité de la propriété littéraire et artistique», Paris, Librairie Générale, 1908, p. 1 e segs.; ÉDOUARD LABOULAYE: «Études 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 VERCELLONE: «I diritti sulle opere dell'ingegno», Torino, Torinese, 1974, p. 1 e segs.; CARLO CRISTOFARO: «Trattato del Diritto de 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.; K. STOYANOWITCH: «Le droit d'auteur dans les rapports entre la France et les pays socialistes», Paris, Librairie Générale, 1959, p. 21 e segs.).

Evoluiu, depois, no entanto, para, com a Revolução francesa, passar a proteger o autor da obra, como prerrogativa ligada à criação intelectual — e nos diferentes gêneros — graças, principalmente, ao labor que, naquele país, se desenvolveu em defesa dos direitos inerentes ao homem (V., dentre inúmeros autores, MARIE CLAUDE DOCK: «Étude sur le Droit d'auteur», Paris, Librairie Générale, 1963, p. 150 e segs.).

3. Direitos inseridos em seu contexto

O Direito de Autor compreende prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, aquelas relativas ao vínculo pessoal e eterno 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 (como, dentre outras, consigna a lei brasileira especial: Lei 5.988, de 14-12-73: arts. 25 e segs. e 29 e segs.).

Defluem dessa noção vários e distintos direitos, conhecidos por direitos morais e direitos 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 desses direitos a qualquer título e transmitir esses direitos a outrem, no todo ou em parte, entre vivos ou por sucessão

(fórmula da Convenção de Washington de 1946, art. II). (V. a respeito, dentre inúmeros outros autores; VALÉRIO DE SANCTIS: «Diritto di Autore», in «Enciclopedia del Diritto», vol. IV, p. 378 e segs. e «Contratto di edizione», Milano, Giuffrè, 1965, 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.; GRECO e VERCELLONE: o. cit., p. 103 e segs.; ANDRÉ FRANÇON: «La 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 & Söners, 1966, v. I, p. 1 e segs.; STOYANO WITCH: o. cit. p. 30 e segs.; F. C. PONTES DE MIRANDA: «Tratado de Direito Privado», S. P., RT, 1977, V. XVI, p. 10 e segs.; J. M. 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; p. ex., 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, para cinema e para televisão, para as obras literárias e assim por diante.

Realizam-se, na prática, por formas as mais diversas, dentro dos dois processos fundamentais — a representação e a reprodução — com a extensa especificação hoje existente, em virtude do progresso das comunicações (v. a nossa obra cit. p. 27 e segs., em que os enunciámos).

4. Obras protegidas

As obras protegidas pelo Direito de Autor são as criações intelectuais de feição estética, dos domínios literário, artístico e científico (ARE: o. cit., p. e segs.; GRECO e VERCELLONE: o. cit., p. 36; TULLIO ASCARELLI: «Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales», trad., Barcelona, Bosch, 1970, p. 634 e segs. V. tb. Lei brasileira 5.988/73: art. 6º).

Ampara esse Direito a forma original criada pelo autor, desde que o substrato ideológico é comum a todos (V. dentre outros autores: EDUARDO PIOLA CASELLI: «Tratado del Diritto di Autore e del contratto de edizione», Torino, Torinese, 1927, p. 205 e segs.; DE SANCTIS: o. cit., p. 7., RENÉE — PIERRE LEPAULLE: «Le droit d'auteur sur son oeuvre», Paris, Dalloz, 1927, p. 21; ALLAIN LE TARNÉC: «Manuel de la propreté littéraire et artistique», Paris, Dalloz, 1966, p. 177; ANDRÉ FRANÇON: o. cit., p. 9; HENRI DESBOIS: «Le droit d'auteur en France», Paris, Dalloz, 1966, p. 20 e segs.; CLOVIS BEVILAQUA: «Código Civil Comentado», Rio, Editora RIO, 1978, v.I, o. 1115 e PEDRO VICENTE BOBIO: «O Direito de Autor na criação musical», S. P. Lex, 1951, p. 13 e segs.).

As obras são protegidas independentemente do mérito ou da destinação (POUILLET: o. cit., p. 47: o. cit.; CASELLI: o. cit., p. 62 e

segs.; LE TARNEC: o. cit., p. 183; ARE: o. cit., p. 163 e segs., dentre outros escritores).

5. Evolução

Fruto, para o autor, do liberalismo — que o descartou do editor, conferindo-lhe, ademais, foros de direito positivo — apresenta o Direito de Autor uma **ratio** especial: a da proteção do criador intelectual. Volta-se, desde então, essencialmente, para o amparo ao criador intelectual. Tem por meta específica o autor de obra de engenho (v. o nosso artigo «O Direito de Autor no plano das liberdades públicas», na Revista «Justitia», do Ministério Público do Estado de S. Paulo, nº 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 Tri. de Droit Civil», XXXII, p. 394; GEORGE MICHAÉLIDÈS NOUAROS: «Le droit moral de l'auteur», Paris, Arthur Rousseau, 1935, p. 50; ISIDRO SATANOWSKY: o. cit., p. 14 e segs.; HERMANO DUVAL: «Direitos Autoriais nas invenções modernas», Rio Andes, 1965, p. 11 e 12).

Consagrou-se, pois, à época do liberalismo (V. DOCK: o. cit., p. 150 e segs.; CRECO e VERCELLONE: o. cit., p. 7 e segs.), aparecendo como um dos direitos individuais, de ordem natural, mas positivado por seus autores, em face da preocupação de assegurar-se aos criadores os proventos defluentes da exploração econômica de suas obras.

Subjetivo e privatista, pois, **ab origina**, recebeu, logo, acolhimento doutrinário em todo o mundo civilizado, ao influxo da prevalência dos ideais de afirmação da pessoa humana.

Atingiu, também, a constitucionalização, em vários sistemas, alcançando depois o plano internacional, em que tem merecido várias Convenções — a primeira em Berna (formalizada em 1886), em que se fixaram os princípios fundamentais de sua estruturação — com sucessivas revisões periódicas, por meio das quais tem acompanhado, em sua estruturação, a evolução cultural e científica e o progresso das técnicas de comunicação (V. HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON e ANDRÉ KEREVER: «Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins», Paris, Dalloz, 1976, p. 9 e segs. NICOLA STOLIFI: «Il Diritto di Autore», Milano, Società Editrice Libreria, 1932, V I, p. 71 e segs. e 129 e segs.; CASELLI: o. cit., p. 13 e segs.; DESBOIS: o. cit., p. 872 e segs.; SATANOWSKY: o. cit., p. 17 e segs. STOYANOWITCH: o. cit., p. 41 e segs.; DOCK: o. cit., p. 116 e segs.; ANTONIO CHAVES: «Direito Autoral de Radiodifusão», S. Paulo R. T., 1952, p. 15 e segs., entre inúmeros outros autores).

Penetrou, depois, por força da projeção internacional e do impulso da doutrina e da jurisprudência, no direito interno dos países civilizados — inclusive dos ora denominados «países em desenvolvimento» — universalizando-se a sua regulação, por via de leis especiais, sempre impreg-

nadas, no mundo ocidental, do subjetivismo apontado, por influência da União de Berna.

6. Essência e alcance

Consiste o Direito de Autor, em essência, em uma exclusividade concedida ao autor — ou a seus sucessores — pelo prazo da lei, para utilização econômica da obra, sujeitando-se, pois, à sua autorização toda e qualquer forma possível de aproveitamento, aliás, desde a concepção do mecanismo dos privilégios (V dentre outros doutrinadores: STOLFI: o. cit., p. 10 e segs.; DI FRANCO o. cit., p. 593 e segs.; CASELLI: o. cit., p. 1 e segs.; SATANOWSKY: o. cit., p. 10 e segs.).

Ingressou no plano fático, pois como um monopólio, reconhecido primeiro ao editor e, depois, ao autor — este, já no plano legislativo — para a exploração econômica, por um certo prazo, de obras de sua criação. Foi, portanto, concebido e sufragado, em lei, como um direito próprio do autor, mas sujeito a limitação no tempo.

Ora, essas duas idéias — Matrizes marcam indelevelmente a sua estruturação, a saber: a) a exclusividade do autor para a exploração da obra e b) a delimitação no tempo dessa utilização, noções que refletem o eterno conflito, que em seu seio alberga, entre os interesses públicos e privados.

Com efeito, duas ordens de interesses — e conflitantes — ditaram essa orientação: a) o individual, do autor e b) o geral, da coletividade: aquele voltado para a proteção e para a retribuição econômica de sua obra; este, dirigido para a fruição, pela sociedade, dessa mesma obra.

Essa problemática colocou-se, desde logo, entre os seus fatores, gerando uma configuração toda especial para esse direito — e que se universalizou — na qual se procurou fazer uma síntese entre os interesses em questão, (V CASELLI: verpete “Dritto di Autore”, in «Novissimo Digesto Italiano», vol. p. 676; POUILLET: o. cit., p. 169 e segs.; DOCK: o. cit., p. 150; MARTINS: o. cit., p. 3 e segs.; AZEVEDO: o. cit., p. 89).

Assim, na esquematização dos pontos vitais desse direito, o choque de interesses evidenciou-se e emergiu sob a égide de duas premissas básicas e antagônicas: a) a primeira, de que o autor retira do acervo cultural da humanidade os elementos com que produz a sua obra, surgindo daí o direito à coletividade em dela desfrutar; b) a segunda, a de que a concepção e a criação da obra, como produtos do intelecto humano, devem propiciar ao autor, em sua exploração, os proventos correspondentes, reconhecendo-se também direitos personalíssimos ínsitos nessa mesma criação e que à lei cabe preservar.

Daí a textura toda própria que recebeu o Direito de Autor — em que se identificam os traços privatísticos e publicísticos referidos — e cuja cristalização obedeceu, exatamente em função dos pressu-

postos enunciados, a um longo processo evolutivo, que somente a a partir da segunda metade do nosso século tem atingido a necessária concretização (V. MARTINS: o. cit., p. 22 e segs., em que narra as vicissitudes da introdução legislativa desse direito entre nós; V. tb. CASELLI: «Trattato», cit., p. 62 e segs.; STOLFI: o. cit. p. 184 e segs.; DI FRANCO: o. cit., p. 594 e segs.; DESBOIS: o. cit. p. 21 e segs.; SATANOWSKI: o. cit., p. 17 e segs. e 32 e segs.; BEVILAQUA: o. cit., p. 1114 e segs.; HUGO WISTRAND: «Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses oeuvres», Paris, Ed. Montchrestien, 1968, p. 13 e segs.; BUCCI: o. cit., p. 38 e segs. e 55 segs.; PADELLARO: o. cit., p. 3 e segs.; BOBBIO: o. cit., p. 7 e segs dentre outros autores).

Traduz-se, em síntese, em uma exclusividade que se reconhece ao autor — e a seus sucessores — para a exploração econômica de sua obra, mas por um certo prazo, vencido o qual cai ela no domínio público.

A exclusividade submete à autorização e à remuneração do autor, pelo lapso de tempo deferido, qualquer processo de utilização econômica da obra, considerando-se cada qual como gerador de um direito de autor, em virtude do princípio da independência dos direitos patrimoniais (de acordo com o qual, cada forma de utilização faz nascer um direito: assim, os direitos de reprodução — por meio gráfico, fotográfico, rotográfico e outros — e os de representação — por teatro, por televisão e outros meios) (V. o nosso livro cit. p. 27 e segs.; J. G. RENAULD: «Droit d'auteur et contrat d'adaptation», Bruxelles, F. Larcier, 1955, p. 137 e segs.; V. tb. a Lei brasileira nº 5.988/73: art. 35, que expressamente assim dispõe).

Procurou-se, com isso, uma conciliação entre os interesses individuais do criador e os da coletividade — estes voltados para o progresso e a difusão da cultura — conferindo-se-lhe o monopólio, mas por um certo lapso de tempo, após cujo implemento passa a obra ao domínio da comunidade, podendo, em princípio, por qualquer de seus membros, ser utilizada.

II — DIREITO DE AUTOR E INTERESSE DO PÚBLICO

7. O conflito entre o interesse público e o privado no Direito de Autor

Nessa constante preocupação de síntese entre os interesses em causa, reside, pois, o ponto de crise do Direito de Autor, que, **ab origine ein assentia**, exhibe em seu contexto os estigmas desse conflito, consubstanciados em limitações e derrogações que lhe são impostas em concreto, muitas na própria Convenção de Berna e em suas revisões (WISTRAND: o. cit., p. 7 a 9; BUCCI: o. cit., p. 55 e segs.; SATANOWSKY: o. cit., p. 32 e segs.).

Nesse passo, aliás, o Direito de Autor reflete o mesmo posicionamento de outros direitos privados, que têm sofrido o influxo do interesse coletivo, o qual, paulatinamente, vem traçando balizas ao es-

pirito essencialmente liberal que o estruturou e o estratificou em norma, inobstante as manifestações legais protecionistas que, com razão, cercam os interesses individuais do autor em seu relacionamento com as pessoas e as empresas em cuja atividade a matéria-prima básica é a obra intelectual (V. os nossos artigos «Interpretação no Direito de Autor», in «Revista Forense», nº 266, p. 67 e segs. e «O Dirigismo econômico e o Direito contratual», in «Revista dos Tribunais», nº 526, p. 20 e segs.; e EDWYN S. HARWEY: «Derechos de Autor, de la cultura y de la information», Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 30 e 31).

Com efeito, a própria evolução doutrinária por que tem passado a humanidade — após a admissão da intervenção do Estado na economia, para suprir as deficiências da iniciativa privada, vem sobrepondo o interesse coletivo ao individual, com o estreitamento, cada vez maior, de seu campo de ação, por meio de normas inspiradas por exigências públicas.

No Direito de Autor mais latente se mostra o conflito, exatamente porque, em seu contexto, o choque é direto e originário, refletindo, portanto, a luta eterna entre os interesses em questão, e que se manifesta sob as formas de limitações e de exceções aos direitos exclusivos assegurados aos autores, tanto nos países desenvolvidos, como nos em desenvolvimento e, nestes, acompanhados de fórmulas redutivas do nível de proteção, concebidas como mecanismos necessários para a sua integração às grandes convenções internacionais existentes.

Acentuam GRECO e VERCELLONE que esse posicionamento «non costituisce affatto un'anomalia, in quanto la possibilità di limitazioni è comune a tutti di diritti soggettivi in generale e specialmente a quelli che hanno parte della categoria dei diritti di esclusiva in senso lato, a partire dal diritto di proprietà».

Assinalam então que «i limiti trovano la loro ragione d'essere nel contrasto che, palese o latente, sempre esiste trala sfera dell'interesse individuale e quella dell'interesse sociale». (o. cit., p. 164).

De outro lado e com vistas à proteção da obra em si, como instrumento da cultura, verifica-se: a) uma objetivação desse Direito em alguns sistemas — ligados à orientação anglo-norte-americana, em que, aliás, obteve bem antes a regulamentação positiva enquanto que, em outros, b) vem mesclado a conotações ideológicas e concebido como instrumento de progresso do regime (nos países de inspiração soviética) (V. DOCK: «Radioscopie du Droit d'auteur contemporain», in «Il Diritto di Autore», 1974, nº 4, p. 415 e segs.; V. tb. o nosso livro, cit., p. 46 a 49; CHAVES: o. cit., p. 28 e segs.; SATANOWSKY: o. cit., p. 11 e segs., dentre inúmeros outros doutrinadores).

Nos sistemas de inspiração anglo-norte-americana, o núcleo da proteção é a própria obra intelectual, revestindo-se, pois, de cunho essencialmente econômico os mecanismos de defesa do autor previstos na legislação do «copyright», que ademais impõe formalidades para a

sua concretização. A preocupação específica na matéria é, portanto, o aspecto patrimonial.

Mas, mesmo nos países subjetivistas, o Direito de Autor, mostra-se impregnado e entrelaçado com noções e elementos de caráter coletivo — em razão dos pressupostos enunciados — que lhe impõem certas limitações ou restrições, mesmo em pontos substanciais, como adiante verificaremos.

Com efeito, há o incontestável interesse coletivo na difusão de obras intelectuais; existe a necessidade de acesso de diferentes camadas populacionais — principalmente professores, estudantes e pesquisadores — aos textos e obras públicas; e impõe-se a expansão da cultura como esteio do desenvolvimento geral da nação, conforme acentuamos em nossa tese «Reprografia e Direito de Autor»: uma proposta para a regulamentação legal da matéria in «Revista da Procuradoria Geral do Estado», nº 10, p. 459 e segs.; e Revista «Il Diritto di Autore», 1981, p. 502 e segs., como o título «Reprographie et Droit d'auteur: une proposition pour la réglementation legale de la matière»).

Nesse sentido, anotam GRECO e VERCELLONE: «la disciplina positiva dei risultati dell'attività dell'ingegno umano è stata sempre ed ovunque il frutto di una scelta e spesso di un compromesso tra due esigenze tra loro contrastanti: l'interesse della coletività ad utilizzare liberamente ed immediatamente il risultato, l'interesse dell'autore a riservarne a sé l'utilizzazione economica od almeno a trarre profitto dall'utilizzazione altrui. La prima esigenza, com'è logico, tende a prevalere quando appare più pressante l'interesse della coletività, in tal caso rifiutandosi all'autore ogni pretesa a diritti esclusivi di utilizzazione, i riducendone assai il contenuto o la durata. Al contrario si perviene con minore resistenze ad attribuire ampie e più durevoli esclusive a favore dell'autore quando il contrastante interesse della coletività, pur se esiste, è assai meno rilevante, si che se giustifica la più energica affermazione di un diritto dell'autore» (o. cit., p. 36 e 37).

Nessa mesma diretriz, acentua PIOLA CASELLI que «l'esercizio del diritto di autore può urtare, in casi particolari, contro talune, specifiche esigenze della vita sociale, le quali moderano o modificano l'esercizio stesso» (o. cit., p. 503).

Lembrando, ademais, que as limitações são comuns a todos os direitos privados, acentua adiante que: «tali temperamenti del diritto di autore hanno natura logica e giuridica, diversa da quelli compresi nella rubrica della utilizzazione» (que também importam em exceções ao citado Direito). E argumenta: «Essi infatti, non come questi secondi immanenti nella natura del diritto, si da venire necessariamente in considerazione nella sua costruzione giuridica, bensì disquali agiscono, spesso, in modo speciale per talune e per talune categorie di autori. Perciò, mentre la libera utilizzazione, contemplata con i diditti esclusivi, dà origine alle regole normalio del loro

exercício, questi temperamenti speciali, di interesse publico intervengono a modificare in linea di eccezione le regole stesse». (o. cit.; p. 36 e 37.

Rematando, observa:

«Detta diversità há una pratica importancia jurídica, per chè deriva che le limitazioni che vanno sotto la rubrica della libera utilizzazione, sicome necessarie e normali, possano essere argomentate con larghezza estensiva di concetti dai principi generali dell'istituto, ed invece, quest'altre modificazioni, straordinarie ed eccezionali, non devono ammettersi che in stretta e vigile misura, vuoi sulla base di un'expressa disposizione della quale risulti la volontà dello stato, come rappresentante gli interessi collettivi, di derogare, per speciale esigenze di datti interessi, al diritto privato dell'autore; vuoi sulla base di indiscutibili esigenze della vita sociale». (o. cit., p. 504).

8. Limitações comuns decorrentes desse conflito

Por essa razão é que interesses de caráter público têm imposto balizas aos direitos autorais ao longo dos tempos, em todos os países, as quais se refletem no direito positivo, por meio de formulação de regras de exceção, que vem a mitigar o caráter absoluto da exclusividade conferida ao autor (V o nosso «Limitações aos direitos autorais», verbete in «Enciclopédia Saraiva do Direito», vol. 50, p. 32 e 33; BUCCI: o. cit., p. 1116; STOLFI: o. cit., v. II, p. 622 e segs., dentre outros autores).

Por isso, registra ROBERT PLAISANT que, de um lado, o Direito de Autor «interdit tout reproduction ou toute représentation de l'oeuvre sans l'autorisation de l'auteur», mas, de outro, «ce droit, exclusif et absolu, dans sons principe, comporte certaines exceptions» («Le droit des auteurs et des artistes 'xécutantes», Paris, J. Dalmas, 1970, p. 24).

Salienta, ao depois, que essas limitações se fundam em diversas idéias, dentre as quais a de que «des facilités minimales doivent être données pour l'utilisation des oeuvres à des fins documentaires, charitables ou culturelles» (p. 25).

Versando a matéria, alguns autores procuram sistematizar as limitações que se impõem aos direitos do autor.

Assim, MOUCHET e RADAELLI, depois de assinalar que são ditas por «razones superiores a las conveniencias de los particulares», registram que essas restrições «pueden clasificarse en dos grupos». E frisam: «En uno están los impuestos en los mismos leyes regulamentarias de los derechos del autor y que se fundam en exigencia de interés cultural o informativo. En otro los derivados de exigencias dal ordes pública, como son los que impone la policia de costumbres y las que resultam del control gubernativo sobre determinados aspectos de la actividad intelectual, por razones de gobierno o de administración»

(«Derechos intelectuais sobre las obras literarias y artisticas», Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, v. II p. 131 e 132).

Anota ALAIN LE TARNEC, em tentativa de síntese, referindo-se à atual lei francesa (art. 41), que: «Le droit exclusif de reproduction dont est titulaire l'auteur cède devant un certain nombre d'impératifs, soit qu'ils tiennent un caractère strictement privé de la reproduction, soit qu'ils résultent des nécessités de l'instruction ou de l'information, soit qu'ils se trouvent commandés a par la nature des choses» (o. cit., p. 85).

Assinalam outros autores, como GRECO e VERCELLONE, sem preocupação de classificação, que a superposição desses interesses públicos atinge o Direito de Autor ainda na fase da exclusividade, acentuando:

«Codesti interessi sono più vari: qualche volta si tratta di interessi strettamente personali di terzi, ma il più spesso di interesse che sono d'ordine pubblico o che, almeno, pur rientrando nella sfera della iniziativa privata, si fondano su ragioni di utilità collettiva, interesse politici, economici, culturali, educativi, religiosi, d'informazione, ecc.» (o. cit., p. 165).

Essas limitações variam, em concreto, conforme as legislações, que, como acentua WISTRAND, procuram:

«Faciliter au créateur l'épanouissement de ses dons et met à sa disposition les moyens d'en tirer les bénéfices». Mas ressalta que «comme tous les droits privés, le droit d'auteur a des exceptions» e que os princípios «qui les fixent depend, pour chaque législation, l'extension de la sphere des droits du créateur», sempre em função da exigência da comunidade (o. cit., p. 40).

Mas, de um modo geral, conforme observa SATANOWSKY, a obra intelectual cumpre finalidades benéficas a «los costumbres sociales y la cultura estética» especialmente, «la educación de los niños, infantes y adolescentes, mediante el material pedagógico destinado a la escuela — y el ético — factor de la educación moral» (o. cit., p. 33).

Discorrendo sobre os fundamentos desses posicionamentos, BUCCI registra a discussão sobre o alcance do interesse público e anota duas posições: uma, que: «ravvisa proprio nell'interesse pubblico al progresso culturale della collettività le ragioni giustificative della tutela», outra que «il pubblico interesse interverrebbe soltanto per giustificare le limitazioni legali del diritto di autore» (o. cit., p. 58).

Discutindo depois as várias hipóteses da lei italiana (o. cit., p. 64), realça que: «tutte queste disposizioni imporgono vere e proprie restrizioni al diritto di autore; esse rispondono, come si è datto, a finalità di pubblico interesse, quali la difusione della cultura, la libera circolazione delle idee e l'appendimento di esse da parte di tutti i consociati, sul presupposto che le opere dell'ingegno individuale sono parte del patrimonio culturale comune, che deve essere reso accessibile a tutti» (p. 65).

De nossa parte, temos acentuado, com base na legislação brasileira (Lei 5.988/73, art. 49), que, das limitações, a) uma reveste-se de caráter institucional, decorrente da própria conceituação desse direito; e b) outras se aliam a exigências da cultura, da censura, do ensino e de outras considerações de ordem pública (V o nosso verbete citado), presentes, aliás, nas Convenções internacionais e, praticamente, em todas as legislações do mundo civilizado.

Assim, de início, a partir da noção de que o autor retira elementos do acervo cultural preexistente, tem sido sufragada, à unanimidade, como institucional, a limitação no tempo dos direitos patrimoniais de autor, para efeito de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade (como insita em sua própria essência). Retira-se ao autor — ou a seus sucessores — a exclusividade de exploração — após certo prazo, e a obra cai no domínio público.

Exigência da coletividade impõem, ainda, outras limitações aos direitos autorais, inclusive quanto a obras que poderiam ser consideradas em seu contexto, como discursos e outras criações dessa ordem, notícias de jornais, cartas e certas inserções em publicações periódicas.

Da vida pública decorrem, aliás disso, limitações concernentes à censura e ao controle de comunicações. De ordem didática são as relativas e coletâneas e antologias. De cunho científico, as citações e as críticas e assim por diante.

Todas essas limitações se relacionam, pois, em última análise, com os objetivos maiores de difusão de conhecimentos e de disseminação de cultura, como verdadeiro tributo a que se sujeita o autor em favor da coletividade, de cujo acervo geral retira elementos para as criações de seu intelecto.

Subsistem, nesse elenco, a referida limitação institucional — que diz respeito ao prazo de duração do direito de exclusividade de exploração, variável nas legislações nacionais (entre nós: lei cit., arts. 42 e segs.) — e as especiais, referentes a aspectos particulares de utilização da obra pelo público em geral ou por certas categorias, previstas, sempre, de modo expresse e com interpretação restrita, nas legislações nacionais, como limitações que a coletividade põe ao exercício dos direitos de autor, como registra CASELLI (o. cit., p. 503 e segs.) (t. DESBOIS: o. cit., p. 280 e segs.) e segs.; DONALD F. JOHNSTON: «Copyright Handbook», New York and London, R. R. Bowner Co., 1982, p. 30 e segs.; PEDRO ORLANDO: «Direitos Autorais» S. Paulo Nova Jurisprudência, s/ data, p. 19 e segs.; K. STOYANOVITCH: o. cit., p. 117 e segs.; dentre outros autores).

Mas, de qualquer sorte, não se revestem de caráter econômico — mesmo que possam advir, e por via de reflexo, resultados da utilização — destinando-se, ao revés, a objetivos sociais definidos e relacionados à idéia geral de interesse coletivo, na divulgação e na absorção de conhecimentos que da obra defluam.

Por essa razão básica é que escapam ao âmbito de incidência do Direito de Autor, que, como assinala MARIO FABIANI, alcança so-

mente as situações em que exista aproveitamento econômico da obra («Note in tema di Diritto di Autore, interesse sociale e tutela della personalità», in «Il Diritto di Autore», 1975, p. 164; V. tb. CASELLI: o. cit., p. 503).

Sua justificação encontra razões várias na doutrina, inclusive em posições sociais adotadas por alguns escritores na análise da natureza do Direito de Autor (V. dentre inúmeros outros autores; STROMHOLM: o. cit., I, p. 102 e segs.; STOLFI: o. cit., I, p. 71 e segs. e II, p. 246 e segs.; DI FRANCO: o. cit., p. 677 e segs., e 726 e segs.; POUILLET: o. 169 e segs., e 211 e segs.; ANTONIO DE ALMEIDA SANTOS: «Ensaio sobre o Direito de Autor», Coimbra, Coimbra Ed., p. 6 e segs.; HILTON FERNANDES: «Pressupostos do Direito Autoral de execução pública», Belo Horizonte, 1968, tese, p. 48 e segs.; J. MOLAS VALVERDE: «Normas procesales de especializacion en propiedad intelectual», Barcelona, Nauta, 1968, p. 13), relacionando-se, basicamente, com a reciprocidade de interesses na interação autor-comunidade, apontada por WISTRAND, que salienta que «en même temps que sera satisfaite une prétension juste du créateur, l'appvi qui lui est prêtê de la part de la communaute est avantageuse pour celle-ci» (o. cit., p. 51).

Por isso, anota o mesmo autor que «rien n'empêche en effet qu'une règle comportant des conséquences positives pour l'un des parties ne puisse également être avantageuse pour l'autre. C'est ainsi que certaines restrictions au droit du créateur, par exemple en faveur de l'éducation populaire, peuvent, en fin de compte, se montre avantageuses pour celui-ci» (o. cit., p. 52).

Aliás, desde o início da internacionalização do Direito de Autor e na própria realização da Convenção de Berna, já se reclamavam limites à proteção absoluta do autor, justificados pelo interesse público, conforme relata NUMA DROZ (na «Ata da Conferência de Berna», 1885, p. 29, sessão de 18-09-1885, p. 29, sessão de 18-09-1884) (sobre a internacionalização V. dentre outros: STOLFI: o. cit., II, p. 780 e segs.; DI FRANCO: o. e loc. o. cit.; POUILLET: p. 905 e segs. STROMHOLM: o. cit., II, p. 365 e ses.; DESBOIS: o. cit., p. 889 e segs.; SATANOWSKY: o. cit. I. p. e segs.; DESBOIS, FRANÇON e KEREVER: o. cit., p. 10 e segs.).

Não se pode, por fim, esquecer das fendas que, na prática, vêm sendo abertas na muralha protetora do Direito de Autor — estudadas por diferentes autores, como BUCCI (o. cit.) e PADELLARO (o. cit.) — face aos diferentes processos de comunicação da obra ao público que a tecnologia vem introduzindo sucessivamente, com reflexos diretos nos direitos patrimoniais do autor (de que cogitamos, oferecendo sugestões para o seu equacionamento, na tese «Os processos modernos de comunicação e o Direito de Autor», no «X Congresso Mundial de Direito», S. Paulo, 1981, publicada depois em várias revistas especializadas).

9. As limitações nas convenções internacionais e no direito interno dos países em geral.

As limitações ao Direito de Autor encontram-se, ou inscritas nas próprias Convenções internacionais (no denominado *iure conventiones*), ou decorrem de seu sistema, ou, ainda, estão sufragadas no direito interno dos países em geral, tanto desenvolvidos, quanto em desenvolvimento (V. WISTRAND: o. cit., p. 52 e segs.).

Assim, de início, a própria Convenção de Berna abre espaço para essas limitações — respeitados sempre os direitos morais — possibilitando, por exemplo, a que os Estados convenientes permitam reproduções que não entrem, em concreto, a utilização normal da obra por seu titular, nem causem prejuízos injustificados a seus legítimos interesses (V. a respeito, a Convenção de Berna, com a redação da revisão de Paris, de 1971: art. 9º, alínea 2; V. tb.: DESBOIS, KEREVER e FRANÇON: o. cit., p. 185; e ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: «Guia da Convenção de Berna», trad., Genebra, 1980, p. 63).

Cuidando da livre utilização da obra intelectual em certos casos (art. 10), a Convenção assegura o direito de citação, desde que conforme aos bons costumes e se faça na medida justificada (alínea 1), facultando, outrossim, que as leis nacionais regulem as condições em que obras literárias ou artísticas possam ser licitamente utilizadas, a título de ilustração de ensino por meio de publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, desde que conforme aos bons costumes (alínea 2).

Admite, ainda, a par de outras, que os Estados convenientes regulem as condições de utilização de obras vistas ou ouvidas em artigos de atualidade, de cunho econômico, político, ou religioso, transmitidos por jornais e por meio de radiodifusão (art. 10 *bis*, alínea 1), bem como as atualidades divulgadas pela fotografia e pela cinematografia (alínea 2).

Possibilita, ademais, depois de assegurar ao autor os direitos referentes à comunicação pública da obra pela radiodifusão, que possa o seu exercício ser substituído por licenças obrigatórias, garantindo-se, no entanto, os direitos morais e remuneração equitativa ao criador (art. 11, *bis*, alínea 2).

Reserva, ainda, às legislações nacionais a disciplinação das gravações efêmeras feitas por organismos de radiodifusão (alínea 3).

Prevê, quanto a obras musicais, a possibilidade de licenças obrigatórias, para gravação sobre obras já gravadas, com ou sem palavras, preservada a faculdade do autor de obter remuneração (art. 13, alínea 1).

Dentre as leis nacionais, em que se inscrevem as limitações referidas, basta que se citem as dos Estados Unidos da América do Norte, de 19-10-76, §§ 107 e segs.; Alemanha de 9-8-65, arts. 46 e 51; Ingla-

terra: lei de 5-11-56, §§ 6 e segs.; Itália, de 22-4-41: arts. 3,4 e 65 e segs.; França, de 11-3-57: art. 41; Japão, de 28-4-56.: arts. 30 e segs. Suécia, de 30-12-60, arts. 11 e segs.

De países considerados em desenvolvimento, mencionem-se, dentre as de números outros, as leis: do Brasil: lei cit., art. 49 (que reproduz enumeração antes contida no Código Civil: art. 666); do México, lei de 4-11-63: arts. 18 e 62; da Argentina, de 2-10-57.: art. 10; da Venezuela: lei de 12-12-62.: art. 43 e 49; do Chile, de 28-8-70., arts. 38 a 47; da Austrália, de 27-6-68 (modificada em 1977): arts. 40 a 73; do Egito, de 24-6-54: arts. 11 a 17; do Senegal, de 4-12-73: arts. 10 a 14; da África do Sul, de 1965, seções 7 a 11 e 40 a 42; da Argélia, de 3-4-73, arts. 24 e segs; de Cuba, 8-12-77, art. 38; de Quênia, de 1-4-66, seções 7, 9 e 10; do Uruguai: lei de 15-12-37, art. 45; da Tunísia, de 14-2-66, arts 8 e segs.) (V a respeito, a resenha publicada pela ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: «Copyright Law Survey», Genebra, 1979; e a da UNESCO «Repertório Universal de Derecho de Autor», Paris, 1968. V. tb. ARPAD. L. BOGSCH JR. e WILLIAM S. ROACH: «Diritto di Autore Internazionale», Milano, Giuffrè, 1956).

Com isso, dentro do espírito mencionado e sob a égide de intensa elaboração, de ordem internacional e mesmo nacional, estão sendo sufragados, até legislativamente, regimes especiais de licenças, outorgadas pelo Poder Público a interessados, para a utilização de obras protegidas, principalmente em países em desenvolvimento, mas também nos desenvolvidos e, nestes, sob pressão dos diferentes mecanismos de reprodução e de representação de obras intelectuais, que a técnica de comunicação vem introduzindo e aperfeiçoando continuamente.

São as denominadas «licenças legais» ou «obrigatórias», ou «compulsórias», que ante a fatores vários ditados pelo interesse público, acabam por institucionalizar-se, vertendo-se o produto da arrecadação para os autores, por meio de mecanismo estatais de distribuição e, com isso, abrindo-se mais exceções ao regime de exclusividade.

Nesse sentido, já se encontram posicionadas certas leis, tanto de países desenvolvidos, como, principalmente, nos em desenvolvimento e, em particular, do continente africano.

Assim, ocorre por exemplo com as legislações de: Estados Unidos; lei de 19-10-76, seções 111, 115, 116 e 118; Alemanha; lei de 9-9-65, arts. 46,49 53 e 61; Suíça; lei de 7-12-22 (modificada em 24-6-55), arts. 17 a 20; Itália; lei de 22-4-41, arts. 52, 55, 56 e 58; Japão; lei de 6-5-70, arts. 33 e 67 e segs, e nos em desenvolvimento as de: Turquia: lei de 10-12-51, arts. 41, 43 e 44; Bangladesh: Copyright Ordinance de 1962 e Copyright Act de 1974: seções 36 e 37; Zâmbia: Copyright Act de 1965: seção 7; Egito: lei de 1954: art. 35; Índia Copyright Act de 4-6-57: seções 31 e 52; México, lei de 1963: arts. 33 a 39; Tunísia: lei de 14-2-66: arts. 11 e 16; El Salvador: lei de 6-9-63: arts. 45 a 47; e Cuba: lei de 28-12-77: arts. 36 e 37.

Com essas licenças, retira-se ao autor a outorga da autorização, que passa à entidade estatal designada na lei, como forma de conciliação entre os interesses em causa, ficando, em princípio, qualquer interessado habilitado a promover a utilização da obra, mediante requerimento, ou não, conforme o caso, mas sempre sujeito ao pagamento do valor nela estipulado como contrapartida.

Quando prevista na legislação e respectiva fórmula, à entidade competente caberá definir a licença, com o caráter de não exclusividade, aos requerentes, que ficam com o direito de utilizar a obra, nos termos ajustados, recebendo o autor a remuneração obtida, deduzidas as despesas de administração.

Por isso é que há autores — como GRECO e VERCELLONE — que distinguem licença «legal» de licença «obrigatória», divisando a existência da primeira quando basta a permissão legal para a utilização, e caracterizando a segunda quando esta depende de decisão administrativa ou de ato de negociação (o. cit. p. 167).

Mas, especificamente para os países em desenvolvimento, têm sido adotadas, ainda, a nível internacional e mesmo nacional, certas orientações mitigadoras do rigor do Direito de Autor, em função das mesmas condições de conflito e também da situação peculiar de que esses países desfrutam no cenário mundial.

Deter-nos-emos, em seguida, nessa matéria, para penetrar em seus meandros e discutir o respectivo significado à luz da experiência jurídica e da realidade fática, assinalando, desde logo, que tem sido objeto de indagações e de estudos, por parte de juristas, administradores e interessados na temática do desenvolvimento, de que é pressuposto necessário a expansão da cultura.

III — A SITUAÇÃO NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

10. A concepção «países em desenvolvimento» no contexto da comunidade internacional.

Para esse efeito, cumpre-nos, de início, indagar do próprio sentido e do alcance da noção «países em desenvolvimento».

Emergida com a inserção da problemática do desenvolvimento no Estado moderno e, em particular, com a obtenção de independência política das antigas colônias africanas, afirmou-se a expressão como designativa dos países ainda dependentes de tecnologia externa.

No seio das Nações Unidas, e consoante declaração adotada por sua Assembléia Geral em sessão de 13-11-63. (nº 1897), recebem essa conceituação os países cuja renda *per capita* seja inferior a 300 dólares por ano, e nos quais sessenta por cento da população se dedique à agricultura e viva na zona rural, e ainda com acentuado grau de analfabetismo.

Embora criticada por doutrinadores, essa conceituação tem sido adotada no âmbito do Direito de Autor internacional, inclusive na última revisão das Convenções de Berna e de Genebra, realizada em Paris, em 1971 (V. VALERIO DE SANCTIS: «Le revisioni di Parigi (Juglio 1971) della Convenzione Universale sul Diritto d'autore e della Convenzione di Berna, Atto di Stoccolmo», in «Il Diritto di Autore», 1972, p. 179, nota 38; PAOLA CRUGNOLA: «Il Diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo», in «Il Diritto di autore», 1976, p. 219, nota 1; CARLOS MOUCHET: «Notes sur le Droit d'auteur en Amérique Latine», in «Le Droit d'auteur», 1971, p. 224), em que se remeteu a noção à prática estabelecida pela Assembléia Geral da O.N.U. (o caráter vago do conceito tem sido estigmatizado pela doutrina: V DE SANCTIS: o. cit., p. 179 e segs.; e N'DENÉ N'DIAYNE: «L'influence du droit d'auteur sur le développement de la culture dans les pays en voie de développement», in «Il Diritto di Autore», 1975, p. 275).

Por isso é que, de um modo geral, tem sido estendida a conceituação a países outros que, inobstante se não encontrem, rigorosamente, dentro dos parâmetros traçados, ainda não alcançaram desenvolvimento econômico suficiente, razão pela qual adotaremos a expressão «países em desenvolvimento» em consonância com o senso comum e face à realidade presente.

Registre-se que o conceito se aplica, com mais propriedade, aos novos Estados africanos, nascidos do processo de descolonização que se deflagrou especialmente na segunda metade do século atual, como assinala CLAUDE MASOUYÉ («L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle», in «Hommage a Henri Desbois», Paris, Dalloz, 1974, p. 323).

Contudo, tem-se como assente que nele se encartam também os países latino-americanos, e certos países da Ásia, da Índia e da Austrália, a saber, aqueles que dependem de tecnologia alienígena para o desenvolvimento (denominados ainda de países do «Terceiro Mundo»). E nessa última acepção será tomada no presente estudo.

11. Problemas peculiares a esses países: alcance do interesse público.

Os países em desenvolvimento têm, em verdade, problemas próprios, principalmente os de independência mais recente, os quais lhes conferem situação peculiar no contexto das Nações.

Oriundos de antigos impérios coloniais europeus, defrontam-se com dificuldades de ordem econômica que — a par de outros fatores — a insuficiência de tecnologia própria lhes impõe e, mesmo de afirmação cultural, que a longa influência alienígena lhes impinge.

Daí, as preocupações básicas, a floradas logo após a sua independência, de desenvolvimento econômico e de formação (preservação, ou afirmação) de cultura autóctone, na salvaguarda dos valores nacionais e a obtenção do almejado progresso geral, que dissipe, em de-

finitivo, as sombras de dependência que ainda possam pairar sobre os seus horizontes.

Assim, as necessidades de desenvolvimento e de afirmação cultural — esta, mesmo, como premissa fundamental — têm lançado desafios profundos a essas nações a seus governantes, dando origem a posicionamentos especiais no âmbito do Direito de Autor.

Evidencia-se, desde logo, nesses países — e com ênfase maior — o citado entrelaço de interesses, eis que, de um lado, existe a preocupação geral de difusão de conhecimentos e de aperfeiçoamento da ciência e da técnica como condicionantes do desenvolvimento e, de outro, a necessidade de amparar-se juridicamente o criador intelectual, a fim de que se sinta motivado a produzir, contribuindo, portanto, com seus dotes de engenho, para o alcance das metas assinaladas e para o próprio progresso cultural da nação.

De uma parte, esses países são obrigados a tomar medidas que favoreçam a disseminação de conhecimentos — inclusive a importação de textos e, precipuamente dos países desenvolvidos — e, de outro, a proteger os seus autores eficientemente para que encontrem estímulos para a criação intelectual e, ainda, instituir política adequada ao desenvolvimento do setor empresarial correspondente.

Ora, essa problemática eclode, exatamente, no campo do Direito de Autor, cujos esquemas se destinam a atender, como assinalamos, os direitos que defluem do trabalho intelectual.

Essas questões têm sido apontadas e discutidas, em especial, pelas organizações internacionais e pelos estudiosos da matéria na busca de orientações e de soluções para os países interessados.

Não pode, outrossim, em contraponto, deixar de consignar, nesse contexto, o interesse das grandes potências, preocupadas em assegurar às produções intelectuais os vastos mercados representados pelo expressivo contingente de países ainda em fase de desenvolvimento.

De fato, especialmente em relação ao continente africano, quando países desenvolvidos dispunham de mercados certos à época da dominação política, esse interesse de tal sorte ganhou vulto que acabou por gerar movimento internacional tendente a manutenção do citado manancial, mesmo depois de obtida independência das antigas colônias, traduzido, principalmente, por normas de exceção inseridas no plano do Direito de Autor, que adiante estudaremos.

E é com respeito a esses países que se cristalizaram, na definição de política própria para o setor cultural, orientações especiais tendentes a buscar o equilíbrio entre os interesses em questão, a partir dos anos setenta, como salienta HARVEY (o. cit., p. 7), e após a inserção da problemática desenvolvimentista como básica do Estado moderno.

Com efeito, acentua o citado autor:

«El concepto de desarrollo nace como objetivo de una política en la década de los años cincuenta, indenticado con los problemas de los países subdesarrollados desde el punto de vista económico y en terminos de un crecimiento de igual caracter», (o. cit., p. 6).

Anota, a seguir, que, nos anos setenta,

«la idea de considerar el desarrollo cultural de la comunidad como elemento integrante y parte vital del proceso de desarrollo general accede entonces rápidamente a su consagración como principio de la acción internacional» (conforme conclusão da conferência intergovernamental sobre os aspectos institucionais administrativos e financeiros das políticas culturais, promovida pela UNESCO V. «Informe final», Paris, 1970).

Nesse sentido é que, nos Estados modernos, a cultura vem sendo vista como um dos direitos fundamentais do homem inscrito na Constituição e previsto em leis de planejamento — que ao Poder Central cabe garantir, enfatizando-se nesse contexto o papel relevante do Direito de Autor, como, dentre outros, ressaltam JOSÉ MARIA DE-SANTES: «La información como Derecho», Madrid, Ed. Nacional, 1974, espec. p. 32; M. MOREIRA DA SILVA: «Código de Direito de Autor», Coimbra, Atlântica, 1955, p. 12; SATANOWSKY: o. cit., I, p. 17 e II, p. 253; VITTORIO M. DE SANCTIS: «Il Carattere creativo delle opere dell' ingegno», Milano, Giuffrè, 1963, p. 211 e segs.; BUCCI: o. cit., p. 55; LUIGI SORDELLI: «Diritto di autore, riproduzione di opere mediante la c. reprografia ed interessi personali e collettivi alla cultura», in «Il Diritto di Autore», 1975, p. 496 e segs.; GIOVANI GIACOBRE: «Interesse pubblico e interesse privato nella tutela del diritto di autore», mesma Revista, p. 520 e segs.; MASOUYÉ: o. cit., p. 323; AL-FREDO ARIENZO: «Diritto di autore e problemi dell'informazione e della cultura di fronte alla nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellectuali», in «Il Diritto di Autore», 1975 p. 467 e segs. (sobre essa problemática, no plano internacional, dentre outros: MANUEL VALLEJO DIEZ DE VELASCO: «Instituciones de derecho internacionl público», Madrid, Tecnos, 1977 e P.F. GONIDEC: «Relations internationales», Paris, Ed. Montchresten, 1974).

Logo se percebe, pois, que, nesses países, mais exacerbado se mostra o conflito entre os interesses público e privado, que acaba por originar a ideação e a consecução de mecanismo de compressão do Direito de Autor, tanto a nível internacional, como interno, ante às pressões existentes nos planos citados.

12. A situação do conflito no plano do Direito de Autor

Diferentes situações são detectadas na análise do Direito de Autor nos países considerados em desenvolvimento, exatamente em função de características próprias das diversas nações assim conceituadas.

Em perspectiva ampla, encontram-se mesclados, sob a mesma rubrica, países de todos os continentes, raças, costumes, convicções re-

ligiosas e ideologias diversas, tornando-se difícil encontrar um denominador na identificação de sua posição e de seus problemas próprios com respeito à cultura, embora nela se apresente sempre o debate sobre a absorção, ou não, da experiência estrangeira e, na respectiva aceitação, o grau correspondente da saturação.

Com efeito, apartadas manifestações radicais, tem-se aceito, de um modo geral, o aproveitamento de conhecimentos externos no desenvolvimento do país, pois, como anota SATANOWSKY, a cultura nacional não deve descartar essa possibilidade (o. cit., v. I, p. 33).

Mas, no plano do Direito de Autor, podem-se alcançar certas orientações básicas, com referência à existência, à extensão, às limitações e ao prazo de duração dos direitos nesses países.

Assim, de um lado, alguns países, muito antes até da eclosão dessa problemática no plano internacional, já possuíam legislação própria sobre Direito de Autor, antecedendo, mesmo, a países ora definidos como o nosso Brasil, que, inicialmente, na lei que criou os cursos jurídicos em S. Paulo e em Olinda, de 1827, inseriu norma protetiva das lições proferidas pelos mestres, chegando, mais tarde, a normas penais no Código Criminal e a uma lei específica sobre esse Direito, em 1-8-1898, Lei nº 496, até a inclusão da matéria no Código Civil, de 1916. Daí para cá, longo caminho percorreu o nosso legislador, editando normas em sucessivos e diversos diplomas legais, inclusive sobre os meios de comunicações, até chegar à atual lei central.

Outros países só bem mais tarde alcançaram a normatização na matéria (países das Américas, da Ásia, da Índia e alguns da África) e outros nem sequer contavam com um texto-base de regência, continuando, nesse passo, a égide do país de dominação (países do continente africano).

Outros, ainda, viram atentar para a problemática do Direito de Autor somente após a independência política (países africanos), lançando então legislação própria a respeito, e assim que se organizaram, após formalização de sua independência.

Obnubilados pela política de dominação, inclusive intelectual, exercida pelas potências colonizadoras, não tiveram esses países, com poucas exceções, condições de desenvolver suas próprias letras, suas artes e sua ciência. Não favoreciam as manifestações de nacionalidade, de um modo geral, as ações nesses países levadas a efeito pelo colonizadores, «introducendo nei Paesi dominati, insisme con la própria cultura, le loro legislazione in materia di diritto d'autore», como anota CRUGNOLA (o. cit., p. 220).

Com efeito, conforme assinala ZARA OLIVA ALGARDI, nos referidos países.

«Le opere dell'ingegno sono così numerose, nè destinate a una riproduzione così intensa tale da richiamare l'attenzione del legislatore per un

progresso giuridico ovvero addirittura per una legislazione in materia» («Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera», Milano, Giuffrè, 1966, p. 280).

E, adiante, acentua que:

«Le potenze coloniali dalle quali alcuni di questi paesi hanno ereditato norme intese più che altro a tutelare i diritti dei colonizzatori, non hanno certo contribuito ad accelerare presso questi popoli una «coscienza» del diritto di autore, anche che hanno esteso ad alcuni paesi colonizzati le norme della Convenzione di Berna o alcune delle loro norme nazionali» (o. e loc. cit.).

Aperceberam-se logo de que necessária seria a adoção de lei sobre Direito de Autor, como forma de obter a sua afirmação como nação verdadeiramente assentada, por meio da proteção das criações intelectuais de seus nacionais.

Com efeito, conforme acentua CRUGNOLA — ao analisar a posição desse Direito nos países em desenvolvimento, enfocando a origem do referido movimento — com a sua independência «è avvenuto un profondo mutamento: il desiderio di un rápido e radicale rinnovamento si è diffuso in tutti i campi. Com isso, «i nuovi stati, consapevoli che questo scopo poteva essere raggiunto confidando, più ancora che nell'aiuto straniero, nelle proprie forze e quidi, in campo culturale, attraverso una produzione letteraria e artistica nazionale, si sono resi conto che per incoraggiarla era necessaria una regolamentazione del diritto d'autore» (o. cit., p. 220).

Assim, simultânea ou sucessivamente, foram sendo baixadas, nos países africanos, leis especiais sobre a matéria, muito antes até de o direito legislado cobrir outros aspectos básicos da convivência humana (como as de: Zâmbia, 1965; África do Sul, 1965; Tunísia, 1966; Quênia, 1966; Argélia, 1973; Senegal, 1973, e outras).

A par disso e em consonância com a citada legislação — para efeito de obter a efetiva afirmação prática — começaram a ser edificados os respectivos sistemas administrativos próprios para a gestão dos direitos autorais e incluídos na estrutura central do Poder Executivo, sob a égide de um órgão especializado do Ministério correspondente (Educação e/ou Cultura), a saber os Conselhos Nacionais ou Oficinas centrais, encarregados de coordenar e fiscalizar as atividades do setor, em consonância com a política definida pelo governo para a área (V. dentre outros autores: N'DIAYE: o. cit., p. 277; E. NANA KOUANANG: «Réflexions sur le droit d'auteur et la protection du patrimoine culturel en Afrique», in «Le Droit d'auteur», 1976, p. 239 e segs.; ALI BENCHE-NEB: «Lettre d'Algérie», in «Le Droit d'Auteur», 1976, p. 242 e segs.; HARVEY: o. cit., p. 46 e segs. e FRED R. VON DER MEHDEN: «Política de las naciones en vías de desarrollo», Madrid, Tecnos, 1970).

Ademais, puseram-se a estimular as criações nacionais no sentido de obter a sua expansão, procurando obter resultados favoráveis no combate ao analfabetismo.

Como registra ALGARDI:

«Nell' epoca contemporanea, che assiste al rapido risveglio di quei populi e alla loro ansia di rinnovamento e di rapida evoluzione, diverse esigenze sono invece tenute presenti, come quella di favorire l'instruzione e la cultura, di offrire ao cittadini senza alcun intralcio il massimo, como quantità e qualità, di opere dell'ingegno, scientifiche e letteraris. . .» (o. e loc. cit.,).

Nas legislações editadas, tanto nas surgidas no começo do século, como nas advindas mais recentemente, nota-se sempre a preocupação de proteção como idéia-matriz, com limitações refinadas por expresso em cada qual, em função dos interesses assinalados, reconhecendo-se, nas leis mais modernas, os direitos morais do autor e especificando-se, em cada, prazos diferentes de duração dos direitos patrimoniais.

A tônica nas limitações é a da prevalência, nos pontos conflitantes, do interesse público, que ainda sustenta, em alguns regimes, as referidas licenças legais.

Nas leis mais atuais, sente-se forte influência da cultura e da experiência dos países antes dominantes, traduzida, inclusive, pela adoção das respectivas filosofias e terminologias na esquematização do texto: assim, por exemplo, as nações africanas de dominação inglesa aproximam-se do sistema do «Copyright», adotando, inclusive, o sentido patrimonial e a técnica de definições que o caracterizam; já os de influência latina, seguem a tradição ocidental, com fortes traços de subsunção ao sistema convencional de Berna, reconhecendo, por expresso, os direitos morais de autor, não prevendo formalidades para o reconhecimento e manifestando, ao longo de seus textos, a larga dose de subjetividade que o distingue.

Com efeito, a par de responder a exigências de sua estrutura social, econômica e política, como registra VALERIO DE SANCTIS («I bisogni dei Paesi in via di sviluppo nel campo della protezione internazionale del diritto di autore», in «Il Diritto di Autore», 1966, p. 549 e «L'évolution du droit d'auteur sur le plan international», Revista, 1970), as leis editadas nos países em desenvolvimento acatam, de um modo geral, os princípios fundamentais assentados no campo de Direito de Autor nas convenções e nas leis do países desenvolvidos, e, inobstante desatados os laços de dominação política, a verdade é que se resente, fortemente, da influência da tradição cultural dos ex-dominadores, enraizada pelo longo contato havido (V. no mesmo sentido, CRUGNOLA: o. cit., p. 221).

Assim é que, nos países africanos de independência mais recente, a par das disposições tradicionais, costumam aparecer, por expresso, normas tendentes a proteção do folclore, como nas leis da Tunísia; do Marrocos e da Algéria (sobre a matéria, V. GINO GALTIERI; «Folclore e diritto d'autore», in «Il Diritto di Autore», 1973, p. 391 e segs.).

Mas, o movimento não se restringe a países daquela região, vindo a atingir também outras nações, consideradas em desenvolvimento,

dos continentes americano, asiático e australiano, gerando, ou a reformulação de textos já existentes, sempre no sentido de aperfeiçoamento do Direito de Autor e de adaptação do direito interno às conquistas internacionais que a evolução da matéria tem propiciado (como as leis de: Venezuela, 1963; México, 1963; Austrália, 1968, Chile, 1970; Brasil, 1973 e outros).

13. Conseqüências específicas desse conflito no plano internacional.

No plano das relações internacionais, os movimentos de independência das antigas européias na África geraram a preocupação dos organismos internacionais em obter a adesão do enorme contingente de novos Estados que surgia, para integrá-los aos respectivos mecanismo e, com isso, alcançar a sua expansão, a par de intentar-se, como de seu objetivo precípua, a preservação do equilíbrio entre as diferentes nações do mundo.

No âmbito do Direito de Autor, essa tendência foi logo destectada nas organizações correspondentes — no início, a U.N.E. S.C.D. e, depois, a O.M.P.I. — dando aso a diferentes estudos, congressos e trabalhos, desde o início da década de sessenta, os quais culminaram com a insinuação de normas abrandadas no próprio contexto da Convenção de Berna, em favor dos países do denominado «Terceiro Mundo», a par da adoção de outras medidas tendentes a favorecê-los, inclusive a nível de definição de contornos para a respectiva legislação (elaboração de lei-tipo) e de assistência para a sua consecução.

Essas orientações conformam-se, aliás, aos objetivos mesmos das organizações internacionais existentes no plano do Direito de Autor, que, desde o início, se têm empenhado — como frisa MASOUYÉ — em «faciliter l'adaption par les législations de ce pays de lois régissant la propriété intellectuelle et leur permetant d'obtenir la technologie moderne dans les meilleurs conditions possibles, de participer de façon plus importante au commerce international et d'avoir accès de façon rapide et peu onéreuse à la production littéraire et artistique qui est nécessaire à l'éducation de leurs populations». (o. cit., p. 323).

Tal influência exerceu essa problemática sobre os Estados da União que, como acentua HENRI DESBOIS, ao deter-se sobre a matéria, que na situação dos países em desenvolvimento se encontra a gênese das duas últimas revisões da Convenção de Berna de Estocolmo (1967) e de Paris (1971), («Le Droit d'Auteur en France», mise a jour 1973», Paris, Dalloz, 1973, p. 79 e segs, em que analisa as disposições nelas estampadas para esses países).

Essas normas, tendentes a contribuir para a expansão dos países em tela, vinham sendo reclamados desde 1963, principalmente por nações da África (e defendidas, com ênfase, pela Índia), já nos trabalhos preparatórios da revisão da Convenção de Berna efetuada em Estocolmo, em 1967.

Isso porque se encontravam essas nações, com a obtenção da independência, na ânsia de, um lado, de importar textos do exterior para o intercâmbio de idéias e, de outro, empenhados em produzir seus próprios, para o alcance dos objetivos propostos.

O movimento foi assentado na reunião de Brazzaville, promovida pelas organizações internacionais interessadas nessa problemática, sob o pressuposto de que as Convenções existentes eram aptas a responder, a interesses dos países exportadores de obras de espírito, devendo, pois, ser revistas, para preservar as dos países africanos, como concluíram os especialistas ali reunidos (V a recomendação no «Bulletin du droit d'auteur de l'Unesco», 1963, XVI, nº 2, p. 213).

Realça-se, nesse contexto, a proposta da Índia, formulada para a introdução, na Convenção de Berna — conforme resolução tomada em reunião efetivada em Nova Delli, em 1963 — de licenças obrigatórias para reprodução e normas sobre tradução, a exemplo das existentes na Convenção Universal (V. «Bulletin», cit., 1964, vol. XVII, p. 93).

As idéias básicas, que presidiam essas formulações, eram as de que o caráter rigoroso das legislações poderia levar: a) a seu desrespeito e b) a fazer-se traduções sem observância dos direitos protegidos; daí, a concepção de que normas mais brandas deveriam ser introduzidas nas Convenções.

Dentro desse espírito, ao longo dos anos, têm sido formuladas e, mesmo, concretizadas, no plano internacional, propostas tendentes a habilitar-se os Estados em desenvolvimento a, a) por meio de legislação interna mais amena, adotar política maciça de difusão cultural, com sacrifícios para os direitos de autor; e b) editar, consoante modelo oferecido (lei-tipo), legislação interna uniforme sobre esses direitos, inspirada em princípios já sedimentados nos países desenvolvidos — cujos interesses sempre nortearam também essas orientações — mas para melhor atender à sua situação peculiar.

Assim é que, de uma parte, normas especiais para países em desenvolvimento têm sido inseridas nas convenções internacionais, em que se reduz o nível de proteção dos direitos de autor — por meio das licenças referidas — para facilitar-se a ação do Estado no interesse público de acesso aos textos e de difusão da cultura.

De outra parte, chegou-se à formulação de lei-tipo sobre Direito de Autor, que tem sido proposta como paradigma para as legislações nacionais dos países em questão, dentro da filosofia citada.

14. O regime especial instituído nas Convenções para esses países: limitações e licenças legais.

O passo inicial concreto, para a integração dos interesses desses países na Convenção, deu-se no Ato de Estocolmo (1967), sob o nome

«Protocolo relativo aos Países em via de desenvolvimento», editado à época da revisão da Convenção de Berna realizada naquela cidade.

Esse Protocolo, agregado ao texto da Convenção de Berna, inseriu, no direito convencional, normas excepcionais, limitativas dos direitos de autor em vários de seus aspectos patrimoniais.

Consistia em reservas que podiam opor os países em desenvolvimento a diferentes pontos, de sorte a permitir-lhes o gozo de regime especial sobre Direito de Autor, com a supressão, ou, pelo menos, a redução dos gravames mais sensíveis — a que se sujeitavam os Estados contratantes — que a sua situação econômica ou razões de ordem social e cultural não lhes possibilitassem manter (cf. GINO GALTIERI: «Il progetto di Atto Addizionale alla Convenzione di Berna», in «Il Diritto di Autore», 1970, p. 408, V. tb. CRUGNOLA: o. cit., p. 231; e, sobre os debates em Estocolmo, WISTRAND: o. cit., p. 123 e segs.; 140 e segs.; 164 e segs.).

As regras básicas do novo sistema giravam em torno: a) da duração da proteção, em que se previu prazo geral de cinquenta a vinte e cinco anos; b) do direito de tradução, para o qual se instituiu licença legal remunerada; c) do direito de reprodução, com o tratamento semelhante; d) do direito de radiodifusão, respeitadas os direitos morais e o pagamento de remuneração equitativa fixada por autoridade competente; e) utilização para ensino, estudos e pesquisas em todos os planos da educação, em que se conferiu às legislações nacionais a respectiva disciplina.

Como se observa, sensível redução no campo de abrangência dos direitos patrimoniais de autor representava a nova disciplinação, e, face à integração do Protocolo à Convenção, criou-se óbice intransponível à aceitação da revisão, que acabou por não merecer acolhida, pondo-a por terra todo o esforço desenvolvido no Ato de Estocolmo.

Com efeito, conforme salientam DESBOIS, FRANÇON e KE-REVER:

«L'Acte de Stockolm, en effet, tout en ayant été signé par de nombreux États, n'apas, en definitive, reçu bon accueil parce que les dispositions générales de fond étaient liées a un Protocole, dit «intégré», qui avait été établi en faveur des seuls pays en voie de developpement.» (o. cit., p. 9).

Observou-se então que não se mostrava adequado para os fins desejados, como atesta DOCK, verbis:

«L'expérience et le temps ayant démontré que le Protocole en restreignant trop systématiquement, le niveau de protection ne représentait, pas une bonne politique de développement.» («Radioscopie du droit d'auteur contemporain», p. 425).

De um lado, especialmente face a razões econômicas e na defesa de seus autores, os países desenvolvidos não o ratificaram, enfatizando DESBOIS que:

«Les pays développés n'ont pas ratifié l'Acte de Stockholm (1967) parce que les mesures prises en faveur des pays en voie de développement leur ont paru à la réflexion porter de trop profondes atteintes aux intérêts fondamentaux des auteurs.» (o. ult. cit., p. 79).

Também os países em desenvolvimento não aderiram à revisão de Estocolmo, especialmente face à constatação de que as regras do Protocolo, no fundo, escondiam o intento maior de obtenção ou de manutenção dos mercados que aqueles Estados representavam.

Com isso, ruiu-se o sistema edificado em Estocolmo, permanecendo, no plano convencional, intacta a regulamentação anterior, obtida em Bruxelas, em 1948.

Persistindo, no entanto, o citado movimento, com as premissas de que a) imprescindível se fazia a difusão cultural nos países em desenvolvimento e b) necessária era a compatibilização entre as disposições da Convenção de Berna e as da Convenção Universal de Genebra, de 1952, adotou-se, nos trabalhos das organizações internacionais, a orientação de proceder-se à revisão dos textos dos dois diplomas em questão.

Assim é que, em Paris, em 1971, na efetivação da mencionada revisão, foi aprovado um Anexo à Convenção de Berna, integrado às suas normas, para substituir o citado Protocolo, o qual está em vigor desde 10-10-74, depois de inseridas, no corpo da Convenção Universal — que já contemplava regras sobre tradução — normas abrandadas para os países em desenvolvimento. CV DE SANCTIS: «Le revisioni», cit., p. 131 e segs.; dentre outros textos).

Com efeito, conforme explicam DESBOIS, FRANÇON e KEREVER, convenceram-se os convencionais de que o Ato de Estocolmo — «a paru à la réflexion imposer des sacrifices excessifs aux pays développés, de sorte qu'il a fallu mettre de nouveau la toile sur le métier à Paris en juillet 1971: le Protocole a cédé la place à une Annexe, moins audacieuse, mais les dispositions générales de fond, applicables aux pays développés, sont demeurées telles qu'elles avaint été élaboriées à Stockholm quatre ans plus tôt». (o. e loc. cit.).

Objetivava-se, de um lado, quanto à Convenção Universal, a introdução, em seu corpo, de normas atenuadoras dos direitos de reprodução de radiodifusão e de tradução para os países em desenvolvimento, sem necessidade de reciprocidade material.

De outro lado, quanto à Convenção de Berna, pretendia-se, basicamente, desvincular de seu conjunto o texto do Protocolo referido, bem como a inserção de norma tendente a permitir a aplicação, pelos países em desenvolvimento, da Convenção Universal revista.

Na reunião de Paris, chegou-se à dupla revisão — cujas regras vigem até o momento — na qual se obteve, de modo geral, o reconhecimento das idéias assinaladas, para cujo êxito contribuiu a premissa básica, assentada no plano do Direito de Autor Internacional, da ne-

cessidade de reexame periódico de suas Convenções, para o ajuste às novas realidades econômicas, políticas e sociais, de um lado, e ao progresso das técnicas de comunicação, de outro. (Sobre a reunião de Paris e seus reflexos, V. DESBOIS, FRANÇON e KEREVER« o. cit.; DE SANCTIS: o. ult. cit.; GALTIERI: o. ult. cit.; DESBOIS: o. cit.; DOCK: o. ult. cit. e tb. «La Convention Universelle sur le droit d'auteur révisés à Paris de 24 juillet 1971», in «Homage a Henri Desbois», Paris, Dalloz, 1974, p. 3 e segs.).

Assim é que, na Convenção Universal, as disposições sobre países em desenvolvimento foram inseridas nos arts. V bis, V ter e V quater, que cuidam, respectivamente: a) da noção, adotando a da Assembléia Geral das Nações Unidas; b) de licenças obrigatórias concernentes a tradução, estabelecendo condições, procedimento e regime, no qual se exige a autorização simultânea do autor, de organismo internacional e de centro nacional, e o pagamento da remuneração fixada; c) de licenças obrigatórias quanto a reprodução de obras, com a mesma disciplinação.

As normas em questão constituem regime unilateral, não dependendo, portanto, de reciprocidade, presente nas relações entre países da Convenção.

Observa-se, de início, em comparação com o texto anterior, que mais restrito se apresenta o campo das limitações e delimitado com mais técnica, a par de estabelecer condições e formalidades múltiplas tendentes a, uma parte, garantir um certo rigor na sua concessão e, outra, assegurar ao autor (ou o seu editor) a participação no procedimento de aprovação, com a conseqüente percepção da remuneração cabível.

Com respeito à revisão da Convenção de Berna, efetivou-se a transposição dessas disposições, sob a forma de «Anexo» a seu texto.

Adotou-se, em sua esquematização, a seguinte ordem: a) norma geral de conceito (art. I); b) regras particulares à tradução, (art. II); c) à reprodução (art. III); e d) regras comuns às duas situações (art. IV: com diligências impostas ao requerente; prerrogativas do direito moral; proibição de exportação; fixação e regulação do montante da remuneração).

A par disso, foram incluídas disposições próprias, referentes a: a) opção por um regime especial de tradução, irreversível, pelo qual se prevê a cessação do direito em caso de não utilização em dez anos da primeira publicação (art. V) e b) aplicação antecipada (art. VI), pela qual, mesmo antes da ratificação do Ato de Paris, permite-se ao país interessado adotar as duas licenças ou a referida opção, nas condições previstas.

Verifica-se que, de um lado, foram absorvidas, em sua essência, as regras da Convenção Universal, apenas sob nova formulação, mais técnica, na separação entre as licenças de reprodução e de tradução e

o posterior englobamento das condições comuns em uma só disposição. De outro lado, instituiu-se a alternativa citada e abriu-se importante válvula de integração, por meio da aplicação antecipada, que introduziu na matéria.

Outrossim, na análise geral dessas limitações, constata-se que se concentram, principalmente, no sacrifício de direitos patrimoniais de autores de países desenvolvidos, sobre os quais se pretende fazer recair os ônus para o almejado desenvolvimento.

15. A lei-tipo proposta pelas organizações internacionais

Ao lado das limitações expostas, cristalizou-se, a nível internacional, orientação de definir-se certas normas-padrões como diretrizes para a normatização da matéria no direito interno dos países em destaque: a denominada «lei-tipo» para os países em desenvolvimento.

Esse outro movimento, defluente do conflito que vimos analisando — encontra raízes também nos países africanos de independência recente, motivados pela intenção de alcançar, pela cooperação, denominadores comuns na instituição de legislação sobre Direito de Autor, valendo-se, inclusive, da experiência haurida pelos países desenvolvidos.

A idéia de lei-tipo surgiu, não como a de um figurino, que se procurava impor aos países em questão, mas como sugestões, que seriam adaptadas, a cada um, em consonância com as respectivas necessidades.

Funcionaria com um repositório dos direitos mínimos previstos nas Convenções, que seria, depois, ajustado à situação de cada Estado interessado, em função de suas condições sociais, políticas e econômicas.

Nesses textos — como salienta MASOUYÉ — a organização internacional «élabore, avec des experts venant des États en voies de développement, des lois-types à l'intention de ces États sur divers aspects de la propriété intellectuelle» (o. cit., p. 323 e 324).

E adiante, quanto à sua natureza, acentua:

«Il s'agit évidemment de modèles dont les législateurs peuvent s'inspirer et qu'ils ont la faculté, le cas échéant, de modifier pour tenir compte du régime juridique en vigueur ou des impératifs économiques qui sont propres à de tels États». (o. cit., p. 324), (V tb. do mesmo autor, no mesmo sentido: «Le Droit d'auteur et le développement», in «Il Diritto di Autore», 1977, p. 112).

Seus defensores consideravam limitadas as disposições da Convenção, convencendo-se de que não são de molde a resolver o problema da melhoria rápida de suas condições culturais.

Conscientizaram-se então da necessidade de conhecer-se com clareza os problemas comuns e, vencida essa etapa, a de alcançar, com uma legislação uniforme, os seus desideratos. Daí, puseram-se a trabalhar a idéia de uma lei-tipo, para uso comum dos países africanos.

Em diferentes reuniões internacionais foi discutida e recomendada a sua adoção, destacando-se, nesse contexto: a) a recomendação da União Africana: Brazzaville, de 5 a 10-8-63; b) o projeto preparado pelo Comitê de especialistas africanos: Genebra de 30-11 a 4-12-64; c) as conclusões do Seminário sobre Direito de Autor da Ásia Oriental: Nova Delhi, 23 e 30-01-1967; d) as do Seminário africano sobre propriedade intelectual: Nairobi, 16 a 20-10-72; e) o projeto do Comitê de especialistas: Abidjan, 8 a 12-10-73., este apresentado à OMPI e à UNESCO; f) o de outro Comitê de representantes de países em desenvolvimento, aprovado em Tunis: 23-02 a 02-03-1976, dando aso à «lei-tipo de Tunis», modelo hoje adotado pelas organizações internacionais na matéria (OMPI e UNESCO).

Para a formulação da lei-tipo, duas premissas básicas foram fixadas: a) a da necessidade de compatibilização de seu texto com o das convenções internacionais; b) o da adaptabilidade de seu texto aos diferentes sistemas legislativos vigentes, de origem romana e de origem anglo-saxã.

Na consecução da lei-tipo que veio a ser aprovada (de Tunis), adotaram-se como diretrizes gerais: a) a observância da terminologia da Convenção de Berna; b) a técnica de definições, sobre as principais figuras jurídicas previstas em seu contexto; c) a incorporação dos sistemas de licenças de reprodução e de tradução previstos na revisão de Paris (V. «Tunis Model Law of Copyright», UNESCO e OMPI, Paris, e Genebra, 1976).

Na esquematização da lei-tipo de Tunis, que se compõe de dezoito seções, incluem-se, de início, normas de caráter geral e, depois, as de cunho específico, completando o seu contexto dois apêndices, «A» e «B», sobre as licenças para tradução e para reprodução.

Começa por definir as obras protegidas (seção I), inclusive as derivadas (seção II), indicando as que não recebem amparo (seção III).

Versa, ao depois, os direitos pecuniários (seção IV) inclusive o direito de sequência (seção IV-bis) e os direitos morais, (seção V), com disposição especial sobre obras de folclore (seção VI).

Cuida, em seguida, do uso comum (seção VII); das produções efêmeras (seção VIII); das limitações para tradução (seção IX) e para reprodução (seção X).

Seguem-se: a indicação dos titulares dos direitos (seção XI); a transferência dos direitos (seção XII); a duração dos direitos patrimoniais (seção XIII, em que fica entre os limites de 50 a 25 anos depois da morte do autor); e as organizações de autores (seção XIV).

Regula, adiante, as infrações e as penalidades (seção XV), delimita o seu campo de aplicação (seção XVI), versa sobre o domínio público remunerado (seção XVII), terminando por lançar as definições dos principais conceitos utilizados (seção XVIII).

Os anexos disciplinam as licenças referidas.

Da análise de seu contexto, depreende-se a real influência das Convenções, especialmente a de Berna; a prevalência da técnica do direito anglo-saxão na disposição e na redação dos textos e, na matéria de fundo, a preocupação em fixar-se os direitos mínimos previstos no **ius-convencionais**.

Na substância, ainda tende para a orientação latina, prevendo, por expresse, os direitos morais, com os reflexos naturais na problemática da transferência de direitos.

Outrossim, ainda no plano das organizações internacionais, não se pode deixar de registrar os seus programas de assistência, de intercâmbio e de divulgação dos direitos de autor em todo o mundo, nos quais empresta ênfase especial aos países em desenvolvimento, dentro do espírito apontado.

16. Reflexos no direito interno dos países em desenvolvimento

Face aos pressupostos já enunciados, diferentes reflexos tem produzido, nos países em desenvolvimento, o movimento internacional em prol de sua expansão cultural.

Desde a indiferença legislativa à aceitação dos mecanismos de licença, e da preservação de sua legislação à aceitação das fórmulas definidas na lei-tipo, posições várias são detectadas na análise de sua situação.

Com efeito, a maioria dos países em desenvolvimento, especialmente do continente africano, editou legislação específica para os direitos de autor e logo em seguida à sua libertação política (à relação citada, podem-se ainda acrescentar, as leis do Burundi, de 4-5-78; Mali, 12-7-77; Nigéria, de 24-12-70; Guiné, de 9-8-80; Tanzânia, de 14-12-66; Uganda, de 22-6-64).

De outras partes do denominado «Terceiro Mundo» também surgiram, a par das citadas, leis próprias sobre a matéria (como as: de Irã, de 1969; Malásia, de 1969; Nepal, de 1966; Paquistão, de 1962 (com alterações de 1972); Filipinas, de 1972; Sri Lanka, de 1979; Nova Zelândia, de 1962; Haiti, de 1968).

Outros, no entanto, nem sequer a esse passo chegaram, mantendo textos normativos sobre a matéria em velhos Códigos e em leis ainda do século passado (como: Costa Rica, de 27-6-1986; Nicarágua, Código Civil; Panamá, Código Administrativo; Honduras, lei sobre patente de invenção; Etiópia, Código Civil; Síria e Camboja, Código Penal).

Dos países que lançaram legislação própria para o Direito de Autor, aqueles que mais se aproximam do sistema convencional são os africanos, tendo poucos abraçados, legislativamente, os regimes de licença de tradução e de reprodução, e absorvendo outros a técnica e mesmo a substância da citada lei-tipo.

Dos países que introduziram a licença compulsória para tradução, publicação e radiodifusão de obras, de modo frontal, se encontra a Argélia, cuja lei manda observar, no caso, as condições fixadas nas Convenções (arts. 30 a 34).

Também o México permite restrições aos direitos autorais quanto a obras necessárias à difusão da cultura, declaradas como tal pelo governo central e observadas as condições previstas (arts. 62 a 71). Na Malásia (lei de 1969, art. 18, nº 2) se consigna essa autorização para tradução.

Da mesma forma, a Tunísia admite que, para fins culturais, a autoridade competente autorize a reprodução de obras necessárias às suas atividades (art. 11, observadas as condições fixadas (arts. 16 e 32).

Reforma feita no Paquistão prevê a declaração, pela autoridade competente, de não incidência dos direitos na reprodução, tradução ou adaptação de obras para ensino em entidades oficiais (Emenda de 1972, seção 37). Assim também é a posição do Nepal (art. 12).

Por fim, a lei de Cuba, muito mais em função da ideologia abraçada, contempla, por expresso, a licença para reprodução de obras de interesse social (art. 37).

De outro lado, contêm restrições a obras estrangeiras em caso de não existência de reciprocidade — e isso já em função do próprio mecanismo geral das convenções — as leis de: Bangladesh (sec. 55); Equador (art 5º); Egito (art. 49); Índia (sec. 40 e 41); e Marrocos (art. 63), dentre outras.

Outros países, ao revés, permaneceram fiéis ao sistema tradicional, tanto de influência latina, quanto anglo-saxã, portanto, mantendo seu direito positivo no mesmo nível das legislações dos países desenvolvidos. E essas nações constituem a sensível maioria no elenco das incluídas no citado conceito.

Por fim, em incursão pela respectiva legislação, colhe-se que, quanto ao prazo de duração, é que as convenções mais obtiveram a adesão desses países, tendo grande parte acolhido os limites nelas propostas (como, dentre outras, as leis de Senegal; Egito; Zâmbia; África do Sul; Índia Venezuela; Algéria; Austrália).

Na verdade, como se observa, de pequeno alcance prático tem sido o movimento em questão, de modo que os países em desenvolvimento permanecem, de uma forma geral, admitindo apenas as limitações clássicas e na função de balizas ao exercício dos direitos de autor — que o interesse da coletividade suscita — e, como frisa FABIANI, «per la sua fruizione como strumento di comunicazione e di partecipazione al colloquio tra il creatore dell'opera ed il pubblico che la apprende», o qual «se realizza, paradossalmente, sia attraverso il riconoscimento del diritto dell'autore sia attraverso le norme limitative di questo stesso diritto» (cit., p. 163 e 164).

Os resultados previstos não foram, portanto, de aclance pragmático considerável, face aos esforços levados a efeito nas conclaves e estudos realizados, mas, de qualquer sorte, não se podem olvidar os reflexos indiretos decorrentes, especialmente os de divulgação e de sedimentação dos princípios básicos que inspiram o Direito de Autor.

Inferese-se, pois, do posicionamento citado, que os países em questão, na busca do equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado, chegaram à conclusão de que atende melhor à respectiva situação uma proteção eficaz às criações intelectuais de seus nacionais do que as atenuações e exceções propugnadas.

Assim é que, nos países sul-americanos que mais recentemente editaram leis especiais sobre a matéria, como o Chile (lei de 28-8-70), o Brasil (lei de 14-12-73) e o Equador (lei 13-8-76, a tônica foi a da conformação aos princípios e às regras básicas integrados nas legislações européias de maior nível de amparo aos criadores, em especial à lei francesa de 1917, inegavelmente, a de mais amplo espectro na defesa dos direitos dos autores.

Ressalte-se aliás, que em nosso país, doutrina, legislação e jurisprudência — como temos apontado — são uníssonas na preservação das prerrogativas dos autores intelectuais, que encontram respaldo também na ação do órgão máximo de fiscalização, consulta e assistência no setor; o Conselho Nacional de Direito Autoral (lei 5.988/73: art. 116), que tem desenvolvido profícuo labor pela realização prática desses direitos, dentro da orientação geral enunciada.

Ante ao exposto, as reflexões sobre o tema levam-nos a algumas conclusões que nos parecem inquestionáveis no estágio atual.

De início, a) o Direito de Autor segue sendo reconhecido, nos dois sistemas básicos existentes (latino e anglo-saxão), tanto doutrinária, quanto legislativamente, dentro das características com que neles ingressou. Assim, subjetivista e privatístico, mostra-se no sistema latino, com as concessões delineadas; e objetivista, mas privatístico no sistema anglo-saxão, admitidas as limitações clássicas. A proteção ao autor, em um, e à obra, em outro, são os pontos essenciais dos sistemas.

Com isso, o pensamento liberal — de que se gerou — continua prevalecendo nessa matéria, exatamente em função da necessidade de mostra, com respeito à parte ocidental, ANDRÉ KEREVER, que examina a situação desse direito na Alemanha, na França, na Inglaterra e em Portugal («Le droit d'auteur en Europe Occidentale», in «Homage a Henri Desbois», Paris, Dalloz, 1974, p. 36).

Esse mesmo quadro prospera nas Américas, com as poucas exceções apontadas, nas leis de todos os países integrantes, conforme observamos na respectiva análise. Assim ocorre, por exemplo, dentre outras, na leis do Brasil, (citada) Argentina (lei 11.723, de 2-10-57); Venezuela, (lei de 29-11-62); Chile (de 28-8-76); México, (lei de 29-12-56); Uruguai, (lei de 17-12-37).

17. Conclusões

Dando mostra dessa orientação, assinala, na Argentina, MIGUEL ANGEL EMÉRY — na conclusão de seu estudo sobre rumos atuais desse Direito nas Américas, com destaque para as leis do Chile, do Brasil e do Equador — que as leis sul-americanas «restringen la limitaciones y no conceden licencias para la utilización compulsiva de las obras», sob a premissa básica da «ratificación del reconocimiento pleno al autor de un derecho **erga omnes** para la utilización de sua obra...» («Rumbos actuales de la legislación autoral en las Américas», in «Revista Interamericana de Derecho Intelectual», 1978, n° 2, p. 81).

Na doutrina, uníssona é, tanto na América do Sul, como na do Norte, a tendência dos respectivos escritores em prol da preservação do Direito de Autor nos níveis tradicionais.

Com efeito, conforme assinala, na Argentina, HECTOR DELLA COSTA, o Direito de Autor nas Américas se lastreia em «princípios da doutrina e da legislación europea», «a las cuales se adaptan más cómodamente los sistemas latino-americanos y los del mundo de las ex-colonias», («El Derecho de Autor y su novedad», Buenos Aires, Cathedra, 1971, p. 163).

Nesse sentido, é que, na Venezuela, FRANCISCO HUNG VAILLANT salienta que a lei autoral foi baixada «aprovechando principios y soluciones sometidos a prueba en países con suas tradición e experiencia compatilizados con as convenciones internacionales na materia» (Álgunos aspectos de la protección del Derecho de Autor en Venezuela», Caracas, Instituto de Derecho Privado, 1965, p. 8).

É que, nesse campo, deve-se prever sistema adequado para a proteção do criador, pois como pondera RICARDO ANTEQUERA PARRILLI — que também estuda esse Direito na Venezuela (p. 17 e segs.) — seu objeto «es la tutela del hombre en lo que después de su vida, constituye lo más sagrado: su capacidad de pensar y de sentir» («Consideraciones sobre el Derecho de Autor», Buenos Aires, ed. do autor 1977, p. 16).

Assim é que, b) respeitadas as considerações em prol do desenvolvimento cultural — necessário nos países em causa — a verdade é que não se pode sustentar essa expansão lastreada apenas no sacrificio de um setor da coletividade, o intelectual, mas deve, ao revés existir um planejamento adequado e que leve em conta todos os aspectos globais do problema.

Deve haver c) uma conciliação entre os interesses em causa, mas de sorte a que a carga não recaia somente sobre os criadores intelectuais, cumprindo engendrar-se fórmulas que repartam esses ônus pela coletividade em geral, e aproveitando-se, nessa tarefa, das diretrizes oferecidas pelas organizações internacionais, enquanto norteadoras de ação eficaz nessa área.

Cumpra seja efetuado d) planejamento adequado no campo cultural, desenvolvendo-se política própria, mediante a estimulação das artes, das letras e das ciências, consoante a instrumental e técnicas disponíveis em cada país, e atendendo-se sempre, nesse mister, para a tradição e as condições específicas de cada qual.

Por isso é que alguns especialistas criticam a orientação convencional, como CARLOS ALBERTO VILLALBA, da Argentina, quanto à política adotada para os países em desenvolvimento, acentuando que assenta sobre premissa errada — ou seja, o sacrifício dos autores para obter-se o desenvolvimento — acrescentando, ademais, que pouco serviriam as licenças previstas, dadas as formalidades exigidas e que «distraeran a dichos países de sus verdaderos objetivos en el ámbito de la cultura y en el desarrollo de sus propios recursos humanos y industriales», («La protección universal del Derecho de autor en lo que atañe a las Convenciones de Berna y Universal así como las de Buenos Aires y Washington», in «Revista Interamericana de Derecho Intelectual», 1978, nº 2, p. 93 e 94).

Outros autores apontam a necessidade de compatibilização, sentida nos países em questão — como bem anota ALGARDI (o. cit. p. 279) — os quais procuraram regular de maneira orgânica a matéria na busca de posicionamento adequado.

Assim, J. RAMON OBON LEON, do México, salienta que, nesse campo, se deve buscar melhores benefícios econômicos para os autores e garantir-lhes segurança social, enfatizando que é «de vital importancia adecuar debidamente los derechos patrimoniales del autor conforme a ese espíritu social», («Lo derechos de autor en México». Buenos Aires, CISAC, 1974, p. 121).

KOVANANG, de Camarões, também realça a importância do conhecimento dos direitos de autor, salientando que «compte tenue de l'importance de la création dans le processus de développement». . . , «il est incontestable que la reconnaissance d'un droit exclusive au profit du créateur est une consécration de l'effort créatif et, par voie de consequence, un facteur essentiel de progrès social» (o. cit. p. 240).

Mas, em contrapartida, para os países da África, a respectiva legislação deve conter normas «permettant d'assurer une protection adéquate et efficace de leur patrimoine culturel» (o. cit., p. 242).

No mesmo sentido, BENCHENEB, da Argélia, após indicar as limitações e as exceções em seu país fixadas para os direitos de autor, realça que «l'application de ces dispositions peut être une contribution de plus intéressante à la loute pour le développement culturel, car leur fondement est incontestablement leur utilité pédagogique ou scientifique» (o. cit., p. 246).

Mas, como bem anota, no Uruguai, ROMEU CROMPONE («problema esencial en esta materia es determinar hasta que punto es conciliable la asistencia cultural a esos países, con los derechos de los autores a percibir una justa compensación por su creación» e que com a

harmonização seria dado passo fundamental para o progresso da humanidade».

Adverte então que, se prejudicial aos autores a opção, «cor-tariamos todo estímulo de futuro y ese ideal se frustraria al cabo de los años» («El Derecho de Autor en Uruguay», Montevideo, AGADU, 1977, p. 35).

Com efeito, e) imprescindível é garantir-se aos autores uma proteção eficaz, de sorte a assegurar-lhes os direitos que a tradição e a prática lhes têm consagrado — e as organizações internacionais divulgado, adequadamente — não se esquecendo do relevante papel que desempenham no desenvolvimento das nações, e que valeram a inserção, como um dos direitos fundamentais, nas Declarações Universais de Direitos do Homem e nas Constituições de vários países modernos.

Como bem afirma MASOUYÉ, esse Direito «constitue, dans le monde contemporain, un élément important du processus du développement».

Por essa razão é que, desanuviando horizontes, arremata; «Si parfois des inquiétudes s'expriment quant à l'avenir du droit d'auteur face à la technologie moderne qui bouleverse les conditions d'utilisation des oeuvres, il faut néanmoins rester optimiste car l'encovragement à la condition première de toute promotion sociale, économique et culturelle» («Le Droit d'auteur et le développement», cit., p. 118).

Nas reuniões e conclaves levados a efeito nas Américas essa tem sido a tônica.

Assim, na I Conferência Continental do Instituto Internamericano de Direito de Autor, realizada em São Paulo, em 1977 — de que participamos — dentre as recomendações aprovadas, foi inserida a da uniformização desse Direito na América, sugerindo-se a compatibilização dos sistemas, na medida em que as orientações «tendam ao desenvolvimento do Direito de Autor e respeitem os mais altos níveis de proteção logrados na área» (V. Ata final dos trabalhos; V. tb. «La Propriedad Intelectual», O. M. P. I., 1977, 3º trim, p. 143).

Patenteou-se, à ocasião, o alto grau de subjetividade que animava os convencionais, preocupados sobremaneira com a proteção do autor, como criador intelectual.

Na II Conferência Continental do referido Instituto — de que também participamos e na mesma diretriz apontada — dentre as recomendações aprovadas, figuram também as de unificação da legislação americana e a de ampliação da proteção do Direito de Autor pelo máximo de prazo nelas existente; (V. Ata dos Trabalhos e o compêndio «Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor», editado pelo Centro Argentino do IIDA, 1981).

Por esses motivos é que, f) inobstante a crise que enfrenta esse Direito — em especial frente a utilização indiscriminada de processos

modernos de reprodução e de representação de obras intelectuais, que temos acentuado em vários trabalhos — a verdade é que subsistirá, em todo o seu esplendor, enquanto houver preocupação pelos valores básicos do homem.

Com razão é que DESANTES, na Espanha, enfocando a crise do Direito de Autor (o. cit., p. 94), assinala que no presente é ela «una inflexión angular entre su pretérito y su futuro», e depois de examinar essa problemática com relação aos diferentes meios de comunicação da obra, acentua depois que esse direito é «el potenciador jurídico de todo el progreso técnico de los médios de comunicación» e se encontra «unido indisolublemente a cualquier proceso de comunicación de masas», (o. cit., p. 108).

No mesmo sentido BARBARA RINGER — que se detém sobre as modificações impostas nas comunicações pelo avanço das técnicas — salienta, nos EUA que a sua situação atual faz redobrar a necessidade de assegurar-se remuneração condigna aos criadores, enfatizando que o Direito de Autor, «comme la condition juridique de la création intellectuelle», «subsistiera tant que l'homme continuera à faire preuve d'activité créatrice». E concluindo, profetiza: «au sens large de régime qu'une société choisit d'appliquer à ses éléments créateur existera toujours, quol qu'il advienne». (Le Droit d'auteur et l'avenir de la création intellectuelle), in «Le Droit d'Auteur», 1976, Junho, p. 158 e segs.).

Dentro desse contexto, é que, na Argentina, CARLOS MOUCHET assinala que, embora institucionalizada a sua limitação no tempo, ainda se deduzem argumentos a favor da perpetuidade («El domínio público pagante en materia de uso de obras intelectuales», Buenos Aires, Fondo Nacional de Las Artes, 1970, p. 17).

Isso significa que tem imperado a necessidade de «reconhecimento absoluto, completo e perpétuo», de que falava, no Brasil, no começo do século, SAMUEL MARTINS o. cit., p. 16).

E essa tendência g) deve acentuar-se, porque, de um lado, o Direito de Autor é direito natural do homem, e, de outro, o progresso intelectual depende de criações do espírito e essas somente são possíveis — como é intuitivo — em um sistema que garanta ao autor os proventos dela defluentes, cumprindo, pois, aos interessados — governantes, legisladores, estudiosos e outros — assegurar que as técnicas introduzidas para a reprodução e a representação de obras intelectuais não prejudiquem os direitos em causa, como temos alertado em vários estudos.

Já vaticinava, entre nós, OSVALDO SANTIAGO, que, «Com o avançar dos anos e o progresso da humanidade, o direito autoral será decerto, cada vez mais incentivado e respeitado em todos os quadrantes do globo, quaisquer que sejam as raças, religiões, costumes e ideologias dos povos da Terra» («Aquarela do Direito Autoral», Rio, 1948, p. 22).

De outro lado, apercibendo-se da relevância da problemática da remuneração autoral, registra MASOUYÉ que:

«L'expérience récente a en effet montré que l'ennichissement du patrimoine culture national dépendait directement du niveau de la protection accordée au droit d'auteur: plus ce niveau est élevé, plus les auteurs sont encouragés à faire oeuvre de création; plus il y a de créations intellectuelles, plus s'élargit le rayonnement culturel du pays considéré. . .» (o. cit., p. 117).

Dissipa-se, com isso, a preocupação manifestada — quando de decisão proferida por sua Corte Suprema sobre transmissão por satélite — por MICHEL F. MAYER, nos EUA, em que pugnava pela necessidade de remuneração aos criadores na veiculação de suas obras feitas por aquele meio. («A decline of protection for creative rights?», in R.I.D.A., 1971, LXX, p. 87 e segs.).

Nesse sentido, é que na Inglaterra, STEPHEN STEWART, ao estudar a evolução da legislação britânica sobre a matéria, alcança, dentre outros, as conclusões de que se deve «continuer de concevoir avec souplesse les notions d'auteur et d'oeuvre», «étendre le droit d'auteur aux nouvelles formes de communication par lasquelles les auteurs atteignent le grand public» e «améliorer encore la perception des redevances. . .» («Deux cents ans», cit., p. 225).

Razão assistia a LAMARTINE — uma das principais expressões da literatura francesa — que, nos longínquos anos em que vivia, pré-revolucionário, profetizava:

«En vertu d'une induction naturelle et just, le jour devait aniver où l'oeuvre de l'intelligence sepaît reconnue un travail utile, et les fruits de ce travail une propriété».

Com efeito, o Direito de Autor constitui direito de cunho personalíssimo, sob o seu aspecto subjetivo, representando verdadeiro «princípio de direito moral», como afirmava, na França STANISLAS DE GORGUETTE D' ARGOEUVES («Du droit moral de l'auteur sur son oeuvre artistique ou littéraire», Lille, Camille Robbe, 1924, p. 38).

Não devem, em nosso entender, h) existir limitações à circulação da criação intelectual e à participação do autor em todos os processos de utilização, para que a obra realize a sua vocação universalista, como bem acentua, no mesmo país, STOYANOVITCH, *verbis*:

«Une oeuvre de l'esprit possède bien une nationalité elle de son auteur on elle du pays ou elle a vu le jour, mas elle ne connaît point de frontière, elle aspire à l'universalité» (o. cit., p. 41) (V. tb. ALGARDI: o. cit., p. 272).

Ante todo o exposto, permitimo-nos repetir aqui as observações, feitas alhures, de que «quanto mais se insere a cultura como objetivo constitucional dos Estados modernos e mais aparatos e dispositivos de reprodução e de representação de obras intelectuais são introduzidos na prática, mais se exalça a preocupação pelos valores individuais que esse Direito protege e mais se reafirma ele como direito vivo, atuante

e dinâmico» («Direito de Autor na obra publicitária», S. Paulo, R.T., 1981, p. 16).

Respeitadas as ponderações feitas, o Direito de Autor poderá i) desempenhar o verdadeiro papel de sustentáculo da evolução cultural do país, na proteção de sua expressão mais nobre e mais enaltecida, que é a criação intelectual.

Por outras palavras, é pela manutenção do status protecionista e pela ampliação dos mecanismos práticos de percepção de direito que se poderá obter o progresso cultural dos países em desenvolvimento, apoiado — é intuito — por política adequada para o setor.

Por todas as razões expostas, e que, com as conotações acentuadas, acreditamos venha o Direito de Autor a sobreviver, atravessando diferentes épocas, como o único instrumento jurídico eficaz para o efetivo amparo às criações intelectuais e para o real estímulo ao desenvolvimento cultural dos povos, quaisquer que sejam os respectivos índices, o grau tecnológico correspondente e o nível de maturação intelectual alcançado.

A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais

José Carlos Magalhães

- I — INTRODUÇÃO
- II — COMPETÊNCIA TERRITORIAL
- III — COMPETÊNCIA EXTRATERRITORIAL
 - III.1 — Princípio da Nacionalidade
 - III.2 — Princípio da Segurança Nacional
 - III.3 — Princípio da Universalidade
 - III.4 — Princípio da Personalidade Passiva
 - III.5 — Princípios da Territorialidade Subjetiva e Objetiva
- IV — TEORIA DO IMPACTO TERRITORIAL
- V — APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DE LEIS ANTIMONOPÓLIO

I — Introdução

As atividades transnacionais das empresas multinacionais têm levado os Estados a buscar fórmulas jurídicas capazes de lhes dar suporte a suas pretensões de controle e submissão do complexo empresarial, muitas vezes multinacional. A aplicação extraterritorial das leis antitruste do Estados Unidos oferece o mais significativo esforço nesse sentido.

Promulgados para manter a pureza do sistema competitivo do mercado americano, o Sherman Act, de 1890, o Federal Commission Act e o Clayton Act, de 1914 tratam de impor sanções penais e civis às práticas comerciais que importem em restrições à competição, à concorrência desleal ou resultem em monopólios de produção ou comercialização de bens, no território de qualquer dos Estados Membros.

O Sherman Act estabelece, em termos amplos e vagos, a ilegalidade de todo o contrato ou acordo em forma de fiducia (trust) que tem por objetivo ou do qual resulte restrições ao comércio entre os Estados Membros da União Norte Americana, estabelecendo sanções criminais contra aqueles que monopolizem o comércio de produtos

Mestre em Direito pela Universidade de Yale

Doutor em Direito Internacional pela U.S.P.

Professor Assistente-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

e bens entre os Estados ou destes com outros países. Ao lado desse efeito criminal, prevê a lei sanções civis, ao conferir ação aos prejudicados pelas práticas restritivas ou monopolísticas para recobrar perdas e danos (arts. 1, 2, 4 e 7).

O Federal Trade Commission Act declara ilegais quaisquer «métodos desleais de competição no comércio», coibindo, assim, a concorrência desleal (15 U.S.C. § 45 (2) 1964).

O Clayton Act, por seu turno, torna ilegais as fusões e incorporações de empresas que resultem em diminuição da competição, tentando criar uma situação monopolística (Seção 7 do Clayton Act).

Essas três leis constituem as chamadas leis antitruste, interpretadas pelos tribunais americanos de maneira elástica, dados os termos vagos em que se encontram redigidas. Essa interpretação, nem sempre lógica e coerente, ⁽¹⁾ tem sido feita através de construção jurisprudencial típica do sistema anglo-saxônico do direito comum, em que os tribunais, a partir dos princípios enunciados em leis escritas, passam a adequá-los aos casos concretos, com autonomia muito maior da que possuem os tribunais dos países que adotam o sistema do direito codificado, de tradição romana.

A constante evolução das práticas mercantis e a dinâmica empresarial, que é responsável pelo aparecimento reiterado de formas novas de associação e de exploração industrial ou comercial, tem feito com que a jurisprudência norte-americana sobre atividades monopolísticas apresente flexibilidade muito grande, permitindo ao Juiz e às autoridades encarregadas de zelar pela aplicação das leis antitruste, usar de grande discricionariedade na definição e no enquadramento de fatos no âmbito do ilícito. Isto causa certa perplexidade ao próprio jurista que, nem sempre, se encontra em condições de definir o «estado atual da lei», ou amplitude de sua aplicação ⁽²⁾.

O objetivo primordial da legislação antitruste e de sua interpretação dinâmica pelas autoridades e tribunais americanos é o de preservar o sistema competitivo em sua pureza, com a proscrição permanente de práticas desleais de concorrência, o monopólio, os cartéis, as associações e os acordos que resultem, em última análise, na diminuição ou no enfraquecimento das forças vivas da concorrência e da livre competição, premissa básica do sistema econômico americano.

Por causa desse caráter, é que essas leis são encaradas como expressão genuína do sistema americano, sendo descritas oficialmente como «um instrumento americano para assegurar a economia competitiva, na qual repousa em parte a liberdade política e social, sob

(1) EARL A. SNYDER, «Foreign Investment and Trade: Extraterritorial Impact of United States Antitrust Law» in *The Virginia Journal of International Law*, vol. 6, p. 3.

(2) GEORGE WINTHROP HAIGHT, «International Law and Extraterritorial Application of the Antitrust Law» in *The Yale Law Journal*, vol. 63, p. 639 (1954).

governo representativo»⁽³⁾. Possuem, assim, conotação regional, umbelicalmente ligadas ao sistema econômico que visam preservar, ao lado dos demais valores a ele atinentes.

Não obstante objetive proteger esses valores dentro do território dos Estados Unidos e no âmbito territorial da aplicabilidade das leis, a legislação antitruste passou a ter efeitos extraterritoriais, ao alcançar acordos, cartéis e associações concertados fora dos Estados Unidos, envolvendo empresas americanas e não americanas em áreas jurisdicionais independentes. Ao persistir no propósito de submeter à política antimonopólio americana os eventos que transcendem os limites da jurisdição territorial dos Estados Unidos, estão as autoridades desse país invadindo competências alheias, dando nascimento a conflitos de competências, com outros países. E, para justificar essa jurisdição extraterritorial, nem sempre os Estados Unidos apresentaram explicações convincentes capazes de sensibilizar os demais estados ⁽⁴⁾.

Na verdade, embora tradicionalmente apegados ao princípio da jurisdição territorial⁽⁵⁾, conseqüência possível de seu antigo isolamento geográfico, os EUA passaram a aplicar suas leis antimonopólio a eventos ocorridos no exterior, envolvendo participantes não-americanos, mas cujos efeitos, diretos ou indiretos, ocorressem dentro de seu território. Com a expansão dos investimentos internacionais das empresas americanas, sob incentivo inicial do próprio governo, tiveram as autoridades daquele país de enfrentar a questão das práticas e acordos feitos no exterior pelas empresas americanas ou com a sua participação. Ao fazê-lo, não tiveram dúvidas em submeter ao império da lei americana aqueles eventos, tendo em vista o seu caráter saneador contra distorções do sistema da livre competição. A justificativa inicial fundava-se na legitimidade da extensão do princípio da jurisdição extraterritorial, para submeter às leis do país atos praticados no exterior por seus nacionais, ou com a sua participação. Quando não presente essa premissa, o fundamento da extensão passou a recair no efeito territorial, no impacto sofrido dentro do Estado, pelos eventos ocorridos no exterior.

Esse entendimento foi posto em relevo, pela primeira vez na jurisprudência americana, quando da decisão do caso ALCOA, na qual se sustenta que:

(3) Relatório do «The Attorney General's National Committee to Study Antitrust Laws» (1955) in U.S. Government Printing Office, p. 1 — apud JENNINGS «Extraterritorial Jurisdiction and The U.S. Antitrust Law» in *The British Yearbook of International Law* (1957).

(4) RICHARD A. FALK, «International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order» in *32 Temple Law Quarterly*, p. 295 (1959).

(5) Já em 1812 o Juiz MARSHALL da Suprema Corte dos EUA e um dos «Founding Fathers» da Independência, deixara expresso, em passagem muito citada da decisão do caso «The Schoones Exchange v. Faddon» que «a jurisdição do país em seu próprio território é necessariamente exclusiva e absoluta e não é susceptível de qualquer limitação não imposta por ele próprio» — Apud BRIGGS, p. 413, *The Law of the Nations*, Appleton Century, 2ª ed., 1952.

«... é lei reconhecida... que todo Estado pode impor responsabilidade, mesmo sobre não súditos, por conduta fora de suas fronteiras, que tenha conseqüências dentro delas, as quais o Estado proíbe e estas responsabilidades outros Estados as reconhecerão normalmente» (6).

Essa conclusão representa sensível alteração nos rumos da jurisprudência norte-americana de respeito ao princípio da jurisdição territorial, firmemente estabelecida já na decisão do não menos conhecido caso *American Banana v. United Fruit*, em 1909, em que, abordada a questão, a Suprema Corte daquele país, firmara doutrina de certa forma rígida de observância à jurisdição alheia.

A decisão do caso *ALCOA* e a tendência que com ela se fortaleceu de ampliação da competência para aplicar leis antimonopólio, por interferir em outras jurisdições, deu origem a conflitos, com vivos protestos dos Estados afetados por essa prática.

Na realidade, a política antimonopólio não representa padrões de valores universais de acatamento geral.

A diversidade nesse particular é flagrante, existindo Estados que até mesmo incentivam monopólios, com ou sem a participação oficial, como ocorre com os países menos desenvolvidos em geral.

Por outro lado, os conceitos antimonopólio começam a ser aceitos em certas áreas de economia mais ativa, como é o caso do Mercado Comum Europeu, onde se coíbem as práticas monopolísticas com certo rigor. Outros Estados prevêm essa prática como ilegal, sem dar-lhe a importância e a extensão encontrada nos Estados Unidos.

Além disso, mesmo nos Estados que adotam semelhante norma, os critérios de apreciação são diversos, pois, como informa *EARL A. SNYDER*,

«as leis sobre práticas restritivas (da concorrência) na maioria dos países, exceto nos Estados Unidos, tendem apreciar a legalidade da conduta nos negócios pelo efeito (desempenho econômico), mais do que pela existência de certa conduta ou forma de agir, que constitui o critério básico da lei antimonopólio dos EUA» (7).

Todos esses fatos levam à consideração do problema da competência para legislar e de aplicar leis no âmbito interno e internacional e sua solução depende do exame das expectativas da comunidade internacional, conjugados com os interesses de cada comunidade nacional. É necessário que se examinem os princípios que informam a competência territorial, como postulados consagrados na ordem internacional e que medida se justifica a ampliação dessa competência.

(6) 148 - Fed 2nd 416 a pg. 443 2nd Circ. 1946.

(7) *EARL A. SNYDER*, Nota 1, pg. 8.

II — Competência Territorial

A ordem jurídica internacional caracteriza-se por ser essencialmente descentralizada, detendo cada Estado competência para legislar e aplicar normas de direito dentro de seu território, ao mesmo tempo em que participa ativamente na elaboração das normas de direito internacional (8). Sendo uma ordem preponderantemente horizontal, no sentido de que cada Estado detém igual autoridade no estabelecimento de normas jurídicas, a distribuição de competências passa a ser essencial para a manutenção da ordem internacional. A delimitação da jurisdição — poder-se-ia mesmo dizer a organização da jurisdição — é que constitui a competência legislativa ou judiciária de cada Estado na esfera internacional (9).

Como todos os Estados podem definir livremente sua competência internacional (10), é necessário delimitá-la pela competência e organizá-la de forma a permitir o convívio internacional pacífico.

O primeiro postulado dessa organização de competência consiste exatamente no estabelecimento de alguns princípios básicos e necessários à distribuição das competências.

A jurisdição territorial constitui a premissa básica dessa distribuição. De acordo com esse princípio, os Estados são competentes — e com exclusividade — para legislar, aplicar e executar suas normas de direito, dentro de seus territórios. Se a competência para legislar na ordem internacional é concorrente entre todos os Estados, na ordem interna é universalmente aceito que o Estado detém exclusividade de jurisdição. Qualquer invasão dentro dessa área só é admitida por expresso consentimento do Estado ou pelo acatamento de norma internacional reconhecida por esse mesmo Estado. Em atenção a esse fato é que foi inscrita, no art. 2 da Carta das Nações Unidas, a ressalva de que as suas disposições não interferem em matérias que estejam no âmbito da «jurisdição doméstica dos Estados». Não obstante a controvérsia reinante sobre o que constitui «jurisdição doméstica dos Estados», num mundo em que as relações internacionais tornam as fronteiras permeáveis, o fato é que o que se entender por jurisdição doméstica, constitui competência privativa e exclusiva do Estado.

Há um consenso geral, por outro lado, de que um Estado não pode, salvo se expressamente permitido, exercer o seu poder e autoridade

(8) RICHARD A. FALK, *Nota 4*, pg. 295.

(9) R.Y. JENNINGS, *Nota 3*, pg. 148.

(10) AMILCAR DE CASTRO, «Direito Internacional Privado», observa que «não há uniformidade de competência legal mantida pelos direitos estatais e todos estão de acordo em que cada nação pode definir livremente sua competência». E acrescenta que isso ocorre porque «quanto à origem, o poder jurisdicional é invariavelmente autóctone; e cada governo, por competência legislativa também autóctone, trata com inteira independência de dizer em suas leis quais são as causas que devem, ou não, ser julgadas na esfera de sua jurisdição». *Direito Internacional Privado*, vol. II, p. 223 — Forense, Rio, 2ª edição, 1968.

dentro do território de outro Estado ⁽¹¹⁾, o que é consequência natural da exclusividade de competência territorial.

A esse propósito, merecem ser lembradas as observações feitas pelo professor dinamarquês ALF ROSS: ⁽¹²⁾

«É um fato histórico o de que os Estados são separados um do outro e delimitados territorialmente.

Os Estados são primariamente uma organização de poder. Cada um pretende, dentro de certo território separado dos demais, o supremo poder em relação aos seus súditos (uma comunidade de governo próprio). O mais simples princípio, matéria de quase um curso, para a individualização e separação desses instrumentos de poder competitivos, é o espacial ou territorial».

Aduz o autor ainda que,

«Em conformidade com isso, a norma legal internacional da distribuição da competência é o de que todo Estado é competente e exclusivamente competente dentro de seu próprio território para estabelecer atos os quais, efetiva ou potencialmente, consistem no trabalho do aparato compulsório do Estado (a máxima da supremacia territorial)».

Essa noção da supremacia territorial é inerente à organização territorial do Estado e está intimamente ligada aos mesmos fatores que condicionaram o nascimento do Estado, como organização política independente. Advém da afirmação de poder do Estado, acatada pelos demais e que se traduz na determinação de sua própria competência ⁽¹³⁾. A ordem internacional, denominada de primitiva por Kelsen, está estruturada no sentido horizontal ⁽¹⁴⁾, e a coordenação das competências dos sujeitos de direito internacional é a tônica característica ⁽¹⁵⁾.

Nessa coordenação de competências, é princípio assente e universalmente consagrado que cada Estado exerce em seu próprio território uma absoluta e exclusiva jurisdição, aplicando seu direito a todos os eventos ocorridos dentro do território, envolvendo nacionais ou estrangeiros ⁽¹⁶⁾.

Assentada essa norma, outros princípios devem ser considerados para abrigar situações em que a competência territorial não é suficiente para solucionar as questões postas na prática. Em verdade, no mundo contemporâneo, a estrita compartimentalização das competên-

(11) JENNINGS, Nota 3, pg. 149.

(12) ALF ROSS, *Text Book of International Law*, pg. 137/138 (1947).

(13) AMILCAR DE CASTRO, Nota 11, vol. 1, pg. 19 e vol. 2, pg. 48.

(14) RICHARD A. FALK, Nota 4, pg. 292.

(15) AMILCAR DE CASTRO, Nota 11, vol. 1, pg. 21.

(16) JOHN BASSET MOORE, «Territorial Jurisdiction» — Voto dissidente no julgamento do caso «Lotus» — BR/65. *The Law of the Nation* — pg. 299 (C.P.J.I. — Ser. A — nº 10 (1927) pg. 68-69 e 88. Appleton Century Crofts Inc. — New York — 2ª ed.

cias territoriais torna-a de difícil realização prática, dada a multiplicidade de eventos que transcendem as fronteiras dos Estados. Não é nova a ilustração do problema do indivíduo que dispara seu revólver e atinge outro, postado em território de outro Estado.

Aqui a simplicidade do exemplo mostra a complexidade da matéria e a questão posta é a de qual Estado é competente para punir em tal situação: o Estado da vítima, onde o fato produziu efeitos danosos, ou o do agressor, onde a ação se iniciou. Essa questão, de certa forma simples, cresce de dificuldade na medida em que elementos ou eventos transnacionais entram em jogo.

E é justamente para fazer face a tais situações que o princípio da competência territorial começa a ser posto em xeque para admitir efeitos extraterritoriais de normas nacionais, vale dizer, da jurisdição nacional.

III — Competência Extraterritorial

Os efeitos extraterritoriais da jurisdição do Estado decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território e se justifica sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais.

Essa aplicação extraterritorial de normas nacionais foi reconhecida no direito internacional, de modo claro, na decisão do caso Lotus, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, que acolheu como legítima a ampliação da jurisdição territorial, desde que circunscrita à regras do direito internacional. Em verdade, enfatizou a Corte,

«tudo o que pode ser exigido de um Estado e que não ultrapasse os limites que o Direito Internacional impõe a sua jurisdição; dentro desses limites, seu título para exercer jurisdição repousa em sua soberania» (17).

Importa, assim, verificar os limites que o direito internacional impõe à jurisdição dos Estados e quais os princípios norteadores da extensão dessa jurisdição. Sendo a competência dos Estados uma questão diretamente ligada à organização internacional e à estrutura da ordem internacional, os princípios que informam a jurisdição extraterritorial não derivam do arbítrio de cada Estado, mas da prática comum. Na verdade, como adverte Jennings, é por essa razão que os Estados não se permitem ilimitada discricção do assunto (18), procurando, ao contrário, pautar-se pelos princípios que informam a prática da comunidade internacional. Esses princípios derivam de certas preocupações comuns

(17) C.P.J.I. — Caso S.S. Lotus — Série A nº 10 — pg. 19 (1927).

(18) JENNINGS, Nota 3, pg. 150.

dos Estados e suficientemente fortes para impor tolerância recíproca na ampliação extraterritorial da jurisdição.

Alguns desses princípios são aceitos quase que universalmente, como o da jurisdição sobre nacionais (nacionalidade), o da universalidade e o da territorialidade objetiva, ou ainda o da segurança do Estado. Outros, como o da personalidade passiva, já não gozam de tanto prestígio, prestando-se a controvérsias. Esses princípios acham-se consagrados no direito interno dos Estados, com maior ou menor uniformidade consoante conclusões da pesquisa realizada pela Harvard Law School em 1935 (19).

Cada princípio tem sua própria órbita de aplicação, girando em torno de diferentes matérias.

III.1 — Princípio da Nacionalidade

O princípio da nacionalidade permite aos Estados exercer jurisdição sobre seus nacionais no exterior, regulando-lhes as atividades, porém de forma não conflitante com a competência de outros Estados. Hildebrando Accioly distingue o «jus avocandi», que faculta aos Estados chamar seus nacionais para cumprir determinados encargos impostos pelo Poder Público, do «jus puniendi» que permite ao Estado punir delitos cometidos por seus nacionais no exterior, no momento em que estes retornem ao seu território (20). Quanto a este último, a pesquisa levada a cabo pela Escola de Direito de Harvard em 1935 revelou uniformidade entre os Estados no tratamento da questão, tendo sido proposto, no projeto de Convenção preparado com base nos resultados da pesquisa, o seguinte preceito:

«Art. 5 — Jurisdição sobre nacionais —

Um Estado tem jurisdição sobre qualquer crime cometido fora de seu território,

- a) Por pessoa natural que era nacional daquele Estado quando o crime foi cometido ou que é nacional do mesmo Estado quando denunciado ou punido ou
- b) Por uma empresa ou outra pessoa jurídica que tinha nacionalidade do Estado quando o crime foi cometido (21).

Disso resulta que, não obstante cometido o ato tido como delituoso em território sujeito à jurisdição alheia, o Estado possui competência para processar e punir o seu próprio nacional autor do ato. Condição fundamental, como é curial, é a de que o indivíduo adentre o território

(19) «Research in International Law under the Auspices of the Harvard Law School, Jurisdiction with respect of Crime» (1935). 29 A.J.I.L. Supp.

(20) HILDEBRANDO ACCIOLY, *Manual de Direito Internacional Público*, pg. 79. 10ª ed. (1972) — Ed. Saraiva.

(21) Nota 20.

de seu Estado, porquanto o princípio da territorialidade prefere ao outro, não sendo admissível a aplicação e execução das leis dentro do território alheio. No direito brasileiro, o princípio é consagrado no art. 5º II «b» do Código Penal, que sujeita à lei brasileira o crime cometido por brasileiro no exterior, condicionando a sua aplicabilidade à entrada do agente no território brasileiro e, dentre outras, a de ser o fato punível também no país em que foi praticado (§ 2º letra «b»).

O problema que, desde logo, é levantado é o da nacionalidade da pessoa jurídica, tendo em vista os diversos critérios formais existentes. Não obstante, como observa Jennings (22), os testes da sede da pessoa jurídica ou o do local de arquivamento dos atos constitutivos possam ser aplicados para a determinação formal na nacionalidade da pessoa jurídica, nada impede que os tribunais prescrevem as reais vinculações da sociedade, para determinar a nacionalidade dos efetivos detentores do controle e, assim, sobre eles, fazer incidir suas leis (23).

Assim, não obstante a pessoa jurídica tenha a nacionalidade formal de um Estado, podem os seus dirigentes, ou, de qualquer forma, os detentores de seu controle, ficar sujeitos à legislação de outro. É o que ocorre, sob este aspecto, com a legislação antitruste do Estados Unidos, aplicada com caráter extraterritorial, quando alcança atos praticados por nacionais no exterior, mesmo que ao abrigo de leis locais (24).

Essa prática faz aflorar um conflito de competências e de qualificações entre os Estados, pois interfere com pessoas jurídicas de outras nacionalidades que estão adstritas a seguir os parâmetros das leis nacionais a que estão sujeitas (25).

III.2 — Princípio da Segurança Nacional

De acordo com o princípio da segurança nacional, é lícito ao Estado agir em defesa de sua independência política, integridade territorial, segurança interna ou externa, contra quaisquer pessoas, nacionais ou estrangeiros, ainda que os atos tenham sido praticados no exterior e lá concebidos. A jurisdição do Estado afetado se estende extraterritorialmente para alcançar tais atos, sob a condição de que os mesmos não tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido no Estado onde foi praticado (26).

(22) JENNINGS, Nota 3, pg. 154.

(23) JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES — «Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a Empresa Multinacional» — Rev. Faculdade de Direito — Vol. LXIX (Fasc. II) pg. 87; Rev. Forense, vol. 235.

(24) SNYDER, Nota 1, pg. 23 e 32; WILLIAM DWIGHT WHITNEY, «Sources of Conflict Between International Law and the Antitrust Law» in 63 Yale Law Journal, pg. 655 a 666.

(25) Na verdade, houve evolução na jurisprudência norte-americana no sentido de não considerar passível de punição os responsáveis por atos praticados no exterior em cumprimento a determinações oficiais. US v. Supplied Chemical Industries Ltd. (105 F. Supp. 215 a 242).

(26) Art. 7 do Projeto de Convenção de Harvard, Nota 20.

Essa jurisdição se aplica também quando a moeda, crédito, símbolos públicos, selos, enfim, documentos e papéis que envolvem a credibilidade do Estado, forem objeto de falsificação ou contrafacção (27).

Na verdade, envolvida a segurança nacional, por qualquer forma ou meio, pode surgir até mesmo a responsabilidade internacional do Estado onde os atos são praticados, caso o mesmo não atue no sentido de impedi-los ou de punir seus autores.

É princípio assente que nenhum Estado está autorizado a praticar atos de governo no território de outro Estado, como o de tornar eficaz suas leis ou o próprio direito internacional. Corolário desse princípio é o controle, pelo Estado, da ordem interna e intenacional em seu território evitando-se a prática de atos atentatórios à segurança de terceiros. Se houver convivência das autoridades ou impossibilidade de exercer esse controle, o Estado afetado estará autorizado até mesmo a substituir-se à autoridade do Estado territorial, para pôr termo às atividades contra ele dirigidas. Esse tema, contudo, não está isento de debates, mormente no momento atual, em que os movimentos de guerrilhas baseados no exterior adquirem força contra o próprio Estado territorial onde se encontram. O aprofundamento na discussão dessa questão, contudo, refoge ao espírito deste trabalho. (28).

III.3 — Princípio da Universalidade

O fundamento desse princípio é a colaboração recíproca dos Estados em reprimir crimes e atos atentatórios aos princípios éticos da própria humanidade. O crime, onde quer que seja cometido, desde que o ato assim qualificado tenha a mesma consideração em todos os demais Estados, justifica a ampliação da competência para alcançá-lo, ainda quando praticado em locais não sujeitos à autoridade de nenhum Estado. A pirataria, o tráfico de mulheres ou crianças, o tráfico de escravos e, modernamente, o genocídio, constituem crimes caracterizados como atos contra a humanidade e, assim, sujeitos à jurisdição de todos os Estados.

O que justifica a extraterritorialidade da competência do Estado é, assim, a definição do ato como criminoso não apenas no Estado que pretende submetê-lo à sua autoridade, como também no local onde foi praticado. As nuances de diferenças de gradação das penas são resolvidas através de limitações impostas pelos próprios Estados interessados. O Brasil, por exemplo, apenas concede extradição de estran-

(27) Art. 8 do Projeto de Convenção de Harvard, Nota 20.

(28) O tema é tratado, sob diferentes enfoques em JIMENES DE ARECHAGA, «International Responsibility» in *Manual of Public International Law*, editado por Sorensen, 1968, a pg. 533; DEREK BOWET, «Reprisals Involving Recourse to Armed Forces», in *A.J.I.L.*, vol. 66, pg. 26; HENRY MEYROWITZ, «Guerilla et Le Droit de Guerres», in *Revue Belge de Droit International*, pg. 56; H. LAUTERPACHT, «Revolutionary Activities by Private Persons Against Foreign States», in *A.J.I.L.*, vol. 22, pg. 105.

geiros se os atos pelos quais estes foram ou estão sendo processados no exterior são também definidos como crime no Brasil, condicionando, entretanto, a entrega do extraditando ao compromisso formal do Estado requerente de que a pena a ser imposta não ultrapasse ao limite máximo previsto para o mesmo ato na legislação brasileira (29).

III.4 — Princípio da Personalidade Passiva

Alguns Estados ampliam sua competência para fora dos limites territoriais para alcançar eventos ocorridos em outras paragens, nos quais estejam envolvidos, como participantes passivos, nacionais do Estado. Vale dizer, se o evento resulta em lesão criminosa ao seu nacional, o Estado está autorizado a submeter à sua jurisdição os autores, responsáveis pelo resultado danoso. Essa pretensão, contudo, não é de aceitação pacífica entre os Estados, havendo dentre eles, como os que adotam a «common law» como sistema jurídico, que não a reconhecem como justificativa legítima para a ampliação da competência. A jurisprudência internacional, por sua vez, já examinou a questão na decisão do caso *Lotus*, em que a pretensão turca de submeter a julgamento os responsáveis pelos eventos que resultaram em ferimentos e morte de tripulantes turcos, na colisão de barco turco com navio francês, se fundou, parcialmente, no fato de serem turcas as vítimas, o que justificaria a competência da Turquia em processar e julgar os franceses responsáveis. Os fatos desse caso são relatados mais adiante.

III.5 — Princípio da Territorialidade Subjetiva e Objetiva

Os princípios até aqui enumerados tratam especialmente de eventos ocorridos no exterior, para os quais o Estado estende sua autoridade, além de suas fronteiras, para trazê-los à sua órbita de competência. Há, assim, exceções ao princípio da territorialidade; é ele abandonado em face da relevância do próprio evento, envolvendo outros valores que interessam ao Estado, ou seja, o controle de seu nacional, a defesa de sua segurança, afetada por atos praticados no exterior, a perseguição de fatos universalmente definidos como contrários ao direito ou a proteção do nacional, quando alvo de delito cometido no exterior.

Em todos, a territorialidade estrita da competência é substituída por outro critério. No princípio da territorialidade subjetiva ou objetiva, contudo, os Estados passam a alargar o próprio conceito de território para considerar produzido dentro dele o evento ocorrido parcialmente no exterior, para, assim, submetê-lo à competência territorial. O princípio da territorialidade objetiva estabelece uma relação de causa e efeito no evento ocorrido parcialmente no exterior e parcialmente dentro do Estado, o que confere aos Estados envolvidos, em igualdade de condições, competência para regular o evento, bem assim, seus participantes. A justificativa, aqui, é a ocorrência parcial do fato no território e, por via de consequência, do impacto social que o

mesmo causou. O Estado mais afetado pela ocorrência tem, preponderantemente, maior interesse em submetê-la à sua competência territorial. E é a maior ou menor intensidade do impacto no território dos Estados envolvidos que serve de elemento definidor das competências.

De acordo com o critério subjetivista, o Estado possui competência judiciária sobre participantes de eventos iniciados no Estado, mas consumados no exterior, desde que estes adentrem o seu território. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em decisão freqüentemente citada na doutrina, deixou assente a jurisdição penal brasileira para processar os responsáveis pela explosão de um navio inglês, «The Tennyson», ocorrida em alto mar, os quais colocaram explosivo no navio, em portos brasileiros ⁽³⁰⁾. O critério objetivista, ao contrário, permite ao Estado afirmar sua competência sobre eventos iniciados fora, mas consumados dentro do território do Estado. O Juiz John Basset Moore, em passagem sempre repetida e que se tornou clássica, ao comentar a decisão do não menos conhecido caso Cutting, expressou esse critério nos seguintes termos:

«O princípio segundo o qual um homem que, intencionalmente, põe em movimento, fora do território de um país, uma força destinada a produzir efeitos dentro dele, é responsável no lugar onde o mal é produzido, é reconhecido na jurisprudência criminal de todas as nações» ⁽³¹⁾.

A decisão do caso Cutting constitui importante desenvolvimento do princípio, com conseqüências na sua evolução para teoria do impacto territorial, no qual se fundamenta a doutrina e jurisprudência norte-americanas para aplicar suas leis antimonopólio com efeitos extraterritoriais. Os fatos desse caso podem ser assim resumidos: Cutting, um cidadão norte-americano residente no México, publicou um artigo injurioso contra um cidadão mexicano, Emidio Medina, em jornal de circulação local. Levado o caso a juízo, Cutting comprometeu-se a retratar-se, com a publicação da retratação no mesmo jornal, o que cumpriu apenas em parte, ao estampar sua manifestação em tipos minúsculos e com erros de redação que tornaram quase ininteligível o texto. Além disso, no mesmo dia, Cutting publicou na cidade de El Paso, no Texas, no Journal Sunday Herald outro artigo, no qual ratificou as injúrias e calúnias assacadas contra o mexicano. Este voltou a juízo e processou Cutting por calúnia e difamação, sob o fundamento de que, não obstante publicado em território norte-americano, o jornal entrou no México, onde teve larga circulação. Ao decidir a questão, o Juiz mexicano, dentre os fundamentos que o levaram a condenar Cutting e a afirmar a competência do México para conhecer do evento, ratificou a aplicação do princípio da territorialidade objetiva, pois o fato fora praticado no exterior, em território norte-americano mas

(30) BRIGGS, Nota 17, pg. 576.

(31) JOHN BASSET MOORE, «Report in Territorial Crime and the Cutting Case», 1827, pg. 23; BRIGGS, Nota 17, pg. 576; JENNINGS, Nota 3, pg. 156/157.

seus efeitos principais ocorreram no México. Diz a sentença, em certo trecho:

«Que, mesmo supondo, sem que se aceite o fato, que a ofensa penal de difamação foi cometida no território do Texas, a circunstância de ter o jornal, *El Paso Sunday Herald*, circulado nesta cidade, fato do qual Medina queixou-se e que foi o fundamento da ordem de apreensão dos exemplares que puderam ser encontrados no escritório de Cutting, nesta mesma cidade, constituiu a consumação do crime, em conformidade com o artigo 614, do Código Pena» (32).

Como se percebe, o fundamento para afirmar a competência mexicana sobre o evento ocorrido no exterior, praticado por estrangeiro, sob as leis de outro país, não foi a extensão da competência territorial, mas a própria competência territorial. O Juiz considerou o crime cometido ou consumado em território mexicano, pelo fato de lá ter circulado o jornal que publicou o artigo considerado calunioso. Essa territorialidade objetiva, não aceita inicialmente pelos Estados Unidos que, a propósito, vigorosamente, se opusera à sentença, em nível diplomático, encontrou também na jurisprudência internacional o seu suporte, com a decisão do caso *Lotus*, pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Os fatos são os seguintes: em uma colisão em alto mar, entre um navio francês, *Lotus*, e um navio turco *Boz Kourt*, este afundou e pereceram 8 de seus tripulantes. Graças ao socorro do navio francês, foram os sobreviventes levados à Constantinopla, onde as autoridades turcas prenderam o oficial de serviço francês, *Demons*, e o processaram por negligência, considerada como causa do acidente. Com o protesto da França, o caso foi levado à Corte Permanente de Justiça Internacional que, após tecer considerações sobre o problema da jurisdição territorial — cerne da divergência no caso — afirmou, como uma das razões que levaram a justificar a competência da Turquia, que:

«uma vez que é admitido que os efeitos da ofensa se produziram no navio turco, torna-se impossível sustentar que existe uma regra de direito internacional que proíbe a Turquia de processar o Tenente *Demons* pelo fato de que o autor da ofensa estava a bordo de navio francês» (33).

O efeito do ato, tendo-se produzido em território assimilado à Turquia, justificou, assim, a competência territorial, sob o critério objetivista.

A pedra de toque desse princípio são os efeitos diretos do evento dentro do território do Estado que, por isso mesmo, fica em posição legítima para conduzir a questão, dentro de sua esfera de competência.

(32) GRIGGS, «The Cutting Case», Nota 17, pg. 574.

(33) Repertório da Corte Permanente de Justiça Internacional, Série A n.º 10.

É necessário, entretanto, que parte do material do evento tenha-se realizado efetivamente dentro do país. De acordo com o princípio subjetivo, o início, a preparação, a realização do ato, cujos efeitos se produzem fora, fundamenta a competência. Pelo princípio objetivo, é o local da consumação, onde os efeitos danosos se fazem sentir, que justifica a asserção da competência.

IV — Teoria do Impacto Territorial

A partir dos princípios que defluem da competência territorial objetiva, desenvolveu-se, na jurisprudência e doutrina norte-americanas, a teoria conhecida como «impacto territorial», segundo a qual, o Estado possui competência para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes também não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir impacto e a ter efeitos dentro do território do Estado.

O ponto central dessa doutrina de que, embora o evento ocorra no exterior, em área internacional ou dentro de outro Estado, se tal evento produz importante consequência no território do Estado, este pode legitimamente aplicar quaisquer meios legais para submeter a seu controle, vale dizer, a sua competência legislativa e judiciária, os autores do evento, a fim de proteger seus interesses ameaçados. Isto é, o requisito de que parte do evento ocorra efetiva e fisicamente dentro do território, como propugnado pelo princípio da territorialidade subjetiva ou objetiva, é substituído pelo requisito dos resultados ou das consequências do fato dentro do território.

A construção da jurisprudência norte-americana, para chegar a esse resultado conceitual, é lenta, mas firme, partindo da consideração inicial de que os efeitos do ato danoso carregam consigo os seus autores. Assim, praticados embora fisicamente no exterior, os agentes são considerados como que presentes no local onde os efeitos do ato se produzem. Não há, por isso, uma extensão da competência territorial, mas sim o exercício normal dessa competência no próprio território, onde os participantes imputáveis do resultado danoso são considerados como que presentes, pelos efeitos de seus atos. Os atores são responsáveis não pelo que fizeram no exterior, sob outras leis e jurisdições, mas pelos resultados de seus atos no território do Estado, os quais atraem a presença dos mesmos para o local da consumação desses atos (34).

(34) Em algumas decisões sobre conflitos de leis entre Estados membros da União norte-americana, essa fundamentação aparece vigorosa, para justificar a competência de um Estado para julgar sobre evento praticado em outro, como ocorreu no caso *People v. Adams*, em que se diz:

«O réu pode ter violado a lei de Ohio pelo que ele fez lá, mas com isto não temos nenhuma preocupação... Ele foi pronunciado pelo que fez aqui e por si próprio. É verdade que o réu não estava pessoalmente dentro do Estado, mas ele estava em propósito e intento e agiu por seus agentes autorizados... Aqui o crime foi cometido, dentro deste Estado, e sobre o qual nossas Côrtes têm indubitavelmente jurisdição». 1846 3 Den. N.Y. (190); JENNINGS, Nota 3, p. 158.

Com base nessa teoria, os Estados Unidos justificam a aplicação de suas leis antimonopólio e seus regulamentos sobre mercado de capitais, disciplinados pelo Securities Exchange Commission, a fatos ocorridos no exterior, para ter efeito no exterior, com ou sem a participação de nacionais, mas que direta ou indiretamente, venham a afetar o comércio interno ou internacional dos Estados Unidos, influenciando nos preços, na produção ou de qualquer forma afetando o mercado americano.

V — Aplicação Extraterritorial de Leis Antimonopólio

A aplicação da teoria do impacto territorial na política antimonopólio, ainda que sob as vestes do exercício da competência territorial objetiva, com esse desenvolvimento, traz como consequência inevitável a aplicação de leis nacionais em território alheio, para regular fatos sob outras jurisdições.

A justificativa encontrada para aplicação de tal teoria em área tão controversa, quanto à da política antimonopólio, são sempre os efeitos negativos que dentro do território norte-americano podem ter os acordos e contratos feitos no exterior.

Os efeitos no território, traduzidos por interferência no comportamento de preços, na restrição de importações ou exportações, enfim, na economia americana e, mais do que isso, nos princípios que governam o sistema competitivo daquele país serve de fundamento para que, em defesa disso, seus tribunais submetem os seus responsáveis às leis locais.

Essa orientação, firmemente estabelecida a partir da decisão do caso *United States v. American Tobacco Co.* e consagrada com inusitada ampliação no caso *Alcoa v. United States*, alterou profundamente os rumos da jurisprudência norte-americana do início do século, de respeito à jurisdições alheias e corporificadas de modo admirável na decisão do clássico caso *American Banana v. United Fruit*, cujos fatos merecem ser repetidos para dar idéia da evolução da jurisprudência sobre o assunto. A empresa *American Banana*, de origem norte-americana, ingressou com ação contra *United Fruit Co.*, nos Estados Unidos, alegando ter sua concorrente elaborado e posto em execução um plano para assegurar-se do monopólio da plantação de banana na América Central: sob sua inspiração o governo da Costa Rica determinará a apreensão de plantações e equipamento de cultura que *American Banana* possuía naquele país, retirando-lhe a ligação ferroviária com a costa e impedindo-a, assim, de continuar suas atividades.

Com a subsequente alienação compulsória das plantações a terceiro, motivada pelos atos governamentais, *United Fruit* consolidou seu monopólio do comércio do produto na região, especialmente de sua exportação para os Estados Unidos. A existência desse monopólio e a forma como foi conseguido importariam em flagrante violação do

Sherman Act com reflexos dentro do país. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir a questão, declarou expressamente que o que ocorreria na Costa Rica dependia exclusivamente do governo local, descabendo interferência externa. A Corte chegou a manifestar estranheza em ver-lhe submetido o conhecimento de fatos «causadores de danos, praticados fora da jurisdição dos Estados Unidos e dentro da área de competência de outros Estados». Essa decisão, a propósito, oferece a base para a teoria do «act of state», desenvolvido posteriormente no caso *Sabbatino*, em que se reconheceu a incompetência dos tribunais nacionais para apreciar atos de natureza política, ou atos de império de outros países (35).

A importância desse caso reside no fato de se tratar de questão envolvendo práticas monopolísticas, levadas a efeito por empresa norte-americana, fora do território dos Estados Unidos, tendo a Suprema Corte se pautado estritamente pelo princípio da territorialidade da jurisdição, respeitando a jurisdição e competências alheias.

Mas, dessa orientação, logo se afastou, ao examinar outros casos, sob o fundamento de não-aplicabilidade da regra estabelecida naquela decisão a hipóteses diversas, mas com fundamentos similares, tendo firmado orientação totalmente distinta, com repercussão internacional negativa.

Essa nova postura foi adotada na decisão do caso *ALCOA v. UNITED STATES*.

A ação teve por objeto o ajuste, na Suíça, de cartel entre empresas não-americanas, com a constituição de uma sociedade denominada *ALLIANCE*. O objetivo do cartel era a delimitação de produção de lingotes de alumínio fabricados pelos participantes do acordo, pela imposição de quotas proporcionais às ações que cada sócio havia subscrito. Em 1936, o acordo foi alterado e complementado, estabelecendo-se que o participante que desrespeitasse o limite de produção de sua quota deveria pagar regalias à sociedade sobre o excesso produzido. Essas regalias deveriam ser distribuídas entre todos os membros de *ALLIANCE*. Ajustou-se também que as exportações para os Estados Unidos deveriam ser incluídas nas quotas estabelecidas.

Esse acordo perdurou até 1938, quando constatou-se que não mais servia aos interesses das partes, Não obstante, *ALLIANCE* jamais foi dissolvida ou liquidada, continuando a ter personalidade jurídica, mesmo no período de após guerra.

ALCOA, pessoa jurídica americana, com sede nos Estados Unidos, não era parte no cartel, nem sócia de *ALLIANCE*, embora seus acionistas americanos tivessem participação majoritária na *Aluminium Limited*, empresa constituída no Canadá, onde tinha sua sede e participe do Acordo.

(35) FRANÇOIS RIGAUX, «Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales», Pèdoné, Paris, 1977, p. 339.

O cartel — como forma privada de regular o mercado internacional de determinado produto ⁽³⁶⁾ — contrariava as leis antitruste americanas, notadamente a Seção I do Sherman Act. Portanto, seria ilegal se realizado no território dos Estados Unidos.

O ajuste, contudo, foi firmado na Suíça, entre sociedades não-americanas e de acordo com as leis locais. Tratava-se, portanto, de contrato de objeto lícito perante a legislação do país onde foi celebrado.

Não obstante, o governo americano promoveu ação antitruste contra ALCOA e ALUMINIUM LIMITED que, embora canadense, possuía importante escritório nos Estados Unidos, tornando-a sujeita à jurisdição territorial americana.

A Corte que processou a ação decidiu que a conduta fora do território americano poderia ficar sujeita às leis dos Estados Unidos, se se constatasse que tal conduta tivesse produzido reflexos dentro do país. Pelo acordo de 1936 as exportações de lingotes de alumínio para os Estados Unidos estavam sujeitas às limitações das quotas de produção, o que afetava o comércio internacional e a indústria americana.

As objeções opostas por ALUMINIUM LIMITED de que se tratava de acordo firmado na Europa, entre sociedades não-americanas e com obediência às leis da Suíça, não sensibilizaram a Corte, que considerou os efeitos do acordo no território dos Estados Unidos como fundamento suficiente para o exercício da jurisdição americana para regular todas as relações decorrentes do cartel.

As reações contra essa competência extraterritorial logo fizeram-se sentir, não faltando, entretanto, quem a defendesse com entusiasmo, como o Prof. Myres McDougal, em pronunciamento na Associação de Direito Internacional:

«Quando a Suíça ou Canadá ou qualquer outro país emprega seu aparato governamental para proteger empresários, em atividades que prejudiquem o funcionamento sadio do processo comunitário dentro dos Estados Unidos, eles estão interferindo com os negócios internos e domésticos dos Estados Unidos, tanto quanto os Estados Unidos podem estar interferindo com os negócios de outros países, ao aplicar suas leis antitruste às atividades causadoras de danos. Acordos feitos por empresários privados na Suíça e no Canadá, ostensivamente protegidos pelas leis desses países, podem afetar ou determinar os preços que eu devo pagar, dentro dos Estados Unidos, pelo alumínio ou relógios. Num mundo interdependente, a interferência recíproca dos Estados no processo comunitário, inclusive nas questões econômicas, é inevitável. A questão é por que princípios e procedimentos tal interferência pode ser moderada

(36) Cfe. HENRICH KRONSTEIN, *The Law of International Cartels* — Cornell Univ. Press — 1973 — pg. 39.

e reciprocamente tolerada na manutenção e expansão da economia internacional» (37).

Outras decisões seguiram-se, adotando a mesma linha de raciocínio: a conduta fora do território do Estado, desde que cause efeitos internos, está sujeita à competência territorial desse Estado. O impacto territorial do evento justificaria a competência.

Essa doutrina reflete, na verdade, a pretensão do Estado de regular, através de leis nacionais, atos e fatos que possuem caráter nitidamente internacional.

Põe ela em evidência a necessidade de reestruturação da ordem internacional face a fenômenos novos que transcendem aos limites territoriais de cada Estado. A competência territorial e os princípios que governam a competência extraterritorial do direito internacional clássico não se ajustam a essa nova problemática e exige enfoque diverso. George Scelle já dizia que o poder judiciário de cada Estado exerce funções judicantes internacionais e constitui órgão da comunidade internacional descentralizada, competente para decidir questões de caráter internacional no seio do Estado. Essa concepção, cada vez mais, tende a criar raízes, na medida em que a disciplinação de eventos transnacionais não se ajustam a critérios estritos da territorialidade objetiva ou subjetiva do Estado. A jurisdição deve ser exercida em função dos interesses mais elevados da comunidade internacional e o Judiciário deve ser sensível a essa modificação da estrutura do Direito Internacional, compreendendo que, cada vez mais, as relações transnacionais dominam ou tendem a predominar no quadro interno.

Por isso que o exercício da competência extraterritorial a eventos ocorridos no exterior, amparados por leis locais, somente se justifica se princípio internacionalmente aceito for violado. Ou seja, se o Estado, com a aplicação de suas leis, persegue objetivo colimado pela comunidade internacional, sua competência pode estar justificada, pois está atuando como órgão descentralizado dessa mesma comunidade. No caso das leis antimonopólio, contudo, não se pode dizer que haja consenso universal quanto à aceitação dos princípios nela contidos. Estados Unidos e Comunidade Econômica Européia constituem áreas em que a política antitruste se avizinha, embora não coincida. Outros países distanciam-se ainda mais, como é o caso do Brasil, em que o monopólio estatal e os incentivos governamentais de fusão e incorporação de empresas, a prática de reserva de mercado para indústrias nacionais, em determinados setores produtivos, contrariam frontalmente o princípio da livre competição que norteia a política antimonopólio.

Além do mais, a interferência com a competência alheia é ineficaz se seus efeitos tiverem de ser produzidos no território do país atingido com a invasão legislativa ou judiciária. O princípio da territorialidade da jurisdição, prevalecendo sobre os demais, traz como consequência a

(37) Relatório da 51ª Conferência da Associação de Direito Internacional em Tóquio (1965) — Apud STEINER e VAGTZ — *Transnational Legal Problems*, pg. 928/929.

necessidade de o Estado territorial aquiescer, através da homologação da sentença estrangeira, com o ato extraterritorial.

Quando isso não ocorre, a sentença é ineficaz e desprovida de executoriedade. Foi o que ocorreu no caso envolvendo Imperial Chemical Industries e Dupont de Nemours (United States v. I.C.I.) decidido nos Estados Unidos. Essas empresas haviam firmado acordos pelos quais a primeira cedia à segunda direitos de exploração de patentes dos Estados Unidos, enquanto que esta conferia àquela os mesmos direitos na Inglaterra. Imperial Chemical Industries (I.C.I.) tinha sede na Grã-Bretanha e passaria, por força desse acordo, a produzir fibra de nylon com exclusividade na Europa, enquanto que Dupont, constituída em Delaware, Estados Unidos, passaria, com as patentes em seu poder, a dominar o mercado americano. Ambas as sociedades associaram-se na América Latina, atuando conjuntamente. Com isso, dividiram-se os mercados, eliminando a concorrência entre os dois grupos empresariais.

As autoridades federais, cientes desses acordos, ingressaram com ação antitruste, objetivando anulá-los e restaurar a livre competição entre as empresas no mercado interno internacional. A Corte determinou à I.C.I. a restituição à Dupont das patentes a ela cedidas na Inglaterra em contrapartida à determinação dirigida à Dupont para que fizesse o mesmo nos Estados Unidos, relativamente às patentes a ela cedidas por I.C.I. e que lhe conferiam monopólio na exploração dos produtos respectivos. Todavia, antes do trânsito em julgado da sentença americana, British Nylon Spinners, concessionária das patentes transferidas à I.C.I., da qual era subsidiária, com sede na Inglaterra, ingressou no judiciário inglês com ação em que pleiteava o não-cumprimento daquela decisão e o reconhecimento da legitimidade dos direitos a ela transferidos livremente por Dupont. Na verdade, o que pretendeu foi provocar a manifestação do judiciário da Inglaterra sobre o efeito e eficácia extraterritorial da sentença americana ao determinar providência na esfera de competência de outro país. A seguinte passagem da decisão inglesa é ilustrativa da posição adotada:

«Este é um direito, ou, em outras palavras, uma espécie de propriedade (visto, particularmente, que é relacionado a patentes) que tem o caráter inglês e sujeito à jurisdição dos tribunais ingleses. Parece-me que a companhia autora tem a seu favor um caso «prima facie» para dizer que os tribunais dos Estados Unidos ou de qualquer outro país não são competentes para interferir com aqueles direitos ou para expedir ordens cuja observância por nossos tribunais exigiriam que estes não exercessem a jurisdição que possuem e que tem o dever de exercer relativamente a tais direitos».

Mais adiante, acrescenta a decisão:

«E, certamente, a propósito das patentes, parece-me, com todo respeito ao julgamento do «district judge» (americano),

que se trata de aplicação de uma jurisdição extraterritorial em que não reconhecemos aos tribunais americanos a autoridade para dar ordens que destruiriam ou qualificariam aqueles direitos pertencentes a um nacional inglês, que não é sujeito à jurisdição dos tribunais americanos.

Essa decisão põe em relevo a falta de efetividade da sentença americana, destinada a ser cumprida no país afetado pela extraterritorialidade e competente para apreciar, segundo suas leis, o fato jurídico questionado. Aqui, não se cogita do princípio do impacto territorial, pois os fatos ocorreram no território americano, embora parcialmente apenas. Ao pretender a Corte discipliná-los em conjunto, como um todo, deparou com a barreira da competência alheia, à qual teve de se render.

Isto é, embora os eventos tenham uma única origem — divisão de mercados, com restrição à livre concorrência — sua qualificação jurídica fica subordinada à lei do Estado que deve dar efetividade à sentença. Prevalece, portanto, a competência territorial que serve de limite à aplicação de leis ou sentenças estrangeiras. Daí as reações anotadas por Steiner e Vagtz⁽³⁸⁾ de diversos países contra a tendência dos tribunais americanos em estender para o exterior os efeitos das leis antitruste, que caracteriza o sistema econômico americano, mas que não pode ser erigido em princípio internacionalmente aceito, Daí também os reflexos positivos na recusa inglesa em reconhecer efetividade à decisão no caso I.C.I. e Dupont.

Essas reações sublinham as dificuldades em se regular questões internacionais, mediante leis nacionais. Se, no território do Estado, suas leis gozam de eficácia, esse resultado pode não ocorrer no âmbito externo. As diferenças de ideologias político-econômicas, sem se considerar outros componentes, como religião, costumes e graus de desenvolvimento, impedem que cada Estado, por si só, estabeleça padrões de conduta internacional.

Dai que as atividades transnacionais empresas voltadas para a produção ou o comércio internacional de bens não podem ser validamente reguladas por leis nacionais. A aprovação de código de conduta pela Organização Econômica de Cooperação e Desenvolvimento (OECD), que congrega os países desenvolvidos do Ocidente, mais o Japão, reflete, de certa forma, o reconhecimento de que somente por normas internacionais se conseguirá regular tais atividades.

A aplicação de leis nacionais com efeitos extraterritoriais, não obstante bem definidas no direito internacional e amparadas por princípios precisos, não se ajusta a esse fenômeno recente que é o da transnacionalização das relações internacionais.

(38) *Materials on Transnational Legal Problems*, Foundation Press, pg. 955.

Importa, pois, indagar sobre a legitimidade da recusa em reconhecer o julgado estrangeiro, concomitantemente com o conteúdo desse julgado. Se a decisão proferida pelo judiciário nacional tem por objeto relação que envolve elemento internacional, tal decisão tem caráter internacional, pois disciplina relação jurídica internacional. A questão da competência judiciária deve, então, ser examinada, ao lado da competência dita legislativa.

A Universidade Eidética e a Universidade Brasileira, por sua Imagem: a USP

Benedito Motta

Prof. Assistente-Doutor. Regente da cadeira de Sociologia Jurídica da FDUSP. Mestre da Poli e FMU

A UNIVERSIDADE se alicerça nas pilstras da EDUCAÇÃO, que visa a feitura do HOMEM total: saber, cultura, técnica e vida ou forma consubstancial da vida. "Hominem fieri educatio est".

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — CONCEITO DE UNIVERSIDADE
 - 1. Essência das coisas.
 - 2. Conceituação de Universidade, no âmbito conjuntural.
 - 3. Exame de termos do conceito:
 - 3.1. Universidade.
 - 3.2. Elementos humanos naturais e estruturais.
 - 3.3. Pesquisa e Ensino.
 - 3.4. Fins da Universidade.
- III — A UNIVERSIDADE BRASILEIRA
 - 1. Conceito.
 - 2. História.
 - 3. Datas significativas da vida universitária brasileira.
 - 4. A Problemática da Universidade Brasileira.
- IV — CONCLUSÃO: SOLUÇÃO A PROBLEMATICA DA UNIVERSIDADE BRASILEIRA
- V — CITAÇÕES
- VI — BIBLIOGRAFIA

I — Introdução

1. O Homem, porque duplo, é eterno!

Componente de Matéria, finitude, e de Espírito, infinitude, por metáfora abusiva, é um deus! Um deus, com início, por criação, direta ou indireta, evolução, como disputam os doutos, é o retrato menor do

próprio Deus. Como Ele, eterno. Como Ele, infinito. Espírito, não se corrompe, não se enclausura no tempo, não se dilui nas épocas. Atemporalidade e anespacialidade são-lhe da própria essência.

Liberto dos grilhões da História e dos contornos do Espaço, é livre.

A liberdade é uma das silhuetas, que lhe demonstra a natureza.

O Homem, sobrepairando o Espaço e o Tempo, neles, porém, se condiciona! Por isto, o Homem do Século XX e dos séculos vindouros, é, na essência e dignidade, o mesmo Homem da Pedra Lascada ou da Época de Ouro, de que fala OVÍDIO.

O Homem, inteligente, reconhece, nos semelhantes, a mesma natureza, auto-impondo-se freios a sua liberdade, fazendo-a, responsavelmente, relativa.

Este é o Homem. Eterno. Infinito. Livre.

2. Fechado em sua concha de matéria, o Homem tende sobrepujá-la pelo espírito, que se manifesta, no anseio de tudo saber. Nada se lhe escapa. Na terra. No ar. No Mar. Aspira à universalidade, «universitas», concretiza em uma visão de conduto: universidade.

Universidade, em verdade, é, primordialmente, universo. E o Homem deseja o universo. Universo de «unus vertere», o que, sendo diverso, resolve-se e combina-se no uno. Uno, o que tem unicidade ou unidade ou univocidade. Uno, o que se opõe à decomposição, à fragmentação. Numa palavra, o que constitui um sistema». (1).

Esta visão de conjunto, a universidade, é, portanto, uma exigência do espírito libertário do Homem. A universidade do conhecer nasce da liberdade humana. Com ela se reciproca. O que é livre é universal.

No plano conjuntural, querendo englobar o saber geral, o Homem criou a Universidade.

3. Em nosso empreendimento de conhecer a Universidade Brasileira, é de todo lógico que prenotemos conceitos gerais, sobre a Universidade Intemporal, de que, como conclusão fluirá a visão da Universidade Nacional. Será a espécie defluente do gênero.

II — *Conceito de Universidade*

1. Para que se conheçam as coisas, profundamente, devemos voltar para a sua essência, para a sua idéia. E a Universidade não fugirá à regra.

Para conhecer a Universidade, abstraíamo-nos, pois, de suas notas individualizantes, temporais e espaciais. Não vejamos a Universidade

(1) ROBERTO AGRAMONTE, *Sociologia da la Universidad*, pág. 9.

como um ser concreto, existente «hic et nunc». Concebâmo-la como idéia, como «ser eidético», universal.

Este será método profícuo para o conhecimento da Universidade Brasileira. Por ele, podemos ver se a Universidade do Brasil se enquadra no protótipo, na idéia da Universidade. Se vem realizando o ideal universitário. Outra razão nos suade a que procedamos deste modo. É o fato de a Universidade, daqui ou de lá, ser um ente histórico, individual, acidental, concreto e alterável, enquanto que a Universidade, como ser eidético, é intemporal, universal, permanente, inalterável e mais real que a Universidade concreta, que a Universidade que vemos, que a Universidade com que convivemos. Esta pode alterar-se ou destruir-se, ao passo que a idéia da Universidade é inalterável e indestrutível, porque reflete a própria idéia, eterna e imovível. (2).

Deste modo, as Universidades só têm existência real, quando refletem, em seu ser, a eternidade da idéia, (3). Por isto, quando se alardeia a crise da Universidade, o que há é um rebate falso, de quem desconhece a Universidade eidética. Nesta ocasião, verdadeiras, mais do que nunca, soam as palavras de MIGUEL REALE: «parece-me que a crise existente é mais **na** do que **da** instituição». (4).

Em suma, «só veremos a Universidade, em sua própria realidade, quando a intuimos, em sua própria personalidade, em seu ser originário; quando o seu singular se explica pelo Universal, por um ato ideatório ou de visão, pois idéia significa ver, ver com os olhos do espírito, ver a Universidade como essência pura e categorial». (5).

Assim, vêm e vão as reformas e os reformadores. A Universidade permanece. Sua crise será «na» instituição e não «da» instituição, porque «uma universidade há de ter — em sua própria dimensão —, a unidade do Universo que as Escrituras Védicas chamam o Único-uno, que possibilita a perene modalidade do cosmos e que nos diz serem as suas partes dotadas dessa Força-una, sem a qual o cosmos se desfaria em nada, o não-existir. Essa força genetriz une as moléculas à virtude da afinidade e os seres humanos no amor ao próximo: o espírito universal do Universo.

Uma universidade é Universidade, quando reflete, em seu ser, a unidade cósmica do Universo; quando há totalidade e harmonia, em suas partes constitutivas, tal como se manifestam em uma superior unidade funcional, em uma Vida-una, em uma «entelécua». E, porque sistema, o desajuste de uma única de suas partes, por insignificante que seja, produz, «ipso facto», a desarmonia efetiva do todo.

(2) Id., ib., pág. 8.

(3) Id., ib.

(4) MIGUEL REALE, A «Crise» da USP(2), Folha de S. Paulo, 29 de maio de 1980, apud A Crise da USP, pág. 160.

(5) ROBERTO AGRAMONTE, ib., pág. 9.

Essa força matriz, a Universidade, é «Alma mater»: mãe que nutre, mãe que é nobre, ou, simplesmente, mãe «que é» (6).

Por conseqüência, não pode haver crise da Universidade ideal. E, quando houver crise na Universidade conjuntural, ou em uma de suas moléculas, esta Universidade estará em perigo de morte, pois o sistema não mais se lhe ajusta, na realidade.

Havendo crise nesta Universidade concreta, histórica, ela poderá morrer, não, porém, a sua alma, a sua idéia, cujos predicados fundamentais, saber, cultura, técnica e vida ou forma consubstancial da vida, (7), atestam-lhe a perenidade.

Estes quatro predicados, defluentes do espírito e da carne do Homem, são a dimensão da Universidade eidética, que, por eles, é incorruptível, acrítica.

2. No âmbito conjuntural, podemos conceituar a Universidade, como um centro, constituído de elementos humanos, naturais (corpo pesquisa-ensino, efetivado, com liberdade responsável, busca-se o desenvolvimento e a promoção cultural do Homem, para a sua integração na comunidade.

3. Deste conceito, analisemos alguns termos:

3.1. UNIVERSIDADE — Além do dito, anteriormente, a respeito do seu étimo, que se prende a «universo», o epíteto de «Alma mater», que se lhe atribui, é esclarecido pelo filósofo JOSÉ GAOS: «... . . . «Alma mater» quiere decir alma (que es). Pero no se trata precisamente del sustantivo «alma» que, en latín, se dice «ánima», sino que se trata del adjetivo «almus», «alma», «alumus», que quiere decir aproximadamente «noble». De suerte que se trata de la «noble madre» universitaria. Por lo demás, se puede encontrar este mismo adjetivo, en castellano y con esta significación de noble, en el verso de Fray Luis de León que dice: «en el almo reposo» huyo de aqueste mar tempestuoso, etc. La rectificación no debe impedirle a usted mantener el paralelismo entre la Universidade y el alma, y las facultades de una y otra, que me parece certero y capital. Basta que usted encuentre la relación por el lado mismo de las facultades. Puesto que de hecho éstas existen en la Universidad, y lo clásico es atribuir las al alma; es que la Universidad ha sido considerada como teniendo o siendo un alma. Y esto sí que es verdad. Porque ya lo creo que tiene y que lo es, (8).

ROBERTO AGRAMONTE, indo mais a fundo, na explicação da palavra «alma» aplicada à Universidade, aduz: «La palabra «alma»

(6) Id., ib., págs. 9/10.

(7) Id., ib., pág. 12.

(8) Id., ib., págs. 10/11.

procede del verbo sánscrito «an» que significa soplar, progenitor del sustantivo latino «anima» que significa «hálito»; pero ese sopro, que es lo que hacía al alma activa, sesupuso que era de origen divino — hálito de los dioses. — De ahí que «Alma mater» es el noble hálito que alimenta y vivifica a ese cuerpo que es la Universidad. «Atma», alma enseñan las letras sanscritas — significa puntualmente «el de mí», «el de sí»; que es justamente lo noble, lo puro, lo santo. Esta alma tenía, según la antigua doctrina, funciones anímicas o facultades, que eran capacidades de funcionar, de ser activa. Es curioso cómo desde la Edad Media se viene manteniendo una alalogía entre las facultades del alma y las facultades de la Universidad. Aristóteles — creador de aquella Universidad, el Liceo, de aquella sinsuperable y ejemplar «universitas literarum» — acuñó la palabra «dúnamis», de acuerdo con su filosofía vitalista; y los psicólogos medievales la tradujeron como potencia, fuerza, «vis» o facultad. Por eso, así como la inactividad de una de estas facultades del alma traía aparejada la muerte anímica del individuo, una universidad inerte está igualmente en peligro de muerte». (9).

3.2. ELEMENTOS HUMANOS NATURAIS (corpo docente e corpo discente) E ESTRUTURAIS.

NATURAIS

PROFESSOR. «A Universidade é um centro e uma de suas finalidades é ensinar («professar-disciplinar»), por professores que constituem o elemento pessoal permanente da Universidade, sem o qual esta não pode existir nem subsistir». (10).

ALUNO. «...é o fator pessoal complementar constitutivo da Universidade, que sem ele, não existe também. Não pode existir, simplesmente, porque a Universidade é para o estudante, não para o professor...». (11).

PROFESSOR-ALUNO. A relação professor-aluno é uma questão de maior relevância da Filosofia da Educação, em todos os tempos. É tão importante que os estudiosos costumam compará-la com a relação pai para filhos. Os mestres são, sempre, pais espirituais». Por esta razão, o entrosamento entre professor e aluno deve ser «correto», isto é, reto, justo, adequado, conseqüente, de uma e outra parte, porque, caso contrário, surge a fricção, a tensão ou o desacordo, entre os fatores pessoais da Universidade. (12).

(9) Id., ib., págs. 11/12.

(10) Id., ib., págs. 18/19.

(11) Id., ib., pág. 23.

(12) Id., ib., pág. 26.

ESTRUTURAIIS

Estes elementos administrativos, originariamente, eram constituídos do Reitor e dos Conselhos.

REITOR. Cargo mais alto, representando a síntese de todas as vontades particulares universitárias. Suas qualidades são: a retitude (reitor), justiça, equanimidade, suavidade (na forma) e energia (no fundo). Dele se podia dizer: «suaviter in modo, fortiter in re». (13).

CONSELHOS. (Aconselhar o melhor para o governo universitário), eram constituídos pelos dez («decanus») homens mais antigos da comunidade. Sua função era supervisora.

Com o decorrer do tempo, estes elementos se pletoraram, tomando feição diferente, conforme a localidade.

3.3 PESQUISA E ENSINO. «Quem conhece, porém, afirma o Prof. Miguel Reale, a vida de uma Universidade que esteja procurando cumprir a missão que lhe cabe no seio da comunidade, sabe que ela não pode se restringir a ministrar ensino. Desde 1969 passou a ser um truísmo a afirmação de que o ensino superior não pode ser concebido separado da pesquisa e da prestação de serviços à sociedade» (14).

Entendemos que a pesquisa é uma decorrência do ensino que, hoje em dia, não pode ser entendido como separado daquela. Por esta razão, examinemos a pesquisa, que interessa ao nosso tema, sendo o ensino um pressuposto necessário.

PESQUISA: «busca, procura diligente, investigação cuidadosa». Sua figura mais importante é a «pesquisa científica».

Sob o ângulo científico, a pesquisa é «a investigação sistemática de determinados fenômenos ou séries de fenômenos, por métodos experimentais, a fim de se constatar a existência de um ou mais fatos ou de coordenar, por meio de leis, os fatos já conhecidos». (15).

Neste conceito, dois termos diferentes, observação e experimentação, interpermeiam-se, embora CLAUDE BERNARD, entendendo que, salienta RÉGIS JOLIVET, «a observação, por oposição à experimentação deve ser definida como o conjunto de procedimento, provocados ou não, que conduzem à elaboração de uma hipótese, enquanto que a experimentação tem por fim essencial a verificação de uma idéia ou de uma hipótese». (16).

Pela pesquisa, o Homem se coloca perante o Universo. Pesquisando, ele, por sua própria força e personalidade, atira-se sobre o desconhecido, fazendo-o emergir, sob a roupagem científica da hipótese

(13) Id., ib., pág. 32.

(14) MIGUEL REALE, ib., pág. 157.

(15) ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA GLOBO, verbete «Pesquisa».

(16) RÉGIS JOLIVET, Vocabulário de Filosofia, verbete «Observación».

ou de teoria nova. Esforço titânico, que como prêmio, retorna à Universidade, em troca daquilo que ela deu ao pesquisador.

Dois outros ângulos devem ser vistos, na pesquisa. Um altamente educativo, porquanto, por ela, o aluno afirma a sua personalidade, ao ver que, não mais pelas lições repetitivas dos livros, que é saber alheio, mas, pelo seu próprio saber, torna-se elemento útil à Universidade e à comunidade. Afirma sua personalidade, ao perceber que, na pesquisa, não fora programado, mas, livremente, se programou, graças aos seus esforços e a ciência acumulada. Chegou-se a resultado positivo, nos âmbitos de uma liberdade responsável, porque coadunante com o princípio da racionalidade, que rege a Universidade, e que se concretiza nos seus quatro predicados fundamentais: saber, cultura, técnica e vida ou forma consubstancial da vida. Aqui, as pilstras da Educação, que visa a feitura do Homem total. «Hominem fieri educatio est».

Por esta razão, é que, na definição de Universidade, se encontra a expressão **COM LIBERDADE RESPONSÁVEL**.

Uma faceta peculiar da Universidade revela-se pela pesquisa. O seu lado altamente econômico. Na pesquisa, Universidade e Economia se encontram.

Assim como economia é uma relação de trabalho, pesquisa é trabalho, que se espalha, por todos os cantos do existir humano: científico, histórico, artístico, social, jurídico, educativo, etc.

Logo, falar de Universidade é falar de Economia, razão, por que a Universidade deve ser rentável. De fato, pela Universidade se obtém o máximo de benefício com o mínimo de gasto. Como fato eminente social a Universidade racionalizará, pela aplicação dos princípios técnico-científicos, as mutações inevitáveis da sociedade. A lentidão desaparecerá ante a agilidade científica. O artesanato restará ao homem como simples «hobby» à inteligências esclarecidas.

Erro lamentável é a separação da Universidade da Economia, como se afirmasse: à Universidade, o espírito, à Economia, a matéria.

Já se afirmou ser o Homem duplo. Por isto, é falso concluir que no homem se processem necessidades pura e simplesmente materiais, ou, simplesmente, espirituais.

Com acerto, a respeito, ensina MILLAN PUELLES: «A verdadeira realidade do ser humano, digamos assim, é a que se apresenta determinada pela intersecção da sua matéria e do seu espírito. Toda a complexidade da vida econômica procede, definitivamente, deste entrecruzamento, sem o qual não é possível compreendê-la, mas, sim, torná-la caricata ou, o que, sem dúvida, é pior, apresentar-lhe uma falsa imagem, mais apropriada para se explicar a conduta do verdadeiro animal irracional, do que para tornar intelegível a vida específica do homem.

Por outro lado, cada vez se nos torna mais patente a ineludível verdade de que os valores próprios da cultura e, em geral, os que expressam a mais alta vida do espírito, em todas as suas dimensões, são fatores inteiramente necessários, não, apenas, por seu sentido intrínseco, mas, também, para a inteligente produção e para a adequada e reta distribuição dos bens de caráter material.

E estes bens, por seu turno, não são exclusivamente materiais. O homem, com efeito, não os produz, de modo puramente material, mas potenciando e elevando suas faculdades físicas com o poder do espírito. E, diga-se, também, o espírito intervém na atitude que se toma, perante estes mesmos bens materiais, quando já elaborados. A experiência, a mais elementar inclusive, aliada a um mínimo de reflexão, mostra-nos o mesmo, nos mais variados setores das atividades econômicas, a tal ponto que só não vêem os cegos». (17).

Por fim, diga-se que os bens materiais, como os espirituais «valem» e o conceito de «valor» é produto do espírito.

A conclusão de Millan Puelles é significativa: «é precioso insistir na afirmação de que a Economia e a Universidade relacionam-se, de maneira mais íntima, por sua origem como no espírito humano. Ambas surgem dele e não de algo externo. Embora se valham de alguns meios materiais, são espirituais, na fonte, de que brotam, e a que devem toda a eficácia. (18).

Por tudo isto, é por demais patente a atuação material da Universidade, na vida prática. A Universidade é útil, rentável. Cultuá-la é fazer economia.

Não é diferente a observação de um dos maiores órgãos de nossa imprensa: «...é oportuno consignar que a Real Academia de Ciências da Suécia houve por bem outorgar ao norte-americano THEODORE SCHULTZ o Prêmio Nobel de economia de 1979, considerando o valor dos seus estudos relativos à importância do capital humano, com ênfase especial para os setores da educação e da pesquisa. Suas conclusões permitiram deduzir que o investimento na preparação adequada do homem tende a produzir efeitos ainda mais amplos que os demais investimentos, sendo portanto, de capital importância para o equilíbrio sócio-econômico das coletividades.

Não precisamos de muito esforço de memória para recordar o que foi o soerguimento do Japão, da Alemanha e de outros países devastados pela Segunda Guerra Mundial, com base quase unicamente no seu capital humano», (19).

(17) ANTONIO MILLAN PUELLES, *Universidad y Sociedad*, págs. 64/65.

(18) *Id.*, *ib.*, pág. 122.

(19) EDITORIAL: *O Estado de S. Paulo*, 23 de novembro de 1979, apud *A Crise da USP*, pág. 16.

3.4. Resta-nos tratar da finalidade precípua da Universidade: DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO CULTURAL DO HOMEM E SUA INTEGRAÇÃO NA COMUNIDADE.

Do que se disse supra se patenteia a finalidade da Universidade. No entanto, acrescentemos algo mais.

Os fins, da Universidade eidética ou não, estão perfeitamente consignados, no Decreto nº 52.326, de 16 de dezembro de 1969, (D.O. de 17-12-69), que aprova o Estatuto da Universidade de São Paulo, cujo artigo 2º diz:

«São fins da Universidade de São Paulo:

- I — o desenvolvimento e a promoção da cultura, por meio do ensino e da pesquisa;
- II — a formação de pessoas aptas ao exercício da investigação filosófica, científica, artística, literária e desportiva, bem como ao do magistério e de atividades profissionais;
- III — a prestação de serviços à comunidade

Mais uma vez são oportunas as palavras de MILLAN PUELLES «... el servicio a los fines del quehacer universitario debe comprometer al cuerpo social entero, quiero decir, a todos seus miembros responsables, no sólo a los que desempeñan las funciones — imprescindibles, pero no suficientes ni absolutas — de la gestión estatal del bien común», (20)... «Pero lo primordial y sustantivo es que la Universidad sea concebida como un menester social en la más ancha acepción», (21).

A Universidade deve ser tida como o mais proficiente fator social, uma vez que busca, como diz sua conceituação, «o desenvolvimento e a promoção cultural do Homem, para que se integre na comunidade». Ela visa a formação integral do Homem, (corpo e espírito). O Homem para si, e o Homem para outros —, adequadamente entrosado no meio social, com vista ao Bem Comum.

Como fator social, a Universidade deve se revelar, por total «autonomia». Só um ser autônomo, livre, pode ser o modelador de outros. Caso contrário, seria instrumento de terceiros, grupos privados ou o Estado. Estes seriam os plasmadores de homens e a Universidade instrumento.

«Autonomia não significa segregação, mas, pelo contrário, uma intensificação da docência, para que, por ela, as demais zonas se beneficiem». (22).

(20) ANTONIO MILLAN PUELLES, *ib.*, pág. 9.

(21) *Id.*, *ib.*, pág. 10.

(22) ROBERTO AGRAMONTE, *ib.*, pág. 52.

Por isto, a Universidade deve ser ela mesma, senhora de seus problemas e soluções.

Esta autonomia decorre de sua característica funcional, no seio da comunidade.

O relacionamento Universidade-Sociedade «não é unilateral e irreversível, no sentido de que a ação de uma seja a causa eficiente do que acontece na outra: a relação é de interdependência funcional. Por isto, diz HADANE, é nas universidades que se reflete a alma dos povos». (23).

A Universidade, de fato, não é simples efeito do meio exterior, efeito mecânico que desconhece sua causa. Esta seria uma Universidade sem consciência. Não, porém, uma Universidade autárquica, que é «causa sui», capaz de irradiar energias no meio circundante. Elemento de formação, é vetor de iniciativa. Ora, de que serviriam as universidades se não se adaptassem ao momento histórico? Se não levar a coloração da época? Por isto, a Universidade eidética tem vocação para o concreto. É feita para homens e não para anjos. Deve amoldar-se às circunstâncias, deve fazer-se histórica conjuntural.

Com efeito, fator social dinâmico, a Universidade deve ser para o povo, como exige a vida moderna, em que impera o regime existencial da massa. A Universidade deve, nos dias atuais, cumprir sua missão democrática. Deve abrir suas portas a todo cidadão, que tenha possibilidade e aptidão para o «exercício da investigação», para «o magistério» ou para as «atividades profissionais», para que, depois, onde estiverem, possam ser benéficos à comunidade. Seletiva, neste sentido, a Universidade cumprirá um dos postulados de democracia moderna, que se opõe ao sistema castista, destruidora de vocações e avessa ao gênio e ao talento. (24).

Este instrumento colossal, a serviço do Bem Comum, a Universidade, deve ser resguardado, em sua dignidade, em sua natureza livre e autárquica, quer dos «ismos» infensos à Cultura, quer dos assomos do dragão político. De interesse comum, a Universidade é patrimônio da Nação. Como tal, de interesse e segurança nacionais. Em consequência, diante da política positiva, que faz jogo de interesses transitórios, que almeja a conquista do poder ou determinadas prerrogativas, a Universidade deve ser «dipolítica». Diante dos avanços sorrateiros da doutrina totalitária, deste ou daquele lado, a Universidade deve apegar-se aos fins éticos de sua missão, para que não ponha em jogo, a sua autarquia espiritual. Para que ela não venha a negar a si mesma.

Com este protótipo de Universidade, forja-se a sociedade, onde se cultua à liberdade e todos os demais direitos do Homem; onde possa se decidir por esta ou aquela atitude, pelo «Amor» ou pelo «Ódio»,

(23) Id., ib., pág. 61.

(24) Id., ib., pág. 58.

pelo «Norte» ou pelo «Sul», através da «Lei», que é a «causa» e o «fundamento» da sua «liberdade». (25).

Do que se disse, conclui-se que a Universidade é de relevância para a Segurança de uma Nação, quer resguardando o homem, (Segurança Individual), quer a comunidade, (Segurança Comunitária). Pela Universidade eidética, fortalece-se o Poder Nacional, que proporcionará ao Bem Comum a realização dos seus anseios de conservação, de equilíbrio e de progresso e que estão latentes no conceito de Universidade.

III — A Universidade Brasileira

1. Conceito.

A Universidade Brasileira é a Universidade eidética, que se cristaliza, na conjuntura brasileira.

Tomando a Universidade de São Paulo, USP, como padrão das Universidades Brasileiras, podemos defini-la como «autarquia de regime especial, com autonomia didático científica, administrativa, financeira e disciplinar, sujeita à fiscalização do Governo do Estado, no que disser respeito à tomada de contas e inspeção de contabilidade», (art. 1º, do Estatuto da Universidade de São Paulo, aprovado pelo Decreto nº 52.326, de 16 de dezembro de 1969, (D.O. de 17-1269).

Seus fins são os expostos, no artigo 2º, do mesmo Estatuto, objeto de considerações anteriores.

«A Universidade é constituída de Unidades formadas pela união de Departamento afins, bem como de órgãos anexos», como diz o artigo 3º do Estatuto.

2. História.

A história da Universidade Brasileira é a mesma da Universidade eidética.

Nasce com o Homem, que, desde o início, procura perverter o espírito universitário. Quer dele se prevalecer para se tornar outro deus, pelo intelecto. Adão foi expulso do paraíso, comendo o fruto proibido da «árvore do saber».

Na antiguidade grega, vemos o embrião da estrutura universitária, Academia e nos Liceus, em que as «ciências», as «letras» e as «artes» são cultivadas.

Os romanos tomam dos gregos a «ciência», as «letras» e a «arte», mas é no Direito que assomam a dianteira. Com base na Lei das Doze Tábuas, criam o monumento jurídico, que, até hoje, encanta o Mundo: o Direito Romano.

(25) BENEDICTO MOTTA, O Homem, a Sociedade, o Direito, em Marx, pág. 126.

Falando da Idade Média, em sua clara e peculiar didática, JONATHAS SERRANO, conta o estruturar das Universidades. «A geral decadência da instrução», diz-nos ele, «nos séculos IX e X seguiu-se, do século XI em diante, verdadeiro renascimento; mas até o princípio do XII, foram os mosteiros e escolas episcopais os centros da cultura intelectual».

«Datam de então corporação de professores, associações destinadas exclusivamente ao ensino: tais foram as Universidades. As mais antigas, a de PARIS e a de BOLONHA, adquiriram grande fama. A de Paris era preferida pelo estudo da teologia; a de Bolonha, para a jurisprudência. Naquela ensinaram Abelardo e Pedro Lombardo; na última, Irnério, professor de Direito. Ambas serviram de modelo às que em seguida se criaram (Oxford, Cambridge, Salamanca, Coimbra, etc.)».

«A Universidade de Paris era a maior escola da Europa: freqüentavam-na mais de 20.000 estudantes de vários países. O ensino era feito em latim, e dividiam-se os estudos em dois grupos: o «trivium» (gramática, retórica e lógica) e o «quadrivium» (aritmética, geometria, astronomia e música), formando o todo as «sete artes liberais». A universidade compreendia quatro faculdades: teologia, direito, medicina e artes.»

«Como muitos estudantes eram pobres, pessoas ricas e caridosas fundaram «colégios», onde aos jovens sem recursos se dava casa e comida (l-Tal é a origem da Sorbonne, criada por um capelão de S. Luiz Roberto de Sorbon)». (26).

Estruturadas, as Universidades se espalharam pelo Mundo.

«Alvo de discussão», assevera ANTÔNIO GASPAR RUAS, «o início do ensino superior no Brasil. Enquanto, para alguns autores de nomeada, os primeiros cursos superiores só foram estabelecidos, a partir de 1808, pelo príncipe regente D. João, para outros, entretanto, os jesuítas ofereceram esse grau de ensino bem antes. O Colégio de Salvador chegou, segundo afirmam, a conceder o grau de bacharel em Artes, indicando, assim, que, também, nesse estabelecimento, se acrescentou o conteúdo de faculdade de arte medieval, tendo, portanto, sido adotada entre nós, a norma de atuação educativa apontada pela história da educação, para os estabelecimentos mantidos na época sob a orientação da Companhia de Jesus.»

As «aulas» de anatomia e cirurgia, criadas, em 1808, pelo então futuro D. João VI, na Bahia e no Rio de Janeiro, representam, segundo a opinião comum dos autores, os primeiros cursos superiores profissionais no Brasil. Dessas «aulas» iriam resultar, pouco mais de 20 anos depois, as Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro.»

(26) JONATHAS SERRANO, Epítome de História Universal, págs. 236/237.

Entretanto, segundo Ferreira, antes disso, em 1804, realizaram-se em São Paulo, perante o governador, o bispo diocesano e a nobreza da capitania, os primeiros exames de cirurgia, como avaliação dos estudos realizados segundo o plano apresentado, ao poder real, ao findar-se o século XVIII, pelo Governador Antônio Manuel de Mello Castro e Mendonça, com o intuito de criar-se uma Academia Médico-Cirúrgica a funcionar ao lado da Academia Militar. Segundo Liberralli, em comunicação apenas à obra de T. L. Ferreira, anteriormente citada, o plano de Castro e Mendonça representava progressos sobre as práticas correntes na Metrópole, embora «só em muito fraca escala frutificaria, seis anos depois, nas «Aulas de Cirurgia» do seu sucessor, Franca e Horta».

«Do mesmo ano de 1808 é a criação da Academia dos Guardas Marinhas, que viria a ser mais tarde a atual Escola Naval».

«A Academia Real Militar, fundada pelo príncipe regente, em 1810, transformou-se, em 1858, na antigamente muito citada Escola Central, destinada, na época, ao ensino de Matemática e Ciências Físicas e Naturais bem como à formação de oficiais para o exército e engenheiros civis. Em 1873, a Escola Central com o seu currículo de engenharia civil passa para o Ministério do Império, dando lugar à Escola Politécnica do Rio de Janeiro. O ensino militar destacou-se para constituir a Escola Militar».

«Os cursos jurídicos criados em 1827, em Olinda e São Paulo, dão lugar, em 1854, às Faculdades de Direito de Recife e São Paulo, respectivamente.»

«No início do último quartel do século XIX, organizava-se a Escola de Minas de Ouro Preto.»

«Ao findar-se o império havia pouco mais de uma dezena de estabelecimento de ensino superior». (27).

3. Datas significativas da vida universitária brasileira.

1908: A Ordem Beneditina cria, em São Paulo, sob a inspiração de D. MIGUEL KRUSE, a Faculdade de Filosofia de São Bento, agregada, em 1911, à Universidade Católica de Louvain (Bélgica), reconhecida, em 1936, pelo Governo Federal: iniciativa de renovação e de alargamento do ensino superior, embora com um sistema fechado. (28).

1912: Fundação da Universidade de Curitiba, que fecha «por não haver padrão oficial a que se equiparasse».

(27) ANTONIO GASPAR RUAS, *O Ensino Superior no Brasil e sua estrutura básica*, apud WALTER E. GARCIA (organizador), *Educação Brasileira Contemporânea: organização e funcionamento*, págs. 127/128.

(28) FERNANDO DE AZEVEDO, *A Cultura Brasileira*, págs. 679/680, nota 26.

- 1920: Presidente Epitácio da Silva Pessoa cria a Universidade do Rio de Janeiro.
- 1927: Criação da Universidade de Minas Gerais.
- 1931: O Governo Provisório, por proposta de Francisco Campos, institui o regime universitário e baixa o primeiro decreto, regulando as Universidades Brasileiras.
- 1934: Armando Salles de Oliveira, Governador de São Paulo, pelo decreto de 25 de janeiro, funda a Universidade de São Paulo, constituída das escolas superiores profissionais existentes e de uma Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, como medula do sistema. (29).
- 1937: Ministro Gustavo Capanema muda o nome da Universidade do Rio de Janeiro para o de Universidade do Brasil, que absorverá, em 1938, a Universidade do Distrito Federal, criada, em 1935, por Anísio Teixeira. Com o passar do tempo, as Universidades do Brasil se multiplicam, com prejuízo do nível do ensino.

4. A Problemática da Universidade Brasileira.

4.1. A mais significativa das Universidades Brasileiras mostra-nos, como um espelho refletor, a problemática da Universidade Brasileira.

Em livro recentíssimo, setembro de 1980, denominado «A Crise da USP», a opinião pública paulista se abalança, diante da apregoada crise do ensino universitário de São Paulo, que atinge o seu monumento de glórias nacionais: a USP.

Pela nervura dorsal do livro, vislumbra-se que a grande instituição está ameaçada, sendo necessário que se faça a DEFESA DA UNIVERSIDADE (I). Uma das ameaças provém do espectro, para alguns, da imposição de um ensino público pago. E, neste ponto, as vozes não se entrosam, DEFESA (ATAQUE) DO ENSINO PÚBLICO E GRATUITO (II). No entanto, o nó górdio da questão parece estar colocado no ítem III: QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA E SALARIAL (III).

4.2. De lado a conjuntura paulista, qual o quadro, que a realidade nacional nos oferece, do Ensino Universitário?

FERNANDO DE AZEVEDO, o grande pedagogo e sociólogo, com máxima autoridade, fala-nos, a respeito:

«Projetaram-se e começaram a edificar-se cidades universitárias,» em que, como a de S. Paulo, que, destinada a agrupar numa área de cerca de quatro milhões de metros quadrados todos os seus

(29) Id., ib., pág. 679.

institutos, vai surgindo em terrenos de Butantã, as vultosas construções de cimento armado, sem nada acrescentarem à beleza de paisagem urbana, constituem antes um aspecto da expansão quantitativa e material do que o suporte reclamado pela grandeza espiritual das instituições. Mas, com todo esse aparato e essa largueza de créditos, nenhum impulso de entusiasmo, nenhuma idéia de renovação de espírito e de estrutura, nenhum novo esforço de «evolução criadora». Se, de fato, excetuarmos o Manifesto dos Fundadores da Universidade de S. Paulo, em que se repôs, em termos mais largos, o problema universitário e se pretendeu reabrir a discussão de uma reforma fundamental, nenhum outro grito de alarma se ergueu, para a análise crítica e reconstrutiva da situação, em que a complexidade dos problemas postos e a impotência para resolvê-los, já acusam uma crise da Universidade, tanto mais grave e profunda quanto ela reflete menos conflito de forças internas do que a crise econômica, política e social que atravessa o país.

«Para essa crise que, na verdade, é do ensino universitário, em geral, não tem contribuído menos a proliferação de Faculdades de Filosofia e de outras, de formação profissional, que foram surgindo por toda parte, e o descontrolado crescimento numérico de ginásios e colégios em que assentam os fundamentos dos estudos superiores. Se, quando apenas se iniciava o ciclo de crescimento, os governos e as instituições particulares já encontrariam dificuldades para assegurar, mediante escrupulosa seleção de docentes, uma alta qualidade de ensino em escolas secundárias e superiores, é fácil compreender que a desmedida e tumultuária expansão quantitativa que se seguiu, de umas e outras, tinha de forçosamente agravá-las, tornando-as quase insuperáveis. Nenhuma providência, realmente eficaz, se tomou para removê-las nem para enfrentar e pôr em via de solução o grave problema de redução gradativa do ritmo de trabalho escolar e do rebaixamento do nível de ensino em grande parte das instituições. O projeto de lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em sua última redação, além de constituir uma quase renúncia do Estado ao ensino público, não tratava dessas questões essenciais em nenhuma de suas disposições. Foi diante de tão sombria perspectiva que educadores entre os de maior responsabilidade tomaram posição frontalmente contrária ao projeto de lei, em discussão nas duas Câmaras, batendo-se pela sua rejeição. Daí o Manifesto com que se rompeu o debate público e que foi lançado em maio de 1959 assinado por 180 educadores, cientistas e escritores. Mas foi em vão toda a campanha em que, nesse sentido, se enpenharam por mais de um ano de áspersas lutas. Aprovado, afinal, o projeto, não tardou em ser sancionado, como foi a 20 de dezembro de 1961, para entrar em execução em 62, a lei de Diretrizes e Bases que se excedera em seus propósitos relativos ao ensino privado e à flexibilidade do sistema. De fato, ao primeiro plano transfere a lei o ensino particular, leigo ou confessional, como se o Estado se dispusesse a aliviar-se de uma de suas obrigações fundamentais, — a educação pública; e, dominada pela mística da flexibi-

lidade, não se detém, em seus excessos, diante do perigo de favorecer, com êles, a instabilidade, natural nos jovens, e comprometer-lhes a formação, o poder de facilitar a circulação horizontal de estudantes, de uma escola para outra, do mesmo nível, mas de finalidades muito diferentes.»

«A tendência à expansão do ensino médio, que se tem alargado à medida que se estende a rede de escolas primárias despojando-se cada vez mais do caráter de ensino de classe (ginasial de tipo clássico), e a lentidão dos progressos do ensino universitário, apesar do esforço desenvolvido no sentido de elevar o nível de cultura, mostram a dificuldade extrema da tarefa que nos impusemos estes últimos anos: o ajustamento de duas épocas e duas histórias diversas. Certamente a força que adquiriu essa expansão cultural, contribuindo para chegar as massas às fontes de cultura, e elevar-lhes o nível de conhecimentos, não deixará de concorrer para reduzir, se não para soldar, como o tempo, a ruptura entre os criadores e o povo, e preparar essa cultura de mandato social, que admite e supõe o princípio qualitativo e, sendo obra aristocrática, é, na verdade, obra de todo um povo, — «duplo caráter que é profundamente inerente às épocas orgânicas». Mas, essa extensão de ensino e de cultura que é, como vimos, um processo de democratização, não se realiza senão a preço do nível cultural, por uma redução da qualidade ou um nivelamento por baixo, em que o antigo privilégio das elites, cristalizado para seu próprio uso, acabaria por ceder e estender-se ao público mais largo das sociedades democráticas» (30).

Fernando Azevedo, com percuciência, vai ao âmago da questão e, com a natural frieza do cientista, aponta as causas últimas da problemática da Universidade Brasileira.

Diferentemente, agem os demagogos, que, do ensino, fazem bandeira, para a defesa de interesses particulares.

Digna de nota, neste sentido, são algumas manifestações, que lemos e ouvimos, recentemente.

Na mesa redonda, realizada, em 15-09-80, no prédio da Faculdade de Economia da USP, sobre o tema «Universidade para uma Sociedade Democrática», falaram-se verdades e demagogia. Professores autênticos e raposas do ensino. Uns imbuídos do ideal universitário, outros, levados pela ânsia da autopromoção.

VERDADE

1. CONCLUSÃO DA MESA REDONDA

- a) «A democracia só estará presente na Universidade Brasileira, quando esta for autônoma, quando forem permitidos

(30) Id., ib., págs. 693/696.

canais de participação para os alunos e funcionários e ainda quando forem públicos os seus atos administrativos;

- b) A Universidade Brasileira deve lutar para ganhar o respeito e ser digna do seu papel e o primeiro passo para isso deve ser a reconquista do comando de si mesma».

2. Fala do Professor *JOÃO EDUARDO VILLALOBOS* da Faculdade de Educação: «Não estamos em uma Universidade democrática...»

«Não existe, uma Universidade ideologicamente engajada, porque, se assim fosse, esse engajamento estaria ligado à direção de um partido» e dependeria deste partido a solução de poder». . «A Universidade «de sonho» seria uma Universidade de cultura livre, aberta a todas as tendências em que todos pudessem se encontrar e debater, fazendo jus à sua produtividade científica», cultural e artística», («O Estado de São Paulo», de 16 de setembro de 1980).

3. 1º Congresso da USP, iniciado em 15-09-80, o Professor *FAUSTO CASTILHO*, da Escola de Comunicações e Artes, diz que «a descentralização do poder na Universidade de São Paulo é necessária e urgente, uma vez que criará, entre outras coisas, condições para que professores, estudantes e funcionários participem da escolha, pelo voto, tanto do reitor e diretores de faculdades e institutos da USP.»

«A forma como esse processo iria se desenvolver seria posteriormente discutida, tendo-se como ponto de partida, no entanto, a necessidade de eleições livres, nas quais participaria toda a comunidade universitária», (Folha de São Paulo, de 17 de setembro de 1980).

4. PROPOSIÇÃO.

O Professor Fausto Castilho «propôs» a criação de um órgão, que seria um Fundo das Universidades Públicas do Estado de São Paulo, constituído com base em um percentual a ser fixado — sobre a receita tributária.

O critério para a fixação desse percentual levaria em conta uma avaliação prévia das reais necessidades dos recursos que as universidades estaduais se mantenham em pleno desenvolvimento.»

«Ainda, segundo o professor da ECA, a Administração desses recursos deveria ser feita pelas três universidades em conjunto (USP, UNESP e UNICAMP). Igual procedimento seria adotado, também, para a prestação de contas do Tribunal de Contas e à Assembléia Legislativa», (Folha de S. Paulo, ib.).

DEMAGOGIA

Consideramos «demagogia» as frases de efeito, sem sustentáculo de base. Assim:

FAUSTO CASTILHO: «deram um nó dentro da universidade do tamanho do Brasil, concentrando poder nas mãos de poucas pessoas», (Folha de S. Paulo, ib.).

JOÃO EDUARDO VILLALOBOS: «Não estamos em uma universidade democrática. Depois de 1968 criou-se na USP um sistema de poder que está se perpetuando. Este sistema corresponde a uma espécie de oligarquia que manipula um orçamento superior ao de 14 Estados do Brasil» (Folha de S. Paulo, ib.).

DARCY RIBEIRO: ex-Ministro da Educação — na aludida mesa redonda, «lembrou a situação de privilégio que os alunos que estudam na USP desfrutam e afirmou que a Universidade foi avassalada pela pressão e repressão dos últimos anos», por culpa, inclusive, «de pretensos doutores» que compõem o CFE. «Vocês estudam tanto que não têm tempo para aprender. É um fato: «Vocês estudam o dobro das matérias e têm o dobro das aulas dos estudantes alemães».

«Criticando a persistente tutela da Universidade, o professor lembrou também que é necessário expurgar três desgraças que ocorrem quando uma universidade perde a democracia: os gerentes, «velhos universitários em dignidade» quando se converteram em delatores; «os brasilianistas» e ainda aqueles que ele chamou de «Cavalo de Santo», porque só repete o que leu e não assimilou», (O Estado de S. Paulo ib.).

IV *Conclusão: Solução à problemática da Universidade Brasileira.*

Tanto as *verdades* quanto a *demagogia*, que, hoje, são *assacadas* contra a Universidade Brasileira, as primeiras se confirmam e as últimas se destróem, ao se verificar o conteúdo do pronunciamento do prof. ANTÔNIO OLIVEIRA BRITO, quando Ministro da Educação.

Os professores, imbuídos do ideal universitário, e os ditos educadores, meditem sobre o seu conteúdo, cujas soluções julgam válidas, nos dias correntes. Dali se depreende que o mal não vem de 1964, nem de 1968. Pelo contrário, grassa, no ensino universitário, há muitos anos, com inércia dos responsáveis.

Nessa fala, duas eram as medidas, que convém lembrá-las, por sua eficácia, se, realmente, aplicadas: «A primeira é a garantia de uma verdadeira autonomia à universidades, que as liberte dos procedimentos cartoriais que até então caracterizavam a ação do Ministério, que alforrie da legislação contraditória e detalhista que lhe tolhe qualquer iniciativa renovadora, que as livre da intervenção oficial intempestiva na vida didática, administrativa, financeira e disciplinar. A contraparte da autonomia plena, observa o autor, é o espírito de responsabilidade de seus atos diante da opinião pública, dos professores e dos estudantes. Essa responsabilidade será inatingível enquanto os órgãos burocráticos de controle do serviço público tratarem o corpo docente das universidades como mera parcela do funcionalismo e en-

quanto os professores desejarem permanecer nessa situação. Será também impossível, enquanto o orçamento dos estabelecimentos de ensino superior não for elaborado à luz de critérios econômicos de utilização máxima dos recursos nacionais disponíveis. A segunda condição é a reforma, ou seja, a tomada de consciência pela Universidade Brasileira dos seus problemas com a deliberação de enfrentá-los e resolvê-los». (31).

Ao finalizarmos, lembrando-nos de que uma das conquistas do homem, com validade de verdade eterna, no plano eidético, a Universidade — por isto, posta além das crises —, deve ser vista e analisada, no estágio conjuntural, pela estrutura do raciocínio do Prof. MIGUEL REALE, o reitor de sempre, que, lastimando os males que afligem o «universo do saber», conclui: «. parece-me que a crise existente é mais «na» do que «da» instituição. Por outras palavras, trata-se menos de uma crise de estrutura, que esteja reclamando urgentes alterações de fundo do que de erros e deficiências devidos a fatores exógenos, quer por falha compreensão dos objetivos da entidade, quer como reflexo da sociedade brasileira sob o impacto de graves dificuldades políticas e econômicas», (MIGUEL REALE, op. cit. pag. 160).

Bibliografia

(1) AGRAMONTE, ROBERTO, Sociologia de la Universidad, Biblioteca de Ensayos Sociológicos, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional, Mexico, D.F., 1948.

(2) AZEVEDO, FERNANDO DE, A Cultura Brasileira, 4ª edição, 1963, Editora Universidade de Brasília.

(3) ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA GLOBO, Editora Globo, Porto Alegre, 12ª edição, 1ª impressão, 1971.

(4) JOLIVET, RÉGIS, Vocabulário de Filosofia, Buenos Aires — Ediciones Desclée, De Bouwer, 1954.

(5) MOTTA, BENEDICTO, O Homem, a Sociedade, o Direito, em Marx, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1978.

(6) PUELLES, ANTONIO MILLAN, Universidad y Sociedad, Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1976.

(7) REALE, MIGUEL, A «Crise» da USP (2), Folha de S. Paulo, 29 de maio de 1980, apud A Crise da USP, organizador — BRAZ JOSÉ DE ARAUJO, Livraria Brasiliense Editora S.A., 1980.

(8) RUAS, ANTÔNIO GASPAR, O Ensino Superior no Brasil e sua estrutura básica, apud WALTER E. GARCIA (organizador), Educação Brasileira Contemporânea: organização e funcionamento, Editora MC Grawhill do Brasil Ltda., São Paulo, 1976.

(9) SERRANO, JONATHAS, Epítome de História Universal, 20ª edição, Livraria Francisco Alves.

(31) ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA GLOBO, XII, verbete «Universidade».

A Crise do Direito do Trabalho no Brasil

José Eduardo Campos de Oliveira Faria (*)

«Onde estejam ausentes as características de estabilidade e de validade limitada — onde quer que as chamadas «leis» da história ou da natureza () conservem uma «legalidade» que pode mudar de dia para dia e que clama por validade para toda espécie humana — estaremos nos confrontando com a ilegalidade, embora não com a anarquia, uma vez que a ordem pode ser mantida por meio de uma organização coerciva. O resultado evidente é a criminalização de todo o mecanismo de governo, como já aprendemos dos governos autoritários».

Hannah Arendt, in *Crises da República*

SUMÁRIO: 1 — INTRODUÇÃO. 2 — A CRISE DO DIREITO LIBERAL. 3 — O DIREITO DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE EM TRANSIÇÃO. 4 — A ORDEM LEGAL EMERGENTE. 5 — CONCLUSÃO.

1 — INTRODUÇÃO

«As coisas deste mundo estão num fluxo tão constante que nada permanece muito tempo no mesmo estado». Escrita por John Locke há mais de trezentos anos, esta afirmação hoje certamente poderia ser tomada como simples truismo. Mesmo assim, como reconheceu Hannah Arendt, uma importante pensadora liberal conservadora do século XX, para quem a civilização somente foi possível porque os homens souberam criar mecanismos institucionais capazes de canalizar, amoldar e estabilizar as mudanças sociais e econômicas, essas palavras continuam sendo importantes para se compreender o alcance de um dos grandes dilemas da atualidade: a questão do equilíbrio entre a estabilidade jurídico-política e as transformações sócio-econômicas entre a normalidade da ordem legal e os riscos de anomia, entre os períodos de legitimidade e os momentos de crise — em síntese, entre a obediência e a desobediência.

«Obviamente, diz ela, nem a capacidade do homem para a mudança nem sua capacidade para a preservação são ilimitadas, sendo a primeira limitada pela extensão do passado no presente — nenhum homem começa *ab ovo* — e a segunda pela imprevisibilidade do futuro. O anseio do homem por mudança e sua necessidade de estabili-

(*) Professor-adjunto do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP.

dade sempre se equilibraram e controlaram mutuamente; e o nosso vocabulário corrente, que distingue duas facções, os progressistas e os conservadores, indica um estado de coisas no qual esta balança foi desregulada» (1).

Subjacente a essa afirmação encontram-se, na verdade, as questões básicas que, desde Max Weber, têm animado a ciência política e a filosofia do direito: por que os homens se submetem? Em que condições? Quais os meios externos em que se baseia a subordinação do homem pelo homem? Em que justificativas internas se fundamenta essa subordinação? Estas indagações abrem caminho, por sua vez, para diversas questões relativas à teoria do direito e à sociologia do direito. Em que medida as leis não pervertem a liberdade justamente a pretexto de protegê-las? Haverá normas realmente capazes de refletir uma opinião comum em contextos estigmatizados pelas contradições sociais, pelo relativismo do conhecimento e pelos antagonismos de classe? Em que medida a inevitabilidade dos conflitos não transforma o direito num simples instrumento de controle social, de tal forma que os códigos jamais deixarão de conter uma dimensão repressiva? Nesse caso, o equilíbrio entre a estabilidade e a mudança não será sempre um «ideal» romântico, possível do ponto de vista retórico e impossível na prática? O que garante a legitimidade de um equilíbrio temporário, historicamente localizado?

Hannah Arendt tinha plena consciência do alcance destas indagações. O direito não estava no centro de suas preocupações mas, na tradição de Kant, ela o via como uma técnica social destinada a induzir os homens a um determinado tipo de comportamento. Como essa técnica em princípio poderia ser empregada para a consecução de todo e qualquer fim, muitas de suas reflexões concentraram-se em torno dos problemas da violência, da autoridade, da legitimidade e da desobediência civil. Afinal, «todos nós vivemos e sobrevivemos por uma espécie de consentimento tácito que, no entanto, seria difícil chamar de voluntário. Como podemos exercer nossa vontade sobre o que já está determinado? Dissidência implica em consentimento e é a marca do governo livre; quem sabe que pode divergir sabe também que de certo modo está consentindo quando não diverge. O consentimento tácito não é ficção; é inerente à condição humana. Todavia, o consentimento a leis específicas ou políticas específicas, com as quais não se identifica mesmo que sejam resultado de decisões majoritárias» (2).

A questão aqui proposta, evidentemente, é a da eficácia jurídica relacionada com a da legitimidade política. Mas esse é um problema ambíguo. Se não vejamos. De um lado, a eficácia muitas vezes é confundida com o simples «reconhecimento» das normas por uma sociedade homoganeamente considerada, postas por um Estado encarado

(1) Cf. Hannah Arendt, *Da desobediência civil*, in *Crises da República*, São Paulo, Perspectiva, 1973, pp. 71-72.

(2) Idem, *ibidem*, p. 79.

como um aparelho neutro e isento. Nesse caso, a validade das instituições do direito apareceria como sendo «a forma psicológico-social do objetivamente justo» (3). No entanto, a realidade contemporânea é complexa demais para que as normas reconhecidas pelo poder político do Estado também o sejam por toda comunhão social. De outro lado, a eficácia, enquanto condição da vigência de uma ordem jurídica, depende da efetividade do sistema político. Nesse sentido, uma norma qualquer não seria válida porque é eficaz; pelo contrário, seria válida apenas se a ordem política a que pertence no seu todo, for efetiva. Todavia, qual a natureza dessa efetividade? Em outras palavras: o que a legitima? Os liberais responderiam: a democracia representativa. Mas os critérios do liberalismo, contra-atacando, diriam que esse modelo de representação política encontra-se em crise.

Voltemos à Hannah Arendt: «freqüentemente se argumenta que o consentimento à Constituição, o *consensus universalis*, implica em consentimento às leis estatutárias também, pois no governo representativo o povo também ajudou a fazê-las. Tal consentimento... é completamente fictício; de qualquer modo, nas circunstâncias atuais perdeu toda sua plausibilidade. O próprio governo representativo está em crise hoje; em parte porque perdeu, com o decorrer do tempo, todas as praxes que permitiam a real participação dos cidadãos, e em parte porque atualmente sofre gravemente da mesma doença que o sistema de partidos: burocratização e tendência do bipartidarismo em não representar ninguém exceto a máquina dos partidos». Em suma: «tanto há freqüentes ameaças à Constituição pela administração, com a conseqüente perda de confiança pública nos processos constitucionais, quer dizer, a retirada do consentimento, como também veio à tona mais ou menos ao mesmo tempo, a mais radical má vontade de certas camadas da população em reconhecer o *consensus universalis*» (4).

Eis aí os limites de nossa discussão sobre a correlação entre a estabilidade jurídico-política e as transformações sócio-econômicas. O liberalismo forjou a concepção de Estado de Direito numa perspectiva altamente formalista e racional, deixando o máximo de liberdade possível ao mercado político e econômico para definir a substância da ordem jurídica. Esta seria apenas uma ordem coativa constituída à base de um sistema fechado, que se basta a si mesmo e que regulamenta o emprego da força nas relações sociais. A grande característica do direito é a possibilidade de regular sua própria criação e aplicação, uma vez que somente daquele sistema fechado é que se pode deduzir soluções para todos os casos determinado em que as normas devam ser aplicadas. Conseqüentemente, uma norma se torna válida se é criada de acordo com as prescrições das normas de grau superior; mas somente a autoridade competente pode verificar sua falta de validade — e

(3) Cf. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 513-515.

(4) Cf. Hannah Arendt, *Da desobediência civil*, op. cit., p. 79.

essa autoridade, por sua vez, responde a uma vontade explícita cristalizada por um mandato legislativo.

O papel da leis assim concebidas é, portanto, bastante claro: seu objetivo precípua é o de propiciar a segurança e o controle do sistema social. Ordenados e articulados segundo um princípio de racionalidade sistêmica da qual se destaca a exigência de uma coerência lógico-formal, os códigos permitem desta maneira a estabilização das mudanças sociais num quadro de legalidade. Mas as mudanças em si, como diz Hannah Arendt, sempre foram o resultado de uma ação extra-legal. E a história contemporânea, a seu ver, está repleta de exemplos comprovando empiricamente como as grandes transformações das instituições de direito se deram em decorrência dos conflitos sócio-econômicos.

Um desses exemplos, de grande atualidade entre nós, é o da evolução da legislação trabalhista. Neste momento em que o direito do trabalho brasileiro vem sofrendo uma grande transformação em seus procedimentos formais e em seu conteúdo, em virtude da grande tensão hoje existente nas relações entre o capital e o trabalho, é importante identificar o sentido da discussão proposta por Hannah Arendt sobre o impacto das mudanças sociais sobre a ordem jurídica. «Toda substância da legislação trabalhista — o direito ao acordo salarial, o direito de se organizar e fazer greve — foi, disse ela, precedida por décadas de desobediência, às vezes violenta, às leis que no fim das contas se mostraram obsoletas»⁽⁵⁾.

Retomemos, pois, essa discussão. Ela pode não ser de todo original, é certo, mas seguramente nos permitirá entender as razões da polêmica hoje travada em torno das tentativas de modernização de nosso direito do trabalho, tamanho o descompasso existente entre o modelo de desenvolvimento sócio-econômico em curso e suas formas jurídicas. O objetivo deste artigo, enquanto exercício analítico no âmbito da sociologia do direito, é menos o de examinar os aspectos formais da nova lei de greve e negociação coletiva e mais o de identificar o contexto em que sua introdução se situa.

2 — *A Crise do Direito Liberal*

Formuladas e organizadas a partir de um prisma ideológico específico, simbolizado pela concepção de Estado de Direito herdada do liberalismo oitocentista, instituições judiciárias sempre tiveram sua efetividade diretamente associada a uma visão pouco dinâmica das relações de produção e a uma percepção excessivamente individualizadora das clivagens e das tensões sociais. Daí o caráter peculiar tanto das leis quanto dos próprios procedimentos legais, estruturados com uma finalidade básica: generalizar, trivializar e atomizar os antago-

(5) *Idem*, *ibidem*, p. 73.

nismos, para melhor reprimi-los, amortecendo e dispersando seus efeitos desagregadores sobre os padrões vigentes de sociabilidade e dominação.

A partir das crises estruturais do capitalismo industrial, porém, a ordem jurídica liberal passa a enfrentar sérios problemas para manter-se intocada como um conjunto organicamente fechado e completo de normas, dotado de uma coerência interna lógico-formal e tendo no vértice de uma constituição a condição de validade de todo o sistema jurídico. Em virtude da expansão e do fortalecimento dos movimentos operários, cada vez mais eficazmente mobilizados na defesa de seus interesses materiais e políticos, os conflitos nas relações entre capital e trabalho coletivizam-se.

Para equacioná-los sem, no entanto, alterar os rígidos princípios constitutivos e as diretrizes formais de seu sistema normativo, a ordem jurídica liberal terminou por adotar, no âmbito da legislação trabalhista, regras mais abertas e procedimentos mais flexíveis. É por isso que o Direito do Trabalho se desenvolve fora dos padrões legalistas de forte inspiração positivista, provocando assim uma gradativa desarticulação das coordenadas ideológicas de um modelo político-administrativo garantido por códigos fundados nos pressupostos máximos do individualismo que permeou o movimento codificador do início do século XIX: os primados da livre-iniciativa, da autonomia da vontade, da inviabilidade da propriedade, etc.

Tal desarticulação cresce na mesma proporção em que decresce a capacidade de autocontrole da economia de mercado, produzindo grandes transformações no interior do direito público e privado. Esse fenômeno ocorre especialmente na passagem do século XIX para as primeiras décadas do século XX, período em que a substituição daquele individualismo pelas abordagens doutrinárias mais realistas agrupadas em torno do *personalismo jurídico*, uma corrente do pensamento jurídico que elegeu o «humanismo» como sua palavra de ordem, fundando-a na encíclica *Rerum Novarum* do papa Leão XIII, traduz a capacidade de respostas da burguesia às diversas e contraditórias pressões sociais.

Com a crise dos anos 30, essas transformações vão consolidando a transição dos papéis ortodoxos do Estado liberal, reduzido a um simples provedor de serviços básicos para as funções abrangentes de um Estado pretensamente «social», convertido em regulador, indutor, empresário e árbitro no âmbito de um capitalismo crescentemente monopolista. O que esse processo de expansão do intervencionismo estatal revela é como, diante da complexidade sócio-econômica emergente do colapso do capitalismo concorrencial, os grupos e classes dominantes criam e recriam novas e diferentes condições institucionais para a reprodução do capital, mediante articulações inéditas entre os setores público e privado. O direito privado sofre, então, um amplo processo de publicização. E o direito público, por sua vez, submete-se um processo paralelo de «administrativização», ou seja, reduzido às normas dispositivas do Direito Administrativo.

Afinal, ao se tornarem mais sistemáticas, elevando tanto a regulamentação quanto a direção da economia a tarefas primordiais do Estado intervencionista, as ações governamentais provocaram tamanhas modificações paralelas nas técnicas legislativas e nos institutos jurídicos tradicionais que, na prática, terminaram por romper com o equilíbrio então existente entre as normas ordinárias e as normas constitucionais. Efetuadas sob a justificativa de que «o direito estava em atraso com os fatos», motivo pelo qual «os fatos se revoltaram contra os códigos», ocasionando assim «a decadência do contrato» e até mesmo «inutilidade das leis», segundo as palavras de patéticos juristas conservadores desesperançados com o futuro do direito privado (6), tais modificações configuraram um Executivo cada vez mais ágil, flexível e absorvente, incapaz de ser fiscalizado pelos mecanismos legislativos e judiciários imaginados pelo liberalismo jurídico-político.

Todas essas transformações na estrutura do Estado capitalista expressam, em suma, combinações políticas e soluções legais pelas quais gradativamente foram conciliados os diferentes tipos e níveis de conflito. Quais são esses conflitos? De um lado, por exemplo, os próprios antagonismos de interesses das diversas frações da burguesia entre si, à medida que o desenvolvimento tecnológico e seu impacto sobre o ritmo de industrialização envolveram desigualmente os segmentos detentores do capital. De outro, as clivagens entre essas mesmas frações, enquanto classe, e a emergência de movimentos operários organizados na reivindicação de cidadania, mobilizando-se eficientemente na luta pela maximização do direito de participação, em termos de igualdade de oportunidades e de maior influência na formulação, implementação e execução das políticas públicas.

Esses conflitos se implicam e interagem na dinâmica do Estado capitalista, possibilitando assim a formação de inúmeras coalisões nas sempre renovadas tentativas dos legisladores de neutralizar tensões e absorver inseguranças de correntes dos conflitos de interesse entre as frações da burguesia no poder e os movimentos populares mais articulados (7). Do ponto de vista das instituições de direito, sua principal consequência é a explosão da rigidez hierárquica e do formalismo conceitual dos modelos fechados de uma ordem jurídica concebida como instrumento de controle social apenas para contextos estáveis. Isto porque, à medida que a crescente complexidade sócio-econômica exige do Estado respostas imediatas e de pronto efeito, esses padrões jurídicos são deslocados do plano Legislativo para o âmbito do Exe-

(6) Cf. P. Bonnet, *Le droit en retard sur les faits*, Paris, LGDJ, 1930; Gaston Marin, *La revolte des faits contre le code*, Paris, Bernard Grasset, 1927; Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1945, e René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalluz, 1959.

(7) Ver Claus Offe, *The welfare State and future of socialism: an interview with Claus Offe*, in *TELOS*, 1984, e *Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação política administrativa*, in *Problemas estruturais do Estado Capitalista*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

cutivo. Por causa disso, as limitações legais à intervenção do Estado no domínio privativo são pragmaticamente pervertidas. Ou seja: na prática, vão-se revelando inócuas. E, a um nível tal, que os cidadãos em busca da certeza na proteção de seus direitos acabam tendo de seguir pela própria práxis decisória dos órgãos burocráticos do Executivo. Dito de outro modo: são obrigados a ver como tais organismos agem e decidem no cotidiano da administração pública para, em seguida, aprendendo a respeitar expectativas modificadas pelas inúmeras decisões possíveis, e aceitando-as como um fato, saber o que se pode esperar do Executivo, ou dele exigir.

Tal processo é bastante perceptível a partir da expansão das respostas normativas crescentemente generalizadas e abrangentes ao desafio da regulação e da administração das relações entre capital e trabalho na dinâmica do desenvolvimento capitalista, cuja conseqüência concreta foi o rompimento, em termos operacionais, da própria divisão de competência e objetos expressa pela dualidade *direito público* × *direito privado*. Com a conversão do valor econômico no traço distintivo do direito contemporâneo, tal a preocupação da burguesia com a maximização do lucro e tal a mobilização do operariado pela ampliação de suas conquistas sociais, surgiram então instituições jurídicas novas que não se enquadram em nenhum dos ramos tradicionais do ordenamento normativo liberal. Não tem sido por acaso que, muitas vezes, essas instituições são convertidas mais em focos de incertezas e confrontação do que em fonte de segurança e balizamento de expectativas.

3 — O Direito do Trabalho Numa Sociedade em Transição

O Direito do Trabalho é, nesse sentido, um dos exemplos mais significativos de uma regulamentação crescentemente política e pragmática de uma economia que, pelo caráter pouco uniforme e linear do desenvolvimento capitalista, deixou de ser o produto aleatório do livre jogo das forças de mercado⁽⁸⁾. Sua expansão, como disse antes, vem ocorrendo fora da legalidade estrita forjada pelo liberalismo jurídico-político. Mas, precisamente, a legislação trabalhista sempre se desenvolveu como uma consciente e crescente afronta a essa legalidade. Tanto que, nas economias industrializadas da Inglaterra e da França, ao final do século XIX e começo do século XX, a greve foi considerada crime de insurreição antes de ser admitida como um direito positivo, do mesmo modo como a formação de centrais sindicais de há muito já havia sido incorporada à práxis do operariado, antes de ser reconhecida e oficializada pela chancela parlamentar».

Em suma: à medida que a sobrevivência de uma negação jurídica foi deixando de bastar para dissimular a formação de um direito novo, a função social deflagradora da inovação legislativa acabou sendo

(8) Cf. Jean Cruet, *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Salvador, Progresso, 1956.

desempenhada por *delinquentes*. Isto mesmo: criminosos e insurgentes — ao menos do ponto de vista dos Códigos em vigor. Afinal, ao transformar a proibição legal de realização de greve e de associação sindical em direitos efetivamente conquistados a partir da confrontação política contra as instituições então vigentes, foi a vanguarda do operariado que constituiu, ao preço de impasses e repressões, uma nova ordem jurídica a partir de delitos generalizados.

Embora no Brasil o advento da Consolidação das Leis do Trabalho esteja formalmente associado ao corporativismo dos anos 40, quando o Estado Novo procurou antecipar-se às pressões operárias mediante a cooptação de algumas de suas lideranças, a história do Direito do Trabalho nos países avançados ajuda a entender o alcance dos movimentos sindicais nacionais, especialmente os do ABC, num momento peculiar da história do país: um período em que, enquanto se aguarda a realização da Constituinte, muitas vezes superestimando seu potencial transformador e reformador, ainda se é obrigado a viver sob a tutela de uma ordem jurídica carente de credibilidade e de legitimidade. Mas uma ordem vigente que formalmente continua constituindo as relações sociais — e que, como tal, tem sido invocada por certos setores oficiais para exigir do governo maior firmeza diante das múltiplas greves, formando assim um explosivo círculo vicioso entre a ameaça de repressão pura e simples, por um lado, e a ameaça de paralisação do país numa atitude típica de desobediência civil, por outro.

Talvez seja por isso que exista hoje uma grande simetria entre os *delinquentes-legisladores* europeus e as vanguardas sindicais, representadas pelos metalúrgicos do ABC. A exemplo daqueles, estes também emergiram no bojo de um processo de industrialização que provocou significativas transformações qualitativas nas estruturas sócio-econômicas. Como decorrência dessas transformações, surgiu um sindicalismo novo e moderno, muito mais imune ao peleguismo e bem mais engajado politicamente do que o sindicalismo populista dos anos 60. Organizadas de maneira eficiente, as lideranças emergente do ABC souberam encaminhar, mediante formas não-ortodoxas de pressão, como ocupação das empresas e controle sobre os equipamentos centrais, uma gama extremamente diferenciada de interesses e reivindicações — dos reajustes semestrais e trimestrais à comissões de fábrica, da estabilidade no emprego à redução da jornada de trabalho, da exigência de salário-desemprego à efetiva cobrança dos ganhos de produtividade.

Essas demandas configuram uma multiplicidade de situações inéditas. Mas nenhuma delas, evidentemente, apareceu de uma hora para outra. Tudo ocorreu aos poucos, num ritmo regular e crescente, à medida que o movimento dos metalúrgicos do ABC foi ampliando sua hegemonia sobre outras categorias sindicais, valendo-se de sua capacidade de pressão para obter da Justiça do Trabalho e do próprio governo sentenças e providências favoráveis aos seus interesses, e combatendo tanto o Executivo quanto o Judiciário à medida que suas

reivindicações deixaram de ser atendidas, mediante um crescente desafio às leis. Dada a necessidade de reproduzir as condições institucionais para a sua própria estabilidade e segurança, e face ao imperativo de contornar essas pressões sem tocar na integridade de toda a ordem jurídica, o regime pós-64 verticalizou seus organismos burocráticos e expandiu seu poder de intervenção nas relações de produção para captar, articular, interpretar e reagir a pressões contraditórias: de um lado, as do empresariado, invariavelmente criticando a estatização, porém defendendo soluções de força nos impasses trabalhistas; de outro, as do operariado, transformando reivindicações de benefícios materiais em instrumento de luta política.

O que as greves do ABC nos revelam, portanto, é que a Nova República nasceu sob o estigma de uma enorme contradição. Ela busca sua legitimidade, como se sabe, em dois valores. O primeiro valor é de caráter negativo: a recusa ao passado autoritário, quando nem mesmo toda capacidade de repressão do regime pós-64 o habilitou a exigir o cumprimento da lei nas relações entre capital e trabalho. O segundo valor é de natureza positiva: a tentativa de estabelecer um regime de feições nitidamente liberais, uma vez que o ideal republicano maximiza a liberdade individual, impõe o equilíbrio entre os poderes e neutraliza o intervencionismo estatal. Mas em que medida, como indagava Oliveira Vianna ao desprezar com argumentos sólidos os principais ideológicos da primeira Constituição da República, a 1891, é possível um Estado liberal para uma sociedade socialmente tão diferenciada e contraditória como a brasileira? Em que medida, podemos agora perguntar, será viável o retorno a um regime jurídico na melhor tradição do liberalismo oitocentista em meio a um contexto sócio-econômico cuja crescente complexidade já não mais comporta soluções judiciais individualizantes, especialmente nos setores mais modernos e dinâmicos da economia nacional?

As críticas ao idealismo republicano feitas por Oliveira Vianna, ele próprio um dos ideólogos da CLT, são surpreendentemente atuais: «... os homens de elite intelectual do Brasil, não só os que possuem preparação jurídica, como os que possuem preparação literária e científica — os chamados *homens de pensamento* (doutrinadores, propagandistas, idealistas, publicistas, etc.) — podem ser enquadrados, mui legitimamente, dentro da categoria dos «homens marginais»... Porque... vivem todos eles entre duas culturas. Uma — a *cultura do povo*, que lhes forma o sub-consciente coletivo; outra a *européia ou norte-americana*, que lhes dá as idéias, as diretrizes de pensamentos, os paradigmas constitucionais, os critérios do julgamento político»⁽⁹⁾. Convencido de que o princípio da autoridade deveria ter precedência quanto ao princípio da liberdade, e defensor da tese de que não existe condições para um sistema político liberal sem uma sociedade liberal, a estratégia sugerida por este ideólogo da CLT também se revela, ele

(9) Cf. Oliveira Vianna, *Instituições Políticas Brasileiras*, Rio de Janeiro, 1949, p.p. 15-16.

próprio, tão problemático, ineficaz e ilegítimo quanto o idealismo republicano por ele duramente criticado.

4 — *A Ordem Legal Emergente*

Eis, pois, no âmbito das relações entre capital e trabalho, os pólos de confrontação neste período pré-constituente: de um lado, os *marginais-liberais*; de outro, os *delinqüentes-legisladores*. Estes termos podem ser retoricamente sonoros, é certo e o espectro de forças políticas entre ambos os pólos seguramente se destaca pela complexidade dos interesses em confronto e pela nuance das coalisões. Mas o conflito é real. Isto porque, os grupos operários emergentes das contradições do regime pós-64, foram capazes de romper o jogo da conciliação e da regulação corporativista na proporção direta da descoberta de seu poder de luta e barganha. À medida que esse poder de pressão e confronto tendeu a crescer em função de sua capacidade de articulação em setores estratégicos da estrutura produtiva do país, de sua própria localização num segmento industrial moderno, de sua disciplina tática e da força de sua própria estrutura burocrática interna, o fato é que os impasses deixaram de ser absorvidos pelos mecanismos judiciais e arbitrados de maneira eficiente pelos canais de representação partidária. Não apenas porque a vanguarda do movimento sindical recusa-se a praticar um jogo cujas regras ela considera como sendo de natureza «burguesa», mas, igualmente, porque os líderes do antigo MDB, que se revelaram solidários com os grevistas do ABC em 1978, encontraram-se hoje no exercício do poder, em Brasília, praticando. . o discurso da ordem, denunciando infiltrações radicais e pregando o cumprimento da lei.

Não se pode subestimar esses fatos e essas contradições para se compreender os dilemas da Nova República. Afinal, a ordem jurídica cujo respeito agora é exigido por alguns de seus artífices foi, justamente, o principal objeto da crítica que os permitiu mobilizar a opinião pública para ascender ao Planalto. E a política econômica vigente não é qualitativamente diferenciada daquela cuja denúncia também serviu como fator de mobilização popular nos comícios da Aliança Democrática. Daí a dificuldade dos novos dirigentes em administrar pressões opostas e inconciliáveis. Uma, no sentido do resgate da liberdade de participação política em todos os níveis; no sentido da recusa deliberada de certos movimentos populares em exercer liberdade apenas nos limites de uma ordem legal desmoralizada até mesmo pelo próprio compromisso do governo com a causa da Constituinte ⁽¹⁰⁾. Por que submeter-se a leis que, de tão ilegítimas, em breve serão alteradas? Por que não aproveitar este momento de transição para ampliar a ocupação do espaço político com a finalidade de negociar com maior peso o novo ordenamento jurídico?

(10) Esta discussão encontra-se mais aprofundada em José Eduardo Faria, *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1985.

Estas indagações traduzem um processo de politização aparentemente irreversível nas relações entre capital e trabalho. Como o desenvolvimento capitalista dos anos 60 e 70 acarretou a diversificação das estruturas produtivas, a diferenciação das oportunidades de remuneração e a desigualdade das pressões trabalhistas sobre o empresariado, as categorias profissionais mais modernas tornaram-se gradativamente imunes às regulamentações e aos controles estatais. Eles puderam, assim, transcender a defesa de reivindicações materiais imediatas. Ou seja: desqualificaram a estratégia governamental de negociar a manutenção da ordem por meio tanto de uma estratégia de distribuição primária de renda, pelo aumento dos salários, quanto de uma estratégia de distribuição secundária ou indireta de renda, mediante benefícios nos setores previdenciário e habitacional. O que caracteriza a atuação dessas categorias, desde que se tornaram vanguarda do movimento sindical, é justamente seu esforço em rejeitar as compensações meramente econômicas como instrumento de negociação.

Estes fatos tornaram-se visíveis a partir do momento em que o choque do petróleo liquidou com o «milagre brasileiro», ao final do Governo Médici e início do Governo Geisel. Desde então, o Estado vem enfrentando crescentes dificuldades em conciliar sua função econômica, voltada ao processo acumulativo das empresas estatais e privadas, com sua função legitimadora, voltada à manutenção das tensões sociais numa situação de latência controlada. Isto porque a concessão de benefícios sociais, como forma de neutralização dos conflitos entre o operariado e o patronato, não produziu a lealdade desejada pelo regime — pelo contrário, cada benefício concedido foi convertido em ponto de referência para novas reivindicações dos sindicatos, secundados pelas pressões paralelas das associações comunitárias e das comissões de justiça e paz. Ao mesmo tempo, o alto custo dessa estratégia também passou a exigir sucessivos aumentos na carga tributária, diminuindo os excedentes do empresariado e os levando, em suas campanhas antiestatizantes, a defender a concentração dos recursos públicos não em novas despesas sociais, porém em investimentos de infra-estrutura básica.

Ao denunciar a tendência de crescimento das despesas públicas numa velocidade maior do que a dos meios de financiá-las, o empresariado revelou então dupla percepção: de um lado, a consciência de que a manutenção dessa estratégia vinha estimulando o descomensurado crescimento do setor estatal, à medida que a elevação dos impostos para o atendimento das despesas sociais poderia abrir caminho para a monopolização da economia por parte das empresas públicas; de outro, a consciência de que a expansão do setor monopolista se fazia acompanhar de desemprego, pobreza e estagnação nos investimentos privados, exigindo assim do Estado maior apropriação dos excedentes para compensar os efeitos disfuncionais de sua crescente intervenção no domínio econômico.

O que esse círculo vicioso acarretou foi, como se sabe, o gradativo esgotamento do modelo autoritário pós-64. Como a questão da

acumulação e da retomada do crescimento x produção do consenso e da «paz social» sempre ocorre num esquema eminentemente político, isso sobrecarrega demasiadamente o Estado. Ora, à medida que as pressões aumentam e os conflitos se tornam mais complexos, ampliam-se as prestações desordenadas de serviços públicos e as superposições de projetos. No limite, pois, as funções econômica e legitimadora do Estado tornam-se inconciliáveis, constituindo um processo altamente irracional do ponto de vista da coerência administrativa, da estabilidade tributária e da acumulação potencialmente lucrativa do capital privado.

Tanto as vanguardas sindicais quanto as lideranças empresariais estão conscientes, hoje, do dilema estrutural expresso por essa «crise fiscal» legada pelo regime pós-64 à Nova República. E esta, por sua vez, certamente em virtude de sua ambigüidade ideológica e da heterogeneidade de forças políticas em que se sustenta, parece indecisa diante da multiplicação das greves em todo o país. Daí o deslocamento do confronto entre patrões e empregados para o âmbito do próprio ministério Tancredo/Sarney. De um lado, os setores governamentais com nítidos compromissos com as entidades patronais de São Paulo estão a exigir duas medidas: num primeiro momento, a imposição pura e simples da lei, mediante o reconhecimento formal das greves e a conseqüente declaração de sua ilegalidade pela Justiça do Trabalho; e, num segundo momento, a ratificação da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, por parte do Congresso, que institucionaliza o pluralismo sindical ao autorizar, numa mesma base geo-espacial, a criação de organizações livres e concorrentes entre si. Tal convenção permite, pois, a formação de grupos antagônicos aos sindicatos já existentes, no plano das empresas, dificultando, no plano político, a ação de centrais sindicais. De outro lado, os setores governamentais cujos interesses partidários transcendem aqueles compromissos com o empresariado paulista estão a advogar uma intervenção estatal apenas supletiva e moderadora nos movimentos grevistas, uma vez que desejam aliviar a administração pública de uma sobrecarga contraditória de pressões, expectativas e responsabilidades. Como tem afirmado o ministro do Trabalho, que não é empresário, mas advogado licenciado do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e um profundo conhecedor de suas reações, «fazer o que fazia seus antecessores, reconhecendo hoje o estado de greve, equivaleria a permitir que as empresas comessem as demissões indiscriminadas, o que ocasionaria repostas por parte dos grevistas e impediria soluções capazes de contornar o ambiente social e político».

5 — *Conclusões*

Ambas as alternativas oferecem riscos para a Nova República. A primeira delas certamente irá gerar uma onda repressiva que certamente liquidará com o discurso conciliatório e domesticador «neo-republicano». Mesmo porque, subjacente a toda repressão generalizada sempre está a intolerância, a intransigência e o radicalismo — o que

pode abrir caminho para uma polarização capaz de pôr em xeque não apenas a própria Constituinte, mas o próprio processo de democratização do país. Já a segunda alternativa acena para uma reprivatização controlada dos riscos empregatícios, mediante uma estratégia de desestatização de certas funções governamentais e de relaxamento dos controles legais sobre os movimentos sindicais.

Tal solução revela a tendência desse setor governamental a levar o Estado, mediante uma reformulação estrutural da legislação trabalhista, a desfazer-se de certas pressões e reivindicações, transferindo-as de vez para os setores empresariais. Estes surpreendidos com a supressão da repressão governamental no caso das greves duradouras e com ocupação de fábricas, justamente quando vinham pressionando o atual governo a reduzir a participação do setor público na economia, vêm-se diante de um dilema: o de ou aceitar negociações diretas, e aí assumindo riscos de ter de fazer concessões inimaginadas quando decidiram apoiar e empolgar a Aliança Democrática, ou o de voltar-se novamente para o confortável regaço do Estado, abandonando o discurso antiestatizante em troca da proteção policial.

O que revela como, numa economia onde o empresariado tornou-se dependente dos créditos, subsídios e compras oficiais, a sobrevivência do privatismo paradoxalmente só pode ser assegurada, negociada, organizada e dirigida de forma política mediante arranjos corporativistas no âmbito dos órgãos burocráticos do Executivo.

Neste momento em que o confronto entre capital e trabalho corroi até mesmo a unidade governamental e compromete o novo regime, que perspectiva esse quadro de contradições e paradoxos acima descrito nos oferece? Qualquer resposta a esta indagação será, inevitavelmente, um simples exercício de futurologia. Mas é preciso ficar claro que as instituições jurídico-políticas, do modo como se encontram organizadas, já não estão mais à altura da complexidade sócio-econômica do país. De nada adianta pregar-se o cumprimento de uma legislação anacrônica e ilegítima nem praticar-se um discurso idealista e ingênuo quando a vanguarda trabalhista está firmemente convencida de que pode inviabilizar, com seu poder de mobilização popular e de interrupção de atividades produtivas e de serviços públicos, a política econômica do novo governo, obrigando-o assim a ter de optar por um quadro alternativo: ou efetuar amplas e tensas negociações, sob o risco de uma paralisia decisória do país, ou optar por estratégias de violência repressiva.

Notas Sobre o Conceito de Guerra Revolucionária e sua Expressão Legal

Enrique Ricardo Lewandowski

Professor Assistente Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O ADVENTO DA GUERRA FRIA

A origem remota do conceito de **guerra revolucionária** pode ser encontrada na resposta dos EUA à chamada **guerra fria**. O termo guerra fria, empregado pela primeira vez pelo conselheiro presidencial Bernard Baruch, durante um debate no Congresso norte-americano, em 1947, identifica o estado de beligerância virtual que se instaurou, a partir do término da Segunda Grande Guerra, entre as potências ocidentais, capitaneadas pelos EUA, e o bloco comunista, liderado pela URSS.

Essa guerra que se opõe, em princípio, à **guerra quente**, ou seja, a um confronto armado direto, trava-se em vários campos — político, econômico psicológico e militar —, lançando mão preferencialmente de manobras diplomáticas, ameaças, pressões, espionagem, propaganda, etc. O recurso às armas, quando ocorre, realiza-se de forma limitada e, via de regra, indireta, visto que, com o advento e disseminação das armas atômicas, as vantagens iniciais de uma ação bélica direta e generalizada seriam anuladas pelos insuportáveis prejuízos que, inevitavelmente, todas as partes envolvidas no conflito sofreriam, em razão da destruição reciprocamente infligida.

A Guerra do Vietnã, cujas raízes alcançam o fim da Segunda Guerra Mundial, a Guerra da Coréia, iniciada em 1950, a Invasão da Hungria, ocorrida em 1956, a Revolução Cubana, vitoriosa em 1959, e inúmeros outros conflitos semelhantes, travados nos mais diversos pontos do globo, constituiriam, segundo os analistas, exemplos daquilo que se convencionou chamar de guerra fria. Nesse contexto, a partir da doutrina Truman — segundo a qual os EUA dariam apoio aos «povos livres que estão resistindo a uma tentativa de subjugação por minorias armadas ou por pressões externas» ⁽¹⁾ — e com base

(1) *A Dictionary of Politics*, editado por Walter Laqueur, New York, The Free Press, 1973, pág. 486.

na interpretação dos escritos de Mao-Tsé Tung, Ho Chi-Minh, Nguyen Giap, Che Guevara e outros, os norte-americanos elaboraram uma doutrina militar que tinha por objetivo combater a guerra não convencional ou revolucionária, considerada a principal ameaça estratégica do comunismo internacional e que seria desencadeada, prioritariamente, nos países do Terceiro Mundo (2). Essa doutrina de combate à guerra revolucionária foi transmitida aos militares latino-americanos, especialmente a partir da década de 60, pelos colégios militares dos EUA localizados na região do Canal do Panamá, entre outros centros de treinamento (3).

A ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA E A GUERRA REVOLUCIONÁRIA

No Brasil esse conjunto de idéias passou a integrar as teses centrais da Doutrina de Segurança Nacional, desenvolvida pela Escola Superior de Guerra (ESG). A Escola Militar brasileira, criada pela Lei nº 785, de 20 de agosto de 1949, teve como modelos a Escola Nacional de Guerra e a Escola Industrial das Forças Armadas dos EUA e também, a experiência inglesa e francesa no setor (4). Foi organizada por uma comissão constituída por militares, em sua maioria oriundos da campanha da Força Expedicionária Brasileira (FEB) na Itália, que, sob a coordenação do General Cordeiro de Farias, contou com a colaboração de uma missão especial norte-americana (5). Segundo a lei que a instituiu, a ESG seria «um instituto de altos estudos destinados a desenvolver conhecimentos necessários ao exercício de funções de direção e planejamento da segurança nacional», admitindo civis e militares em seus cursos.

A Escola, pelas suas próprias origens, sempre foi muito ligada às doutrinas militares norte-americanas e, como tal, desde a sua fundação absorveu a preocupação com a guerra fria e com o combate à guerra revolucionária. Alfred Stepan, conhecido **brazilianist**, mostra que «desde o princípio, a ESG era anticomunista e estava empenhada na guerra fria. Mesmo antes que a ênfase na guerra fria mudasse, nos Estados Unidos, da guerra atômica para a guerra revolucionária, a ESG tornou-se o centro do pensamento ideológico relativo à estratégia contra-revolucionária no Brasil» (6). De fato, já em 1959, o General Golbery do Couto e Silva, um dos fundadores e principais pensadores da ESG, afirmava «que a maior probabilidade atualmente é de guerra limitada, de conflito localizado e acima de tudo a agressão comunista indireta,

(2) Cf. Joseph Comblin, *A Ideologia da Segurança Nacional*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975, pág. 44.

(3) *Idem*, *op. cit.*, *loc. cit.*

(4) Cf. José Alfredo Amaral Gurgel, *Segurança e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1975, pág. 27 e segs., e Eliézer R. de Oliveira, *As Forças Armadas: Política e Ideologia no Brasil*, Petrópolis, 2ª ed., Vozes, 1976, pág. 21 e segs.

(5) Eliézer de Oliveira, *op. cit.*, pág. 21.

(6) Alfred Stepan, *Os Militares na Política*, Rio de Janeiro, Artenova, 1975, pág. 132.

que capitaliza descontentamentos locais, frustrações da miséria e da fome e as justas ansiedades nacionalistas. . .» (7).

Assim, quando a doutrina norte-americana da guerra revolucionária ganhou corpo e foi disseminada nas escolas militares dos países aliados, especialmente latino-americanos, as novas idéias encontraram terreno fértil onde germinar.

Com efeito, a Escola Superior de Guerra encontrava-se ideologicamente preparada para receber essa nova doutrina estratégica, trabalhado sobre suas hipóteses. Nesse sentido, o Manual Básico MB-75 da ESG, estudo que corporifica as principais teses da Doutrina de Segurança Nacional, assinala que «o equilíbrio existente entre os blocos ideológicos — quer no campo nuclear, quer no campo aeroespacial — torna muito remota a possibilidade de um confronto direto entre os antagonistas. E a razão, por simples, é aceita sem discussão: o perigo de um suicídio coletivo da humanidade. Em conseqüência passa a prevalecer a estratégia da ação indireta que, para o Bloco Oriental, encontra na chamada guerra revolucionária a sua grande expressão» (8).

A crescente preocupação com a guerra revolucionária pode ser demonstrada a partir do exame do currículo da ESG. Em 1956, por exemplo, a programação da Escola não fazia menção a conferências sobre guerra de contraguerrilha, segurança interna ou comunismo, sendo que, de 1961 em diante, a preocupação com esses tópicos aumentou a tal ponto que, em 1968, o currículo passou a destinar 222 horas de aula sobre segurança interna, 129 horas à guerra irregular e somente 21 horas aos temas clássicos de defesa territorial (9).

Mas, qual é o conceito da ESG de guerra revolucionária? Trata-se, para a Escola, do «conflito, normalmente interno, de concepção marxista-leninista, inspirado e, até mesmo, auxiliado do exterior, que, utilizando intensivamente a ação psicológica e todas as formas de subversão e violência, visa à conquista do poder pelo controle progressivo da nação» (10). Para a ESG, a guerra revolucionária é sempre **subversiva, universal, permanente e total** (11).

Para combater a guerra revolucionária, a ESG, assegurando que «a luta contra-revolucionária é de toda a nação», propõe na obra citada, as seguintes medidas:

— «estimular o desenvolvimento para combater as injustiças e as desigualdades entre os homens;

— «realizar eficiente ação psicológica associada ao correto emprego da comunicação social, objetivando a afirmação democrática e o fortalecimento moral da sociedade;

(7) Citado por Alfred Stepan, *op. cit.*, pág. 132.

(8) Manual Básico da Escola Superior de Guerra MB-75, 1975, pág. 297.

(9) Cf. Alfred Stepan, *op. cit.*, pág. 133.

(10) Manual Básico . . . , pág. 304.

(11) *Ibidem*, pág. 311.

- «aprimorar, continuamente, a eficiência administrativa;
- «**elaborar e aplicar a legislação adequada à prevenção e combate à subversão** (grifos nossos);
- «realizar o planejamento global com vistas à guerra revolucionária e, dentro dele, o Plano de Segurança Interna;
- «pôr em execução esses planos, de forma agressiva e contínua» (12).

Desse posicionamento decorre o conceito de segurança nacional da ESG, que consiste no «grau de garantia que através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares — o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a conquista ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito dos antagonismos ou pressões existentes ou potenciais» (13). Para a Escola, os objetivos nacionais constituem-se na «cristalização de interesses e aspirações que, em determinada fase da evolução da comunidade, toda uma nação procura satisfazer» (14).

GUERRA REVOLUCIONÁRIA E DOUTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL

O Marechal Castello Branco, primeiro presidente da Revolução de 1964, elaborou uma interessante síntese das idéias estratégicas então dominantes na Escola, ao proferir a aula inaugural do ano letivo de 1967 da ESG, demonstrando a «dilatação do conceito de segurança nacional, bastante diferenciado, hoje, do conceito de defesa nacional». Para o expositor, «o conceito tradicional de defesa nacional coloca mais ênfase sobre os aspectos militares da segurança e, correlatamente, os problemas de agressão externa. Compreende, por assim dizer, a defesa global das instituições, incorporando por isso aspectos psicossociais, a preservação do desenvolvimento e da estabilidade política interna; além disso, o conceito de segurança, muito mais explicitamente que o de defesa, toma em linha de conta a agressão interna, corporificada na infiltração e subversão ideológica, até mesmo movimentos de guerrilha, formas hoje mais prováveis de conflito do que a agressão externa» (15).

As idéias da Escola, porém, nem sempre tiveram grande repercussão **extra muros**, especialmente antes do Movimento de 31 de março de 1964. De acordo com o General Meira Matos, um dos principais estudiosos da geopolítica no Brasil, «de 1949 a 1964, durante 14 anos, a ESG não teve influência maior nas decisões do governo. En-

(12) *Ibidem*, pág. 312.

(13) *Ibidem*, pág. 234.

(14) *Ibidem*, pág. 35.

(15) Citado por Carlos Meira Mattos, **Brasil: Geopolítica e Destino**, Rio de Janeiro, José Olympio 1975, págs. 61 e 62.

tretanto, formulou sua doutrina de segurança nacional e pesquisou profundamente no campo de desenvolvimento. Formou elites civis e militares aptas a pensarem no Brasil com objetividade, como um todo, a se exercitarem na formulação de uma política de aplicação do poder nacional para a segurança, a se aprofundarem nas tentativas de selecionar os rumos para o nosso desenvolvimento. Quando veio a Revolução de 1964 a doutrina da Escola Superior de Guerra já estava formulada e exercitada em termos laboratoriais e escolares. Foi fácil para o chefe da Revolução, o Presidente Castello Branco e seus principais assessores Golbery, Ernesto Geisel, Juarez Távora, Cordeiro de Farias, todos ex-militares participantes ativos na formulação dessa doutrina, pois haviam pertencido aos quadros da ESG, transferirem para a prática governamental a doutrina formulada durante 14 anos do casarão do Forte São João»⁽¹⁶⁾.

Com efeito, com a vitória da Revolução de 1964, as teses da ESG passaram a integrar a prática governamental, para o que contou com o apoio das «elites civis e militares» a que se refere o General Meira Matos. Em torno de 1966, segundo dados de Stepan, «a ESG tinha diplomados de muitos setores importantes da estrutura de poder política e econômica: 599 eram militares, 224, empresários particulares, havia 200 funcionários públicos dos principais ministérios e 97 órgãos autônomos do governo, 39 eram congressistas, 23 juizes federais e estaduais e 107 eram profissionais variados — como professores, economistas, escritores, médicos e sacerdotes católicos»⁽¹⁷⁾. Além disso, a Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra (ADESG) — ativa agremiação de ex-alunos — encarregava-se, como ainda o faz, de divulgar, através de cursos pelas principais cidades do país, para as elites locais, as idéias mais importantes da doutrina da Escola.

LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

No que respeita aos instrumentos legais de defesa do Estado, a Revolução de 1964 encontrou como principal diploma jurídico a Lei nº 1.802, de 05 de janeiro de 1953, elaborada pelo Congresso, sob a égide da Constituição liberal de 1964. Essa lei, tendo em vista a sua relativa brandura e limitada abrangência, não se coadunava com a idéias **esquianas** sobre a segurança nacional.

Baixou-se, então, um grande número de normas legais, constitucionais, para constitucionais e ordinárias, visando combater a subversão interna, dentre as quais se destaca, pela sua especificidade e rigor, a chamada **Lei de Segurança Nacional**.

O primeiro desses diplomas legais consistiu no Decreto-lei nº 314, de 18 de março de 1967, que objetivava, segundo sua emenda, definir os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social,

(16) *Idem*, pág. 61.

(17) Alfred Stepan, *op. cit.*, pág. 130.

atribuindo ao foro militar o seu julgamento. O que é curioso notar na Lei de Segurança Nacional é que esta, de forma inusitada, estabelecia em seu artigo 4º, que «o juiz, ou Tribunal, deverá inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores», ao aplicá-la.

Dessa forma, os artigos iniciais do decreto-lei fixaram as definições que deveriam nortejar o intérprete. A segurança nacional, **leitmotiv** da ESG, era conceituada como «garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos tanto internos como externos», compreendendo «medidas destinadas à preservação da segurança interna e externa, inclusive prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva» (art. 2º e 3º, **caput**).

Logo a seguir definia-se a segurança interna que, conforme assinalava o legislador, «diz respeito à ameaças ou pressões antagonônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país» (art. 3º, § 1º). Sintomaticamente, porém, o texto deixava de estabelecer a definição da segurança externa. . .

Interessantes, pela sua proximidade com o posicionamento da ESG sobre o tema, são as conceituações de guerra psicológica adversa e a de guerra revolucionária da Lei de Segurança Nacional. A primeira consiste no «emprego da propaganda e de ações no campo político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros e amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais» (artigo 3º, § 2º). A segunda constitui-se no «conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista do poder pelo controle progressivo da nação», art. 3º, § 3º).

O Decreto-lei nº 314/67 foi modificado em parte pelo Decreto-lei nº 510, de 20 de março de 1967, que reduziu certas penas e agravou outras. Em 29 de setembro de 1969, editou-se o famoso Decreto-lei nº 898, que revogou os decretos anteriores, consolidando seus dispositivos e acrescentando novos artigos, entre os quais figuravam os que estabeleciam a pena de morte e a prisão perpétua, instituídas pelo Ato Institucional nº 14, de 05 de setembro de 1969. As conceituações preliminares, porém, que constavam da primeira Lei de Segurança Nacional, foram mantidas integralmente.

Com a revogação dos instrumentos jurídicos de exceção, por força da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, o Decreto-lei nº 898/69 foi substituído pela Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, que, apesar de ter sido votada pelo Congresso Nacional, manteve basicamente o espírito e a letra dos primeiros ordenamentos. A nova lei apenas introduziu um abrandamento nas sanções de modo geral, abolindo também as penas de morte e de prisão perpétua, revogadas a nível constitucional. Porém, os artigos relativos às definições foram

mantidos, embora com pequenas modificações, consistindo a principal delas no acréscimo do rol de objetivos garantidos pela segurança nacional.

Dessa forma, pois, o conceito de guerra revolucionária ou subversiva, nascido da concepção norte-americana de guerra fria, elaborado e desenvolvido pela ESG, serviu de inspiração aos líderes do Movimento de 1964 para a composição de um diploma jurídico especial, de extrema severidade, que transcreve no próprio texto legal as definições centrais da Doutrina de Segurança Nacional, de modo a garantir a fidelidade de sua execução.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, vale observar que não se conhece ainda em que medida a Lei de Segurança Nacional e as demais normas jurídicas excepcionais vigentes durante o período que sobreveio à Revolução de 1964 foram eficazes no combate a movimentos insurrecionais. Tampouco se sabe, em parte devido à rigorosa censura exercida sobre os meios de comunicação e também em virtude da proximidade dos fatos ocorridos no passado recente, insuficientemente investigados, em que extensão os temores da ESG relativos à irrupção da guerra revolucionária no Brasil concretizaram-se na realidade. Entretanto, pouco a pouco, os acontecimentos da história recente do país vão sendo revelados. Já se sabe, com efeito, que a par de uma verdadeira guerrilha urbana, cujo ponto culminante foi o seqüestro do embaixador norte-americano Charles Burke Elbrick, em setembro de 1969, a guerrilha rural eclodiu efetivamente em alguns pontos do território nacional. Em fins de 1969, um pequeno grupo de militantes da Vanguarda Popular Revolucionária, chefiado pelo ex-capitão do Exército Carlos Lamarca, no Vale do Ribeira, em São Paulo, mobilizou cerca de 5.000 homens das Forças Armadas e das Polícias Civil e Militar numa campanha que durou até meados de 1970, quando os remanescentes do grupo de revoltosos conseguiu romper o cerco das forças governamentais⁽¹⁸⁾. Também na região do Araguaia, no norte brasileiro, o governo lançou, de abril de 1972 a janeiro de 1975, aproximadamente 10.000 militares e policiais contra um foco de mais ou menos 60 guerrilheiros integrantes do Partido Comunista do Brasil, tendo a repressão cessado após o aniquilamento total das forças rebeldes⁽¹⁹⁾. Os sobreviventes desses movimentos armados, com exceção de alguns poucos que conseguiram fugir para o exterior, foram presos e julgados por tribunais militares com base nos dispositivos da Lei de Segurança Nacional.

Deve-se observar, por fim, que, com o processo conhecido como **abertura política**, iniciado pelo quarto presidente da Revolução de 1964,

(18) Cf. Fernando Portela, *Guerra de Guerrilhas no Brasil*, São Paulo, Global, 1979, pág. 27.

(19) Ver reportagem especial no jornal *Folha de São Paulo*, edição de 27-08-1979, págs. 4 e 5.

General Ernesto Geisel, e continuado por seu sucessor, General João Figueiredo, grande parte da legislação baixada pelo regime militar foi revista. A própria Lei de Segurança Nacional sofreu substancial modificação. Com efeito, o diploma que a substituiu, Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, foi completamente expurgado dos conceitos relativos à guerra revolucionária, constando em seu artigo 1º que a referida lei prevê os crimes que expõem a perigo de lesão:

- «I — a integridade territorial e a soberania nacional
- II — o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;
- III — a pessoa dos chefes dos Poderes da União.»

Apesar da mudança de enfoque, e em que pese o fato de haver a nova lei definido de forma mais objetiva, em capítulo específico, os crimes contra a segurança nacional, cumpre notar que os infratores das normas desse diploma continuam submetidos ao foro castrense, que os julgará segundo os trâmites previstos no Código de Processo Penal Militar em vigor.

Bibliografia Básica

- AMARAL GURGEL, José Alfredo — *Segurança e Desenvolvimento: Uma Reflexão Política*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1975.
- COMBLIN, Joseph — *A Ideologia da Segurança Nacional: O Poder Militar na América Latina*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978.
- MEIRA MATOS, Carlos — *Brasil: Geopolítica e Destino*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1975.
- SILVEIRA, Eliézer R. de — *As Forças Armadas: Política e Ideologia no Brasil (1964-1969)*. Pefrópolis, 2ª ed., Vozes, 1976.
- SILVA MICHELENA, José Augustín — *Crise no Sistema Mundial: Política e Blocos de Poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.
- PESSOA, Mário — *O Direito da Segurança Nacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.
- PORTELA, Fernando — *Guerra de Guerrilhas no Brasil*. São Paulo, Global, 1979.
- STEPAN, Alfred — *Os Militares na Política: As Mudanças de Padrões na Vida Brasileira*. Rio de Janeiro, Artenova, 1975.
- Manual Básico da Escola Superior de Guerra MB-75*, 1975..
- A Dictionary of Politics*, editado por Walter Laqueur, New York, The Free Press, 1973.
- Jornal Folha de São Paulo*, edição de 27-08-1979.

A Revogação da Sentença no Direito Brasileiro^(*) (Perfil Histórico)

Moacyr Lobo da Costa
Professor Adjunto Aposentado

SUMARIO: 13 — A controvérsia sobre a existência da ação de nulidade da sentença no direito brasileiro. — 13.1. A opinião de Pimenta Bueno. — 13.2. A opinião de Tristão Alencar Araripe. — 13.3. O incidente da nomeação de Tristão de Alencar Araripe para ministro do Supremo Tribunal Federal. — 13.4. A opinião de F. Baltazar da Silveira e o acolhimento da tese de Tristão de Alencar Araripe pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. — 14. A elaboração do Regulamento nº 737. — 14.1. Apreciação sobre o mérito do Regulamento nº 737. — 15. A distinção entre nulidade do processo e nulidade da sentença. — 16. Os motivos de nulidade da sentença. — 17. Os meios de impugnação da nulidade da sentença. — 18. O processo da ação rescisória. — 19. Aplicação do Regulamento nº 737 ao processo das causas cíveis com as exceções declaradas no Decreto nº 763, de 1890.

13. Em razão do preceito constitucional e dos dispositivos da lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça e lhe fixou a competência, e, das normas prescritas no Decreto de 20 de dezembro de 1830, para o cumprimento da lei de 18 de setembro, notadamente quanto ao processamento do Recurso de Revista e sua apresentação perante o Supremo Tribunal, para ser concedida ou denegada a revisão do julgado, nos dois exclusivos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória da sentença, constituiu ponto duvidoso, sobre o qual lavrou séria divergência entre os juristas, o de ter permanecido, ou não, no direito brasileiro, o remédio ordinário contra a sentença nula, depois de haver sido julgado o Recurso de Revista.

Lembre-se que, a partir da autorizada exposição feita por Alvaro Valasco, na «Consultatio LI», ainda no regime das Ordenações Manuelinas, tornou-se pacífico entre os praxistas, comentadores e decisionistas o entendimento de concorrerem dois remédios contra a sentença eivada de nulidade, o ordinário «per viam nullitatis», e o extraordinário da Revista de Justiça, «remedium revisionis», sendo o remédio ordinário considerado imprescritível uma vez que a sentença nula nunca transitava em julgado, e, portanto, podia ser utilizado mesmo depois

(*) continuação do trabalho publicado no volume LXXIX.

do julgamento da Revista, se o motivo da nulidade da sentença não foi discutido e decidido pelo Aresto proferido na Revista.

O remédio ordinário era uma sobrevivência da «querela nullitatis» do direito estatutário do século XIII, que ingressou no Direito Lusitano por intermédio da Lei das Sete Partidas no século XIV, e recebeu, no século XIX, a denominação de «ação de nulidade e rescisão da sentença» que lhe foi dada pelo artigo 17, da lei de 19 de dezembro de 1843, o qual ampliou os casos de nulidade da sentença especificados no artigo 5º, do Decreto de 19 de maio de 1832, que a denominava simplesmente «ação de nulidade».

Em decorrência da terminologia empregada pelo legislador na redação do texto do artigo 17, da Lei de 19 de dezembro de 1843, a antiga ação de nulidade passou a ser conhecida por ação rescisória, «nomen juris» consagrado na doutrina dos processualistas portugueses da segunda metade do século XIX.

Com o sistema introduzido pela lei de 19 de dezembro de 1843, ficaram diferenciados e bem delimitados os campos de cabimento e aplicação do Recurso de Revista e da ação de nulidade, ou rescisória, que eram os dois meios para se obter a revogação da sentença eivada de nulidade e conseqüente rescisão do julgado.

Tal sistema, entretanto, foi recebido com reservas e mereceu algumas ponderadas críticas dos processualistas portugueses Corrêa Telles e Duarte Nazareth.

A independência proclamada pelo príncipe D. Pedro libertou o país do jugo político e administrativo da Metrópole, mas não atingiu a cultura jurídica dos juristas brasileiros, que continuaram a se nutrir das idéias e das doutrinas professadas pelos autores portugueses contemporâneos, por lhes serem comuns a formação e a língua.

É sobre a existência concorrente dessa ação de nulidade, ou rescisória, com o Recurso de Revista, e, especialmente, sobre a possibilidade de ser intentada após o julgamento da Revista, que se manifestou a divergência, em face do sistema instituído pelas leis brasileiras.

A propósito escreveu Pimenta Bueno: «Tem havido em nosso fôro graves dubiedades sobre a ação rescisória ou de nulidade das sentenças, entendendo alguns que a lei institutiva do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de setembro de 1828, posto que não expressa, todavia virtualmente revogou os diversos títulos de nossas Ordenações e mais leis que autorizavam o uso das sobreditas ações. São dúvidas de muito alcance ou transcendência, pois que importam altos interesses, que a lei deve resguardar, não deixando que elas subsistam por mais tempo».

Em seguida, manifestou sua opinião no sentido de que, enquanto a lei não terminar a dubiedade, continuaria ele a entender que só se achavam revogadas tais ações nos casos em que elas são incompatíveis com o sistema de revistas, que a legislação brasileira estabeleceu, «mas não nos casos em que não só deixam de ser incompatíveis, mas em que a

lei as deveria criar quando mesmo elas ainda não existissem autorizadas». («Apontamentos sobre as Formalidades», cit. p. 119)

O Conselheiro José Antonio da Silva Máia, Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional respondendo a uma consulta sobre essa questão, declarou no Aviso de 12 de fevereiro de 1841, que «a matéria era duvidosa».

Se o próprio Procurador da Corôa reconhecia a existência de dúvida ante a indefinição das leis em vigor, não admira que sobre a questão divergissem as opiniões dos homens do fôro.

Um dos mais respeitadas advogados na Corte, o jurista Caetano Alberto Soares, publicou na Gazeta dos Tribunais, de 14 de junho de 1843, um bem elaborado artigo sobre o assunto, argumentando vivamente contra a admissibilidade da ação rescisória de sentenças em grau de revista.

Com a declarada finalidade de pôr termo a essa situação de incerteza e resolver em definitivo a questão, outro eminente jurista propôs, no Projeto de Lei que elaborou para a reforma do Supremo Tribunal de Justiça, que o julgamento do Recurso de Revista pelo Supremo fosse definitivo e suas sentenças irrevogáveis. (art. 12)

Carvalho Moreira declarou enfaticamente na Memória oferecida ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 1847, para justificar o Projeto: «Foi minha idéia terminar por uma vez com as ações rescisórias, cuja legalidade é mesmo problemática, ou pelo menos duvidosa». (Memória, cit. p. 20)

Em apoio da solução preconizada no Projeto, o futuro Barão de Penedo transcreveu por inteiro na Memória o artigo de Caetano Alberto, precedido da seguinte advertência: «Não podendo desenvolver a minha opinião melhor, nem mais valentemente do que foi pelo nosso distinto e sábio colega, o Sr. Dr. Caetano Alberto Soares, translado aqui a sua argumentação de um luminoso artigo publicado na Gazeta dos Tribunais, de 14 de junho de 1843».

13.1. A questão da admissibilidade da ação rescisória contra a sentença nula permaneceu em aberto, a despeito das autorizadas manifestações em contrário.

Nos «Apontamos sobre as formalidades do Processo Civil», cuja 1ª edição foi publicada em 1850, Pimenta Bueno desenvolveu a mais cabal e convincente argumentação em prol do prevalecimento da ação de nulidade ou rescisória no direito brasileiro.

Começou ele por examinar as leis portuguesas que disciplinam o cabimento dessa ação nos casos taxativamente indicados, nos artigos 5º, do Decreto de 19 de maio de 1832, e 17, da lei de 19 de dezembro de 1843, cujos enunciados transcreveu, e reportou-se, também, ao artigo 480 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil francês, que admite este meio extraordinário sob a denominação de «requete civile»,

«não só nos mesmos casos em que o faz a legislação portuguesa, mas ainda em outros». («Apontamentos», cit. nº 229)

Depois de acentuar que segundo o nosso direito atual não há unidade de opinião em nosso fôro, lembrou que o Conselheiro Procurador da Corôa havia declarado que a matéria era duvidosa, e, entretanto, o Governo até hoje ainda não provocou medida legislativa para sanar a dúvida.

No seu entender a ação de nulidade prevalece, tenha ou não havido Revista, «nos seguintes casos, que não só não são incompatíveis com o sistema das revistas, mas que demandariam tal ação quando ela não estivesse já instituída por nossas leis».

Quatro são os casos que por sua relevância justificam o prevalecimento da ação de nulidade ou rescisória.

Primeiro, «quando verificar-se que a sentença foi dada por peita, suborno ou prevaricação, uma vez que esta só seja conhecida ou a responsabilidade quando intentada só seja julgada afirmativamente, já depois que não tiver lugar qualquer outro recurso».

Em comentário a esse primeiro caso observa, incisivamente, que, «em verdade não seria um escândalo em vez de justiça, e uma subtileza ridícula em vez de razão esclarecida, reconhecer a prevaricação do julgador, e sustentar o seu ato imoral e criminoso?»

«Como conciliar a sentença criminal que o punisse com a irrevogabilidade do ato que serve-lhe de corpo de delito?»

Segundo, «no caso de ter sido a sentença proferida em virtude de documentos reconhecidos como manifestamente falsos, uma vez que a falsidade seja conhecida somente depois de proferida a sentença, e quando já não era admissível nem um outro recurso».

A respeito deste segundo caso, formula três percucientes indagações: «como reconhecer a falsidade, a fraude ou dolo, e cometer a grave injustiça de não restituir a propriedade a seu legítimo dono?»

«De que proveito são os recursos anteriores para reprimir a falsidade no caso de ser esta reconhecida só depois deles expirarem-»

«Negar-se-á também a ação criminal, e o direito a satisfação do dano, ou sustentar-se-á sentenças entre si contraditórias?»

Terceiro, «o caso de produzir a parte, depois de extintos os recursos, documentos preexistentes, mas não conhecidos, ou ocultados pela parte contrária, e tais que destruam completamente a prova em que a sentença fundou-se». Este caso está na mesma condição da hipótese anterior.

Glosando-o, acentua que «se havia uma impossibilidade de a parte prejudicada em produzir antes esses documentos, ou a málicia de seu adversário em ocultá-los, como a justiça dos homens há de decre-

tar que ela perca (no original está grafado **perda**) sem culpa sua os seus direitos?"

Quarto, "finalmente, quando a parte condenada sem ter sido ouvida, provar que houve falta, ou falsidade da primeira citação". "Como sustentar a pesar disso o julgado?"

Com relação a cada um desses quatro casos Pimenta Bueno indicou com pertinência os dispositivos das Ordenações que lhes servem de fundamento, bem como as passagens dos livros de Mello Freire e de Pereira e Sousa, que tratam dessas questões.

Ora, escreve como remate de sua argumentação, "se estes casos se acham previstos por nossas leis, se a que instituiu o sistema das revistas não as revogou expressamente, e nem tão pouco virtualmente, pois que não há entre elas incompatibilidade alguma, porque vacilaremos nós outros em dúvida?"

«Se não tivéssemos nessa parte as previsões de nossas Ordenações, deveríamos criar essas preventivas disposições, e tendo-as deveremos anulá-las? Faremos o inverso do que praticam as legislações estrangeiras, que temos referido?» («Formalidades» cit. p. 122)

Os argumentos de Pimenta Bueno jamais foram refutados.

Sua memorável lição se encerra com estas palavras de alta sabedoria, das mais sérias e das mais verdadeiras que a literatura processual brasileira registrou para sempre:

«É sem dúvida de mister consagrar a autoridade da coisa julgada, mas não é menos essencial consagrar o império da verdade e da justiça, quando se patenteia tal que não se pode dele duvidar».

«Nas ciências morais poucas vezes é permitido levar as disposições humanas ao absoluto, sem que se cometam algumas e graves injustiças: convém evitá-las».

De par com a ciência do jurista estas palavras revelam a visão do estadista, que viria a ser um dos maiores do Imperio.

13.2 A controvertida questão continuou a ser discutida com relação ao processo das causas cíveis, uma vez que para as causas comerciais o legislador, em 1850, cortou cerce a dúvida, proibindo a ação rescisória contra sentença proferida em grau de revista.

O Regulamento nº 737, editado para reger o processo das causas comerciais, foi elaborado por uma Comissão de que faziam parte os juristas Caetano Alberto e Carvalho Moreira, tendo sido este último o redator exclusivo do texto definitivo daquele diploma.

A norma do § 4º, do artigo 681 do Regulamento, é, assim, o coroamento legislativo da opinião conhecida e publicada daqueles dois juristas, contrária à admissibilidade da ação rescisória contra sentença proferida em grau de revista.

O Regulamento, porém, era restrito ao processo comercial.

Não faltaram vozes, então, no sentido de propugnar a extensão da norma proibitiva a todas as sentenças proferidas em grau de revista, sob o argumento de ter o direito brasileiro erigido o julgamento da revista pelo Supremo Tribunal em pronunciamento último e definitivo do Poder Judiciário sobre a causa, e, que sendo esse o fundamento da nova norma, sua aplicação não podia ser limitada às causas comerciais.

Nessa linha de raciocínio e com tal finalidade, o conhecido jurista Conselheiro Tristão Alencar Araripe publicou na revista mental «O Direito», em 1875, um artigo doutrinário destinado a demonstrar que a ação rescisória não pode ser indistintamente admitida no processo civil brasileiro, notadamente contra as sentenças a que o Supremo Tribunal negou o Recurso de Revista e contra as que foram proferidas nas Relações revisoras.

Começa o artigo por lembrar que a legislação herdada de Portugal admitia que as sentenças civis, embora passadas em julgado, pudessem ser atacadas em todas as circunstâncias por via de ação rescisória, isto é, facultava o direito de inutilizar uma decisão suprema, não obstante haver esta percorrido todos os trâmites judiciários.

Esta doutrina, acentuou o articulista, tem sido aplicada entre nós sem limitação, «mas julgamos errônea essa aplicação da Lei antiga sem a restrição que lhe impõe a legislação moderna», afirmando enfática e dogmaticamente: «Tenho por certo que no Brasil as sentenças que sofreram revista não podem ser cassadas ou nulificadas por meio de ação rescisória».

Para demonstração de sua tese, desenvolveu cerrada argumentação centrada na natureza do julgamento do Recurso de Revista pelo Supremo, nos dois casos de manifesta nulidade ou injustiça notória da sentença, aduzindo que «admitir que o legislador, concedendo a revista para esse fim, permite que depois as partes continuem a contender sobre esses mesmos vícios, é admitir uma inutilidade, se não uma inépcia da lei.»

Invocando a seguir a situação criada para as causas comerciais, que evidenciava, a seu ver, ser esse, também, o entendimento do Governo, recorreu ao argumento analógico, que apresentou como decisivo. «No Regulamento Comercial de 25 de novembro de 1850, se determina que as causas mercantis julgadas em revista não ficavam sujeitas à ação rescisória».

«Ora, ao poder executivo não cabia por sua própria autoridade revogar as Ordenações citadas».

«Logo quando assim estatuiu foi obrigado pelas disposições do nosso direito novo».

«Se porém o direito novo prevalece para as causas comerciais, deve também prevalecer para as demais causas cíveis».

«A força dispositiva é a mesma quer para uma natureza de causas quer para outra: abrange a ambas». (in «O Direito, Revista Mensal de Legislação e Jurisprudência», 1875, vol. VI p. 150).

13.3 O autor do artigo foi mais tarde Ministro do Supremo Tribunal de Justiça do Império, até sua extinção, e, nos primórdios do regime republicano, viu-se envolvido num incidente deslustrado de sua reputação.

A convite do Marechal Deodoro, de quem era amigo pessoal, substituiu a Ruy Barbosa na pasta da Fazenda do Governo Provisório, e nela permaneceu no governo constitucional do Marechal, até julho de 1891. Não obstante sua condição de Ministro da Fazenda foi incluído na lista dos primeiros 15 Ministros nomeados pelo Marechal, pelo decreto de 12 de novembro de 1890, para o recém criado Supremo Tribunal Federal.

Submetidas as nomeações à aprovação do Senado, como determinava a lei de 11 de outubro de 1890, que criou o Supremo Tribunal Federal, foi lido na sessão secreta do Senado, de 7 de julho de 1891, o parecer da Comissão de Justiça contrário à aprovação dos nomes do Barão de Lucena e de Tristão de Alencar Araripe, «nos quais, por circunstâncias e fatos notórios, a Comissão deixa de reconhecer a precisa idoneidade para o desempenho imparcial e justo dos grandes deveres e atribuições que lhes adviriam de tão elevado encargo». Assinam o parecer os senadores Gomensoro e Amaro Cavalcanti.

Segundo Amaro Cavalcanti, a Comissão impugnou aquelas duas nomeações porque os nomeados «como membros do Governo têm abusado de suas posições políticas e da confiança do Presidente da República, violando acintosa e caprichosamente muitas disposições da Constituição. Quem viola a Constituição não pode ser o guarda vigilante das leis e dos próprios preceitos constitucionais». (Cf. Leda Boechat Rodrigues, «História do Supremo Tribunal Federal», vol. I, 1891-1898, p. 12; Aliomar Baleeiro, «O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido», Forense 1968, p. 22).

As nomeações foram confirmadas, inclusive com o voto favorável de Ruy Barbosa, que, mesmo reconhecendo a incompatibilidade de ser nomeado Ministro do Supremo Tribunal quem na época era Ministro do Governo, e, «reconhecida a incompatibilidade deveríamos agora decretá-la», acabou curvando-se aos «altos sentimentos patrióticos», como declarou da tribuna, pois «em assuntos políticos, as razões devem ceder e curvar-se a altos sentimentos patrióticos, assinalando dia a dia o nosso espírito profundamente pacificador». (in «Obras Completas» vol. XVIII, 1891, tomo I p. 152)

A 8 de janeiro de 1892, o deputado César Zama apresentou à Câmara um projeto de lei eliminando do Supremo Tribunal os nomeados Ministros Barão de Lucena e Alencar Araripe e inabilitando-os para o exercício de qualquer função pública em todo o território nacional. O

projeto foi julgado inconstitucional na sessão de 18 de janeiro e, por 53 contra 50 votos, não objeto de deliberação. Sete dias depois, a 25 de janeiro de 1892 foi publicado o decreto de aposentadoria dos dois ministros. (Leda Boechat Rodrigues, «História» cit. p. 13 nota 12)

Mesmo tendo assinado o termo de posse, na sessão de instalação do Supremo Tribunal Federal de 28 de fevereiro de 1891, o Ministro Alencar Araripe não assumiu efetivamente o cargo e não chegou a desempenhar no Tribunal republicano as funções que desempenhara no seu congêneres do Império.

13.4 A discussão doutrinária em torno da controvertida questão continuou propiciando aos juristas a exposição de suas opiniões, em trabalhos estampados na revista «O Direito», que era na época o veículo especializado na divulgação de toda atividade relacionada com o direito, mediante publicação regular de leis, decretos, avisos, sentenças, acordãos, arrazoados forênses e artigos de doutrina.

Num pequeno artigo intitulado «Ação Rescisória», publicado em 1876, o doutor Francisco Balthazar da Silveira indaga, «que fundamento tem a opinião dos que sustentam que, decidida uma causa em grau de revista, não pode mais ter lugar a ação rescisória?».

Sem o nomear, o escrito era uma resposta crítica à opinião de Alencar Araripe.

Depois de assentar que não adota semelhante opinião, o doutor Balthazar escreve: «Tenho como líquido, certo, que não há disposição legal que tenha acabado a ação rescisória; e bastaria a terminante determinação da Ord. Liv. 3^o Tit. 75 pr. que precisa de especial e clara revogação, para que não mais regule.»

«E se houvesse necessidade de mais força, aí estão os Avisos 61 e 85, de 6 de março e de 2 de abril de 1849. E temos, também, a opinião bem moderna de Pimenta Bueno (hoje Marquez de São Vicente) nas «Nulidades» etc. à 11, 13 e 93, sem que haja necessidade de invocar Mello Freire e outros.»

Em seguida passa a refutar o argumento analógico: «O preceito final do art. 681, do Regulamento nº 737, de 1850, não pode ser trazido para se estabelecer que não há ação rescisória quando a sentença tenha sido proferida em grau de revista, porquanto é determinação especial para o fôro comercial, improrrogável.»

«Pelo contrário, é bem evidente prova de se não achar extinto um tão essencial e extraordinário meio de se desfazer uma sentença nula, iníqua, remédio estabelecido para o uso geral, para as nulidades de todo o fôro.» (in «O Direito», 1876, vol. 9 p. 212)

A tese que acabou sendo acolhida pelo Supremo Tribunal foi, no entanto, a sustentada por Tristão Alencar Araripe.

No princípio por maioria, pois alguns Ministros entendiam serem as normas do Regulamento nº 737 de aplicação restrita ao processo das causas comerciais. Depois, por unanimidade.

No ano de 1878, o Supremo Tribunal enfrentou a questão por duas vezes e proferiu duas decisões, que firmaram a jurisprudência a respeito, assentando o entendimento de que a disposição do § 4º do art. 681 do Reg. nº 737, de 1850, é aplicável tanto às causas comerciais como às causas cíveis, por não conter uma simples fórmula do processo em juízo comercial, mas sim a verdadeira inteligência da lei de 18 de setembro de 1828 e decreto de 10 de dezembro de 1830.

Na primeira decisão, de 24 de agosto de 1878, por maioria, foi concedida a revista por injustiça notória e consequente nulidade manifesta dos acórdãos recorridos, sob o fundamento de que «a ação de nulidade ou rescisória, fundada na Ord. Liv. 3º Tit. 75 pr. não é admissível da sentença de que se tiver manifestado revista, fosse ou não concedida; porque, sendo esta, como aquela, meios ordinários de emendar a nulidade dos julgados por um novo julgamento, é conforme a direito, que a escolha de um prejudique ao outro, e assim expressamente o declara o art. 681, no § 4º, do decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, cuja disposição é aplicável tanto às causas cíveis como às comerciais, por não conter uma simples fórmula do processo em juízo comercial, mas sim a verdadeira inteligência da lei de 18 de setembro de 1828 e decreto de 20 de dezembro de 1830, de acordo com a citada Ord. Liv. 3º Tit. 75, como já propusera o procurador da corôa, no parecer que acompanha o Aviso de 12 de fevereiro de 1841, para evitar as dúvidas que a respeito suscitaram-se e a divergência dos julgados; além de que, onde se dá a mesma razão deve-se dar a mesma disposição de direito, como diz o § 11 da lei de 18 de agosto de 1769.» — votaram vencidos os Ministros Couto, Silveira, Almeida e Travassos (in «O Direito», 1878, vol. 17 p. 712, 713)

Na segunda decisão, de 20 de novembro do mesmo ano, o Supremo Tribunal reiterou o entendimento manifestado no julgamento de 24 de agosto, pelos mesmos fundamentos, mas desta vez por unanimidade de votos.

Como razão de decidir pela concessão da revista, declara o acórdão que “a disposição da Ord. Liv. 3º Tit. 75, que autoriza a ação de nulidade ou rescisória das sentenças de que se tiver ou não apelado, não é aplicável às de que se tiver manifestado revista e se tiver pronunciado este Supremo Tribunal de Justiça sobre sua validade ou nulidade, concedendo ou negando revista, pois, que sendo uma e outra meios ordinários de emendar-se a nulidade por um novo julgamento, é conforme o direito, que o uso de um prejudique o outro, e assim expressamente o declaram os artigos 581 § 2º e 681 § 4º, do Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, cuja doutrina é aplicável tanto às causas cíveis como comerciais, por conter a verdadeira inteligência da lei

de 18 de setembro de 1828 e decreto de 20 de dezembro de 1830, de acordo com a Ord. Liv. 3º Tit. 75 e 87; e porque é princípio consignado na lei de 18 de agosto de 1769, § 11 e outros, que onde se dá a mesma razão deve aplicar-se a mesma disposição de direito.» (in «O Direito», 1879, vol. 18 p. 76, 77))

A jurisprudência do Supremo Tribunal, proclamando que as decisões proferidas em grau de revista não podiam ser revogadas por ação rescisória, qualquer que fosse a natureza da ação, civil ou comercial, representava, embora tardiamente, o acolhimento da doutrina professada por Caetano Alberto e Carvalho Moreira, em 1843 e 1847, respectivamente.

O dispositivo do § 4º, do art. 681 do Regulamento nº 737, vedava a ação rescisória em relação à «sentença proferida em grau de revista», ou seja, à sentença que decidiu sobre a nulidade da sentença recorrida, e que foi objeto do recurso de revista, com a finalidade de tornar definitivo e irrecorrível o julgamento da nulidade arguida.

Os doutrinadores e os Ministros do Supremo não atentaram para a possibilidade de ocorrer uma nulidade em relação ao ato de julgamento da revista, no Supremo Tribunal, ou na Relação revisora, e, então, ser necessária a ação rescisória para reparar a nulidade superviniente em grau de revista, que não se confundia com a nulidade que constituira o fundamento do recurso.

Figure-se a hipótese de suborno de Ministro do Supremo, ou Desembargador da Relação revisora, que tenha julgado a revista com voto vencedor.

A hipótese não é inverosímil. Não é por ter assento nas altas Côrtes de Justiça que o homem se torna imune à corrupção. Nem por ser proferida por Órgão supremo a decisão será escorreita, insuscetível de incorrer em nulidade.

A decisão proferida em grau de revista não pode ser elevada à categoria de absoluta, para não ensejar a consagração de alguma grave injustiça, que convém evitar-se, como sabiamente disse Pimenta Bueno. Seu ensinamento, contudo, só veio a ser atendido na República, quando foi estabelecida a competência da Justiça Federal para julgar as ações rescisórias das decisões do Supremo Tribunal Federal.

14. Com a lei nº 556, de 25 de junho de 1850, foi promulgado o Código Comercial, que atendendo aos reclamos da prestigiosa classe dos comerciantes, se destinava a disciplinar sua atividade lucrativa segundo normas jurídicas adequadas, a exemplo do Código de Comércio francês de 1807.

O Código terminava com um Título Único, subdividido em dois capítulos com 28 artigos. O primeiro Capítulo, «Dos Tribunais e Juízos Comerciais.» artigos 1º a 21; o Segundo, Capítulo «Da Ordem do juízo nas Causas Comerciais», artigos 22 a 28.

Neste Segundo Capítulo foram estabelecidas as seguintes regras processuais:

«Art. 22. Todas as causas comerciais devem ser propostas, em todos os Juízos e instâncias, breve e sumariamente, de plano e pela verdade sabida, sem que seja necessário guardar estritamente todas as formas ordinárias prescritas para os processos cívics: sendo unicamente indispensável que se guardem as fórmulas e têrmos essenciaes para que as partes possam alegar o seu direito e produzir as suas provas.»

«Art. 23. Não é necessária a conciliação nas causas comerciais que procederem de papéis de crédito comerciais que se acharem endossados, nas em que as partes não podem transigir, nem para os atos de declaração de quebra.»

«Art. 24. Nas causas comerciais só se exige que seja pessoal a primeira citação, e a que deve fazer-se no princípio da execução.»

«Art. 25. Achando-se o réu fora do lugar onde a obrigação foi contraída, poderá ser citado na pessoa de seus mandatários, administradores, feitores e gerentes, nos casos em que a ação derivar de atos praticados pelos mesmos mandatários, administradores, feitores ou gerentes. O mesmo terá lugar a respeito das obrigações contraídas pelos capitães ou mestres de navios, consignatários e sobrecargas, não se achando presente o principal devedor ou obrigado.»

«Art. 26. Não haverá recurso de apelação nas causas comerciais cujo valor não exceder de dois contos de réis.»

«Art. 27. O Governo, além dos regulamentos e instruções de sua competência para a boa execução do Código Commercial, é autorizado para, em um **regulamento adequado**, determinar a ordem do Juízo no processo commercial particular, para a execução do segundo período do art. 1.º e do art. 8.º, tendo em vista as disposições deste Título e as do Código Commercial; e, outrossim, para estabelecer as regras e formalidades que devem seguir-se nos embargos de bens, e na detenção pessoal do devedor que deixa de pagar dívida commercial.»

Mesmo antes de ser promulgado o Código Commercial, o Governo já vinha cuidando da elaboração dos regulamentos adequados, a que se referiu o art. 27.

O Ministro da Justiça, Euzébio de Queiroz Coutinho Mattoso Câmara, em março de 1850, constituiu uma Comissão, por ele presidida, para preparar os regulamentos do Código, em vias de aprovação; integravam-na José Clemente Pereira, José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco Ignacio de Carvalho Moreira, futuro Barão de Penedo, Caetano Alberto Soares e Irineu Evangelista de Sousa, futuro Barão e Visconde de Mauá.

Foram distribuídos os encargos entre os membros da Comissão. Aos três juristas, Nabuco de Araújo, Caetano Alberto e Carvalho Mo-

reira, coube preparar os respectivos trabalhos com relação à matéria contida nas três partes do Código Comercial, de sorte que reunidos formassem um projeto completo de regulamento processual. Do título Único do Código, relativo aos Tribunais e juízes comerciais, incumbiu-se José Clemente Pereira, que redigiu o outro projeto de regulamento.

Todos êsses trabalhos foram submetidos à discussão e, ao cabo de três meses de reuniões consecutivas, a Comissão deu por cumprido o encargo.

Para a redação final, por indicação de Nabuco, foi Carvalho Moreira exclusivamente encarregado dela, convindo, dizia ele, «que fosse um só o redator para haver identidade de linguagem e de estilo na redação.»

Aprovados os dois projetos pelo Governo, foram promulgados pelos Decretos n.ºs. 737 e 738, de 25 de novembro de 1850.

O Regulamento n.º 737 disciplinou o processo das causas comerciais.

14.1. Os juristas que o elaboraram, como não podia deixar de acontecer, em virtude de sua formação cultural, deviam de ter em mente os ensinamentos das doutrinas dos juriconsultos portugueses contemporâneos, não obstante porfiassem por imprimir ao trabalho cunho acentuadamente novo, segundo a técnica legislativa moderna, o que lograram realizar amplamente.

No Regulamento se manteve substancialmente inalterada a estrutura fundamental do processo do direito comum, mas, como disse Liebman, «si formularano le sue regole con grande chiarezza, in brevi e precise disposizioni, secondo la tecnica legislativa moderna.»

A superioridade do sistema processual introduzido por ele sobre o processo tradicional, formalista, complicado e moroso do Livro III das Ordenações, ainda vigente para as causas cíveis, foi desde logo reconhecida e apregoada por todos os juristas.

Com exceção do Código de Processo Civil francês, de 1806, os principais Códigos de Processo promulgados na Europa são posteriores ao Regulamento.

Mas, posto em confronto com o Código Napoleônico que adotara orientação nova «rompendo com as fórmulas tradicionais», o Regulamento não lhe fica a dever muito, quanto à distribuição das matérias, precisão dos conceitos, clareza dos dispositivos e simplificação de atos e termos processuais.

Quanto a ter mantido a estrutura fundamental do processo, segundo os cânones do direito comum, os Códigos de Processo Civil italiano de 1865, o português de 1876 e a «Ley de Enjuiciamiento Civil» espanhola de 1881, também o fizeram com pequenas variações, e so-

mente o Regulamento do processo civil alemão de 1877 apresentou um sistema inteiramente novo, desvinculado do processo do direito comum, mediante a introdução dos princípios da chamada oralidade processual.

Por todos os seus méritos, o Regulamento nº 737 pode ser considerado como o mais alto e mais notável monumento legislativo do Império, porventura o mais notável Código de processo publicado na América no século XIX.

O que, na verdade, se reflete no Regulamento, é «o espírito prudente dos seus autores e o espírito conservador do Governo de então», como foi argutamente observado pelo eminente mestre Frederico Carpenter.

15. Em manifesta coerência com a doutrina sustentada na famosa Memória de 1847, Carvalho Moreira introduziu no Regulamento nº 737 a distinção entre nulidade do processo e nulidade da sentença.

Entre as muitas normas processuais, que concorrem para qualificar aquele Regulamento como o mais aperfeiçoado Código de processo da época, a separação dos motivos de nulidade do processo dos motivos de nulidade da sentença, por suas implicações e benéficas consequências práticas, assinala um marco de progresso na legislação brasileira como conquista doutrinária no campo do direito processual civil.

Na Parte Terceira, o Título II «Das Nulidades» está dividido em três capítulos: Capítulo I «das nulidades do processo», artigos 672 a 679; Capítulo II «das nulidades da sentença», artigos 680 e 681; Capítulo III «da nulidade dos contratos comerciais», artigos 682 a 694.

A tradicional dicotomia herdada do Direito Lusitano — nulidade manifesta ou injustiça notória — que autorizava a interposição do recurso de revista nas causas cíveis, foi, então, superada nas causas comerciais.

O artigo 667 prescreve, terminantemente, que o «Supremo Tribunal de Justiça só concederá revista por nulidade do processo, ou por nulidade da sentença, nos termos declarados no Título II, Capítulo I — «Das nulidades».

A inovação representou aperfeiçoamento em relação ao recurso de revista, no processo comercial, que, agora, só podia ser interposto com fundamento em algum dos motivos de nulidade expressamente declarados nesses artigos.

Desaparecia, assim, o casuismo que presidia ao cabimento da revista no processo civil, e que fôra minuciosamente catalogado e analisado por Pimenta Bueno.

16. Segundo o disposto no artigo 680, são quatro os motivos que acarretam a nulidade da sentença: 1º, ter sido dada por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado; 2º, ter sido proferida contra expressa disposição da legislação comercial — a ilegalidade da decisão,

e não dos motivos e enunciado dela, constitue esta nulidade; 3º ter sido fundada em instrumentos ou depoimentos julgados falsos em juízo competente; 4º, sendo o processo em que ela foi proferida anulado em razão das nulidades referidas no capítulo antecedente.

Dos quatro motivos de nulidade da sentença, arrolados nesse artigo, o primeiro, na parte concernente à peita ou suborno do juiz, e o terceiro, referente à falsidade da prova em que se fundou a sentença, correspondem ao primeiro e segundo dos quatro casos apontados por Pimenta Bueno, antes da promulgação do Regulamento nº 737, para justificar o prevalecimento da ação de nulidade no direito pátrio, em face da controvérsia que grassava a respeito nos meios jurídicos.

O terceiro caso indicado por Pimenta Bueno, que se refere à «noviter reperta instrumentorum», não foi acolhido no elenco do artigo 680 como motivo de nulidade da sentença.

Carvalho Moreira, atendendo à lição de Sylva, Pereira e Sousa e Lobão, optou por colocar a descoberta de documentos novos como fundamento para os Embargos Infringentes do Julgado, que o Executado podia apresentar na execução da sentença, com suspensão dela (Emmanuelis Gonçalves da Sylva, «Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae», Ulyssipone MDCCXLII, tomus tertio p. 385; JJC Pereira e Sousa, «Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,» Lisboa 1825, tomo 3º, § CCCXLVI nota 881; Manoel de Almeida e Souza de Lobão, Segundas Linhas sobre o Processo Civil», Lisboa 1817, 1ª parte, p. 484 nº 6 e «Tratado Enciclopédico, Prático e Crítico, sobre as Execuções que procedem por Sentenças», Lisboa 1817, §§ 215 e 218).

Em consonância com o ensinamento desses autores portugueses, que gozavam de merecido prestígio entre os juristas brasileiros, Carvalho Moreira introduziu, no Capítulo «Dos Embargos do Executado», as seguintes regras: artigo 577, «são admissíveis na execução, com suspensão dela, e propostos conjuntamente nos seis dias seguintes à penhora, os embargos:... § 8º, «Infringentes do julgado com prova incontinenti do prejuizo, sendo opostos»:.. nº 3, «Pelo executado, oferecendo documentos obtidos depois da sentença».

Artigo 579, «São admissíveis na execução das ações reais os seguintes embargos»:... § 4º, «Infringentes do julgado com prova produzida incontinenti, sendo opostas»:... nº 3, «Pelo executado com documentos havidos depois da sentença».

O segundo motivo de nulidade da sentença, previsto no artigo 680, reproduziu no âmbito do processo comercial a velha norma das Ordenações do Livro Terceiro, Título 75, a propósito da sentença dada contra **direito expresso**.

O quarto motivo, finalmente, era uma consequência normal e necessária, que decorria do fato de ter sido anulado o processo em que fora proferida a sentença.

Pimenta Bueno arrolara «a falta ou falsidade da primeira citação» como o quarto caso de nulidade da sentença.

No Regulamento, porém, a primeira citação pessoal na causa principal e na execução (Título Único, artigo 24) foi considerada como termo essencial do processo comercial (artigo 673, § 2º), cuja falta importa em nulidade do processo (artigo 672, § 2º), o que é mais adequado.

A descoberta de documento novo, que no Regulamento foi admitida como fundamento para os Embargos Intrínsecos do Julgado, oponíveis pelo executado na execução da sentença, persistiu com essa finalidade no regime seguinte, dos Códigos de Processo estaduais (Santa Catarina, art. 1.808, VII, b; Paraná, art. 662, nº 3, b; São Paulo, art. 1.056, nº 11; Minas Gerais, art. 1.400, nº 3; Bahia, art. 1.192, nº 4, c; Pernambuco, art. 1.393, nº 5, b), sendo que os Códigos do Ceará, art. 1.303, nº IV, e de Pernambuco, art. 173, nº 6, acolheram o princípio da «noviter reperta instrumentorum» como motivo autônomo de nulidade da sentença, a ser arguido em ação rescisória, segundo o pronunciamento doutrinário de Pimenta Bueno.

17. Depois de ter indicado no artigo 680 os quatro motivos de nulidade da sentença, o Regulamento dispõe, no artigo 681, que a sentença pode ser anulada mediante o emprego dos meios especificados nos seus quatro parágrafos, que são os seguintes: § 1º, apelação; § 2º, revista; § 3º, embargos à execução; § 4º, a ação rescisória, não sendo a sentença proferida em grau de revista.

Os meios de impugnação da sentença nula estão designados numa sequência escalonada, que abrange os dois recursos específicos contra a sentença de primeira instância (apelação) e contra o acórdão do Tribunal da Relação (revista), que se interpõem antes da decisão transitar em julgado, e os dois remédios especiais admitidos contra a sentença (embargos à execução) e contra o acórdão (ação rescisória), depois da decisão ter transitado em julgado.

Quanto aos dois recursos, apelação e revista, o Regulamento em nada inovou, pois, limitou-se a transladar para o âmbito do processo comercial as normas tradicionais que disciplinam a função processual daqueles meios de impugnação do julgado no processo civil, apenas, com algumas modificações concernentes ao procedimento da apelação (artigos 646 a 661), o que, entretanto, não ocorreu em relação à revista, tendo o artigo 666 estabelecido que «a interposição da revista nas causas comerciais, a remessa dos autos e o julgamento do recurso no Supremo Tribunal serão regulados pelo mesmo modo que nas causas cíveis».

A verdadeira e importante inovação consistiu na introdução da ação rescisória, no processo comercial, como meio autônomo e especial de impugnação da sentença nula, depois dela ter transitado em julgado.

Em face da controvérsia doutrinária sobre a existência, no direito brasileiro, da ação de nulidade em concorrência com o Recurso de Revista, e particularmente, quanto à possibilidade de ser a ação proposta depois do julgamento da revista pelo Supremo Tribunal de Justiça, o emérito redator do Regulamento pôs termo à discussão e resolveu a dúvida, mediante a disposição peremptória do § 4º, do artigo 681, que prescreve a possibilidade de a sentença ser anulada por meio da ação rescisória, «não sendo a sentença proferida em grau de revista».

Com semelhante dispositivo Carvalho Moreira acolheu, em parte, a opinião brilhantemente sustentada por Pimenta Bueno a respeito da necessidade de ser reconhecida a sobrevivência da ação de nulidade no direito brasileiro, agora denominada ação rescisória, mas limitou-a, no sentido de não atingir as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso de Revista nas causas comerciais.

Foi a consagração legislativa da tese propugnada na célebre Memória de 1847 e no Projeto de lei para a reforma do Supremo Tribunal de Justiça, cujo artigo 12 prescrevia ser definitivo o julgamento da revista pelo Supremo e suas decisões irrevogáveis.

Tese eminentemente conservadora, a confirmar a sutil observação do professor Frederico Carpenter sobre o espírito do velho Regulamento.

Na verdade, a despeito da sábia advertência de Pimenta Bueno, com esse dispositivo o julgamento do Supremo Tribunal era alçado à categoria de absoluto.

18. O Regulamento não estabeleceu regras particulares para o processamento da ação rescisória.

Considerada como uma ação comum, não obstante sua finalidade ser o ataque à sentença transitada em julgado, com a função de desconstituir sua eficácia por motivo de nulidade (artigos 680 e 681, § 4º), o processo era o ordinário, segundo o disposto no Título II, «Da Ordem do Juízo», Capítulo IV, «Da ação ordinária e sua proposição», cujo artigo 65 estabelece: «Esta ação é competente em todas as causas para as quais não estiver neste Regulamento determinada alguma ação sumária, especial ou executiva».

Como tal, deve ser proposta no fôro do domicílio do réu, artigo 60, e seguir os trâmites estabelecidos para o processo ordinário, no citado Título II do Regulamento, que a exemplo das Ordenações do Reino (Filipinas, Livro III, Título XX, ainda em vigor e disciplinando o processo civil) ostenta a tradicional epígrafe «Da ordem do juízo», e indica em dispositivos claros, precisos e minuciosos, o procedimento a ser observado na prática dos atos e termos do processo, desde a tentativa da conciliação até a sentença definitiva (artigos 23 a 235).

Contra a sentença cabem os recursos previstos na Parte Terceira, Título I, «Dos recursos»: Capítulo I, «Dos Embargos» artigos 639 a

645; Capítulo II, «Das apelações» artigos 646 a 661, e os Embargos nas Relações artigos 662 a 664; Capítulo III, «Da Revista» artigos 665 a 667; Capítulo IV, «Dos agravos» artigos 668 a 671.

Salvo no caso de julgamento da ação rescisória em grau de revista, nada impede a propositura de uma nova ação rescisória contra a sentença proferida na ação rescisória anterior, desde que tenha se verificado a ocorrência de algum dos motivos de nulidade arrolados no artigo 680.

Nessa hipótese a rescisória só pode versar sobre matéria nova, excluindo-se de seu âmbito tudo que foi objeto de apreciação e julgamento pela sentença proferida na ação rescisória anterior.

A regra proibitiva da ação rescisória contra a sentença (acórdão) proferida em grau de revista, que era restrita às causas comerciais, passou a ser observada nas causas cíveis por força da interpretação analógica firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal, a partir de 1878.

19. Durante quarenta anos (1850 a 1890) coexistiram nas lides forênses, lado a lado, dois sistemas processuais: o velho sistema herdado do Livro Terceiro das Ordenações Filipinas, com as normas específicas do Título XX, a disciplinarem a Ordem do Juízo no processo das causas cíveis, com as modificações introduzidas pela Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, de 29 de novembro de 1832 e pela Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841 e seu Regulamento o Decreto nº 143, de 15 de março de 1842, e o novo sistema instituído pelo Regulamento nº 737, de 1850, para o processo das causas comerciais.

A superioridade do sistema comercial, que Paula Baptista havia demonstrado no «Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial», editado em 1855, era admitida e proclamada por todos que militavam no fôro.

Em 8 de novembro de 1882, o Governo nomeou os juristas Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, Desembargador Olegário Herculano de Aquino e Castro e Deputado Leandro de Chaves Mello Ratisbona para constituírem a Comissão encarregada de organizar um trabalho sobre a administração da justiça e pessoal da magistratura, destinado a servir de base ao Projeto de reforma judiciária que o Governo pretendia submeter à consideração do Poder Legislativo.

Na parte referente ao processo civil, a Comissão limitou-se a propor a substituição do sistema vigente pelo Regulamento Comercial nº 737, que deveria ser aplicado «com as necessárias modificações» (Projeto II, artigo 24, nº 3), refletindo a opinião generalizada dos juristas.

A proposta, contudo, só veio a ser acolhida pelo legislador republicano em 1890.

No que respeita à revogação da sentença por motivo de nulidade, a diferença mais importante entre os dois sistemas residia em que o Recurso de Revista, no processo civil, só era admitido nos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória (Lei de 18 de setembro de 1828, art. 6º) o que impunha aos advogados brasileiros, como já foi dito anteriormente «a ingente tarefa de enquadrar em algum desses dois gêneros os casos ocorrentes na prática, para possibilitar a interposição do recurso», enquanto no processo comercial o recurso só será concedido pelo Supremo Tribunal por nulidade do processo, ou por nulidade da sentença, nos termos declarados no Título II, Capítulo «Das nulidades», (artigo 667) ou seja, naqueles casos taxativamente enunciados.

No processo civil, que continuava regido pelas normas do Livro III, das Ordenações Filipinas, vigia o princípio estabelecido no Título LXXV, que a sentença que é por direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e por tanto não é necessário ser dela apelado.

Princípio tradicional no Direito Lusitano (Afonsinas, Liv. III Tit. LXXVIII, Manuelinas, Liv. III Tit. LX) que não foi revogado pelas leis brasileiras, como Pimenta Bueno demonstrou.

Assim, consoante a expressa determinação daquele Título, «é por Direito a sentença nenhuma, quando é dada sem a parte ser primeiro citada, ou é contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita ou preço que o juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos juizes delegados, alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por juiz incompetente em todo, ou em parte, ou quando foi dada contra direito expresso, assim como se o juiz julgasse diretamente que o menor de quatorze anos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra coisa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso».

Em seguida, no número I, vem consignada a importante norma que a sentença, que de princípio foi nenhuma, por nenhum ato seguinte pode ser confirmada. «E posto que de tal sentença seja apelado, não será por isso feita por Direito valiosa, ainda que a apelação pareça ato aprovativo dela, pelo qual parece o apelante aprovar a tal nulidade; porque pois a sentença de princípio foi nenhuma, já por nenhum ato seguinte pode ser confirmada, salvo por nós de certa ciência, porque o Rei é Lei animada sobre a terra e pode fazer Lei e revogá-la, quando vir que convem fazer-se assim».

É com base nesse princípio fundamental que a doutrina dos juristas lusitanos, a partir de Alvaro Valasco, sustentou a coexistência do remédio ordinário «per viam nullitatis» com o Recurso de Revista contra a sentença eivada de nulidade, o qual podia ser utilizado mesmo depois do julgamento da revista, de que trata o Título XCV, uma vez que a sentença nula nunca transitava em julgado e em todo tempo se pode opor contra ela.

E foi fundado nessa doutrina que Pimenta Bueno defendeu a sobrevivência, no direito brasileiro, da ação de nulidade do julgado, naquelas quatro casos por ele superiormente examinados.

A ação de nulidade da sentença civil devia ser proposta no fóro do domicílio do réu e seguir todos os trâmites traçados para o processo ordinário no Título XX, do Livro III.

O velho sistema processual das Ordenações, do Livro III, foi abolido, nos primórdios do regime republicano, quando o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, do Governo Provisório, mandou observar no processo das causas cíveis em geral o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções, declaradas no seu artigo 1º, que são as seguintes: todas as normas contidas no Título I, no capítulo I do Título II, nos capítulos IV e V do Título IV, nos capítulos II, III e IV e secções I e II do capítulo V do Título VII e no título VIII da primeira parte.

Assim, não têm aplicação no processo civil os artigos 1 a 22 (Título I) que dispõem sobre a conciliação; os artigos 23 a 38 (Título II) que dispõem sobre a conciliação; os artigos 289 a 298 (capítulo IV) que dispõem sobre as soidadas e artigos 299 a 307 (capítulo V) que dispõem sobre seguros todos do Título IV; os artigos 343 a 350 (capítulo II) que dispõem sobre a detenção pessoal, os artigos 351 a 357 (capítulo III) que dispõem sobre a exibição, os artigos 358 e 359 (capítulo IV) que dispõem sobre as vendas judiciais, os artigos 360 a 369 (secção I do capítulo V) e os artigos 370 a 389 (secção II do capítulo V) todos do Título VII; os artigos 411 a 475 (Título VIII, primeira parte) que dispõem sobre o juízo arbitral.

Expurgado dessas normas, que foram consideradas inadequadas para o processo das causas cíveis em geral, o Regulamento tornou-se um verdadeiro Código do Processo Civil que esteve em vigor em todo o país, e, depois da Constituição Federal de 1891, nos Estados, até que fossem promulgados os seus respectivos Códigos de processo. Em alguns Estados, que não chegaram a editar seus Códigos de processo (Alagoas, Amazonas, Goiás e Mato Grosso) o Regulamento teve vigência até a promulgação do Código de Processo Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. (Uma permanência de 89 anos.

Dos Códigos Estaduais que o sucederam, o primeiro, do Rio Grande do Sul, durou 31 anos, e os dois últimos, de São Paulo e da Paraíba, 9 anos, O primeiro Código nacional não passou dos 34 anos. Veremos a quantos chegará o atual, nesta época tomada de incoercível prurido legiferante!

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

Conferência do
Professor Dr. Diogo Freitas do Amaral,
Catedrático de Direito Administrativo da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa, sobre
A Evolução do Direito Administrativo em Portugal
Nos Últimos Dez Anos,
Proferida aos 21 de Agosto de 1985, na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo^(*)

SENHORES PROFESSORES E ESTUDANTES

É com muita honra e com o maior prazer que aqui venho hoje falar-vos sobre a evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos. São várias as razões pelas quais sinto grande júbilo em aqui estar. Em primeiro lugar, por encontrar-me no Brasil, grande País irmão de Portugal, que os portugueses sempre visitam com sentimentos de emoção, de admiração e de respeito. Em segundo lugar, por estar de visita a São Paulo, portentosa Cidade cheia de vida, de progresso, de riqueza e também poderoso centro de criação científica e de irradiação cultural. Finalmente, por ter hoje o privilégio de realizar uma conferência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, a mais antiga e, sem dúvida, a mais prestigiada entre todas as escolas jurídicas do Brasil. Não acrescentarei às razões do meu contentamento o fato de vir abordar aqui um tema de Direito Administrativo, porque seria tautológico ouvirem de um especialista uma declaração de amor à sua especialidade. Agradeço também, de forma particular, as palavras calorosas que o Professor Magano quis ter a bondade de me dirigir.

Falarei, pois, da evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos. Não seguirei o método cronológico, mas tratarei o tema por assuntos. E desdobrarei esta palestra em três partes. Na primeira, referir-me-ei às modificações ocorridas na organização administrativa portuguesa. Na segunda, tratarei das alterações que incidiram sobre a regulamentação jurídica da atividade administrativa. Na terceira, ocupar-me-ei das modificações que tiverem por objeto as garantias dos particulares em face da Administração Pública.

(*) Gravação e transcrição pelo Professor Dr. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Livre-Docente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com revisão do ilustre conferencista.

Acrescento que, durante estas minhas considerações, citarei freqüentes vezes a Constituição portuguesa atual, porque ela é hoje uma das principais, senão a principal fonte do Direito Administrativo português

I

As mutações políticas têm sempre grande repercussão sobre as estruturas da organização administrativa. Foi assim em Portugal, em 1820, quando da nossa Revolução Liberal. Foi assim em 1910, quando da Proclamação da República. Foi assim também em 1974, por ocasião da Revolução de 25 de Abril.

O primeiro ponto que importa aqui sublinhar é o de que, por força da Constituição de 1976, se passou em Portugal de um sistema administrativo bastante centralizado para um sistema amplamente descentralizado. Segundo a Constituição de 1933, que vigorou até à queda do regime anterior, ao Governo competia exercer poderes administrativos sobre o conjunto da Administração Pública e, dentro desta, não se faziam quaisquer distinções, o que tinha sua lógica, pois havia um sistema de facto centralizado. Agora, porém, a Constituição distingue, dentro da Administração Pública, aquilo a que chama **administração direta, administração indireta e administração autônoma**. E a Constituição estabelece que o Governo tem poderes distintos em relação a estas três formas de Administração. O Governo **dirige os** serviços da administração direta, **superintende** na administração indireta e exerce tutela sobre a administração autônoma.

Desde logo resulta deste esquema um princípio de descentralização e uma configuração pluralista de nossa Administração Pública. Em consequência desta estruturação, que é conforme ao Estado democrático, a Constituição dá particular relevo àquilo que chama administração autônoma.

Sem fazer do Estado português um Estado de autonomias, como acontece hoje em dia com a Espanha, não há dúvida de que a nossa Constituição de 1976 marca a passagem de uma Administração centralizada e fortemente hierarquizada para uma Administração Pública descentralizada, com largas zonas de autonomia. Assim, em primeiro lugar, a Constituição prevê e autoriza a existência de **associações públicas**, modalidade que legitima a existência de certas organizações de tipo corporativo, como as ordens profissionais, organismos-base da lavoura, etc.

Em segundo lugar a Constituição constrói o conjunto das autarquias territoriais como um verdadeiro e próprio «poder local». Neste caso, onde o regime anterior nos dera apenas autarquias territoriais sujeitas ao controle político do Estado através da **longa manus** do Governo, que nomeava e demitia livremente os Presidentes das Câmaras (que aqui no Brasil são os Prefeitos), o novo regime veio restabelecer a tradição portuguesa dos magistrados municipais eleitos, verdadeiros representantes das populações locais junto do Poder

central, e não agentes do Poder central junto das comunidades locais. À eleição livre dos corpos administrativos somou-se uma generosa e ousada lei das finanças locais, que reforçou consideravelmente a margem efetiva de auto-administração que beneficia, atualmente, os nossos corpos administrativos. Por outro lado, a revisão constitucional de 1982 foi ainda mais longe — em minha opinião, até, longe demais — ao proscrever quaisquer tipos de tutela de mérito sobre os atos das autarquias locais, que desde então ficaram submetidas apenas a uma mera tutela de legalidade.

Não há dúvida, pois, de que se caminhou muitíssimo, nos últimos dez anos, no sentido da autonomia do poder local. Esta evolução tem, porém, um ponto negro, que é a deficiente forma de organização do sistema de governo das Câmaras Municipais, que repousa sobre um sistema de tipo parlamentar, baseado na coligação forçada de todos os Partidos que recebem votos nas eleições locais, o que redundava numa má articulação entre o Executivo e o Legislativo municipal.

Em terceiro lugar, a Constituição criou, para os Açores e para a Madeira, a figura das **Regiões Autônomas**, pessoas coletivas de direito público com regime político-administrativo especial, incluindo — e este é o ponto mais interessante — poderes legislativos e órgãos de governo próprios. Foi-se, portanto, muito além da mera auto-administração, para consagrar-se, nestes casos, um regime de auto-governo. É uma experiência inovadora, que na generalidade dos aspectos tem sido positiva e que representa uma novidade na História da Administração Pública portuguesa.

Se, no plano da administração autônoma, as alterações introduzidas foram positivas, de modo geral, temos, no entanto, que chamar a atenção para que, no plano da administração direta e indireta do Estado, pouco se fez de inovador nos últimos dez anos. Quase nada se legislou em matéria de administração direta; e a Reforma Administrativa continua à espera de quem quiser meter ombros a tão difícil quanto necessária tarefa.

Quanto aos **institutos públicos** — a que aqui no Brasil se chama regular seu estatuto jurídico, e assistimos a uma proliferação excessiva de «autarquias institucionais» — também nenhuma lei genérica veio do número desses organismos. Todos os meses foram criados uns quantos e hoje temos, nada mais, nada menos, num pequeno País como Portugal, cerca de novecentos organismos autônomos desse tipo, o que é obviamente um exagero.

Porém, a Constituição portuguesa não se contentou em adotar determinadas posições concretas no plano das estruturas administrativas. Ela proclamou também alguns princípios gerais, em matéria de organização administrativa. Esses princípios são os seguintes: princípio da desburocratização, princípio da aproximação dos serviços às populações, princípio da participação dos interessados na gestão da Admi-

nistração Pública, princípio da descentralização e princípio da desconcentração.

Este enunciado não tem apenas caráter programático, pois além de vincular o legislador ordinário a pôr em execução as diretivas que emanam daqueles princípios, ele tem ainda o efeito de tornar inconstitucionais todas as normas da legislação ordinária que porventura contrariem as orientações implícitas em tais princípios. É assim, por exemplo, que, em minha opinião, vários decretos-leis publicados nos últimos anos, em Portugal, que transferem para o Estado determinadas atribuições municipais, são diplomas feridos de inconstitucionalidade material, porque ofendem o princípio da descentralização. O legislador ordinário tem liberdade de avançar mais depressa ou mais devagar no sentido apontado pela Constituição, mas não pode arrepiar caminho e retroceder no sentido oposto.

Manda a verdade que se diga que muito pouco tem sido feito para dar plena execução aos princípios teóricos proclamados desde 1976 em nosso texto constitucional: a desburocratização, ensaiada desde há anos, com êxito, aqui no Brasil, ainda não deu entre nós os primeiros passos; a aproximação dos serviços às populações tem sido praticamente letra morta; a participação dos interessados na gestão da Administração Pública não passa de um ideal distante; enfim, a descentralização e a desconcentração são objetivos para cuja consecução foram nomeadas pelo Governo, há mais de três anos, comissões especializadas que até hoje nada fizeram de positivo.

Podemos, pois, concluir, quanto a esta primeira parte, relativa à organização administrativa portuguesa, que as reformas efetuadas e os princípios gerais proclamados nos últimos dez anos estão certos, mas a distância que falta percorrer para os implantar na prática é enorme.

II

E passo à segunda parte de minha exposição, relativa à atividade administrativa. O domínio das normas aplicáveis à regulamentação da atividade administrativa é sobretudo marcado pelas regras relativas ao ato administrativo. Essa é a figura paradigmática da teoria geral da atividade administrativa. Ora, o Direito Administrativo português evoluiu bastante, nos últimos dez anos, em matéria de ato administrativo.

Desde logo, houve alterações importantes no próprio **conceito de ato administrativo**. Com efeito, o conceito tradicional de ato administrativo, que foi forjado para servir de base à delimitação do objeto do recurso contencioso de anulação (num sistema do tipo francês, como o português), tinha como elemento essencial, entre outros, a prática do ato administrativo por um órgão da Administração. Ficavam, assim, excluídas do conceito todas as decisões, ainda que materialmente

administrativas, tomadas por outros órgãos do Estado que não fossem elementos integrantes da Administração Pública. Assim, por exemplo, os atos praticados em matéria administrativa pelo Presidente da República, pela Assembléia da República, pelos Tribunais Judiciais, pelos presidentes de outros Tribunais, pelo Procurador Geral da República, etc., mesmo que fossem atos materialmente administrativos, não eram organicamente administrativos, não provinham de órgãos da Administração e, por isso, não cabiam no conceito de ato administrativo. Em conseqüência, deles não havia recurso contencioso. Ora, o Estatuto dos Tribunais Administrativos, publicado em 1984, veio expressamente admitir recurso contencioso de todos estes atos, isto é, todos os atos materialmente administrativos, praticados, embora, por órgãos que não sejam órgãos da Administração Pública. É uma questão ainda em aberto saber se estes atos materialmente, mas não organicamente administrativos, são autênticos atos administrativos e se, portanto, foi o próprio conceito de ato administrativo que se alargou, ou se não o são, tendo-se apenas ampliado o âmbito do objeto possível do recurso contencioso de anulação. Pessoalmente, inclino-me para a segunda interpretação, por razões que não vou agora desenvolver; mas é inegável que houve aqui uma alteração importante no nosso sistema, que alargou as garantias da legalidade ao dispor dos cidadãos.

Outra inovação de grande relevo, e mais importante ainda que a anterior, foi o estabelecimento das chamadas **garantias de imparcialidade** da Administração Pública, na prática de atos administrativos e na celebração de contratos por fazer um decreto-lei de 1983. Trata-se de um conjunto de normas do maior significado no combate à corrupção. Segundo essas normas, nenhum órgão ou agente administrativo pode praticar um ato, celebrar um contrato ou intervir num processo, se nele tiver interesse ou quando nele estiver envolvido seu cônjuge, parentes ou afins, sob pena de procedimento disciplinar contra o agente e da invalidade do ato praticado. Já existiam algumas normas dispersas sobre esta matéria no velho Código Administrativo de 1936/40, mas o diploma de 1983 vem agora alargar muito a incidência objetiva e subjetiva dos motivos de escusa e suspeição na atividade administrativa.

Outro capítulo em que as garantias dos particulares, relativas à formação do ato administrativo, eram insuficientes é a do chamado **ato tácito**. Duas eram as principais dificuldades práticas que o regime estabelecido em 1956 levantava sobre esta matéria. Por um lado, os prazos para impugnação do ato tácito eram demasiado curtos — apenas trinta dias em seqüência da produção automática do ato tácito. Por outro lado, a lei considerava que o ato de indeferimento expresso que recaísse sobre um ato de indeferimento tácito se devia considerar ato confirmativo e, portanto, contenciosamente irrecurável. Ora, um decreto-lei publicado em 1977, com o objetivo expresso de reforçar as garantias dos particulares em face da Administração Pública, veio alterar estes dois pontos, na medida em que, por um lado, estabeleceu o prazo de um ano para a impugnação de atos tácitos, e em que, por outro lado, considerou que o ato expresso de indeferimento que porventura recaia

sobre um ato tácito anteriormente produzido não é confirmativo e, portanto, pode ser contenciosamente recorrível. Também aqui, desta maneira, foram consideravelmente alargadas as garantias dos particulares.

Ainda outro ponto importante diz respeito ao chamado **dever de fundamentar** os atos administrativos. O anterior Direito Administrativo português, tal como de resto a generalidade dos sistemas jurídicos europeus, não impunha aos órgãos da Administração Pública, como regra geral, o dever de fundamentarem as suas decisões: essa obrigação só existia nos casos em que a lei especialmente a impusesse. Ora, a ausência de um dever de fundamentar as decisões tomadas pela Administração Pública alarga desmensuradamente o âmbito e a intensidade do poder discricionário da Administração: recusar pura e simplesmente a petição de um particular é fácil; mais difícil e, por vezes, impossível é recusá-la fundamentadamente, isto é, recusá-la dando as razões de facto e de direito que justificam essa recusa. Ora, o mesmo diploma de 1977 a que há pouco me referi veio impor o dever de fundamentar em relação à generalidade dos atos administrativos e, em particular, àqueles que neguem, extingam, restrinjam ou de qualquer modo afetem direitos ou interesses legítimos dos particulares, que impunham ou agravem deveres, encargos ou sanções, que decidam em contrário de pretensão formulada por interessado ou em contrário de parecer, informação ou proposta oficial, e ainda àqueles que decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes ou na interpretação e aplicação de preceitos idênticos. Este dever de fundamentar os atos administrativos, que se aplica tanto aos atos escritos como aos atos praticados sob forma oral, implica que, no cumprimento deste dever, a Administração deve esclarecer concretamente a motivação do ato que praticou. E não pode a motivação ser obscura, contraditória ou insuficiente: a lei exige uma fundamentação clara, coerente e completa. Se ela não o for, o ato estará inquinado por vício de forma, e será anulável.

Finalmente, o artigo 268, nº 2, da Constituição portuguesa veio reforçar a necessidade de **notificação** dos atos administrativos a seus destinatários, desde que não tenham de ser atos oficialmente publicados. O regime é, portanto, o seguinte: ou a lei impõe a obrigação de publicar o ato ou, então, ele só é eficaz em relação aos particulares se estes forem expressamente notificados.

Estas são as mais importantes alterações que foram introduzidas no Direito Administrativo português, nos últimos dez anos, quanto ao regime dos atos administrativos. Outra seria bem necessária e urgente e, aliás, constitucionalmente imposta, mas nem a Assembléia da República, nem os diferentes Governos foram capazes, até hoje, de a pôr cá fora. Refiro-me à publicação de um **Código de Processo Administrativo Gracioso**, ou de Processamento ou Procedimento Administrativo. De facto, há um artigo da nossa Constituição, o artigo 267, nº 4, que estabelece que «o processamento da atividade administrativa será objeto

de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes dissessem respeito. E o artigo 268, nº 1 acrescenta que «os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. Estas disposições constitucionais, porém, têm sido letra morta. É certo que, em 1980, foi elaborado um projeto de Código de Processo Administrativo Gracioso, como o chamamos nós, em Portugal, em cuja revisão tive a honra de participar, e que depois foi divulgado e submetido à discussão pública. Desta discussão pública resultou uma segunda versão, publicada em 1983. De então para cá, porém, nada mais se avançou e as duas versões repousam inertes nas gavetas governamentais. Ora, numa ou noutra das versões, a publicação de um diploma deste tipo é absolutamente indispensável. Só desse modo se passará, verdadeiramente, da Administração Pública burocrática, hierárquica, do tipo quase militar, que o modelo napoleônico nos legou, para uma Administração Pública moderna, participada, democrática, que o 25 de Abril prometeu, mas ainda não cumpriu.

Ainda no domínio da atividade administrativa, a última matéria que se faz mister sublinhar aqui é a dos princípios constitucionais aplicáveis ao exercício do poder administrativo. Quase todos esses princípios, formulados inicialmente pela doutrina e pela jurisprudência, estão hoje consagrados na Constituição portuguesa. Alguns deles são princípios tradicionais, cujo enunciado explícito não traz grande novidade: refiro-me ao princípio da prossecução do interesse público, ao princípio do respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares, e ao princípio da legalidade. Há, contudo, dois outros princípios que nem a doutrina nem a jurisprudência portuguesas tinham ainda acolhido de modo generalizado e que a nossa Constituição veio formular em termos inovadores: o princípio da justiça e o princípio da imparcialidade. A importância especialíssima destes dois princípios reside no facto de que eles consubstanciam limites intrínsecos do poder discricionário da Administração, isto é, são critérios que devem nortear o exercício do poder administrativo e que, quando desrespeitados, geram a ilegalidade do ato administrativo praticado.

Não posso alongar-me aqui demasiado sobre este ponto, mas gostaria de dizer o seguinte. O **princípio da justiça** é entendido, em Portugal, como aquele princípio segundo o qual os órgãos e os agentes da Administração Pública devem atuar com justiça no exercício de suas funções. Desdobra-se em três corolários: o princípio da justiça em sentido estrito, o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade, todos eles expressamente consagrados na Constituição portuguesa. Quanto ao **princípio da imparcialidade**, ele é entendido como o princípio segundo o qual os órgãos e os agentes da Administração Pública devem atuar com imparcialidade no exercício de suas funções. E

desdobra-se também em três corolários: a proibição de favoritismos ou perseguições de natureza política, religiosa ou sindical, a proibição de decidir sobre o assunto em que órgão ou agente administrativo seja interessado e a proibição de tomar parte ou interesse em contratos celebrados com a Administração ou por ela aprovados ou autorizados.

Qual o significado da adoção destes princípios? Durante muito tempo, entendeu-se em Portugal que o único limite intrínseco do poder discricionário da Administração era constituído pelo fim do ato administrativo. O fim era sempre vinculado e o afastamento da Administração, em relação ao fim legal, traduzia-se numa ilegalidade do ato a que chamávamos «desvio de poder». O desvio de poder era, assim, o único vício característico do exercício ilegal do poder discricionário. (Chamo a atenção, entre parênteses, para o fato de que, em Portugal como em França, há um catálogo legal dos vícios do ato administrativo, que constituem outras tantas aberturas do recurso contencioso de anulação). Ora, esta perspectiva, que sumariamente lhes descrevi, sofreu uma alteração radical com a introdução na Constituição dos princípios da justiça e da imparcialidade, porque agora a violação destes princípios, no exercício do poder discricionário, já não constitui matéria de administração pura, mas matéria de administração contenciosa. Já não é assunto que releve da esfera da discricionariedade, mas da esfera da vinculação. Já não traduz má administração, mas ilegalidade. E, assim, o ato administrativo que viole o princípio da justiça é um ato administrativo ilegal; e o mesmo se passa com o ato que viole o princípio da imparcialidade. De modo que o exercício do poder discricionário já pode agora ser fiscalizado contenciosamente e o desvio de poder já não é a única ilegalidade que pode afetar um ato administrativo discricionário. A violação do princípio da justiça ou do princípio da imparcialidade, bem como a violação de qualquer de seus corolários, gera o vício de «violação de lei», distinto do vício de «desvio de poder».

Daqui resulta uma transformação muito importante no Direito Administrativo português. Até agora, analisávamos o ato administrativo em dois hemisférios: o hemisfério da legalidade e o hemisfério do mérito. No primeiro, tratava-se de averiguar da conformidade do ato das leis em vigor; no segundo, de averiguar da justiça e da conveniência do ato praticado. Um ato injusto ou inconveniente não era um ato ilegal; era apenas um ato ferido de um vício de mérito, meramente fiscalizável pelas autoridades da Administração ativa e não pelos Tribunais. Atualmente, por força do princípio da justiça consagrado na Constituição, um ato injusto passou a ser um ato ilegal e, portanto, passou a poder ser contenciosamente impugnável. A injustiça passou a poder ser apreciada e declarada pelos Tribunais Administrativos, constituindo fundamento de anulação do ato por ela inquinado. Quer dizer, em duas palavras, que a justiça transitou do hemisfério do mérito para o hemisfério da ilegalidade.

E isto é uma revolução no mundo jurídico português. Mas é uma revolução que, afinal, tem todo o sentido: quem, melhor que os Tribunais, que são os templos da Justiça, pode apreciar se um ato administrativo é justo ou injusto? Com esta alteração, atingiu-se o ponto mais alto das mutações do Direito Administrativo português, nos últimos dez anos, bem dignas de uma Revolução que se anunciou libertadora e ao serviço do Estado de Direito. A prática jurídica, quer administrativa, quer judicial, ainda não se apercebeu inteiramente desta transformação e do seu alcance profundo, mas é inevitável que, com o tempo, isso acabará por acontecer.

III

Passo agora ao terceiro capítulo desta exposição, relativo às garantias dos particulares.

A primeira alteração que foi introduzida no sistema de garantias dos particulares foi a abolição daquilo a que, na tradição francesa, se chamava, em Portugal, a **garantia administrativa**, que era aquele instituto que fazia depender de autorização hierárquica o procedimento criminal contra qualquer agente administrativo argüido da prática de um crime no exercício de suas funções. Acontecia isto sobretudo no campo da atividade policial. Se um agente da Polícia, no exercício de suas funções, praticava um crime, só podia ser objeto de procedimento criminal se o Governo, através do Ministro do Interior, desse a devida autorização. Este regime levou a alguns abusos e, por isso, logo em seguida ao 25 de Abril, foi eliminada a garantia administrativa. Reação porventura excessiva! A meu ver, teria sido preferível jurisdicionalizar esta garantia administrativa, em vez de a suprimir. A verdade é que foi suprimida.

A segunda inovação a assinalar foi a criação de um órgão chamado **Provedor de Justiça**, que corresponde àquilo que nos países escandinavos se chama o **Ombudsman** — instituição cuja razão de ser originária, como todos sabem, é proporcionar aos cidadãos uma alta autoridade, independente do Poder Executivo, eleita por maioria alargada no Parlamento, que fica habilitada a apreciar as queixas que os cidadãos apresentem contra o funcionamento dos Poderes Públicos, designadamente nos casos de má administração ou de atuação com vícios de mérito, casos esses que, por definição, não podem ser apreciados pelos Tribunais. A idéia, portanto, é a de criar um novo meio de garantia dos particulares, que combine simultaneamente o estatuto de independência e de isenção, próprio dos juizes, com o poder de conhecer do mérito da ação administrativa, característico das autoridades da Administração activa. O Provedor de Justiça foi bem acolhido pelo nosso meio e firmou já a sua autoridade e o seu prestígio na ordem jurídica e na vida pública portuguesa.

Contudo, merece dois reparos, em minha opinião, a organização concreta que as leis e a prática lhe têm vindo a dar. Por um lado,

mercê de grandes atrasos acumulados pelos Tribunais Administrativos, em matéria de recurso contencioso o Provedor de Justiça é constantemente solicitado a apreciar queixas de natureza jurídica e a pronunciar-se sobre questões de legalidade estrita, o que desvirtua o seu objetivo essencial, que não é o de apreciar questões de legalidade, mas sim questões de mérito. Por outro lado, o relatório anual apresentado pelo Provedor de Justiça à Assembléia da República (que é o nome do Parlamento português) não é objeto da atenção e do cuidado que por sua natureza mereceria. Noutros países europeus, como, por exemplo, a Inglaterra, existe uma comissão parlamentar, especialmente encarregada de examinar os relatórios do **Ombudsman**, e a essa comissão são chamadas a depor as autoridades administrativas que não tenham dado seguimento às recomendações do **Ombudsman**: é fácil imaginar a chuva de perguntas, de críticas e de protestos da parte dos Deputados, em relação aos órgãos da Administração que não tenham cumprido as recomendações, e a difícil situação em que esses órgãos ficam colocados perante a comissão parlamentar. Em França, para além de uma comissão parlamentar desse tipo, há um serviço especial, junto do Primeiro Ministro, que tem por missão averiguar, de forma permanente e sistemática, sobre o seguimento dado pelos diferentes Ministérios a recomendações do órgão do mesmo tipo que lá existe e que, em França, se chama **Médiateur**. Ora, em Portugal, não existe nem uma coisa nem outra. Em minha opinião, para se tirar pleno rendimento do Provedor de Justiça, torna-se necessário adotar ambas as soluções — a comissão parlamentar e os serviços de acompanhamento junto do Primeiro Ministro. Só assim se evitará que a Administração ativa se sinta pouco motivada para cumprir as recomendações que lhe são dirigidas pelo Provedor de Justiça; só assim se tirará desta instituição toda a utilidade que ela pode dar.

Enfim, várias e importantes alterações marcaram os últimos dez anos, em Portugal, em matéria de **contencioso administrativo**. Sabem que, em Portugal, existe um contencioso administrativo de tipo francês: há uma jurisdição especializada de Tribunais Administrativos, que são encarregados de apreciar as questões surgidas entre a Administração Pública e os particulares, nomeadamente no tocante à anulação dos atos administrativos ilegais praticados pela Administração Pública. Duas inovações tiveram lugar em 1977, por força daquele diploma de que já falei várias vezes, publicado com o objetivo de reforçar as garantias dos particulares. Uma delas foi uma boa inovação. A outra foi má.

Foi boa a inovação que consistiu em dar nova regulamentação ao problema da **execução das sentenças** proferidas pelos Tribunais Administrativos contra a Administração Pública. Foi traçado novo regime jurídico, em alguns pontos inspirado no Direito Brasileiro. E permitam-me que faça aqui um parênteses de ordem pessoal, para congratular-me com o fato, porque eu tinha estudado algumas particularidades do regime jurídico vigente no Brasil sobre esta matéria, tinha

referido a esse **regime no capítulo** do Direito Comparado da minha dissertação de Doutorado e tive, em 1977, o prazer de verificar que as propostas que fiz, baseadas ou inspiradas no Direito, foram acolhidas pelo legislador português. Refiro-me, designadamente, ao regime jurídico que consiste em atribuir ao Poder Judicial, e não ao Poder Executivo, a responsabilidade pelo pagamento de quantias em dinheiro resultantes de sentenças condenatórias das administração Pública. É uma solução que vem já de há algumas décadas, em diferentes Constituições Brasileiras e que, por essa inspiração, ficou na lei portuguesa redigida da seguinte forma: «No orçamento das pessoas coletivas públicas, será inscrita obrigatoriamente uma dotação destinada ao pagamento de encargos resultantes de sentenças de quaisquer Tribunais. As dotações a que se refere este artigo ficam à ordem do Conselho Superior da Magistratura, que emitirá a favor dos respectivos credores as ordens de pagamento que lhe forem requisitadas pelos tribunais, observando, no caso de insuficiência de verba, e enquanto esta não for devidamente reforçada, a ordem transito em julgado das sentenças».

Só que esta disposição nunca foi cumprida, até hoje: vemos, assim, como as melhores intenções ficam, por vezes, por realizar e como o «Diário da República» não passa, tantas vezes, de um cemitério de ilusões. É, a meu ver, indispensável e urgente tomar providências para que esta disposição legal seja efetivamente cumprida.

Outra inovação foi estabelecida em 1977 e, essa, eu a considero negativa. Tratou-se de instaurar aquilo a que se chama a **reclamação prévia necessária**, como condição de interposição de qualquer recurso contencioso, solução inspirada no Direito alemão e que consiste em estabelecer que, antes de recorrer a Tribunal, o particular deve expor as suas razões de queixa à própria Administração, à própria autoridade que praticou o ato ilegal, e somente após ela reexaminar esse ato é que, então, poderá recorrer a Tribunal no caso de a Administração não ter revogado o ato impugnado. Com esta alteração, pretendeu-se fundamentalmente aliviar o funcionamento dos nossos Tribunais Administrativos, que estão muito sobrecarregados, retendo no crivo da própria Administração ativa os processos que pudessem ser por ela decididos, sem necessidade de julgamento pelo Tribunal. A intenção era boa. Só que não se contou com a má formação de grande parte dos órgãos e agentes da Administração. E o resultado foi que, em grande número de casos, a Administração Pública nem aprecia a reclamação prévia necessária, nem remete o processo ao Tribunal, atrasando assim gravemente, e por vezes mesmo impedindo, o funcionamento da Justiça Administrativa. O que procurava ser uma medida de reforço da garantia dos particulares converteu-se, assim, em poucos anos, numa diminuição de garantias. Toda a doutrina administrativa portuguesa protestou sistemática e vigorosamente contra esta solução. Há dois meses, no dia 16 de julho, tivemos a satisfação de ver publicado um diploma, no **Diário da República**, que finalmente aboliu esta estranha solução e restabeleceu o sistema pelo qual os particulares, quando querem impugnar contenciosamente um ato ilegal, se devem dirigir di-

retamente ao Tribunal competente, sem passar pela via da reclamação prévia necessária, junto da Administração ativa.

Em 1984, o Governo publicou uma profunda **reforma dos Tribunais Administrativos** — reforma positiva, que em muitos pontos veio dar satisfação às reivindicações da doutrina e da jurisprudência, mas que teve também o inconveniente, em minha opinião, de não permitir descongestionar, de maneira eficaz e satisfatória a sobrecarga de trabalho em que se encontram os Tribunais Administrativos portugueses, neste momento. Basta dizer que a situação atual é a de que, no conjunto dos Tribunais Administrativos portugueses, entram anualmente dois mil recursos de anulação e são julgados apenas mil, o que dá idéia do agravamento que anualmente se vai processando no funcionamento da Justiça. Esta reforma que foi feita em 1984 para dar satisfação a esse problema efetivamente não conseguiu resolvê-lo e a acumulação de trabalho, nos Tribunais Administrativos, vai continuar a demorar cada vez mais a realização da justiça na relação entre os cidadãos e a Administração Pública.

É um problema grave, que enfrentamos neste momento, porque a produtividade e a eficiência dos Tribunais Administrativos é uma condição da eficácia das garantias dos particulares em face da Administração Pública, no Estado de Direito. De nada adianta proclamar o Estado de Direito se as garantias jurisdicionais não funcionam plenamente a tempo e hora. De nada serve proclamar a existência de garantias jurisdicionais se os Tribunais encarregados de efetivá-las recebem dois mil processos por ano e julgam anualmente mil processos, apenas. De nada vale proclamar um autêntico contencioso administrativo se os recursos de anulação, que deviam ser decididos num ano ou no máximo em dois, levam quatro, cinco ou seis anos a concluírem-se.

*

* *

E com isto termino. Como não podia deixar de ser, o restabelecimento da democracia em Portugal trouxe consigo vastas e importantes reformas da legislação administrativa, que cobriram todas as áreas do Direito Administrativo — a organização, a atividade, as garantias. Muitos passos de grande significado foram dados em direção ao aperfeiçoamento do Estado de Direito, mas há ainda muito que fazer para atingir os níveis que hoje se praticam em outros países europeus, mais evoluídos nesta matéria, como a França ou a República Federal Alemã.

Há sobretudo que estar atento ao vício caracteristicamente português de **legislar no vácuo**, sem cuidar de assegurar a efetiva execução do Direito legislado. Cria-se um Provedor de Justiça, mas nem a Assembléia da República, nem o Governo, se debruçam sobre os seus relatórios. Generaliza-se a toda a Administração o dever de fundamentar as decisões, mas não se vela pelo cumprimento dessa obriga-

ção. Institui-se um sistema muito avançado de garantia da execução das sentenças dos Tribunais Administrativos, mas não se obriga os Ministros das Finanças a cumprir as normas respectivas. Enfim, procede-se a uma reforma dos Tribunais Administrativos, mas confessa-se, logo à partida, que ela não será eficaz, nem resolverá o problema principal que ditou sua publicação. Isto para já não falar no mau funcionamento da Administração Pública em tantos domínios, bem como na enorme deterioração da qualidade dos serviços que a Administração presta ao público.

Quer dizer: os portugueses, nos últimos dez anos, revelaram-se melhores no Direito Administrativo do que na Ciência da Administração; melhores juristas do que administradores; melhores na teoria do que na prática. O Direito Administrativo evoluiu bem, a Administração Pública e os Tribunais Administrativos evoluíram mal. O Direito Administrativo reforçou as garantias dos particulares, a prática administrativa e judicial manteve-as no nível anterior, quando não as diminuiu efetivamente.

Ora, o Direito não é uma ordem teórica e conceptual, destinada a comtemplar o exercício intelectual de meia dúzia de construtores de sistemas. O Direito é e tem de ser uma ordem normativa da vida prática quotidiana dos cidadãos e das empresas. Se as garantias dos particulares melhoraram muito em teoria, mas foram em muitos aspectos diminuídas na prática, poderemos em consciência dizer que a evolução foi positiva?

A resposta a esta pergunta encontramô-la num autor do Século XVIII, Edmund Burke, que nas suas reflexões sobre a Revolução em França, escreveu a dada altura: «Não posso congratular-me com o estabelecimento da liberdade, senão quando vir o uso que dela for feito. Tenho que suspender o meus parabéns sobre a nova liberdade da França até ser informado sobre o modo como ela for combinada com um bom Governo, com a ordem pública, com a disciplina e a obediência dos Exércitos, com a produção de um rendimento efetivo e bem distribuído, com a moralidade e a religião, com a paz e a ordem, com o civismo e os bons costumes. Todas estas coisas são também, à sua maneira, coisas boas e sem elas a liberdade pode não ser benéfica enquanto dura, e não é provável que dure muito. O efeito da liberdade nos indivíduos consiste em que eles passam a poder fazer o que lhes apraz. É, pois, necessário ver o que é que na realidade lhes apraz, antes de nos arriscarmos a congratulações que depressa podem ter-se tornado em razões de queixa».

Eis o problema essencial da evolução do Direito Administrativo nos últimos dez anos, em Portugal. Analisado no «Diário da República», é motivo de congratulação; examinado na prática quotidiana, é razão de queixa. Converter esta situação e transformar as razões de queixa em motivos de congratulação é o objetivo por que os juristas portugueses terão de lutar nos próximos dez anos.

Processo de Conhecimento e Liberdade^(*)

Cândido R. Dinamarco

Professor de Direito Processual da
Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1. Processo, liberdade e advogado — 2. Primazia cronológica — 3. Estado e poder — 4. O exercício do poder pelo Estado contemporâneo — 5. Jurisdição, ação, defesa e processo — 6. O conteúdo da jurisdição — 7. Cognição e execução — 8. A liberdade através do processo de conhecimento — 9. Escopo específico do processo de conhecimento — 10. Processo de conhecimento e certeza — 11. Objeto do conhecimento — 12. Conhecer — 13. Conhecimento no processo de execução — 14. Conhecimento no processo cautelar — 15. Conhecimento, publicidade, motivação, justiça e liberdade.

1 — Processo, liberdade e advogado

Convidado a discorrer sobre o **processo de conhecimento** perante um auditório de advogados reunidos por iniciativa de sua Ordem, senti que a mais elevada maneira de homenageá-los seria o enquadramento do tema no contexto democrático da defesa da liberdade. Os advogados são perenes defensores da liberdade, em juízo ou fora dele. Foi advogado o tribuno **Cícero**, que soube defender o poeta **Archia** e, em nome das liberdades políticas de sua nação romana, soube também incriminar **Catilina**. Foram os advogados o último bastião da liberdade, no segmento mais negro do longo período de obscurantismo do Estado autoritário brasileiro. E a ordem processual com que lidamos nós juizes e vós advogados e que por vocação é democrática, ao mesmo tempo constitui instrumento de luta pela liberdade e traz ela própria a marca da liberdade, no modo como os seus sujeitos são admitidos a participar.

Falando em processo e em liberdade, estarei falando em advogado e em Ordem dos Advogados do Brasil.

2 — Primazia cronológica

Todo Estado incipiente tem dificuldades para impor-se sobre o individualismo dos seus membros. Assim foi o romano, fonte das nossas instituições jurídicas. E isso concorre para que possamos compreender a prioridade cronológica da jurisdição ante a legislação, entre as ins-

(*) Conferência proferida em ciclo de estudos de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a 18 de agosto de 1982 (Sala do Estudante, Largo de São Francisco). Texto redigido pelo autor, tomando por base o roteiro então seguido. Trabalho destinado em homenagem ao prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

tuições políticas; e da cognição sobre a execução, entre as processuais.

Assim como as entidades supra-estatais de hoje, também o incipiente Estado romano não dispunha de suficiente poder sobre os indivíduos, para impor-lhes com segura imperatividade as disposições de uma legislação integral (a comparação vem de **Calamandrei**). A solução dos conflitos interindividuais por obra do Estado começou, portanto, na fragmentariedade das decisões judiciais, ditadas para casos concretos isolados e sem a menor vocação à generalidade. O extremado culto à livre vontade das pessoas impedia uma ordem jurídica que se impusesse a todos e com caráter permanente. Fora dos limites do **ius civile**, foi mais fácil o exercício do poder através do pretor e dos seus editos: ele prometia «conceder ação» nos casos que especificava num rol (**actio dabo**) e em cada **actio** residia, indiretamente e de forma rudimentar, um direito subjetivo abstratamente instituído.

A jurisdição, naqueles primórdios, limitava-se ao **judicium**, ou seja, ao processo de conhecimento: daí, **jurisdictio**, ou seja, função e atividade voltadas a «dizer o direito». Tanto quanto os organismos internacionais hoje, o Estado romano sentia-se incapaz de impor-se imperativamente na execução, fazendo curvar-se o indivíduo em sua resistência. O próprio processo de conhecimento era feito mediante um contrato entre os litigantes, a **litiscontestatio** (não havia a inevitabilidade do poder estatal, como hoje, em que sequer se pode pensar no processo como contrato, sendo destituída de qualquer função ou significado a «litiscontestação»). A execução era feita de mão própria e somente autorizada pelo pretor romano, na **actio judicati**. A execução pelo Estado seria vista como indevida restrição à liberdade das pessoas.

Essa prioridade do processo de conhecimento sobre os demais e sobre a legislação estatal também é, por certo, fator de grande peso para o extraordinário desenvolvimento de sua teoria, muito à frente do estudo das demais espécies de processos.

3 — Estado e poder

O Estado é o mais qualificado e respeitável pólo de poder na sociedade, se bem não seja o único. Tem-se por **poder** a capacidade de influir nas decisões alheias, ou capacidade de decidir por outrem («poder é também um mecanismo de transmissão de resultados de seleção e até mesmo de obras de seleção produzidas pela decisão»: **Niklas Luhmann**. Na Escola Superior de Guerra, ele é apresentado como: «meios de toda ordem, de que dispõe a nação para a busca do **bem-comum**» (aqui, já está presente uma alusão teleológica ao bem-comum da nação e tem-se em vista o poder **nacional**). É a «capacidade de mandar e ser obedecido». Estando a nação organizada em Estado, boa parte do seu poder é exercida por este, falando-se então em poder estatal. A noção de Estado, aliás, está intimamente ligada à de poder, mesmo porque sem este inexistente aquele.

O Estado não dispõe de poderes, ou «Poderes», mas do **poder**. A sua capacidade de decidir e impor a decisão é uma só, ainda que aplicada no cumprimento de diversas funções e mediante formas diferentes. Sabe-se até que, no Estado contemporâneo, que é **Estado social** e pretenda ser «a providência do seu povo» (**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**), a gama de funções assumidas por ele é muito maior que a do Estado liberal, que deixava fazer em vez de fazer ele próprio, crente de que o mundo assim caminharia por si próprio e sem a sua ajuda («laissez faire, laissez passer et le monde va de lui-même»). Seja lá ou cá, não se pode ter por adequada a «separação de Poderes», ou a «harmonia de Poderes», de que se costuma falar desde os tempos de Montesquieu. Sendo único o poder estatal, o que se vê nas Constituições modernas é somente a **divisão do exercício do poder pelos diversos organismos estatais**: cada «Poder» é um organismo estatal, um conjunto de órgãos voltados precipuamente a determinadas atividades (daí, ser errado dizer que «o Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos»: Const., art. 112; ele é **composto** pelos órgãos que a Constituição indica).

4 — O exercício do poder pelo Estado contemporâneo

Havendo abandonado a teoria dos «fins limitados», o Estado contemporâneo é **welfare State** e vai muito além dos escopos de manter a ordem interna, a segurança externa e as relações internacionais) (**Dalmo A. Dallari**). Assumindo mais responsabilidades em decorrência dos sucessivos movimentos que o abriram à participação de número crescente de pessoas, situadas em estamentos sempre mais diferenciados (Revolução Francesa, revolução industrial, a expansão bombástica da população e dos meios de comunicação de massa, a universalização do voto), o Estado viu-se a braços com atividades muito mais numerosas e urgentes, crescendo com isso o Poder Executivo perante os demais (porque mais ágil e por isso capaz de atender com mais presteza às mutantes e emergentes necessidades da população).

Varia no tempo e lugar a fórmula do equilíbrio político entre o Executivo, assim necessariamente forte, e os demais «Poderes» do Estado. Onde esse fortalecimento funcional do Governo vai ao ponto e se põe em termos de significar afrouxamento das funções exercidas pelo Legislativo e Judiciário, a democracia periga. Sem um eficiente sistema de contenção, fiscalização e controle, o Executivo dá asa à sua natural tendência ao absolutismo. O poder é sedutor.

Ao Judiciário, que não dispõe da espada nem da bolsa e por isso depende em boa medida dos demais, resta sempre o respaldo da força que lhe é conferida pela confiabilidade. É do sentimento comum da nação a inseparabilidade entre as idéias de Estado-de-direito e a de um Judiciário suficientemente forte para conter a expansão dos demais «Poderes», especialmente do Executivo sendo sempre capaz de solucionad adequadamente os conflitos interindividuais, com imparcialidade. No estado-de-direito, os juízes e tribunais emitem comandos ao próprio Executivo e este os acata.

No atual estágio do Estado social, com finalidades bastante amplas e muita responsabilidade assumida perante sua população, as funções instrumentais que ele exerce também se multiplicam. Traçando um quadro dessas funções, temos que elas consistem em:

a) **traçar diretrizes** da vida do próprio Estado e da sua nação, definindo os objetivos aos quais se endereçará o exercício do poder. Tais diretrizes estão expressas fundamentalmente na Carta Política e constituem o arcabouço central de toda a atividade estatal. Definem-se, mediante elas, as instituições **políticas** e o seu modo de ser e o modo como se harmonizam; traçam-se metas **econômicas** e estabelecem-se critérios para a coordenação da vida econômica da nação; opta-se por certos estilos de vida e de cultura, no planejamento **psicossocial** das instituições familiares, educacionais, religiosas; e finalmente estabelecem-se os critérios para a segurança, mediante as diretrizes relacionadas à expressão **militar** do poder;

b) **ditar normas gerais e abstratas**, em atividade normativa que se apóia no juízo valorativo da conduta das pessoas e nas formas de seu relacionamento em sociedade e com o próprio Estado, para com isso disciplinar a cooperação entre elas, com ou sem a participação deste, além de fixar critérios para a solução de conflitos de interesses;

c) **revelar imperativamente**, em casos concretos, a vontade virtualmente contida nessas normas gerais e abstratas, ou seja «aplicar» o direito a situações particularizadas na vida das pessoas e do próprio Estado (o que faz este toda vez que «julga», em face de litígios, seja ao dar resposta a requerimentos que lhe são dirigidos, ao coordenar seu pessoal, etc);

d) **realizar os resultados práticos** decorrentes dos preceitos concretos assim revelados.

Tais atividades do Estado, incluídas no tosco desenho acima, distribuem-se entre os seus três «Poderes», sem que qualquer deles tenha legitimamente a exclusividade de algumas delas. Não é o caso de desenharmos também o quadro da distribuição das funções instrumentais do Estado, pelos seus diversos setores orgânicos («Poderes»). Importa somente colher o campo em que ele atua **sub specie jurisdictionis**, pois o discurso agora consiste no estudo de uma espécie de processo que se faz mediante o exercício da jurisdição.

5 — **Jurisdição, ação, defesa e processo**

Não me animo a buscar a essência da jurisdição, para distingui-la das demais funções do Estado. Não acho, mesmo, que ela seja ontologicamente diversa da legislação e administração, que constituem outras manifestações do poder, o qual é unitário e não comporta divisões ou alusão no plural. A jurisdição não me parece ser **um** poder, mas uma das suas possíveis expressões. O que a distingue é o conjunto das funções que o Estado exerce e que se costumam aglutinar no

conceito de **jurisdição**. **Chiovenda** dá destaque à função jurídica, ao dizer que o escopo «do processo» (ele não falava em escopo da jurisdição) é a atuação da vontade concreta da lei; dava como característica da jurisdição, ainda, o caráter substitutivo em relação às atividades das partes envolvidas, que a ordem jurídica proíbe (autotutela).

Caracteriza-se a jurisdição, também, pela nota de extrema abertura no seu exercício, mediante a cooperação dos sujeitos interessados no resultado final. Essa participação é a essência do princípio do **contraditório**, assegurado constitucionalmente, seja para o processo penal, seja para o civil (embora o art. 153, § 16, da Constituição fale em contraditório na «instrução criminal», sabe-se que ela assim o faz em virtude de determinantes históricas: a nível de teoria geral do processo, percebe-se com clareza que é o princípio em si mesmo que está ali acatado, sendo aplicável sempre que haja o exercício do poder com vistas a uma decisão imperativa ou constringão inevitável). Para o exercício assim equilibrado e controlado da jurisdição é que se tem o concerto de princípios e garantias que se resumem na cláusula **due process of law** e que transparecem no binômio procedimento-contraditório. O processo é procedimento em contraditório e, para ser legítimo o seu resultado, precisa que em cada caso o procedimento seja adequadamente observado e a participação assegurada. O processo é um **microcosmos democrático**, miniatura do Estado orientado pela democracia (e ele é assim, em certa medida, mesmo quando o Estado abandona ou afrouxa os seus compromissos democráticos). Nesse concerto normas, princípios, garantias e instituições, é que ocupam lugar destacado a **ação** e a **defesa**. No processo civil, a ação constitui uma das garantias mais alcandoradas que o Estado concede ao valor liberdade e aos direitos individuais de toda ordem: a inafastabilidade da tutela jurisdicional é a chave da sobrevivência daquela e de todos estes, quando ameaçados ou violados. A defesa, como contraposto negativo da ação, é expressivo penhor da liberdade, especialmente no processo criminal, onde ela há de ser ampla (Const., art. 153, § 15) e é indispensável sob pena de invalidade.

6 — O conteúdo da jurisdição

É usual a preocupação de juristas e politicólogos, na determinação da missão específica e típica de cada um dos «Poderes do Estado». É impossível falar em função típica do Judiciário, pois o que lhe cabe, entre as já lembradas funções instrumentais deste, são tarefas que também os outros exercem. Reconhecidamente, é imperfeita e de valor relativo essa dita «separação de poderes». Sem considerar as atividades puramente administrativas do Poder Judiciário (auto-governo da Magistratura, regimentos internos dos tribunais, etc.) e permanecendo estritamente no campo de suas atividades jurisdicionais, vemos que estas são exercidas com dois endereçamentos, entre aquelas funções instrumentais:

a) revelar imperativamente, em casos concretos, a vontade virtualmente contida nas normas gerais e abstratas integrantes do ordenamento jurídico. Isso os juízes fazem quando julgam; trata-se, portanto, de atividade integrada no conceito de **conhecimento**. Não só os juízes julgam, mas os administradores também; nem o ato de julgar é exclusivo da jurisdição, nem mesmo do Estado (todos julgamos a todo momento, em variadas situações, embora os nossos juízes não sejam dotados de imperatividade e muito menos autoridade de coisa julgada);

b) **realizar os resultados práticos** que correspondem à vontade do direito no caso concreto. Trata-se da **execução**, que será jurisdicional sempre que se tratar de dar efetividade a um direito insatisfeito, à custa do patrimônio do obrigado recalcitrante (mas também fora do âmbito da jurisdição se vê execução na realização de obras e serviços por conta da Administração Pública, que é o próprio Poder **Executivo**).

7 — Cognição e execução

Os povos sempre tiveram bastante cuidado com a execução, desde os albores da sua civilização. Entre os romanos, estava firmemente estabelecida a exigência de prévia cognição, a que se seguiria a **actio iudicati**, observando-se o **tempus iudicati** para ter-se a certeza do inadimplemento. Os germânicos prendiam-se à necessidade de ato voluntário do devedor, declarando aceitar a execução. O título executivo, produto do direito comum italiano (ano 1.000), é a síntese de pensamentos cautelosos com a liberdade do devedor e sua integridade corporal e patrimonial. **Non est inchoandum ab executione**, é regra de liberdade que prevalece absoluta no processo penal dos povos civilizados (inexiste-título executivo extrajudicial em matéria penal, donde **nulla poena sine iudicio**). O processo de conhecimento é pressuposto da execução forçada também no civil, ou pelo menos pode ser instaurado para aferição da legitimidade de constrições ocorridas na execução (embargos do executado ou de terceiro): no Estado-de-direito, são inadmissíveis as transgressões incontroladas e não-fundamentadas à liberdade e ao patrimônio das pessoas.

8 — A liberdade através do processo de conhecimento

Como pressuposto ou meio de controle dos atos de constrição judicial, em si mesmo o processo de conhecimento é instrumento da liberdade. Em matéria criminal, a própria rigorosa e constitucionalmente indispensável anteposição à execução forçada já é um penhor de garantia à liberdade individual. É nesse sentido que o prof. Canuto Mendes de Almeida afirma que o direito processual penal tem o objetivo de assegurar a liberdade do acusado.

Depois, o processo faz-se também sob o signo da liberdade. Seja no civil ou no penal, atuam as partes mediante atos voluntários, no sentido de que os realizam ou deixam de realizar, ou realizam-no mediante o conteúdo preferido, tudo de acordo com sua disposição, vanta-

de, escolha, estratégia. A propositura da ação civil é deixada ao livre jogo de interesses. A oposição da defesa em qualquer processo, idem (sem que a inércia de uma das partes signifique inevitável sucumbência). Assim também a produção de provas ou interposição de recursos (**Couture**). Uma das maiores contribuições trazidas ao direito processual neste século foi a descoberta de que o processo é impulsionado muito mais por **ônus** das partes, do que por deveres a que supostamente ligadas (**Goldschmidt**) —, sendo da essência do ônus a liberdade em cumpri-los ou deixar de fazê-lo, com a consciência da consequência jurídica que virá.

Reduzindo a um quadro exemplificativo o significado do processo de conhecimento perante o valor **liberdade**, chegamos às seguintes proposições:

a) em princípio, **não se executa sem prévia cognição** (salvo a execução civil por título extrajudicial, controlada em sua justiça substancial por outro processo de conhecimento, que são os embargos). Trata-se de garantia oferecida ao acusado ou ao suposto devedor, contra os impulsos e aqodamentos do acusador ou do credor;

b) **o processo de conhecimento não se instaura sem as condições mínimas estabelecidas em lei**. Trata-se dos pressupostos processuais e condições da ação, entre as quais figura a **justa causa**: sem o suficiente grau de plausibilidade, representado por esta (**famus boni juris**), carece de ação o Ministério Público ou o querelante, sendo rejeitada liminarmente a peça acusatória. Diferentemente do que acontece com o processo civil de conhecimento (talvez a diferença seja de grau), a mera pendência do processo criminal é por si mesma muito onerosa, portadora de um constrangimento que o direito só tolera se razoavelmente provável a acusação. O processo crime instaurado sem justa causa é constrangimento ilegal, debelável pela via do **habeas corpus**;

c) **o processo de conhecimento é instrumento para a realização futura de possíveis direitos** (processo civil), seja pela condenação imposta ao réu, seja pela constituição de situações novas, seja mediante a mera declaração de existência ou inexistência de relação jurídica entre as partes. Hoje, a escalada para a ampla abertura do Judiciário é a resposta adequada do sistema jurídico (e jurídico-processual) às exigências políticas do Estado-de-direito, onde não devem ficar resíduos de pretensões inacessíveis à Justiça. A batalha Juizado Especial das Pequenas Causas pela proteção jurisdicional ao meio ambiente no quadro da tutela aos interesses difusos —, eis dois exemplos ilustrativos dessa abertura, que só em clima de culto à liberdade e demais valores fundamentais da nação e do homem poderá ter efetividade;

d) a chamada **«jurisdição constitucional das liberdades», da mesma forma, autoriza o acesso da pessoa à «ordem jurídica justa»,** agora na defesa específica de suas liberdades públicas em face de atos estatais inconvenientes. Na condição de demandante, quem afirma a

existência de atos assim, ou mesmo desvio e abusos de poder (**mandado de segurança**, habeas corpus), será ouvido pelo Poder Judiciário;

e) o resultado do processo de conhecimento é legitimado pela observância de procedimentos preestabelecidos (cfr. Niklas Luhmann, **Legitimação pelo procedimento**). O produto acabado do processo de conhecimento é a sentença de mérito, que como todo provimento estatal (ato imperativo) há de ser gerado mediante a participação dos sujeitos que ficarão depois atingidos por sua eficácia direta (partes). Tal é a essência do princípio do **contraditório**, aplicável a processos de toda espécie (Const., art. 153, § 16: v. supra, n. 5) Essa é uma postura política que se projeta sobre o processo, para a liberdade das partes e mediante as exigências inerentes à cláusula **due process of law** (maculado o procedimento, com prejuízo para a participação, tem-se a invalidade do processo e do seu resultado). Esse aspecto da relevância do processo de conhecimento em face do valor **liberdade** não diz respeito ao réu **ou** ao autor, mas a ambos, pois o contraditório é precisamente a arma da dialética que no processo se desenvolve, mercê dos valores antagônicos que estão à base das pretensões das partes em oposição (no criminal, liberdade pessoal x interesse público).

9 — Escopo específico do processo de conhecimento

É velha em direito processual a polêmica em torno do escopo do processo, ou da jurisdição (e prefiro dizer: das instituições processuais e judiciárias e do próprio direito processual como um todo). Querendo superar a antinomia entre as colocações subjetivas e objetivas (**Zanzucchi**) e mesmo aquela marcadamente jurídica de **Chiovenda**, os alemães modernos vão falando nos escopos de realizar o direito objetivo e tutelar direitos subjetivos (**Habscheid**), ou assim: «garantia jurídica e paz legal, uma ao lado da outra» **Stein- Jonas-Schönke-Pohle**). Não sendo uma estrutura fechada, mas aberta e dependente (**Bobbio, Celso Lafer**), o processo de conhecimento presta-se aos objetivos traçados para a jurisdição e para o direito processual (que é, resumidamente, a disciplina jurídica da jurisdição). Tem, contudo, dentro do sistema processual, o seu papel específico: o de conferir **segurança** às relações jurídicas. Juízo todos fazemos, julgar todos julgamos. Mas julgar com força imperativa é exercício do poder. Com resultado de um procedimento, os julgamentos estatais impõem-se e impõem a sua eficácia na vida das pessoas em relação. Depois, com a coisa julgada material, essa eficácia torna-se imutável e o processo de conhecimento, ao se extinguir, terá deixado no mundo essa marca indelével de sua realização. Também a coisa julgada é um valor protegido constitucionalmente (art. 153, § 3º), porque a segurança nas relações jurídicas é em si mesma um valor a ser mantido na vida social.

10 — Processo de conhecimento e certeza

Ao longo da História, a busca da verdade tem sido incessante nas atividades do homem. Dizem até que todo procedimento visa a ela

(Luhmann). E o movimento iluminista, com o repúdio ao obscurantismo, propôs a iluminação da justiça e da verdade, através da razão. O processo ganhou muito com isso, embora a obsessão pela verdade e a rigorosa exigência da certeza nos julgamentos (sob pena de ter-se por inexistente o fato) tenha sido sempre e seja ainda hoje pretexto para a burocracia e fonte de muitas injustiças: bem pensado, repudiar uma boa probabilidade é o mesmo que aceitar a versão menos provável, só pelo gosto de prestigiar as situações estabelecidas, não-obstante injustas, e reverenciar a máxima **allegatio et non probatio quasi non allegatio**. Ao romper a «tensão entre conhecimento e ignorância» (**Karl Popper**), o juiz chega à certeza quando pode, mas deve contentar-se com a probabilidade quando boa e suficiente para tornar menos sensata a insistência em julgar contra ela. Sendo a certeza a «manifestação subjetiva da verdade» **Sentís Melendo**), é também impossível traçar objetivamente a linha divisória entre ela e a probabilidade. Assim, o conhecimento desenvolvido pelo juiz no processo considera-se satisfatório no momento em que ele se satisfaz, ou seja, quando em seu espírito ele considera definitivamente afastados os «motivos divergentes», inclusive apoiando-se naquilo **quod plerumque fit**.

O ponto extremo da certeza (jurídica) a que se chega no processo é representado pela coisa julgada, que os antigos diziam que **pro veritate habetur**. Sabe-se, porém, que a **res judicata** não corresponde a essa pretendida ficção e «a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença», não fica coberta pela autoridade do julgado: CPC, art. 469, inc. II.

O próprio legislador, aliás, demonstra transigir com o ideal da verdade transparecendo na certeza elevada o grau absoluto: eis as **praesumptiones legis**, fixadas em casos nos quais ele é levado a aceitar a boa probabilidade e dar-lhe tratamento equiparado ou aproximado ao da certeza (presunção absoluta ou relativa, respectivamente).

11 — Objeto do conhecimento

O juiz conhece matéria de fato e de direito, no processo. **Ex facto** oritur jus e em toda causa existe invariavelmente alguma situação concreta da vida, (ou «segmento da História», a ser objeto de valoração à luz das normas abstratas contidas no ordenamento jurídico. Ainda quando o fundamento fático da demanda seja incontroverso e disponível o direito, o raciocínio do juiz caminhará sempre entre o fato alegado e o direito considerado do seu próprio ponto-de-vista (**jura novit curia**). Pontos incontroversos são os que não se erigiram em **questões** e permanecem como **pontos** mesmo, que o juiz levará em conta no seu julgamento. O julgamento, pois, inclui invariavelmente **pontos** de fato e de direito —, às vezes controvertidos e às vezes menos, mas sempre integrantes do processo lógico que ele desenvolverá.

Os pontos sobre que incide o conhecimento do juiz, no processo cognitivo, distribuem-se pelas pontas de um **trinômio** e referem-se ao

mérito (ou seja, à pretensão deduzida em juízo), às condições da ação e aos requisitos de regularidade do processo mesmo (entre eles, os pressupostos processuais).

Tal é pois, o objeto do conhecimento do juiz no processo, que não se confunde com o próprio **objeto do processo** (*Streitgegenstand*, que alguns preferem designar por «objeto litigioso»): este é o mérito, ou seja, a pretensão deduzida pelo autor (e o mérito não se confunde com as **questões** de mérito, ou seja, com os pontos controvertidos referentes à pretensão deduzida). O juiz conhece *ex officio* de pontos às vezes não suscitados pelas partes, além de suscitar ele próprio controvérsias a propósito de pontos que as partes não questionam (as **objeções**, em oposição às **exceções de mérito em sentido estrito**: v. CPC, art. 128, parte final); o objeto do processo ele não pode alterar, nem pode ampliá-lo o réu (salvo reconvenção); mas o réu pode também ampliar o objeto do conhecimento do juiz, alegando fatos novos (art. 326) ou trazendo pontos novos de direito à discussão.

12 — Conhecer

Na busca da verdade e com vistas a formar sua convicção, o juiz abre-se à **instrução** a ser feita segundo as formas que os modelos procedimentais predisõem. **Instruir é preparar** (e não constitui exclusividade do processo de conhecimento). No processo de conhecimento, instruir é preparar o espírito do juiz para julgar (especialmente, para julgar o mérito). As partes instruem e o próprio juiz se instrui.

E instrução não é sinônimo de prova, mas o gênero em que esta está contida como espécie (ou o contexto de atividades entre as quais a atividade probatória se situa). O espírito do juiz é preparado por toda e qualquer informação ou sugestão que lhe chegue, sendo apta a provocar-lhe intuições ou a confirmar hipóteses. Instrução inclui **prova**, quando há fatos duvidosos a esclarecer (questões de fato); e inclui também as **alegações**, com que os patronos das partes examinam o resultado da experiência probatória, propõem interpretação dos textos, confrontam fatos e normas, criticam-se reciprocamente.

E o juiz, em sua atividade cognitiva que só por comodidade e **a posteriori** se pode dizer encaixada nos parâmetros de um **silogismo** (sobre a «gênese lógica da sentença», **Calamandrei**), passa sua mente por um processo que inclui pelo menos quatro fases: a) **interpretar o pedido**, para chegar à essência daquilo que o demandante pretende (fala a lei em interpretação «retritiva», art. 293, mas o correto é entender-se que ela há de ser **estrita**: sem ampliações e sem restrições); b) **levantar os pressupostos de direito material**, ou seja, os pressupostos de fato dos quais a lei faz depender a existência do direito que o autor alega ter; c) **verificar as alegações de fato**, para saber se a causa de pedir inclui os fatos que, segundo a lei material, têm o efeito pretendido pelo autor (porque, não sendo alegados fatos legitimamente relacionados com a pretensão formulada, a demanda é incongruente e

a petição inicial será indeferida por inepta: art. 29a, par. ún., inc. II); d) **indagar se estão comprovadas as alegações de fato.** É compreensível que esse iter lógico fique bastante simplificado na maioria dos casos, máxime quando o juiz tem familiaridade com a matéria em causa obrigatoriamente essa a ordem das observações que o juiz faz, porque o conhecimento inclui muito de **intuição** e grande dose de subjetivismo e métodos pessoais. Como mero traçado dos pontos pelos quais o conhecimento em princípio passa, é significativo e fiel essa acima descrito (idéias a partir de Rosenberg). E o conhecimento, com essas características mais ou menos definidas, há de ser visto «como uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada» **Watanabe**).

13 — Conhecimento no processo de execução

O escopo específico da execução civil é muito diferente do de segurança jurídica, que caracteriza a cognição. Quer-se, agora, a **satisfação** dos direitos subjetivos, ou da «vontade concreta da lei» (**Chiovenda**), ou (melhor ainda): **a realização prática do preceito** jurídico-substancial aplicado ao caso concreto. Por isso mesmo é que se diz **execução**, empregando vocábulo que dá a idéia de perseguição do bem devido segundo o direito (**ex + sequor**). Não são atividades que se desenvolvam para conhecer e portanto julgar, mas para aplicar à realidade concreta a **sanção executiva (Liebman)**, a que é um resultado prático.

Isso não significa, porém, que inexistam conhecimento no processo de execução. Não ser um conjunto de atos ordenados com vistas ao conhecimento como resultado não importa em ser uma atividade cega de qualquer tomada de contato com a verdade e priva de toda e qualquer determinação de rumos a seguir. Há seguidas **decisões interlocutórias** no processo executivo, as quais se caracterizam como soluções dadas a questões incidentes (CPC, art. 162, § 2º) relativas ao processo mesmo e às condições da ação **Martinetto**). Em suma, o leque do **trinômio** descrito com relação ao processo de conhecimento fica reduzido aqui a um **binômio**, porque as questões atinentes ao mérito (ou seja, à existência ou inexistência do direito do exequente) ficam deslocadas para a sede dos eventuais embargos do executado.

14 — Conhecimento no processo cautelar

Também sem ser um processo «de conhecimento», o cautelar envolve certa medida de busca da verdade, ou seja, certa dose de instrução voltada ao conhecimento. Tratando-se de medidas instrumentalmente preordenadas a um processo ou medida principal (instrumentalidade hipotética: **Calamandrei**), é natural que as cautelares não fiquem cobertas pela autoridade da coisa julgada. «Entre fazer logo porém mal, e fazer bem embora tarde, os provimentos cautelares visam acima de tudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e

do mal, isto é, da justiça intrínseca do julgamento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas formas sossegadas do processo ordinário.» A menor fixidez das medidas cautelares, que se destinam a resolver com urgência situações de urgência e podem ser a qualquer tempo revogadas, sem as peias da coisa julgada (CPC, art. 807), justifica a cognição bem mais superficial que é feita na sua preparação. Basta demonstrar a plausibilidade da situação alegada, ou seja, o *fumus boni juris*, que é expressão de uma probabilidade suficiente. Daí falar-se em «intrusão sumária».

15 — Conhecimento, publicidade, motivação, justiça e liberdade

A onipresença do conhecimento, que faz do juiz perene fiscal dos seus próprios atos antes de praticá-los e impor imperativamente suas decisões e constrações, é o penhor maior da liberdade e da justiça, que o Estado-de-direito oferece aos litigantes. Nem é à-toa que o sistema exige a publicidade dos atos do processo, como garantia política de primeira linha e sólidas raízes históricas (**Robespierre**: «donnez-moi le juge que vou voudrez: partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'import parvu qu'il ne puisse rien faire qu'a la face du public»), impondo ao juiz o dever de fundamentar as decisões de mérito a que o seu livre convencimento o tiver conduzido (CPC, art. 131): nos «motivos» da sentença, está a humildade imposta a quem não decide arbitrariamente segundo critérios próprios, mas decide segundo a lei e os fatos provados, após inteirar-se destes e capacitar-se do significado substancial daquela, tudo nessa atividade que é o conhecimento. Em regime de legalidade, não se aceitaria julgar sem antes bem conhecer. . .

. . . porque, como diria **Canuto Mendes de Almeida**, «primeiro é preciso julgar, para depois condenar».

Bibliografia

(autores referidos e suas obras)

- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de — Teoria geral do processo, n.º ed., S. Paulo, Ed. Rev. Trib., 1986 (em coop.).
- BOBBIO, Norberto — «Teoria sociologica e teoria generale del diritto», in *La sociologia del diritto: un dibattito*, Mileão, Giuffrè, 1974.
- CALAMANDREI, Piero — *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Pádua, Cedam, 1936.
— *Istituzioni di diritto processuale civile*, Pádua, Cedam, 1943.
- CHIOVENDA, Giuseppe — *Principii di diritto processuale civile*, 4.ª ed., Nápoles, Jovene, 1928.
- COUTURE, Eduardo Juan — *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*, Lisboa, Ed. Jornal do foro, 1948.
- DALLARI, Dalmo de Abreu — *Elementos de teoria geral do Estado*, 2.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1973.

- DINAMARCO, Cândido Rangel — *Teoria geral do processo*, 6ª ed., S. Paulo, Ed. Rev. Trib., 1986 (em coop.).
— *Execução civil*, S. Paulo, Ed. Rev. Trib., 1973 (2ª ed. no prelo).
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Curso de direito constitucional*, S. Paulo, Saraiva, 1975.
— «Conjuntura política nacional — o Poder Executivo», Rio, ESG, 1974.
- GOLDSCHMIDT, James — *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1961.
- GRINOVER, Ada Pellegrini — *Teoria geral do processo*, nª ed., S. Paulo, Ed. Rev. Trib., 1986 (em coop.).
- HABSCHIED, Walther J. — «As bases do direito processual civil», in *Rev. proc.*, v. 11-12 (trad. Arruda Alvim).
- LAFER, Celso — *O Brasil e a crise mundial*, S. Paulo, Perspectiva, 1984.
- LUHMANN, Niklas — *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, UnB, 1980 (trad. M.C. Corte Real).
- MARTINETTO, Giuseppe — *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milão, Giuffrè, 1963.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto — *A contrariedade na instrução criminal*, S. Paulo, 1937.
- POPPER, Karl — *Lógica das ciências sociais*, Rio-Bras., Tempo bras.-UnB, 1978.
- ROSENBERG, Leo — *Die Beweislast* (trad. argentina: «La carga de la prueba», Buenos Aires, Ejea, 1956).
- SENTÍS MELENDO, Santiago — *La prueba — los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1978.
- WATANABE, Kazuo — *Contribuição ao estudo da cognição no processo civil*, tese, USP, 1985 (inédita).
- ZANZUCCHI, Marco Tullio — *Diritto processuale civile*, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1964.

“O Professor Universitário - Conferencista e Publicista - Perspectivas e Soluções”^{(*)e(**)}

Fabio Maria de Mathias

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

SUMÁRIO: I — INTRODUÇÃO; II — O PROFESSOR UNIVEBSITARIO COMO CONFERENCISTA; III — DIREITO MORAL DE AUTOR DO PROFESSOR UNIVERSITARIO COMO CONFERENCISTA E ESCRITOR; A) OBRAS ORAIS; B) OBRAS ESCRITAS; IV — DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DO PROFESSOR UNIVERSITARIO COMO CONFERENCISTA E PUBLICISTA: A) OBRAS ORAIS; B) OBRAS ESCRITAS; V — LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR NAS OBRAS ORAIS; VI — LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR NAS OBRAS ESCRITAS; VII — PERSPECTIVAS E SOLUÇÕES.

I — INTRODUÇÃO

O tema da presente palestra não está sistematizado encontrando-se apenas acenos ao Direito de Autor do conferencista e do Professor-publicista tornando-se necessária a análise da atuação do Professor Universitário como conferencista e publicista num aspecto mais amplo, partindo das duas grandes prerrogativas, em que se desenvolve o Direito Moral de Autor e Direito Patrimonial de Autor.

O professor universitário como conferencista, como ministrador de aulas encontrará o conjunto de suas prerrogativas na regulação das obras orais a que se refere o artigo 6º, inciso II e em geral como autor de obra científica a proteção se encontra nos artigos 4º, inciso IV, 29, 30, entre outros da Lei 5.988/73.

Na categoria das obras abrangidas pelo artigo 6º, inciso II — «e outras obras da mesma natureza» — incluímos os cursos ministrados pelos professores universitários.

A proteção à atividade de conferencista ou professor se justifica, pois, como acentuava RENOUARD a palavra é um dos meios de fixa-

(*) Dedico este trabalho ao Professor Doutor CELSO LAFER, Mestre e Amigo.

(**) «O Professor Universitário — Conferencista e Publicista — Perspectivas e Soluções» — Palestra proferida aos 9 de maio de 1984 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Seminário «O ensino universitário e o Direito de Autor», patrocinado pelos, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, IIDA-Instituto Interamericano de Direito de Autor e Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual, no quadro das comemorações do cinquentenário da Universidade de São Paulo.

ção do pensamento sendo certo que a preparação de um discurso ou de uma conferência exige o mesmo trabalho que qualquer obra escrita. (1).

As obras orais muitas vezes, não são materializadas pela escrita, mas, devem, contudo, por ter a mesma natureza que as outras, gozar da mesma proteção. (2). As obras orais e, entre outras, os cursos são obras submetidas ao direito exclusivo do autor.

A palavra é um meio de exprimir o pensamento como a escrita (POUILLET).

Já o professor universitário como publicista encontrará proteção no Direito de Autor com relação às obras escritas e quanto à sua utilização através da reprodução ou mesmo da representação quando se tratar de videogramas ou na transmissão pela radiodifusão do conteúdo da obra.

II — O PROFESSOR UNIVERSITÁRIO COMO CONFERENCISTA

As conferências são protegidas enquadrando-se na categoria das obras orais que abrange, também, as leituras, os discursos, as aulas.

A oralidade da obra — sua comunicação ao público — nada mais é que a sua representação, e, pois, lúdimo exercício de uma prerrogativa autoral, já que o improvisado é a produção no momento de sua criação e gera direitos autorais plenos. (3).

Ao falarmos em conferências referimo-nos à atuação do professor universitário em atividades no âmbito da Universidade e em atividades externas junto à coletividade, o que se revela de modo esporádico.

Mas existe a proteção às obras intelectuais que se concretizam na ministração de aulas, atividade caracterizada pela constância e continuidade.

As obras orais, sejam discursos ou improvisações, são protegidas em benefício de seus autores, estando proibida sua difusão através da reprodução (edição de livros ou, discos, gravações) ou execução pública (radiodifusão direta ou de discos) na medida em que exceda os objetivos do orador. (4).

ETTORE VALERIO E ZARA ALGARDI ensinam que as obras orais se enquadram na categoria das obras literárias porque as aulas dos professores, os discursos, os sermões não poderiam ser catalogados

(1) PAUL OLAGNIER — «Le Droit d'Auteur» tome premier, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934, pág. 27.

(2) NICOLA STOLFI — «La Proprietà Intellettuale», volume primo, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1915, pág. 410.

(3) EDUARDO VIEIRA MANSO — «Direito Autoral», São Paulo, José Bushatsky Editor, 1980, pág. 111.

(4) ISIDRO SATANOVSKY — «Derecho Intellectual», Buenos Aires Editora Argentina, 1954, pág. 173.

diferentemente, pois nelas quase sempre há prevalência de uma manifestação literária.

A lei nº 5.988/73 aceita a distinção entre obras literárias e científicas e no estudo que ora iniciamos trataremos de obras orais científicas.

Ressaltam VALERIO E ALGARDI que as obras orais devem ser consideradas por si mesmas, e não como obras cuja forma é apenas provisória, destinando-se a serem substituídas pela forma escrita. Enquanto, as vezes, a forma oral é efetivamente provisória, outras vezes, ao invés, tem caráter definitivo alcançando sua finalidade com a forma oral ainda que nunca venham a ser publicadas quer pela impressão ou sequer transcritas. Portanto a obra oral deve ser considerada como um modo particular de publicação da obra intelectual. (5).

Mas é necessário salientar que as manifestações orais para serem tuteladas devem preencher sempre os requisitos de obra intelectual, ou seja revelar aquele mínimo de atividade intelectual original e criativa. (6).

Para ALAIN LE TARNEC o autor de uma obra oral deve comprovar um espírito criador semelhante ao de uma obra escrita; a originalidade pode se manifestar na composição ou na expressão de uma obra oral como na de uma obra escrita. (7).

Lembra HENRI DESBOIS que isto é válido tanto para as improvisações como para as obras redigidas com antecipação e pronunciadas tal como são escritas, o mesmo sucedendo com os cursos ministrados pelos professores.

As conferências são protegidas quer seja seu ator um simples particular quer político. Nesta última hipótese as limitações ao seu direito de autor serão mais extensas. (8).

Como vimos na introdução, ao tratarmos do professor universitário como conferencista, incluímos a ministração de cursos aos seus alunos, pois, são frutos de uma pesquisa pessoal, destinados a uma comunicação oral e não podem ser reproduzidos sem a autorização de seu autor, pois, o professor está obrigado ao ensino apenas para o seu público. (9).

Mas há sistemas jurídicos em que as exigências para a atribuição de proteção são maiores. O direito americano para a proteção de

(5) ETTORE VALERIO e ZARA ALGARDI — «Il Diritto d'Autore», Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1943, pág. 26

(6) ETTORE VALERIO e ZARA ALGARDI — ob. cit., pág. 26.

(7) ALAIN LE TARNEC — «Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique», Paris, Librairie Dalloz, 1966, pág. 202.

(8) CLAUDE COLOMBET — «Propriété Littéraire et Artistique», Paris, Dalloz, 1966, págs. 47 e 48.

(9) CLAUDE COLOMBET — ob. cit., pág. 49.

uma conferência exigia que ela se corporificasse num escrito, pois, a proteção pelo Direito de Autor só era outorgada às conferências, sermões, alocuções preparados antes de serem pronunciados. No mesmo sentido o artigo 3º da Convenção de Washington. Orientação idêntica foi adotada no direito inglês ⁽¹⁰⁾.

III — DIREITO MORAL DE AUTOR DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO COMO CONFERENCISTA E ESCRITOR

Neste capítulo há de ser ressaltar um enfoque especial motivado pelas características peculiares da obra oral.

A) OBRAS ORAIS

O professor universitário que ministra uma aula, que profere uma conferência está investido do poder de autorizar ou não a reprodução de sua obra oral, pois, investido nesse poder de autorizar ou não resguardará o seu direito de corrigir as imperfeições na forma e substância que ocorrem na obra oral.

Esta prerrogativa concedida ao autor da obra oral que sua vontade seja violada quando não desejar que ela se submeta a uma publicidade mais ampla da que objetivara. ⁽¹¹⁾.

O fato de o conferencista, do professor se dirigir a um certo público, comunicando-lhe sua obra não implica no entendimento de que a queira colocar em contato com todo público, daí se justificar a necessidade de autorização para a reprodução. ⁽¹²⁾.

É com base no direito moral de autor que o professor universitário pode se opor à divulgação de sua exposição além do círculo das aulas pois julgando seu curso imperfeito, deseja melhorá-lo, atualizá-lo em condições que o satisfaçam.

Todos sabemos da diferença entre a exposição oral — onde as qualidades pedagógicas são primordiais — e a obra escrita. Daí a necessidade de se verificar as fontes de informações, completar as referências a autores, legislação etc., enriquecer e aprofundar uma argumentação ou redigir de forma mais feliz. ⁽¹³⁾.

MICHÈLE SALCZER-SANCHES ressalta a importância da liberdade de que gozam os professores, tanto para com eles como em relação aos próprios alunos. O controle pelo professor da publicação de seu curso permite se evitar a desnaturação de seus fins o que pode-

(10) ANDRÉ FRANÇON — «La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux États Unis», Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1955, pág. 30.

(11) NICOLA STOLFI — *ob. cit.*, pág. 410.

(12) CLAUDE COLOMBET — *ob. cit.*, págs. 47 e 48.

(13) GÉRARD LYON-CAEN — «La publication des cours des professeurs d'Université», em *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, volume LII, págs. 159 e 161.

ria surgir com a simples transcrição do mesmo, por mais fiel que ela seja. Isto porque a forma falada permite variações e retoques e efeitos oratórios que fixados por escrito podem desagradar seu autor. A necessária autorização pelo professor para a divulgação de sua obra — por reprodução ou representação — configura garantia da qualidade do ensino. (14).

Em verdade o direito moral de autor do conferencista, do professor universitário se calça numa triplíce fundamentação constante dos incisos III, IV e V do artigo 25 da Lei nº 5.988.

B) OBRAS ESCRITAS

Com relação ao direito moral de autor do professor universitário como autor de obra escrita está ele protegido pelos vários institutos de que se compõe aquele direito nada havendo de especial a ser ressaltado, não se tendo encontrado nenhum subsídio particular.

Um exemplo pode ser dado da atividade intelectual do professor universitário sem que se refira propriamente à publicação de obra escrita ou aproveitamento de obra oral. É o direito à paternidade de que desfruta o professor universitário quando organiza e dirige uma revista e se configura sua co-autoria.

Outro exemplo encontramos no direito à paternidade quando o professor universitário elabora sumários, índices — remissivos de uma coletânea de artigos, de diplomas legais impondo-se que tal autoria deve ser reconhecida em respeito ao seu direito moral de autor.

É necessário, também, falar do professor universitário como Diretor de Revista: como o direito positivo considera quem organiza e dirige a revista como autor de obra coletiva, está ele investindo do direito de reivindicar a paternidade da obra coletiva e de ser opor, no exercício do direito moral de autor, a qualquer deformação, mutilação ou qualquer modificação que possa atentar à sua honra ou reputação.

IV. DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO COMO CONFERENCISTA E PUBLICISTA

A) OBRAS ORAIS

O autor de obra oral — conferência, aula, curso — está investido da faculdade de publicá-la através da transcrição de improvisações, de leituras e ensinamentos orais, ainda que efetuados em público, o que poderá ser efetuado através da estenografia, da gravação, da fixação material em video-tape, etc.

(14) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — «Le droit d'auteur et les nécessités de l'enseignement», em Revue Internationale du Droit d'Auteur, volume 110, pág. 143.

O Direito de Autor reaparece com suas prerrogativas e o autor-conferencista encontra, como qualquer outro autor, os meios de defender sua obra contra todas as iniciativas tomadas por terceiros (15).

Portanto apenas os autores — como titulares de direitos — podem autorizar sua publicação. Quer a criação seja escrita quer oral somente seu autor poderá dela dispor, e a ele, tão somente, cabe a escolha do processo de reprodução e se a reprodução ou representação se fará a título gratuito ou oneroso.

Mas as conferências não podem ser transcritas em jornais e diários sem a autorização do seu autor vez que a limitação constante do artigo 49, inciso I, letra «c» da Lei número 5.988 refere-se a reprodução «em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza» e devemos distinguir as conferências dos discursos admitindo-se apenas notícias, resumos e quando for o caso da transcrição integral, daquelas quando proferidas em reuniões públicas. (16).

Há distinção entre a conferência, a aula de um professor universitário e as limitações decorrentes do direito à informação a que se subordinam os discursos proferidos em reuniões públicas por certas pessoas.

O professor universitário deverá autorizar a reprodução de sua conferência, de seu curso sem o que haverá violação ao seu direito patrimonial de autor.

Também se submete a mesma regra a transmissão da aula por radiodifusão, fixação material em suporte magnético ou mecânico, etc. (17).

Isso se justifica na defesa do direito de utilização do professor universitário como prerrogativa de seu direito pecuniário de autor.

Passemos à análise da repercussão ocasionada no mundo do direito autoral pelos cursos ministrados pelos professores universitários.

Os cursos ministrados pelos professores universitários são tutelados?

Eles o são sofrendo apenas a limitação prevista no artigo 49, nº IV da lei nº 5.988.

Houve intensa polêmica a respeito.

Alegou-se que os cursos não deveriam ser considerados obra protegida por causa: a) do uso ilimitado que os ouvintes têm sobre as aulas de seus professores; b) da renumeração que percebem do Estado ou de instituições privadas para ministrarem os cursos.

(15) ALAIN LE TARNEC — obra citada, pág. 203.

(16) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO — «Direito Autoral», Rio, Forense, 1980, pág. 257 — nota 8 — onde diz «Por outro lado, sugerem Mouchet - Radaelli, Derechos, que se distingam discursos e conferências, e se exclua a reprodução total destas».

(17) GERAD LYON-CAEN — ob. cit., pág. 159.

NICOLA STOLFI respondia a estas objeções com os seguintes argumentos: a) se é verdade que os alunos podem utilizar dos princípios ensinados pelos mestres não poderão, contudo, especular com base na criação dos professores; b) os professores assumem o compromisso tão somente de ministrar os cursos e não o de publicar suas aulas ou conferências. Isto porque os efeitos dos dois atos são diferentes vez que a aula permanece entre os alunos que a assistem enquanto que sua publicação a divulga no mundo dos estudiosos, proporcionando as idéias manifestadas um caráter mais firme e estável. (18).

Por outro lado a renúncia do professor ao direito de autor sobre suas aulas não beneficiaria o Estado ou a entidade particular da qual ele é professor mas a qualquer especulador que queira aproveitar-se. (19).

Mas a tutelabilidade das aulas, conferências do professor universitário se justifica, pois, o professor no exercício da atividade docente incorre em inexatidões quanto à forma e ao conteúdo que certamente eliminaria se fosse o caso de proceder à sua publicação. Mas, já vimos, esta é uma manifestação do direito moral de autor.

A salvaguarda da precisão do pensamento do professor justifica que não se possa atribuir a qualquer pessoa a faculdade de publicar as aulas mesmo se em forma de apostilas, portanto, para o uso dos discentes. (20).

A jurisprudência francesa a partir de 1828 fixou a tutelabilidade dos cursos dos professores (21) e a evolução jurisprudencial da matéria na França é relatada pelo Professor GÉRARD LYON-CAEN em seu artigo já citado. Decisão do Tribunal de Roma, datada de 15 de abril de 1915, concebeu a proteção nos seguintes termos: «l' autore che rende pubbliche le concezioni del suo ingegno non può reclamare la padronanza se non per la forma esteriore e sensibile con cui le ha estrinsecate, e questa sola può essere suscettiva di tutela giudicizia». (22).

O artigo 3º da lei prussiana de 11 de junho de 1837 qualificava como contrafação a impressão, efetuada sem a devida autorização do autor, dos sermões ou cursos ministrados oralmente ou escritos por um dos ouvintes, quer a publicação tenha ocorrido sob o verdadeiro nome do autor quer a tenha o contrafator feito em seu nome.

A lei inglesa de 9 de setembro de 1935 especialmente dedicada às obras orais dispunha: «Quem, por meio da estenografia, ou por qualquer outra fixação, tenha obtido ou feito uma cópia de obras emitidas oralmente e as tenha publicado ou feito publicar... sem o consentimento do autor, ou de seu titular, e quem tenha com conhecimento vendido,

(18) NICOLA STOLFI — ob. cit., pág. 415.

(19) NICOLA STOLFI — ob. cit., pág. 415.

(20) NICOLA STOLFI — ob. cit., pág. 415.

(21) NICOLA STOLFI — ob. cit., pág. 415, nota 2.

(22) NICOLA STOLFI — ob. cit., pág. 415.

publicado, comercializado, ou feito comercializar esta obra, será passível de confisco dos exemplares impressos e de uma multa de x para cada folha encontrada em seu poder, impressa litografada ou copiada».

Alguns processos em que se discutem os direitos do professor sobre seu curso geraram jurisprudência norte-americana examinada por BARBARA RINGER em artigo denominado «Judicial developments in United States Copy right law (1968-1968)». (23).

A proteção outorgada aos cursos dos professores universitários é matéria insuscetível de discussão.

O argumento de que o professor universitário estaria obrigado à publicação de seu curso em decorrência de sua ligação para com um estabelecimento de ensino quer publico quer privado é unanimemente refulado. Nada impede, contudo, que contratualmente o professor universitário assuma uma tal obrigação.

B) OBRAS ESCRITAS

Os professores universitários por escreverem obras científicas raramente delas tiram um considerável proveito econômico.

Mas a prerrogativa do autor de só ele autorizar a divulgação de resumos de seus cursos, de apostilas calçadas nos mesmos, etc. liga-se ao seu direito patrimonial de autor que poderá ser prejudicado quando desejar publicar seu manual ou tratado sobre a matéria que ele domina e ensina.

Tal cautela é importante até para possibilitar a publicação de sua obra, pois, o editor sabendo que não haverá interesse para a aquisição pelos alunos desinteressar-se-á da publicação obstando a fixação material dos seus conhecimentos do professor o que é indispensável para o professor científico. (24).

Dai a necessidade de se combater a publicação de apostilas por ferir o direito patrimonial de autor quer conseguidas através da fixação material das aulas quer quando apenas extratos, excertos, resumos sejam objeto de publicação, partindo de referidos meios de fixação ou mesmo quando resumos de textos publicados são reproduzidos e distribuídos entre os alunos.

Muitas vezes pensam mascarar a ilicitude com o uso da expressão «sem responsabilidade da ilustre cátedra» na folha de rosto da publicação.

Na análise do direito patrimonial de autor do professor universitário como publicista apontamos um aspecto em que são freqüentes as violações.

(23) Em *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, volume LXVII, janeiro de 1971.

(24) GÉRARD LYON-CAËN — *ob. cit.*, pág. 161.

Não nos cabe um desenvolvimento da matéria, pois, toda a regulação do direito patrimonial de autor, assunto suficientemente consolidado e de caráter irrefutável, se aplica à matéria.

Não poderíamos contudo deixar de acenar para um aspecto prático de muito relevo e que se constitui em constante falta de respeito para com os seus autores — os articulistas — professores universitários.

Artigos em revistas — O professor universitário que fornece um artigo para ser publicado em revista, portanto, em obra coletiva mantém o direito de reproduzi-lo em «*estratti separati*» como obra independente e em volume onde também são aproveitados outros trabalhos seus.

Contudo está obrigado a indicar a obra coletiva em que o artigo foi publicado, com indicação do volume, data da publicação, numeração das páginas, etc.

Por outro lado o professor universitário mantém o direito, salvo pacto em contrário, de reproduzir em outras revistas ou jornais os artigos anteriormente publicados em revistas ou jornais respeitado o que se indicou no parágrafo anterior. (25).

O desrespeito ao direito patrimonial de autor se configura com a habitual, pelo menos entre nós, falta de remuneração quando da publicação de artigos em revistas cabendo ao autor o consolo de ter tido oportunidade de comunicar sua obra com o público.

É bem verdade que com relação a verbetes elaborados para publicação em Enciclopédias Jurídicas tem ocorrido remuneração o que já significa uma reação ao mau hábito vigente.

O professor universitário que enviar artigo para publicação em uma revista sem que tenha sido solicitado não poderá reclamar do editor ou diretor da revista a devolução dos originais ou que o conserve em seus arquivos, pois não existe a obrigação de conservar ou restituir os manuscritos, os originais dos artigos não reproduzidos por não terem sido solicitados. (26).

Tratando-se de artigo para revista ou jornal, se é enviado por pessoa estranha à redação e sem que algo haja sido pactuado a respeito, o autor retoma o direito de dispor livremente quando não tenha recebido notícia da aceitação. (27).

Configurar-se-á, então, uma dupla violação: ao direito moral de autor, porque o professor poderá não desejar nova publicação daquele trabalho por várias razões, como não estar satisfeito com aquela obra

(25) GIUSEPPE PADELLARO — «*Il Diritto d'Autore — la Disciplina Giuridica degli Strumenti di Comunicazione Sociale*», Milano, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi — Società Editrice Libreria, 1972, página 33..

(26) GIUSEPPE PADELLARO — *ob. cit.*, pág. 33.

(27) GIUSEPPE PADELLARO — *ob. cit.*, pág. 32.

intelectual, porque ela perdeu atualidade ou porque ela deva ser retocada para ser atualizada, etc. A infração ao direito patrimonial do autor se caracterizará com a publicação sem sua autorização importando em desrespeito à sua prerrogativa de ser remunerado pela reprodução de seu trabalho.

V — LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR NAS OBRAS ORAIS

Um discurso, uma conferência a despeito de serem protegidos e, portanto, não poderem ser publicados sem autorização do titular de direito, sofrem a limitação consubstanciada no direito de citação.

Os alunos ou ouvintes poderão anotar o pensamento, a idéia externada pelo professor mas não poderão reproduzi-la por qualquer processo que seja, anda que, se destinado a uma clientela restrita. ⁽²⁸⁾.

Com relação aos cursos, o artigo 49, inciso IV da Lei nº 5.988, cria uma limitação aceita nas legislações no sentido de que «o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou «não se configurarem como violações ao direito de autor».

Outra exceção ao direito exclusivo dos autores no que diz respeito à obra oral encontramos nas obras de professores universitários que tenham sido objeto de fixação audiovisuais originariamente destinadas ao ensino e que poderão ser submetidas a limitações ao direito do autor, no que se refere aos países em vias de desenvolvimento, na forma de licenças legais ou obrigatórias de tradução e de reprodução de obras necessárias para o ensino quando não for possível obter licença negociada.

ALAIN LE TARNEC pondera que o ouvinte, o aluno, tem o direito e o dever de fazer anotações da aula, podendo, se o desejar, estenografar todo o curso ministrado. ⁽²⁹⁾.

Mas a obra oral está, em certos casos, muito ligada à atualidade e nesta eventualidade a informação do público exigirá que ela possa ser livremente reproduzida. A proteção de algumas categorias de obras orais é, por vezes, suprimida ou suspensa de modo temporário, em razão da necessidade de informação do público, por ser uma das hipóteses em que o direito de autor deve ceder diante do interesse da coletividade. ⁽³⁰⁾.

Portanto as disposições de Direito de Autor, quer a nível nacional quer a nível convencional, não sacrifiquem aos direitos do público quando estes se apresentam como legítimos.

(28) PIERRE POIRIER — «Le Droit d'Anteur», Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, sem data, págs. 136 e 137.

(29) ALAIN LE TARNEC — *ob. cit.*, pág. 205.

(30) CLAUDE COLOMBET — *ob. cit.*, págs. 47, 48 e 49.

Mas é proibida a utilização coletiva. Na lição de HENRI DESBOIS a exceção se circunscreve ao direito do estudante de efetuar anotações mas «seu direito pára aí», constituindo abuso a distribuição de suas notas. (31). Tratando-se de uma exceção a uma regra de princípio essas regras devem ser interpretadas estritamente e, portanto, o legislador desejou apenas favorecer o usuário individualmente.

O professor se dirige ao público que assiste às aulas, o ensinamento destina-se aos estudantes presentes que as ouvem, estes constituem os usuários e seu direito se localiza tão somente em ouvir e tomar notas. (32).

A difusão do texto do curso às pessoas não presentes à sua ministração violaria esta regra absoluta de que ao autor é proporcionado o direito de explorar sua obra ou de autorizá-la o faça terceiro, e desconheceria a vontade do professor de circunscrever seu ensino aos alunos ouvintes.

Não há que se distinguir — sob o ponto de vista do Direito de Autor — em função do número de público admitido ao curso (seminário com público limitado, curso franqueado ao público). (33).

Interessante que no direito americano só se admite um resumo na imprensa quando se tratar de alocação pronunciada perante o público quando não houver aviso, no local, proibindo tal utilização. (34).

As leis mais recentes tendem a aumentar as limitações ao direito de autor.

A lei peruana no seu artigo 67 não condiciona a utilização para fins de notícia, mas, autoriza que os discursos, as conferências possam publicar-se ou com fins informativos ou para dar conhecimento à coletividade, o que dá a entender que toda a conferência poderá ser reproduzida.

O artigo 40 da Lei de Direito de Autor da Colombia, nº 23, de 28 de janeiro de 1982, estatui que o texto das conferências ou dos cursos pronunciados nos estabelecimentos de ensino superior, secundário ou primário pode ser anotado e recolhido livremente pelos alunos aos quais se destina, mas sua publicação ou reprodução integral ou parcial é proibida sem autorização escrita de quem a pronunciou.

Mas esta lei, no seu artigo 35, permite que as conferências, alocações, sermões e outras da mesma natureza pronunciadas em público possam ser publicadas na imprensa periódica ou radiodifundidas sem autorização sob a forma de notícias de atualidade desde que o autor não tenha reservado expressamente sua titularidade.

(31) ANDRÉ FRANÇON — *ob. cit.*, pág. 151.

(32) HENRI DESBOIS — «*Le Droit d'Auteur en France*», Paris, Dalloz, nº 42, 1966, págs. 54 e 55.

(33) GÉRARD LYON-CAËN — *ob. cit.*, pág. 157.

(34) GÉRARD LYON-CAËN — *ob. cit.*, pág. 159.

A nível de Direito Convencional os discursos, as conferências estão submetidos à limitação que permite sejam feitos resumos, extratos quando isto se impuser por se tratar de assunto de atualidade.

HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON e ANDRÉ KEREVER consideram que a noção de atualidade deve ser entendida num sentido mais extenso: a utilização deve ser justificada pelo escopo de informação a alcançar, quer dizer que o caráter de atualidade não se deve referir ao assunto tratado na conferência, alocação, etc. mas aplicar-se-á própria utilização com o fim de informar o público. Pouco importa que o assunto tratado mergulhe nos séculos passados: é o interesse que a difusão do exposto apresenta que determina sua atualidade e corresponde à condição imposta na alínea 2, in fine, do artigo 10 da Convenção de Berna, a saber «le but d' information à atteindre». (35).

Nesta limitação, tendo em conta a finalidade da imprensa e atendendo à satisfação da informação pública, incluem-se os discursos, as conferências enfim toda comunicação feita oralmente a um público, restrito (caso de conferências ou não). (36).

VI — LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR NAS OBRAS ESCRITAS

A despeito da regra de que o titular da obra intelectual está investido do direito exclusivo de utilizá-la ou autorizar sua utilização encontramos a limitação constante do artigo 49, inciso II da Lei nº 5.988 que interessa ao professor universitário como autor.

Por tal dispositivo legal, não constitui ofensa ao direito do autor a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.

Em seguida examinaremos o perigo de uma interpretação literal desta regra no que concerne à utilização de meios de reprodução da obra como pela reprografia, pois, poderá configurar utilização coletiva na expressão de HENRI DESBOIS.

Outrossim constitui limitação ao direito de autor do professor universitário a prerrogativa reconhecida, pelo artigo 49, inciso III da Lei nº 5.988/73, a terceiro quanto ao exercício do direito de citação permitindo a transcrição em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polémica.

Também concerne ao professor universitário a limitação ao direito de autor prevista no artigo 49, I letra a da Lei nº 5.988/73 não considerando ofensa a «reprodução de trechos de obras já publicadas, ou

(35) HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON e ANDRÉ KEREVER — «Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins», Paris, Dalloz, 1976, pág. 195.

(36) EDUARDO VIEIRA MANSO — ob. cit., pág. 111.

ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja a indicação da origem e do nome do autor.

Algumas outras exceções à regra da exclusividade encontramos em disposições legais limitadoras do exercício dos direitos autorais quando se tratar de obras utilizadas com fins pedagógicos.

Sistema americano —

A lei de Direito de Autor dos Estados Unidos, no seu artigo 107, permite que a reprodução de uma obra intelectual não se submeta ao direito exclusivo quando se tratar de uso legal por se destinar aos fins de ensino inclusive a duplicação para uso em aula que pode consistir em uso legal.

Referida norma legal é aplicada relativamente à reprodução com fins educacionais nos estabelecimentos de ensino sem fins lucrativos para o que se determinou estarem autorizadas apenas reproduções, em número limitado, de obras curtas ou extratos de obras longas, quando o professor não teve tempo suficiente para obtenção de autorização, sem que nenhuma contraprestação esteja prevista.

Certas reproduções em exemplar único efetuados nas bibliotecas estão fora da abrangência do direito de reprodução (artigo 108 da lei americana). Com base nesse dispositivo legal os alunos podem se utilizar da reprografia.

Sistema sueco —

A lei de 1960, modificada em 1973, comporta exceções ao exercício do direito de autor especificamente destinadas ao ensino. O artigo 16 autoriza a reprodução de obras curtas ou extratos de obras longas em coletâneas com caráter pedagógico. Exige contudo que as obras reproduzidas tenham sido publicadas há cinco anos e que não se destinem ao ensino. Tal reprodução é efetuada mediante o pagamento de remuneração. (37).

Sistema alemão.

A lei da República Federal Alemã contém disposições semelhantes às da lei sueca. O artigo 46 está próximo do artigo 16 da lei sueca: diz respeito às reproduções de obras em coletâneas com caráter didático. Há diferenças quanto aos pormenores em relação à lei sueca: pelo artigo 46, alínea 5ª. o autor da obra reproduzida deve ser informado a respeito e poderá se opor à reprodução desde que tenha previamente revogado um direito ao uso que lhe cabia consentir.

(37) MICHELE SALCZER-SANCHEZ — ob. cit., pág. 155.

Discutível inovação se encontra no artigo 62, alínea 4ª ao indicar que se a obra for reproduzida com fundamento no artigo 46 é possível introduzir algumas modificações necessárias à utilização para fins pedagógicos.

O artigo 47 da lei objetiva a reprodução sonora de obras compreendidas em programas de emissões escolares.

As leis suecas e alemã são modelos de legislações que têm em conta as necessidades particulares do ensino, ainda que, limitando o mais possível o risco de prejudicar os autores. Elas apresentam soluções que se situam a meio caminho entre a lei francesa que não dispõe de nenhuma regra específica para o ensino. (38).

A Lei de Barbados, de 22-01-1982 no artigo 24 número 1, letra c) estatui limitação ao direito de autor autorizando a utilização da obra a título de ilustração para o ensino através de publicações, emissões pela radiodifusão ou gravações ou, na medida justificada pelo fim a alcançar, comunicar a obra com escopo de ensino através de emissão de radiodifusão destinada às escolas e universidades, à formação profissional ou à educação pública, desde que a obra se tenha tornado licitamente de conhecimento público. O número 4 do mesmo artigo 24 falando de limitação contida na sua letra g) da alínea 1ª dispõe não se aplicar senão na medida em que a reprodução está descrita e que o número de exemplares fixados não excedam os limites do que é necessário. (39).

As obras dos professores universitários poderão ser objeto de limitações ao direito de autor, no que se refere aos países em vias de desenvolvimento, na forma de licenças obrigatórias ou legais de tradução e de reprodução de obras de que se necessitem para o ensino quando não for possível obter licença negociada.

A Convenção Universal de Direito de Autor regula a matéria no artigo V bis à V quater enquanto que no âmbito da Convenção de Berna consta a regra do artigo III do Anexo.

A Lei-tipo de Tunis, de 1976, também dispõe sobre a utilização de obras com fins pedagógicos.

Com o passar do tempo, novas técnicas de comunicação vão criando limitações ao direito de autor como veremos no capítulo dedicado às perspectivas e soluções.

VII — PERSPECTIVAS E SOLUÇÕES

O Professor Universitário raramente consegue auferir vantagens econômicas de porte, com a reprodução ou representação de suas obras

(38) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 157.

(39) *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, volume 117.

intelectuais. A exceção se apresenta na eventualidade de publicação de textos em forma de manual ou mesmo em forma de tratados.

Um aspecto, entre nós, lamentável é o hábito de não se remunerar pela utilização de artigos para revistas, muitas vezes apenas fornecendo ao autor exemplares do artigo em forma de separata.

A título de homenagem o autor do artigo receberá um exemplar do volume em que seu trabalho foi publicado.

Será oportuno lançar-se um movimento de esclarecimento no sentido de ser valorizado o labor do professor universitário através de pagamento de uma remuneração, ainda que módica, ao seu autor.

Certamente será alegado que essas publicações se ressentem de dificuldades financeiras, que a remuneração é impraticável quando não se afirmar que o professor universitário deve ser grato por ter um veículo por onde se comunicar com o público!

Paralelamente reinvidicar-se o hábito de fornecimento de separatas, eis algo que se impõe.

Mas novos meios de reprodução da obra intelectual têm se configurado como violação ao direito de reprodução do autor, tornando-se difícil o respeito a essa prerrogativa face o argumento da necessidade de acesso às fontes de informação. Enfim o desenvolvimento de técnicas modernas de reprodução de obras gerou novas dificuldades.

Um desses meios é a reprografia que tanto pode ter seu uso enquadrado nas limitações do direito de autor, nos termos do artigo 49, inciso II da Lei nº 5.988, como quando é utilizado com base em tal inciso mas com evidente violação do direito de autor por causa da interpretação extensiva dada à lei de regência.

Em verdade uma forma de utilização é efetivada por um aluno para seu uso pessoal e outra quando dezenas ou centenas de alunos por orientação de seu professor reproduzem textos de autores científicos para seu uso pessoal dispensando deste modo a aquisição de livros em prejuízo do autor e do editor que nada recebeu por esta forma de utilização.

O professor universitário não deverá ser prejudicado em seu direito patrimonial de autor pela necessidade que os alunos têm de acesso aos textos.

Mas a necessária democratização do ensino deveria conduzir, logicamente, à intervenção dos poderes públicos em apoio, auxílio dos estudantes.

Subvencionar os estudantes, permitir-lhes aquisições com tarifa preferencial é algo bem diferente do que expropriar os autores.

Daí ponderar MICHÈLE SALCZER-SANCHES, em resposta ao argumento de que possivelmente uma publicação autorizada custe mais

do que uma reprodução «pirata», que a solução deste problema deve ser encontrada na assunção do custo pelos estabelecimentos de ensino ou por órgão pertinente antes de se desprestigiar os interesses legítimos dos criadores de obras. (40).

Analisaremos o problema surgido com a reprografia em primeiro lugar sob o aspecto dos subsídios fornecidos pela legislação de alguns países (1) para em seguida analisar a matéria sob o ângulo do direito convencional (2):

1 — Com relação à reprodução através de meios mecânicos como a reprografia delineou-se na França uma orientação jurisprudencial no sentido de admitir a reprodução de uma obra para seus alunos e de poder um estudante encomendar cópias de obras para seu uso e ao dos seus colegas de estudos. Porém a orientação doutrinária é no sentido de serem proibidas tais iniciativas.

A verdadeira solução estará no manuseio do direito de autor sem colocar em jogo o princípio do direito exclusivo do autor.

Submeter a utilização das obras com escopo pedagógico a uma licença obrigatória constituiria um rombo nos legítimos direitos dos autores.

Tal opção submeteria à licença legal as obras destinadas ao ensino que raramente são aproveitadas em outros fins.

A orientação correta será permitir o exercício do direito exclusivo através de mecanismos coletivos o que se torna tanto mais realizável se os autores se reunirem em sociedades de defesa de seus direitos que deverão poder negociar, com as autoridades responsáveis da área de estabelecimentos de ensino, contratos em condições vantajosas para todos. (41).

Passemos à análise da regulamentação do uso da reprografia na Suécia e Alemanha onde as respectivas leis de Direito de Autor são silentes a respeito.

Na Suécia o problema do uso abusivo da reprografia com fins pedagógicos encontra solução no campo contratual.

Em 1973 um acordo foi firmado entre as autoridades competentes pelos estabelecimentos de ensino e os organismos representativos dos autores e seus titulares de direitos. (42).

Este acordo foi, posteriormente, renovado com algumas modificações e regula o uso da reprografia nos estabelecimentos de ensino públicos e privados de ensino primário e secundário.

(40) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 143.

(41) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 153.

(42) Consultar a *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, volume LXXX, de abril de 1974.

O sistema adotado permite aos professores de reproduzir obras protegidas sem pedir a autorização de seu autor. (43).

Este sistema, em princípio, apenas se aplica às obras cujos autores estão ligados a uma das entidades signatárias de referido acordo.

Duas hipóteses estão previstas: a) se uma obra é reproduzida em três exemplares ou b) mais do que isso. Na primeira eventualidade, não há direito à remuneração, na segunda situação — mais do que três exemplares, é devida a remuneração.

O número de cópias não deve ultrapassar o que é necessário para atender às necessidades de três turmas de alunos (por volta de cem exemplares).

Diferentes regras visam a colocar a utilização da reprografia numa função de complemento aos meios habituais de ensino.

Os autores associados das entidades encarregadas de administrar seus interesses poderão sempre obstar expressamente a reprodução de uma de suas obras. (44).

A remuneração, calculada com base em pesquisa executada em estabelecimentos de ensino, em função do número de cópias reproduzidas, é transferida a uma entidade de nome — BANUS — que a distribuirá entre as várias associações representantes dos autores.

O sistema estabelecido em 1973 não abrange todos os estabelecimentos de ensino e se aplica tão somente às obras dos membros das entidades signatárias.

Na Suécia, em conclusão, nesta matéria coexistem dois sistemas: o das hipóteses abrangidas pelo sistema estabelecido em 1973 e aquelas eventualidades não vinculadas a acordo e que se enquadram na esfera de abrangência da lei do direito de autor. (45).

O artigo 11 da Lei de Direito de Autor da Suécia ao regular o uso privado da obra intelectual, conforme sua interpretação usual, admite a possibilidade de reprodução de uma obra em número de vinte exemplares, sem que haja necessidade de autorização e de remunerar o autor.

Quanto se tratar de casos regulados pelo acordo referido as regras constantes do artigo 11 são afastadas e será possível reproduzir uma obra em cem exemplares sendo contudo obrigatória a remuneração em se tratando de reprodução acima de três exemplares.

Passemos a analisar a matéria na **República Federal da Alemanha**.

A Corte Federal de Justiça, aos 14 de abril de 1978, decidiu um processo a propósito do uso da reprografia para finalidades educacionais.

(43) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 157.

(44) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, págs. 157 e 159.

(45) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, págs. 159.

Fixou o princípio de que tais reproduções estão submetidas à regra do direito exclusivo a não ser que se enquadrem nas eventualidades previstas nos artigos 53 e 54 da Lei de Direito Autoral da Alemanha que prevêm as limitações para uso pessoal ou interno.

Estatui que a reprodução de uma obra protegida por parte de um professor constitui reprodução **para uso interno** e não reprodução para o uso pessoal de cada aluno.

Só é possível a reprodução a restrito número de exemplares (em número de sete) e não em número de exemplares correspondente ao de alunos. Além de sete exemplars, a reprodução deverá ser mediante remuneração.

A Corte Federal de Justiça ressaltou nesta decisão que quando o legislador desejou tomar em consideração as necessidades do ensino para limitar o exercício do direito de autor o fez de modo expresso, não havendo lugar para criar exceções quando a lei não o prevê. (46).

Precisamos analisar sob o aspecto do Direito Convencional como ficaria a utilização da reprografia com finalidades didáticas.

A Convenção Universal de Direito de Autor permite, com base no artigo IV bis alínea 2ª, que se possa estatuir uma exceção ao direito de autor concernente ao ensino, portanto, neste artigo estará o fundamento para, liberando-se da imperatividade da regra do direito de reprodução, a reprografia ser livremente utilizada para fins pedagógicos, desde que o número das reproduções feitas seja limitado. (47).

Já no que diz respeito à Convenção de Berna o assunto é mais delicado, devendo-se interpretar o artigo 10 alínea 2ª no sentido de que sua abrangência não se deverá estender à reprografia. O artigo 10, alínea 2ª permite a utilização de obras intelectuais no interesse do ensino através de publicações, emissões radiofônicas ou fixações materiais sonoras ou visuais, mas a reprografia não é mencionada no texto e a enumeração sem dúvida alguma é limitativa.

É certo que se desejasse incluir igualmente a reprografia se o teria feito de modo expresso. (48).

Como o artigo 10, alínea 2ª é o único na Convenção de Berna em que se pode fundamentar uma exceção no interesse do ensino e como a reprografia não diz respeito ao texto, conclui-se que as disposições da Convenção de Berna não permitem às legislações nacionais prever um limite ao direito de reprodução para a utilização da reprografia com finalidades pedagógicas. (49).

Aplicado o Direito Convencional ao caso brasileiro, levando-se em conta os termos da lei nacional deve-se concluir da necessidade da re-

(46) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, págs. 159.

(47) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, págs. 171.

(48) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, págs. 171-173.

(49) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 173.

gumentação do uso da reprografia para o que há competência atribuída ao CNDA — Conselho Nacional de Direito Autoral.

Contudo é aconselhável que soluções sejam procuradas no plano contratual com o que se estará evitando a multiplicação de reproduções ilícitas. É preconizada a negociação de acordos entre as autoridades responsáveis pelos estabelecimentos de ensino e os organismos representativos dos autores e seus titulares. Trata-se de sistema semelhante ao instalado na Suécia. (50).

MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ observa que o mesmo tipo de solução foi proposto a nível de Comunidade Européia.

E quanto aos **videogramas**? Os video-discos, video-cassetes ou qualquer suporte material análogo de seqüência de imagens e de sons, utilizados com finalidades didáticas podem enquadrar-se nas limitações ao direito de autor. O artigo 4º, inciso VIII da Lei nº 5.988 fala em videofonograma.

Tal possibilidade se fundamenta, quanto à Convenção Universal de Direito de Autor, no artigo IV bis alínea 2.

Quanto à Convenção de Berna, o artigo 10 alínea 2ª indica que as obras podem ser utilizadas a título de ilustração de ensino através de fixações materiais sonoras ou visuais categoria em que se incluem os videogramas. (51).

É de se ressaltar que as possibilidades oferecidas pelas Convenções Internacionais para a derrogação do Direito de Autor com fundamento em exigências do ensino são relativamente limitadas. (52).

3 — Qual a responsabilidade de um professor universitário quanto à utilização de xerócopias de trabalhos de terceiros para serem distribuídos aos seus alunos como material de apoio?

WILHELM NORDEMANN após esclarecer que toda cópia é em princípio uma contrafação ressalta que o professor que fotocopiar uma balada extraída de uma coletânea de poemas e a distribuir entre seus alunos viola o direito de autor o que de acordo com algumas legislações é objeto de sanção. (53).

Por outro lado, um professor universitário elaborando instrumentos de trabalho partindo de uma obra básica existente obterá uma «criação dependente do original». Portanto o professor que prepara fichas de trabalho objetivando ajudar seus alunos na feitura de seus deveres

(50) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 173.

(51) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 175.

(52) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 175.

(53) WILHELM NORDEMANN — «*Droit d'Auteur et moyens d'enseignement*», Revue Internationale de Droit d'Auteur, volume LXV, julho de 1970, pág. 109. Indica o § 106 da Lei da República Federal da Alemanha, o § 46 da Lei Suíça e o artigo 71 da Lei Francesa de 11 de março de 1957.

partindo de um manual de matemática ou variando os exercícios do livro com o objetivo de aprofundar os conhecimentos de seus alunos, entrega-se a um trabalho proibido pelo direito de autor. (54).

4 — No combate à reprodução ilícita através da reprografia é necessário responsabilizar, condenando a indenizações, quem tendo máquinas xerocopiadoras permitir que terceiros delas se utilizem não para os termos da limitação prevista no artigo 49, inciso II de nossa lei de Direito de Autor, mas, para reproduzirem em muitos exemplares textos de obras protegidas.

Importante precedente jurisprudencial encontramos em acórdão da Corte de Apelação de Paris, 4ª Câmara, datado de 8 de outubro de 1982 em que a empresa exploradora de máquina fotocopiadora foi condenada a indenização por perdas e danos por ter permitido a reprodução em muitos exemplares de um capítulo de obra protegida.

A ação beneficiou a editora cessionária do direito patrimonial de autor e a precedência da ação fortaleceu a atuação do Comitê National pour la prévention des reproductions illicites que recebeu a indenização simbólica de um franco.

Eis um exemplo a ser seguido entre nós.

MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ conclui seu artigo, que é um resumo de sua tese de doutorado, dizendo que a diversidade de possibilidade mostra como é difícil alcançar um justo equilíbrio entre os interesses dos autores ou de seus titulares e os das pessoas que se utilizam das obras de espírito com fins educacionais.

Ressalta que não existe oposição entre a proteção do Direito de Autor e a satisfação das exigências em matéria de ensino.

Ensino e direito de autor são ambos elementos determinantes do desenvolvimento da sociedade.

O equilíbrio entre a proteção dos direitos de autor e a satisfação das exigências do ensino não deve ser encontrado em detrimento de um ou de outro.

É importante ter isto presente no momento em que o interesse geral é invocado para tentar justificar a utilização das obras intelectuais em detrimento dos direitos de seus autores. (55).

5 — Para finalizar: quanto à proteção de obras orais, é chegado o momento de os professores só aceitarem proferir palestras, conferências desde que devidamente remunerados, pois, trata-se de um labor intelectual que merece uma contraprestação a título de direito de autor, que não se destinando a ser reproduzida, radiodifundida, a receber uma

(54) WILHELM NORDEMANN — *ob. cit.*, página 113.

(55) MICHÈLE SALCZER-SANCHEZ — *ob. cit.*, pág. 189.

fixação material, tem o fato gerador no momento em que a obra oral foi comunicada ao público.

Com isso se evitará a conduta adotada por certas instituições universitárias — na denúncia feita pelo poeta, escritor, jornalista e professor DÉCIO PIGNATARI — de que «só convidam» conferencistas se eles proferirem suas palestras gratuitamente. No entanto os próprios diretórios acadêmicos deveriam ser os primeiros a pagar os seus convidados, ainda que simbolicamente». (56).

BIBLIOGRAFIA

- ASCENSAO, JOSÉ DE OLIVEIRA — «Direito Autoral», Rio, Forense, 1980.
- COLOMBET, CLAUDE — «Propriété Littéraire et Artistique», Paris, Dalloz, 1966.
- DESBOIS, HENRI — «Le Droit d'Auteur en France», Paris, Dalloz, 1966.
- DESBOIS, HENRI, FRANÇON, ANDRÉ e KEREVER, ANDRÉ — «Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins», Paris, Dalloz, 1976.
- FRANÇON, ANDRÉ — «La propriété littéraire et artistique en Grande Bretagne et aux États Unis», Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1955.
- LE TARNEC, ALAIN — «Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique», Paris, Librairie Dalloz, 1966.
- LYON-CAEN, GÉRARD — «La publication des cours des professeurs d'Université», em Revue Internationale de Droit d'Auteur, volume LII.
- MANSO, EDUARDO VIEIRA — «Direito Autoral», São Paulo, José Bushatsky Editor, 1980.
- NORDEMANN, WILHELM — «Droit d'Auteur et moyens d'enseignement», em Revue Internationale de Droit d'Auteur, volume LXV, julho de 1970.
- OLAGNIER, PAUL — «Le Droit D'Auteur», I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934.
- PADELLARO, GIUSEPPE — «Il Diritto d'Autore — la Disciplina Giuridica degli Strumenti Comunicazione Sociale», Milano, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi — Società Editrice Libreria, 1972.
- PIGNATARI, DÉCIO — «Direitos Autorais já», artigo publicado no jornal «Folha de São Paulo», seção Folha Ilustrada, no dia 24 de agosto de 1984.
- POIRIER, PIERRE — «Le Droit d'Auteur», Bruxellas, Maison Ferdinand Larcier, sem data.
- RINGER, BARBARA — «Judicial developments in United States Copyright», Law (1968-1969), em Revue Internationale du Droit d'Auteur, volume LXVIII, janeiro de 1971.
- SALCZER-SANCHEZ, MICHELE — «Le Droit d'Auteur et les nécessités de l'enseignement», em Revue Internationale du Droit d'Auteur, volume 110.
- SATANOVSKY, ISIDRO — «Derecho Intelectual», I, Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina, 1954.
- STOLFI, NICOLA — «La Proprietà Intelletuale», I, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1915.
- VALERIO, ETTORE e ALGARDI, ZARA — «Il Diritto d'Autore», Milano, Dott., A. Giuffrè Editore, 1943.

(56) DÉCIO PIGNATARI — «Direitos Autorais já», artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo», seção Folha Ilustrada, no dia 24 de agosto de 1984.

Direito de Autor. Apanhado Histórico. Legislação Brasileira de Caráter Interno^(*)

Conselheiro Prof. Antônio Chaves
Presidente do Instituto Interamericano
de Direito de Autor (IIDA)

SUMÁRIO: 1. Sistema de privilégios. 2. Em 1710, a primeira lei específica. 3. Evolução da legislação de caráter interno até a Lei nº 5.988. 4. A Lei nº 5.988, de 14-12-1973. Projetos. Elaboração. Vantagens e inconvenientes. 5. A Comissão Revisora da Lei nº 5.988/73.

1. Sistema de privilégios

A antigüidade não tinha qualquer noção do direito de autor, tal como o concebemos hoje em dia.

Sem embargo da alta estima em que era tida a produção intelectual na Grécia, prestando governo e povo as maiores homenagens aos seus dramaturgos, poetas, filósofos, cientistas, compositores, artistas plásticos, concedendo prêmios aos vencedores de concursos e coroando-os em praça pública, reservando-lhes elevados cargos administrativos, os produtos da inteligência e da arte não eram considerados mais do que uma «coisa», que pertencia ao seu autor.

O plágio era, sem dúvida, praticado e reconhecido, mas não encontrava outra sanção senão a verbação do prejudicado e a condenação da opinião pública.

Roma já dispunha de uma rudimentar indústria livreira, pois havia organizações que se incumbiam de fornecer numerosas cópias manuscritas (bibliópolas), mediante licença dos autores, valendo-se principalmente do trabalho de escravos ou de religiosos. As cópias, em papiros, uma vez corrigidas, eram entregues aos «glutinators», que costuravam as folhas colocando-as em condições de serem vendidas.

Citam-se alguns raros casos de transação, como o mencionado por Juvenal de Stacio, que morreria de fome se não tivesse vendido sua tragédia «Agavé». Segundo Terêncio, teriam os edis comprado de Menandro sua comédia «O Eunuco», e Plauto era acusado de só pensar em dinheiro, indiferente ao sucesso ou ao fracasso de suas obras.

(*) Conferência de Abertura do Curso Especializado sobre Direito de Autor, promovido pelo Ministério da Cultura, através do CNDA, com a cooperação da OMPI (Genebra) e SUISA (Zurich), de 16 a 26-04-1985, no Salão do Ministério das Relações Exteriores, em Brasília.

A proteção legislativa da criação intelectual constitui fenômeno moderno, pois remonta a menos de três séculos. Antes dessa época, apesar de o espírito e a inteligência do homem terem produzido obras imortais, ninguém se preocupou em lhes ligar a noção de prerrogativa cuja violação devia ser reprimida por lei.

Com a descoberta da imprensa e a conseqüente facilidade na obtenção da reprodução dos trabalhos literários, surgiu também a concorrência das edições abusivas. Daí o interesse em reprimí-las, pois o autor, que antes podia pelo menos exercer uma fiscalização material sobre a multiplicação dos exemplares das obras, decorrente da posse do manuscrito original, passou a perdê-la, uma vez que cada possuidor de uma cópia impressa podia, com facilidade, obter duplicatas.

Na Renascença surgiu o sistema de se conceder a determinados impressores o privilégio da publicação das obras mais célebres. CUNHA GONÇALVES aponta como a mais antiga a outorgada em 1495, pela República de Veneza, ao impressor Aldo, para uma edição das obras de Aristóteles. Mas PIOLA CASELLI revela serem anteriores os concedidos pela mesma República, em 1469, a Giovanni da Spira, em 1486 a Marco Antonio Sabellico e em 1492, a Pier Francesco da Ravenna.

Os privilégios não decorriam de prerrogativas que os editores tivessem adquirido dos escritores, vindo apenas a título de compensação.

Autores e editores não reivindicavam um verdadeiro direito: contentavam-se com a garantia de que, os primeiros a sua produção intelectual, e os segundos, o ingente capital que empregavam na indústria, não sofreriam concorrência, o que conseguiam com o sistema de monopólio.

Tais predecessores do negócio editorial — comenta OSMAN LINS — eximiam-se de conferir ao autor qualquer parcela dos lucros, por mínima que fosse: empalmavam-nos a título de compensar as despesas da publicação.

«Sua magnanimidade se exprimia no desinteresse pela glória, que concediam toda ao escritor, apenas reservando para si o ouro. Lamenta-se por isto Marcial, dizendo que sem um mecenas o poeta não teria fontes de subsistência e ver-se-ia obrigado a escolher entre as ocupações de delator, de falsa testemunha ou de ajudante nos banhos públicos».

Em decorrência dos privilégios muitas obras antigas ficavam de propriedade exclusiva dos editores, que as legavam aos seus sucessores, mormente depois que por sucessivas prorrogações dos prazos eles se tornariam perpétuos no reinado de Luís XIV.

Com o desenvolvimento da indústria editorial em conseqüência das idéias novas que se haviam de propagar pela Reforma e pela Revolução Francesa, começou a cair em desagrado tal regime, ao mesmo tempo que os escritores se inteiraram da importância da sua contri-

buição, e procuravam uma melhor recompensa de seus esforços e de seus sacrifícios.

2. Em 1710, a primeira lei específica

Coube à Grã-Bretanha, com a célebre lei da Rainha Ana, de 14-04-1710, sancionando o «copyright», a glória de ter sido a vanguardeira da regulamentação legal da matéria, «para encorajar a ciência e garantir a propriedade dos livros àqueles que são seus legítimos proprietários; «para encorajar os homens instruídos a compor e escrever obras úteis», mediante o reconhecimento de um direito exclusivo de reprodução sobre as obras por eles criadas.

Foi seguida pela Dinamarca, que por decreto de 07-01-1741 veio a reconhecer o direito de autor.

Como os privilégios dos soberanos franceses fossem concedidos exclusivamente aos editores e impressores de Paris, contra estes se insurgiram os das outras cidades da França. E foi na luta entre os dois grupos que pela primeira vez se ouviu proclamar os direitos do autor, idéia formulada em 1725 por LUÍS D'HÉRICOURT, advogado dos livreiros de Paris, e depois repetida por outros, com tal eficácia que em 1777 o Conselho de Estado, em duas resoluções, votava a abolição dos privilégios perpétuos.

Inaugura-se, com isso, — encarece OSMAN LINS, a conceituação moderna, segundo a qual o autor — e não mais o editor — detém a propriedade da obra literária.

«Sua importância, todavia, faz-se sentir na Europa inteira ao longo de todo o século XVII; multiplicam-se os panfletos debatendo o assunto e processos cada vez mais numerosos chegam aos Tribunais. Os escritores já não admitem ser espoliados. Mas só em julho de 1793, a França, que em janeiro promulgara decreto consagrando o direito exclusivo dos autores, no sentido de permitir a encenação de seus textos dramáticos, estende a proteção a todas as outras obras literárias. O incremento da atividade legislativa nesse setor ocorre na primeira metade do século passado.»

Com efeito, a Assembléa constituinte francesa, chamada a firmar uma nova ordem social, ao mesmo tempo que abolia todos os privilégios, reconheceu, pelo deputado LE CHAPELIER, que a obra dos autores devia ser reconhecida como. « la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle des propriétés».

A lei de 13-19.01.1791 atribuiria a mesma prerrogativa unicamente aos autores dramáticos durante a sua vida e aos seus herdeiros por cinco anos após a morte: publicadas ou não, só poderiam ser representadas em qualquer teatro público, com o consentimento formal e por escrito dos autores os seus herdeiros ou cessionários, sob pena de confisco do produto total das representações em proveito dos mesmos.

A Lei de 19-24.07.1793, ampliou esse direito:

«Art. 1º. Os autores de escritos de toda espécie, os compositores de música, os arquitetos, os escultores, os pintores, os desenhistas, os que gravarem quadros ou desenhos, gozarão durante toda a sua vida, do direito exclusivo de vender, fazer vender, distribuir suas obras no território da República, e ceder-lhe a propriedade, no todo ou em parte».

Sete artigos apenas de uma lei incipiente. Mas proteção segura aos autores e artistas da terra em que mais floresceram e se irradiaram para o mundo inteiro, durante 163 anos, servindo ainda de inspiração à legislação específica de todos os demais países.

3. **Evolução das legislação brasileira de caráter interno até a Lei 5.988**

Enquanto colônia o Brasil estava subordinado à legislação portuguesa, que pela Constituição de 1838, art. 23, § 4º, garantiu aos inventores a propriedade das suas descobertas e aos escritores a de seus escritos, pelo tempo e na forma que a lei determinasse.

A Constituição do Império (Carta de Lei de 25-03-1824) não contém qualquer referência ao direito de autor de obra literária ou artística o que não deixa de ser estranho, porquanto o art. 179 já ressaltava:

«26. Os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará um ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização».

Nem o Ato Adicional (Lei de 12-08-1834), nem a Carta de 10-11-1937 mencionam o direito de autor.

Mas as Constituições de 24-02-1891, art. 72, § 26, a de 16-07-1934, art. 113, al. 20, a de 10-09-1946, art. 141, § 19, a de 24-01-1967, art. 150, § 25 e a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, consideraram-no expressamente, dispondo esta última:

Art. 153, § 25. «Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar».

O texto de 1946, art. 141, § 19, assegurava o «direito exclusivo de reproduzi-las». A conceituação de «utilização» é muito mais ampla do que «reprodução», visto ser esta de caráter corpóreo e uma das espécies daquela.

Proclamada a Independência, o primeiro diploma que contém uma referência à matéria é dos mais nobres e reverenciados: a própria Lei de 11-08-1827, que «Crêa dous Cursos de sciencias jurídicas e sociaes, uma na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda».

Depois de especificar as matérias a serem ensinadas «no espaço de cinco anos, e em nove cadeiras», de determinar que para a regência

das mesmas nomeasse o Governo «nove Lentes proprietários», com o ordenado que tivessem os Desembargadores das Relações, e gozassem das mesmas honras, e cinco substitutos, vencendo o ordenado anual 800\$000, consignava:

«Art. 7º. Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém a approvação da Assembléia Geral, e o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez annos».

O Código Criminal, Lei de 16-12-1830, estatuiu pioneiramente na América Latina:

«Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, em quanto estes viverem, dez anos depois da sua morte, se deixarem herdeiros.

Penas. Perdas de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta d'elles, do seu valor e outro, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares.

Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a prohibição de imprimir, gravar, lithographar ou introduzir durará somente por espaço de dez annos».

Em 1875 — lembra BRUNO JORGE HAMMES — JOSÉ DE ALENCAR propôs um projeto ao Parlamento com o objetivo de conseguir a proteção aos autores, projeto esse que não chegou a ser debatido. «Uma segunda proposição mereceu ao menos uma tomada de conhecimento, mais não passou disto.»

O Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgado pelo Decreto nº 847, de 11-10-1890, regulou a matéria, no Capítulo V, «Dos Crimes contra a Propriedade Litteraria, Artística, Industrial e Commercial», Seção I, «da Violação dos Direitos da Propriedade Literária e Artística», nos arts. 342-350.

A Lei nº 496, de 01-08-1898, denominada MEDEIROS E ALBUQUERQUE, em homenagem ao seu autor, estendeu a duração, de dez, para cincenta anos a contar de 1º de janeiro do ano em que a obra fosse publicada.

Vedou, no art. 5º, alterações não autorizadas, mesmo de obras caídas em domínio público ou que não gozassem de proteção legal (art. 21, § 2º); no art. 7º, decretou a impenhorabilidade do direito autoral de reprodução; no art. 24, estabeleceu proteção ao direito autoral de nomeação; no art. 17, estatuiu que a alienação do objeto de arte não comprehendia o direito autoral de reprodução; no art. 4º, § 1º, dispôs

sobre a ineficácia do direito autoral de reprodução além de 30 anos; no art. 4º § 2º, legou ao autor o poder de, a cada edição, emendar, alterar ou rever a obra.

Foi complementada pela Lei nº 2.577, de 17-01-1912, que reconheceu o direito de autor às obras publicadas em países estrangeiros, qualquer que seja a nacionalidade de seus autores.

Anteriormente ao Código Civil registram-se alguns decretos, promulgando ou aprovando convenções internacionais.

Esse Estatuto, Lei nº 3.071, de 01-01-1916, além de, no art. 48, III classificar o direito de autor entre os bens móveis; e de fixar, no art. 178, § 10, nº VII, em cinco anos a prescrição da ação civil por ofensa a direitos de autor; contado o prazo da data da contrafação, regulou a matéria aos art. 649-673, sob a epígrafe «Da Propriedade Literária, Científica e Artística», nos arts. 1346-1358, «Da Edição», e arts. 1359-1362, «Da Representação Dramática».

Ao redor do princípio constitucional, e dos dispositivos do CC, à medida em que foram se acelerando os meios de comunicação, de que se aproveitou a difusão das obras literárias, musicais e artísticas, foi se desdobrando também a atividade do legislador, acumulando, ao sabor das necessidades do momento, numerosíssima legislação complementar, a ponto de se contarem às centenas os textos legislativos referentes à matéria enumerados em nosso **Direito Autoral de Radiodifusão**, S. Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1952, págs. 22 e segs., e atualizada pelo Des. MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, na Exposição de Motivos de seu Anteprojeto.

O Decreto nº 4.790, de 02-01-1924 definiu os direitos autorais.

O Decreto nº 5.492, de 16-07-1928, Lei Getúlio Vargas, regulou a organização das empresas de diversão e a locação de serviços teatrais, procurou pôr em dia os nossos obsoletos textos anteriores com os progressos decorrentes da cinematografia, da radiodifusão, da televisão e da indústria do disco, tendo sido parcialmente revogado pelo decreto nº 20.493, de 24-01-1946 (art. 133).

O Decreto nº 18.526, de 10-12-1928, Regulamento Gilberto de Andrade da organização das empresas de diversões e da locação de serviços teatrais, foi parcialmente revogado pelo decreto nº 20.493, de 24-01-1946 (art. 133) e pelo decreto nº 1.023, de 17-05-1962 (art. 38).

A Consolidação das Leis Penaes de VICENTE PIRAGIBE, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14-02-1932, aproveitando os arts. 1º, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, parágrafo único da Lei nº 496, o art. 2º do Decreto nº 4.790, de 02-01-1924, e o art. 649, § 1º do Código Civil, no Capítulo V, «Dos Crimes contra a Propriedade Literária, Artística, Industrial e Comercial», do Título XII, «Dos Crimes contra a Propriedade Pública e Particular», do Livro II, regulou extensamente a matéria nos arts. 342-350.

O Decreto-Lei nº 21.111, de 01-03-1932, que deu normatividade à execução dos serviços de radiocomunicação em todo o território nacional, previstos no Decreto-Lei nº 20.047, de 27-05-1931, dispôs no art. 35:

«§ 1º — A irradiação de quaisquer assuntos ou trabalhos já divulgados ou não por outro meio, deverá respeitar os direitos autorais e ser igualmente precedida da indicação dos nomes dos autores».

O Código Penal vigente, Decreto-Lei nº 2.848, de 07-12-1940, regula a matéria em apenas três dispositivos, arts. 184-186, sob a epígrafe: dos crimes contra a propriedade intelectual.

Os arts. 184 e 186 foram objeto de profunda e importantíssima alteração pela Lei nº 6.895, de 17-12-1980.

O aludido Decreto nº 20.493 aprovou o Regulamento do Serviço de Censura e Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública, ampliado pelo Decreto 1.023, de 17-05-1962 (arts. 79-92, 105 e 106 e 113-132), que passou a denominar Departamento de Polícia Federal.

A Lei nº 2.415, de 09-02-1955, que dispõe sobre a outorga de licença autoral para a realização de representações e execuções públicas e para transmissões pelo rádio ou televisão, acrescentou pertencer ao autor, o direito de outorgar licença, em todo o território nacional, para a realização de representações, execuções públicas e teletransmissões pelo rádio e pela televisão, direito esse que tanto pode ser exercido pelo autor, pessoalmente, como pelas sociedades legalmente constituídas para defesa de direitos autorais às quais for filiado.

Como o Decreto nº 18.527, de 10-12-1928 limitava a proteção e fiscalização do direito de autor exclusivamente ao Distrito Federal, seus dispositivos foram alterados e revogados pelo Decreto 1.023, de 17-05-1962, que estende aos Estados e Territórios a legislação em vigor naquele Distrito, em parte revogado Decreto-lei 980, de 20-10-1969, art. 4º

É constituído de 39 artigos.

O fundamental é o 1º: «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.) 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.»

O dispositivo seguinte enumera as representações, execuções, projeções, funções, espetáculos públicos, etc., que «ficam expressamente dependentes da condição prévia, indispensável sob qualquer alegação».

Seguem normas relativas aos pedidos necessários à realização de espetáculo promovido por particular, ou grupo de pessoas, por artistas ou corpo de artistas (art. 3º), ao programa, sua aprovação e anúncios (arts. 4º-14); às obrigações dos empresários, presidentes ou diretores de companhias teatrais, cinemas, cassinos, circos, etc. (art. 15); às sociedades para a defesa de direitos autorais (16-17); à imposição de penalidades, recursos, multas, defesas, etc. (18-36), merecendo referência.

«Art. 37. Na aplicação dos preceitos deste Decreto e dos demais dispositivos regulamentares, que regem a mesma espécie, ter-se-á sempre em vista a sua adequação com os princípios das Convenções Internacionais sobre direitos de autor, ratificadas pelo Brasil.»

De mera complementação o art. 38, que revoga as disposições em contrário, especialmente os preceitos do Decreto nº 18.527, de 10-12-1928 que ao mesmo Decreto nº 1.023 se contraponham, e o art. 39.

A Lei nº 4.944, de 06-04-1966, que dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão (Direitos Conexos aos Direitos de Autor), foi regulamentada pelo Decreto nº 61.123, de 18-08-1967.

4. A Lei nº 5.988, de 14-12-1973. Projetos, elaboração Vantagens e inconvenientes

Não correspondendo mais os dispositivos do CC, promulgados no começo do século, sem embargo de sua atualização através de numerosas leis e decretos que sempre colocaram nossa legislação entre as mais progressistas, às imposições decorrentes dos modernos meios de comunicação, foi sentida a necessidade de facilitar seu manuseio através de um texto único.

O processo — frisa HENRY JESSEN — teve início «como resultante de dois fatores fundamentais: a necessidade de consolidar as disposições esparsas sobre a matéria, de um lado, e do outro as campanhas de descrédito movidas ou fomentadas por determinados usuários da obra musical contra as sociedades arrecadoras e a que não faltavam, comumente, os protestos certos compositores insatisfeitos, enredados — quantas vezes por ignorância e ingenuidade — nas acerbas críticas às suas entidades autorais».

O então Presidente da República JÂNIO QUADROS incumbiu em 1961 seu Procurador Geral da República Prof. CANUTO MENDES DE ALMEIDA de constituir um Grupo de Trabalho para estudo do problema.

Nela representando a União Brasileira de Compositores (UBC) o compositor HUMBERTO TEIXEIRA, — que, ocupando uma cadeira na Câmara dos Deputados, havia apresentado o Projeto nº 238, de 1975, — ofereceu um substitutivo, 238-B, nesse mesmo ano de 1961,

que consolidou os textos legislativos anteriores introduzindo algumas modificações.

Seus 73 artigos, que chegaram a ser aprovados pela Câmara, entrando em tramitação pelo Senado Federal eram divididos em 11 Capítulos, versando respectivamente:

- I. Definição e Características (arts. 1º-10);
- II. Registro (11-24);
- III. Domínio Público — Exceções (25-28);
- IV. Publicação e Reprodução (29-35)'
- V. Violação (36-40);
- VI. Preços e Cobrança (41-44);
- VII. Programas (45-48);
- VIII. Reprodução Fonográfica (49-53);
- IX. Entidades Autorais (54-60);
- X. Publicação Impressa (61-73);
- XI. Disposições Gerais (64-73).

Por proposta do Deputado MAURÍCIO TOLEDO em 1971 foi criada na Câmara dos Deputados a Comissão Especial para Revisão e Atualização da Legislação sobre os Direitos Autorais, tendo como relator o Deputado ALTAIR CHAGAS.

Surgiu em seguida a idéia ambiciosa de dotar o País de um verdadeiro Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, tendo sido, por iniciativa do Ministro da Justiça Senador MEM DE SÁ, designado o desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA para refundir e atualizar a legislação brasileira relativa à matéria.

O resultado de seu labor, o Anteprojeto de Código do Direito do Autor e Direitos Conexos, constituído de 351 artigos, procedido por minuciosa exposição de motivos, foi publicado em separata do Diário Oficial da União de 16-06-1967, distribuída aos Tribunais, Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, Institutos dos Advogados, Faculdades de Direito, entidades e pessoas interessadas.

«Buscando leis e decretos, portarias e semelhantes, «— diz expressivamente sua justificação — » «chegamos à conclusão de que em nosso país são tantos os órgãos, são tantas as medidas que visam, direta ou indiretamente, proteger os autores, os artistas, a obra do espírito, que, por extravagante irrisão, a proteção se torna ineficaz, se dilui no seio de tantas providências oriundas, indiscutivelmente, das melhores intenções. A unificação do sistema estatal protetor e capaz de solucionar divergências é um imperativo da realidade brasileira. E leis, disposições de largo alcance social, são totalmente ineficazes quando não se cuida de cominar, com propriedade, as sanções correspondentes aos interesses defendidos. Normas punitivas

em branco contribuem para que a lei nem sequer intimide. Com despesas menores, reunindo num só órgão todos aqueles que devem, nos diversos campos da administração, cuidar da matéria versada no anteprojeto, poderá o Estado, com maior realismo, enfrentar e, sem falso otimismo, solucionar problemas que há longos anos vêm perturbando largos setores da vida nacional, como, para exemplificar, o da cobrança de direitos de autor, relativos a execução pública, foco rotineiro de incompreensões entre o autor e o usuário de obras utilizadas, com indisfarçáveis prejuízos para a cultura.»

O Ministro da Justiça, Luiz Antonio da Gama e Silva nomeou, em maio de 1967, uma comissão encarregada de proceder à revisão daquele trabalho.

De um lado, animados de espírito francamente reformador, aquele magistrado e o autor destas linhas, refundindo completamente a contribuição preliminar, deram-lhe maior organicidade e estrutura mais rigorosa, procurando incorporar nos 198 a que reduziram os 351 artigos primitivos, as mais recentes conquistas das legislações avançadas.

De outro lado, o antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal professor CÂNDIDO MOTA FILHO, mais conservador, apresentou um substitutivo de 89 artigos, que sem qualquer inovação, limitou-se a uma consolidação parcial dos dispositivos mais importantes do CC e das leis esparsas posteriores.

O Projeto BARBOSA-CHAVES era dividido em três partes. A primeira, DIREITO DO AUTOR (arts. 1-60), compunha-se de três títulos, subdivididos em Capítulos: Generalidades (A Obra, Autoria); Atributos (Disposição Preliminar, Do Direito Moral, Utilizando sob Forma Corpórea e Utilização sob Forma Incorpórea).

A segunda, TRANSMISSÃO (arts. 61 a 119), incluía um Título relativo à Transmissão Causa Mortis, e outro, Transmissão Inter Vivos, que, em Capítulos sucessivos, cuidava da Cessão de Direitos (Peculiaridades, Direitos e Deveres) e das seguintes Obras Literária, Musical, Artística, Científica e Técnico-Científica: Gráfica, Fonográfica ou Fono-visual, Dramática, de Arte Plástica, Fotográfica, Jornalística ou Periodística, do Artista Intérprete ou Executante, Cinematográfica, Radiofônica ou Audiovisual, e da Resolução e Revogação dos Contratos.

A terceira, finalmente, DEFESA (arts. 120 a 198), constituída por um único Título: Órgão, Medidas Cautelares e Sanções, era formada por seis Capítulos: Sociedades de Defesa dos Direitos do Autor e Conexos, Conselho Nacional de Direitos do Autor e Direitos Conexos — CONDAC, Registro, Medidas Cautelares, Das Sanções: Violações — Crimes — Procedimentos, e Disposições Finais e Transitórias.

O Projeto, como se vê, enfrentava os problemas relativos à determinação da autoria, dos atributos do direito de autor, do direito moral, da utilização da obra seja sob forma corpórea como sob a in-

corpórea. Dedicava atenção especial à cessão de direitos, consignado os requisitos que deve conter o respectivo instrumento, esmiuçando os direitos e deveres que competem aos autores e aos empresários em geral, para, depois, distinguir as diversas modalidades das obras, a cada uma consagrar tratamento orgânico.

Não se animando a optar pelo trabalho da maioria, o Governo, incumbiu de elaborar um novo projeto o Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, então Procurador Geral da República e hoje membro dos mais brilhantes do Supremo Tribunal Federal. Pressionado pela urgência reduziu o sonhado projeto de Código ao projeto de uma simples Lei, que, em sua redação final, foi publicado no Diário do Congresso Nacional de 28-11-1973.

Foram apresentadas 233 emendas, a primeira das quais, pelo Senador FRANCO MONTORO, que passava à Mesa a fim de que constasse dos arquivos para a consulta dos eventuais interessados, o Projeto BARBOSA-CHAVES, mesmo Diário, 08-11-1976. Mas o prazo exíguo de 10 dias mal permitiu a aprovação de algumas poucas, mais urgentes.

Nele baseado, mas dele desviando-se em pontos fundamentais, resultou a Lei 5.988, de 14-12-1973, cujos 134 artigos são divididos em Nove Títulos.

O I, Disposições Preliminares (arts. 1-5) contém uma série de definições nem sempre satisfatórias.

O II, Das Obras Intelectuais (arts. 6-20), subdivide-se em três Capítulos, cuidando, respectivamente, Das Obras Intelectuais Protegidas, Da Autoria das Obras Intelectuais e Do Registro das mesmas.

O III, Dos Direitos do Autor (21-56), compõe-se de cinco Capítulos: Disposições Preliminares, Dos Direitos Morais do Autor, Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração, Das Limitações aos Direitos do Autor, e Da Cessão dos Direitos do Autor.

O IV, Da Utilização de Obras Intelectuais (57-93), tem oito (um dos quais, o relativo à utilização de fonogramas, composto de um único, vetado e, depois inserido pela Lei nº 6.800, de 25-06-1980, de conteúdo diferente): Da Edição, Da Representação e Execução, Da Utilização de Obra de Arte Plástica, da Utilização de Obra Fotográfica, Da Utilização de Obra Cinematográfica, Da Utilização da Obra Publicada em Diários ou Periódicos e Da Utilização de Obras Pertencentes ao Domínio Público.

O Título V, Dos Direitos Conexos (94-102), abrange cinco Capítulos: Disposição Preliminar, Dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, e do Produtores de Fonogramas. Dos Direitos das Empresas de Radiodifusão, Do Direito de Arena e Da Duração dos Direitos Conexos.

O VI, cuida Das Associações de Titulares de Direitos do Autor e dos que lhe são Conexos (arts. 103-115).

O VII, Do Conselho Nacional de Direito Autoral (116-120).

O VIII, Das Sanções à Violação dos Direitos do Autor e Direitos que lhes são Conexos (arts. 121-131) compreende três capítulos: Disposição Preliminar, Das Sanções Cíveis e Administrativas e da Prescrição.

Finalmente, o IX é formado por três Disposições Finais e Transitórias.

Sem embargo de numerosas imperfeições é um marco histórico, apresentando soluções próprias, algumas corajosas, retiradas do referido Projeto, possibilitando um esforço para moralizar a proteção, a arrecadação, a cobrança e a distribuição dos direitos autorais, até então à mercê de algumas entidades particulares que multiplicavam as despesas de sua manutenção e pouco distribuíam, submetendo-as a um rigoroso controle de despesa, e à fiscalização exercida pelo órgão encarregado de reger a política oficial a respeito da matéria: o Conselho Nacional de Direito Autoral.

Deveria suplantiar os obsoletos dispositivos do CC, ainda sob a epígrafe «Da propriedade literária, científica e artística», e de dezenas de diplomas legais que procuravam acomodá-los às conquistas do cinema, da radiodifusão e da televisão. Longe, porém, de consolidá-los para substituí-los, modernizando-os, ressalva o art. 134 «a legislação especial que com ela for compatível».

O texto oferece sem dúvida pontos positivos, ao lado de outros menos felizes.

Entre os primeiros, registra-se:

1. a exigência de que toda e qualquer cessão de direito de autor seja feita por escrito;
2. o estabelecimento de uma perfeita diferenciação entre o direito moral, amplamente protegido, e o pecuniário;
3. a regulamentação separada dos direitos de edição, de representação, de execução, das obras de arte plástica, da obra fotográfica e cinematográfica;
4. a regulamentação, num texto único, tanto dos direitos de autor, como dos artistas intérpretes e executantes, evitando distorções e pontos de atrito possíveis quando as duas atividades sejam submetidas a diplomas legais diferenciados;
5. clara proteção aos projetos de arquitetura e semelhantes, mesmo em caso de introdução de modificações por parte do proprietário da construção.
6. criação de um órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhe são conexos, o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA);

7. concentração da percepção num Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), constituído pelas próprias Sociedades;
8. fiscalização rigorosa da gestão das Associações de Direitos Autorais, pelo CNDA, com poderes inclusive de intervenção;
9. Regulamentação do domínio público remunerado.

Entre os aspectos negativos:

1. a sistematização, a estrutura mesmo da lei não são boas, encontrando-se disposições sob título que não lhes são adequados;
2. definições inexatas;
3. ter admitido um confuso «Direito de arena», concedido, não ao atleta, mas «à entidade a que esteja vinculado», de autorizar ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga, ressaltando ainda convenção em contrário, para permitir que 20% do preço da autorização sejam distribuídos em partes iguais aos atletas participantes do espetáculo, matéria, evidentemente, relativa ao direito à própria imagem, e não ao direito de autor;
4. não ter consolidado os textos legais anteriores, para poder revogar os diplomas legais antigos, que, ao contrário, manteve em vigor, levantando por essa forma incerteza de quais os dispositivos que estão e quais os que não estão mais em vigor.

Da repercussão da nova Lei no exterior dão uma idéia as considerações expendidas por CARLOS MOUCHET, consagrado especialista argentino, na reunião do Conselho Panamericano da Confédération des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) de Caracas, em junho de 1974, reproduzidas, em parte, pelo Correio Brasiliense de 21 de agosto do mesmo ano.

Deu-lhe o significado de

«um acontecimento de grande repercussão, não só por regular a matéria em país tão importante, como é a República Federativa do Brasil, como pelo significado da admissão de critérios jurídicos que merecem ser examinados pelas sociedades de autores e pelos juristas que se dedicam a esta disciplina do direito.»

Mas tão importante como o conteúdo da nova lei assinala as suas ausências:

«Acertos — sua sistemática e estrutura, em geral, é clara.

A existência de um conjunto de definições no art. 14, facilita sua interpretação e aplicação.

Com o melhor dos critérios, o direito de autor não nasce do registro da obra, mas da sua criação, como reconhecimento de sua carac-

terística de direito humano. O registro se estabelece apenas como uma medida administrativa para segurança do direito dos autores (art. 17). O registro é gratuito (art. 19).

Como representante dos interesses culturais da comunidade, compete ao Estado, através do Conselho Nacional de Direito Autoral, velar pela integridade e fidelidade das obras caídas em domínio público (art. 25, inciso 2). É, pode-se dizer, a contrapartida da faculdade de arrecadar direitos pelo uso das obras em domínio público (domínio público remunerado).

Relativamente à obra arquitetônica considera uma boa solução reconhecer-se ao autor do projeto, no exercício do «direito moral», a faculdade de repudiar a paternidade da mesma, se no decorrer da execução do projeto, ou depois, se introduzem modificações sem o seu consentimento (art. 27).

É explicitamente afirmado o princípio da independência das formas de utilização das obras intelectuais (art. 35), o que é de grande importância prática em matéria de autorização de uso e transferências de direitos.

Com justiça, é estabelecido que a realização da obra, em cumprimento de um contrato de trabalho ou de um dever funcional, não importa na perda dos direitos de autor; embora não seja partidário da solução de atribuí-los, em partes iguais ao dador do trabalho e ao dependente, sem distinguir entre direitos morais e direitos patrimoniais. Parece mais lógico reservar sempre ao autor o direito moral e distribuir os resultados econômicos conforme o que preserva o acordo contratual, ou o estatuto da função pública, ou de trabalho.

Introduz-se a instituição do direito de mais valia (*droit de suite*) relativo à alienação de obras artísticas ou manuscritos (art. 39), o que se funda em critério de justiça.

Quanto à duração dos direitos de autor, estes se transmitem vitaliciamente aos ascendentes, filhos e esposa; e durante 60 anos a outros sucessores.

Aplauda francamente esta solução, que se ajusta à tendência atual de ampliar os prazos de proteção «post-mortem», entusiasmo de que não compartilhamos, devido às complicações que acarreta.

Para garantia dos direitos de autores de obras literárias, em matéria de contrato de edição se estabelece a obrigação de numerar os exemplares bem como se dá ao autor a faculdade de controlar a venda (art. 65).

Em matéria de controle das representações e execuções públicas se estabelece, em forma indubitável, a obrigação dos usuários apresentarem à polícia a permissão do autor nas formas indicadas pela lei (art. 73 — inciso 2).

A alienação da obra plástica, salvo pacto em contrário, não autoriza o adquirente a reproduzi-la ou exhibi-la em público (art. 80).

São de interesse jurídico e respondem a conceitos de justiça, fundados no princípio de que ninguém pode enriquecer à custa de outrem sem a devida compensação a este, os chamados «direitos de arena» (art. 100), e os relativos à reprodução ou difusão pública de espetáculos esportivos e de operações cirúrgicas, art. 90. Trata-se de direitos que denomina «afins» para distingui-los dos que chama «conexos» à industriais e comerciais).

As disposições do capítulo referente à obra cinematográfica são aplicáveis às obras produzidas por qualquer outro processo análogo à cinematographia (art. 91). Esta solução resolve o problema relativo às — inadequadamente chamadas — obras «televisuais».

A nova lei brasileira consagra o reconhecimento da necessária função que cumprem as associações de autores (título VI), se bem que não esteja de acordo com as soluções, sobre alguns aspectos, do regime de tais associações.

A criação do Conselho Nacional de Direito Autoral (art. 116 e seguintes) de marcada tendência intervencionista, tem aspectos positivos. Assim, parece-lhe excelente idéia a criação do «Fundo de Direito do Autor», tal como a do «Centro Brasileiro de Informações sobre Direitos Autorais.

Aborda, em seguida, os aspectos a examinar com espírito crítico.

A filosofia que inspira a nova lei, nem sempre levaria em conta a origem histórica dos direitos de autor e sua formação intuitiva para que seja um «direito de autor para os autores», destinado a estimular os valores do espírito, e sempre buscando que os criadores intelectuais obtenham as compensações de que lhes correspondem.

Esta filosofia se evidencia em aspectos que não são meramente terminológicos ao se querer estender o conceito de titular de direitos de autores a que não é senão industrial e comerciante.

A lei acolhe generosamente os «direitos afins» aos direitos de autor (como são os dos intérpretes e artistas executantes); e a outros direitos chamados «conexos» (direitos de natureza industrial e comercial) que se vêm introduzindo no direito internacional (Convenção de Roma de 1961 e em algumas legislações nacionais).

Acha que, para manter o paralelismo com a Convenção de Roma de 1961, a matéria relativa a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radio-difusão (direitos conexos), deveria desenvolver-se nas legislações nacionais numa lei independente, e não no contexto da lei sobre direitos de autor, ponto de vista do qual discordamos.

Mas a legislação brasileira vai mais longe que a Convenção de Roma, pois reconhece aos titulares de «direitos conexos» — que, de

qualquer forma, são direitos secundários montados sobre o direito de autor — faculdades que, eventualmente, podem interferir no exercício daquelas que são próprias dos autores, ao outorgar ao produtor de fonogramas o direito de autorizar ou proibir-lhes a reprodução, direta ou indireta, a transmissão e a retransmissão por empresa de radiodifusão, bem como a execução pública a realizar-se por qualquer meio.

O art. 99 assegura direitos análogos às empresas de radiodifusão. Considera em parte inaceitáveis as soluções relativas à questão das associações de autores frente às necessidades da administração coletiva dos repertórios.

A solução do art. 104, primeira parte, seria perfeita, ao estabelecer que: «Com o ato de filiação as associações se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança». Mas tal solução é desvirtuada de forma funesta, em razão do disposto na segunda parte do mesmo artigo (parágrafo único), ao estabelecer que: «sem prejuízo desse mandato, os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos neste artigo».

Contratar à margem de sua associação significa, geralmente, deixar indefeso o autor frente a negociações leoninas (ainda que às vezes, sob formas enganosas), e o enfraquecimento das sociedades. A solução deve consistir em exclusividade, para as sociedades, na gerência dos direitos que administram. Isso não importa na obrigatoriedade da filiação, o que poderia ser considerado contrário à liberdade de associação. Mas nada impede que o Estado converta as sociedades nas únicas intermediárias na arrecadação dos direitos de autor, delegando-lhes, em razão do interesse público, os poderes correspondentes, para esse fim.

O severo intervencionismo estatal, a que a lei brasileira submete, a seu ver as sociedades de autores, estaria plenamente justificado se a elas fossem dadas a figura jurídica e os poderes que se acaba de indicar.

Outros aspectos da nova lei, nessa matéria, são os que se referem à criação de um «Bureau» central comum de percepção e arrecadação dos direitos de execução pública (art. 115), para evitar a confusão que representa a existência de várias sociedades tratando receber direitos de autor por diferentes repertórios. Como simples hipótese isto o leva a pensar que em futuro não distante, se chegará à fusão das diversas sociedades numa única, na função de intermediário, com fortes poderes outorgados pelo Estado (solução SADAIC da Argentina).

A lei cria um Conselho Nacional de Direito Autoral, com amplos e diversificados poderes, em matéria de fiscalização, promoção e assistência na matéria. Assim, pelo art. 117, nº IV está autorizado a fixar normas destinadas à unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais.

Entre os aspectos que merecem sincero aplauso, figura a criação de um Fundo de Direito Autoral para fins de estímulo e promoção, bem como um centro brasileiro de informações sobre direitos de autor, que supõe deverá funcionar em coordenação com o centro internacional criado no seio da UNESCO.

Em matéria de «domínio público remunerado» — instituição justificada em muitos sentidos, — a nova lei consagra uma solução totalmente inadmissível, e contrária a liberdade da cultura. Com efeito o art. 93 dispõe que «a utilização por qualquer forma os processo que não seja livre, (?) de obras intelectuais pertencentes ao domínio público, **depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.** Se a utilização visar lucro deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral uma importância correspondente a 50% do que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, casos em que essa percentagem se reduziria a dez por cento.

«Não se trata de um erro de imprensa, ou de interpretação, pois o conceito se repete no art. 120 quando se inclui entre os recursos que integrarão o Fundo do Direito de Autor (parágrafo II): o produto da **autorização** para a utilização de obras pertencentes ao domínio público», como um desses recursos.

«Em nenhum caso deve a utilização depender da permissão governamental, pois, em caso contrário, se estaria criando um clima de «cultura dirigida». É diferente exigir o pagamento de uma tarifa para cada utilização de obras intelectuais, mas estabelecidas livremente (Ver nossa obra «O domínio público remunerado em matéria de uso de obras intelectuais» Ed. Fundo Nacional das Artes, Buenos Aires, 1970, ou a monografia sobre o mesmo tema na revista «Il Diritto de Autore», Roma, 1972). Em se tratando de um simples erro de redação caberia o esclarecimento correspondente pela via legislativa.»

Aponta a **ausência de uma matéria fundamental:**

«Para estar em consonância com a evolução social que caracteriza o mundo de hoje e proteger o autor contra abusos e espoliações, não é bastante reconhecer-lhe os direitos morais e declará-los inalienáveis e imprescritíveis. É também necessária uma legislação intuitiva, no aspecto econômico; protetora do autor diante de sua possível inexperiência, sua debilidade econômica ou equivocação.

Exemplar é, nesse sentido, a lei da Alemanha Federal de 1965, que em sua Seção V sobre «Relações em matéria de direito do autor», busca proteger o autor, também no terreno econômico, salvo na esfera hereditária ou testamentária, o direito de autor não pode ser cedido (arts. 28 e 29). Unicamente podem ser concedidos direitos de aproveitamento e, ainda assim, os gastos a ele referentes, estão limitados e condicionados, mediante revisão de contratos de manifesta desigualdade, ou quando ocorre alteração das circunstâncias levadas em conta ao ser fornecido inicialmente o convênio; e ainda a caducidade por não exercício pelo usuário, etc. (arts. 31 e seguintes).»

Esta matéria cuja ausência adverte como significativa na nova lei brasileira de 1973.

5. A Comissão Revisora da Lei nº 5.988/73.

Pela Portaria nº 11, de 06-06-1984 foi constituída Comissão, integrada pelos Conselheiros Antônio Chaves, Dirceu de Oliveira e Silva, Henry Jessen, Cleto de Assis e Manoel Joaquim Pereira dos Santos para, sob a Presidência do primeiro proceder a revisão da legislação sobre direitos autorais e a elaboração de propostas que visem o aperfeiçoamento do conteúdo e da redação dos textos legais existentes.

Portaria nº 10, de 31-05-1984 já havia constituído comissão de estudos para analisar as necessidades de alteração do Dec. nº 84.252, de 28-11-1973, que reorganizou o CNDA e deu outras providências.

Esta última foi revogada pela de nº 16, de 22-08-1984, que também atribuiu essa tarefa àquela comissão.

A primeira reunião, preliminar, em que foram discutidos aspectos gerais da tarefa e definição de diretrizes e metodologia, teve lugar em data de 11-07-84, em Brasília.

A segunda também ocorreu em Brasília, na sede do CNDA, aos 22-08-1984. Considerando-se as dificuldades, sobretudo financeiras, para a reunião da Comissão, decidiram seus membros dividir os títulos da Lei 5.988 entre si, para um estudo preambular. Ficaram os títulos da Lei 5.988 I, II e III, a cargo do Conselheiro Antônio Chaves; IV, do Cons. de Oliveira e Silva; V. do Cons. Henry Jessen; VI e VII, do Cons. Cleto de Assis, e VIII e IX do Cons. Manoel Joaquim Pereira dos Santos.

Na terceira, que teve lugar no dia 27-09-1984,, o Presidente submeteu ao exame dos demais componentes da Comissão as 57 sugestões oferecidas por vários interessados, tendo sido incorporadas as que pareceram procedentes.

Minucioso trabalho realizado em conjunto pelos Conselheiros Dirceu de Oliveira e Silva e Henry Jessen permitiu a análise, dispositivo por dispositivo dos primeiros 81 artigos propostos, que, com ou sem modificação de redação, já puderam ser analisados na quarta reunião, realizada em data de 27-02-85, em São Paulo.

Defronta-se, no entanto, a Comissão com alguns problemas que considera indispensável apresentar à discussão pública, principalmente neste auspicioso período da vida nacional, em que a Nação é devolvida, depois de 21 anos, à sua tradição democrática, em que o Governo — temos todos a mais absoluta certeza — dará às atividades culturais e artísticas a devida atenção, não podendo nestas condições faltar com o seu apoio à política de aperfeiçoamento do direito de autor.

O primeiro deles parece aos olhos da Comissão ser o que diz respeito ao sistema do registro e depósito, que assume, dia a dia, fundamental importância não só no âmbito nacional, como no internacional.

Ele está passando, sob os nossos olhos, por uma transformação radical: está deixando, pouco a pouco, de constituir um mero formalismo, uma simples garantia, entre nós, da proteção do direito do autor.

Irá corresponder, cada vez mais, a necessidade de saciar uma verdadeira «fome» de informações de quantos tenham interesse em saber quais são as obras disponíveis para utilização com finalidades econômicas, quem e quantos são os seus titulares, onde podem ser localizados, qual o prazo de proteção com que ainda contam, etc. etc.

Devemos estar aparelhados para, dentro de alguns poucos anos, respondermos, pelos telefones, à indagação que nos venha da Austrália ou do Egito, da possibilidade de se filmar um romance de Jorge Amado, de se publicar um conto de Quintana ou uma poesia de Drummond de Andrade, começando a pensar na montagem de uma estrutura eletrônica que vá desde já possibilitando a coleta de dados continuamente mutáveis, mas que é necessário implantar.

E isto evidentemente não poderá ocorrer enquanto tivermos uma multiplicidade de registros de muito superior à que resulta da Lei nº 5.988, em diferentes pontos do País: na Biblioteca Nacional, escritos e impressos em geral; na Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de composições musicais; Na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de desenhos, fotografias, etc.; no Conselho Nacional de Cinema, de obras cinematográficas e análogas; no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, de planos, projetos, etc., e no próprio CNDA de obras que não se enquadrem nas entidades nomeadas.

O pior é que, fomentando pedidos desnecessários, quando não injustificados e abusivos, numa disposição demagógica que precisa ser corrigida, admite o art. 10 da gratuidade não apenas do registro da obra intelectual, como do seu respectivo translado.

Submetemos à apreciação da Comissão mais os seguintes princípios orientadores para a atualização da legislação básica:

1. Retirar do contexto da lei toda referência ao intuito de lucro.
2. Qualquer comunicação de uma obra, pelo rádio ou pela TV, a um «público» ulterior, deve proporcionar uma remuneração aos autores e artistas, em harmonia com a potencialidade da difusão.
3. Deve ser objeto de regulamentação mais rigorosa a cessão, proibindo-se a indiscriminada de todos os direitos e estabelecendo-se, mesmo contra a vontade do cedente, a reserva de uma percentagem mínima a seu favor.
4. Revogação da Lei 7.123, de 12-09-1983, que aboliu o domínio público remunerado, beneficiando exclusivamente os empresários, em detrimento dos autores e do público.
5. Incorporação dos preceitos constantes de projeto de lei já aprovado pelo CNDA, estabelecendo remuneração de natureza autoral

sobre as fitas virgens para cassetes, videocassetes e similares, destinadas a cópia privada.

6. Critério análogo deve ser firmado com relação a reprografia de obras impressas.

7. Estimular a redução da multiplicidade de associações arrecadoras e distribuidoras em matéria de execução musical e fomentar a criação de outras que cubram importantes segmentos que ficam ao desamparo.

8. A própria denominação — Conselho Nacional de Direito Autoral — indica que suas atividades não podem restringir-se, como hoje ocorre, exclusivamente à área da música popular, mas ampliar-se de modo a abrangerem toda manifestação intelectual e artística, que deve ser incentivada e desvelada como uma das mais nobres manifestações da inteligência e da sensibilidade humanas.

Além dessas providências de caráter propriamente legal, recomenda-se ainda três pontos fundamentais.

É necessário:

Incrementar, nas Universidades e nos cursos superiores de Arte e de Música, o ensino do Direito de Autor, como recomendam os Congressos internacionais, entre eles o da INTERGU e do IIDA, em Santiago do Chile, de 30 de outubro a 04-11-1983, para que haja uma melhor compreensão da matéria.

Fomentar e disciplinar o aproveitamento do talento brasileiro além fronteiras.

Estabelecer uma maior participação de peritos nas grandes reuniões internacionais. A pretexto de falta de verbas, o Brasil é a eterna cadeira vazia, como ocorreu na reunião entre outras de dezembro de 1984, em Paris, que cuidou da proteção internacional do folclore, onde, estiveram presentes numerosos países de menor potencial econômico e cultural do que o nosso, que brilhou. . . pela ausência.

Bibliografia aproveitada:

BARBOSA, Milton Sebastião — Projeto de Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e respectiva Justificação, Diário Oficial, suplemento ao nº 113, de 16-06-1967, 39 págs.

CHAVES, Antônio — Direito Autoral de Radiodifusão, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 15-27.

GONÇALVES, Luiz da Cunha — Tratado de Direito Civil, S. Paulo, Limonad, 2ª ed., vol. IV, I, sem data, págs. 28-36.

HAMMES, Bruno Jorge — O Direito do Autor. Algumas Notas Históricas Estudos Jurídicos, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, vol. X, nº 27, 1980, págs. 69-80.

LINS, Osman — Direitos autorais: breve retrospecto, «O Estado de S. Paulo», Suplemento Literário, 15-03-1969.

Mesa Semanal de Debates de Casos e Problemas Tributários^(*)

A LIBERDADE DE ESCREVER E A IMUNIDADE OBJETIVA

Ruy Barbosa Nogueira

Catedrático de Direito Tributário, Professor de
Direito Tributário Comparado e Presidente
do IBDT/USP

RESUMO: — O princípio político-constitucional da imunidade impositiva sobre o conhecimento (NO TAX ON KNOWLEDGE). — Exclusão do poder de instituir imposto sobre quaisquer dos gêneros livro, jornal e periódicos e da espécie papel destinado à sua impressão. — Os impostos **aduaneiro**, IPI e ICM não incidem sobre livros, jornais e periódicos. — As antigas isenções dadas por leis ordinárias sob condições do conteúdo ideológico e a atual **imunidade** objetiva e incondicionada para todos os gêneros de livros, jornais e periódicos, consagrada na Constituição Federal. — O fisco não tem poder nem competência para instituir imposto arrecadatório ou ordinatório sobre quaisquer dos gêneros de livros, jornais ou periódicos e muito menos para exigir imposto sem lei e constitucionalmente proibido. — Não cabe à lei tributária dispor sobre o conteúdo ideológico da escrita, nem é função atribuída ao fisco apreciá-lo para efeitos de imposição, posto que constitucionalmente esta não existe nem pode existir. — Direito Tributário pátrio e comparado.

O Caso Proposto

Na 418ª reunião de estudos de casos e problemas da **Mesa Semanal de Debates** do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à USP, foi apresentada a seguinte questão, de que fomos Relator:

Editora com organização, aquisição de direitos autorais e colaboração de notáveis autores e especialistas, dentre outros livros vem publicando, com o caráter didático, cívico, informativo e cultural, **livros ilustrados** para crianças.

(*) Trabalho que relatamos na 418ª sessão de estudos da **Mesa Semanal de Debates de Casos e Problemas Tributários**, do IBDT/USP, cujos estudos são realizados no Departamento de Direito Econômico e Financeiro.

A forma dada a tais trabalhos não é só para chegar à solução, mas servir de material para estudo pelo método de «casos e problemas», especialmente dos alunos da área de especialização em Direito Tributário Aplicado, dentro do Direito Empresarial.

Estamos enviando-o como possível colaboração à Revista, mas também objetivando facilitar o acesso ao corpo discente.

Como se pode verificar dos exemplares anexos, cada um consiste em um livro já impresso, com capa cartonada, ilustrada e colorida sob título genérico «**livro ilustrado**» e mais o específico do exemplar, como «**AMAR É. . .**» ou «**JOGOS OLÍMPICOS**».

As páginas dentro da brochura estão reunidas e grampeadas, formando o respectivo volume.

O conteúdo da obra consiste em quadros impressos, numerados e cada um com o respectivo **verbete** impresso para o leitor infanto-juvenil o ler e ilustrá-lo com a respectiva figura ou cromo representativo da idéia expressa no conceito abstrato do verbete.

O cromo ou estampa é separado ou móvel, precisamente para que a criança possa adquiri-lo e com os dados e informações aprender a aplicá-lo na ilustração do respectivo quadro contendo o verbete conceitual.

Para se evitar qualquer confusão incabível com os antigos **álbuns de figuras difíceis**, cuja coleção visava arriscar ou jogar em sorteios de brindes ou prêmios — que aliás vieram a ser legalmente proibidos estes livros didáticos trazem impressão, em negrito:

«Os cromos deste livro foram impressos e distribuídos em quantidades rigorosamente iguais, não havendo, portanto, cromos difíceis.

Se faltar alguma ilustração em seu livro e você quiser completar sua coleção peça os cromos diretamente à Editora ao preço de Cz\$ 10,00 cada, preenchendo a carta-resposta. . .

O preenchimento desta coleção não dá direito a prêmios ou brindes, nem se destina a concursos ou exploração de acordo com a legislação em vigor.»

Portanto, a criança que leu previamente o conceito ou ensino descrito no verbete, seleciona o respectivo cromo ou estampa e o cola no quadro, passando também a visualizar o conceito na expressão cromática ou imagem, completando o seu aprendizado, e, ao mesmo tempo, participando da elaboração física do livro e da elaboração intelectual da obra nele contida.

Acontece que a Editora vem publicando tais livros na certeza de que estão **imunes** dos impostos **sobre** eles, como IPI e ICM, e assim podendo distribuí-los por meio de livrarias e bancas de jornais que operam somente com publicações imunes, ou não.

O Fisco Federal já reconheceu essa imunidade constitucional, como também a vem pacificamente reconhecendo todos os fiscos dos demais Estados de nosso País.

Porém, **como exceção**, o Fisco do Estado de São Paulo pretende **exigir** ICM e escrituração **de cada estabelecimento ou banca de jornal**, contra o texto da Constituição Federal e da própria **«não incidência»**

estatuída na lei e no Regulamento do ICM do Estado de São Paulo (Lei 440/74, art. 3º e Decreto nº 17.727/81, art. 4º, I).

Assim, essa violência ou flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade não só viriam agravar **o leitor ou consumidor final** com o ICM, mas **impedir a livre circulação, distribuição e venda** pelas livrarias e bancas de livros, jornais e periódicos que comerciavam até agora com tais publicações **dentro do regime da imunidade** prevista na letra d, inciso III, art. 19 da Constituição Federal.

Portanto, além do gravame **ao leitor desse livro**, tal discriminação viria excluir da livre iniciativa e comércio desse livro as livrarias, bancas de livros, jornais e periódicos que operam sob o regime da imunidade, porque apenas para trabalharem com essa espécie de livro, **cada estabelecimento** ficaria sujeito às **desproporcionadas** obrigações e ônus fiscais ou burocráticos da inscrição, escrituração de livros, notas, guias, estatísticas, manutenção de máquina registradora, etc., além dos difíceis problemas de separação de **estoques** e, portanto, impedidos de exercerem essa atividade.

Tal discriminação, além de inconstitucional é de fato uma contradição ou desarmonia **dentro do sistema da imunidade do livro**. Corresponderia à pena de morte dessa específica atividade que a Constituição garante como livre iniciativa.

Não podendo se conformar com essa pretensão fiscal por entendê-la inconstitucional, a Editora propôs ação ordinária perante a 2ª Vara da Fazenda Estadual, cuja sentença de primeira instância não acolheu seu pedido, a seu ver por manifesto erros de fato e de direito.

Estudo do Caso e Conclusões

I — A questão proposta a debate, estudo e conclusões, a nosso ver está resolvida, tanto pela forma como pelo conteúdo, nos textos constitucional e tributário, os mais hierárquicos, completos e exaurientes possíveis, para **proteção da liberdade do pensamento impresso em papel**, a partir da Constituição de 1967, e atual texto da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, não comportando as digressões subjetivas da sentença sobre «analogia» entre «gênero» e «espécie» **de livros** (o que é um erro, porque ontologicamente o gênero inclui suas espécies) e condicionamento da IMUNIDADE à natureza do **conteúdo ideológico**, seja didático, cultural ou não, do livro, jornal ou periódico, senão vejamos.

A Sentença

II — O ilustre Juiz prolator da sentença de primeira instância adotou como fundamento para decidir unicamente dois flagrantes erros, inadmissíveis, de fato e de direito.

Tendo nos autos os livros ilustrados para crianças, e adotando o emprego **analogia** para exigir imposto (o que é proibido pelo § 1º do

do art. 108 do CTN), apenas revelou sua dúvida, declarando na sentença:

«alguma discussão poderia surgir na equiparação destes aos livros»

Eis o primeiro erro fático e jurídico.

III — A Constituição, sem qualquer restrição ou condicionamento, menciona «o livro» como **gênero**, o que inclui todas as «espécies» de livros. Ninguém no mundo nem nestes autos disse ou poderia dizer que o **livro ilustrado para crianças** não é uma espécie do gênero «livro». Analogia ou equiparação seria a «similaridade» de um gênero com outro gênero; de uma espécie com outra espécie. Se incluído um «gênero», sem excepcionar nenhuma espécie, todas as espécies estão nele insitas ou compreendidas (1). A dúvida do ilustre Magistrado não existe na lógica nem no texto da Constituição, e a matéria não é de analogia mas de **ontologia**, isto é, dentro do gênero «livro» impresso em papel estão todas as suas espécies como o livro para crianças.

O segundo erro da sentença é de direito no tempo.

S. Exa. esqueceu-se de verificar a completa modificação da solução jurídica que o novo texto constitucional já no ano de 1967 introduziu. O livro, o jornal e os periódicos, antes dessa Constituição não eram IMUNES, mas apenas eram por leis ordinárias ISENTOS **sob condições**, entre as quais a da **natureza do conteúdo ideológico da obra** (cultural, artística, didática, etc.). A Constituição de 1967 a transformou em IMUNIDADE OBJETIVA INCONDICIONADO, que a Emenda de 1969 melhorou e ratificou.

IV — Ora, S. Exa., para tal fim que não o requer, gastou seu tempo em dar sua opinião pessoal apenas por meio de vários **obiter dicta** (2) sobre o conteúdo ideológico (cultural, didático, etc.) dos livros ilustrados para crianças e com isso regrediu e retransformou, por conta, a IMUNIDADE CONSTITUCIONAL OBJETIVA INCONDICIONADA em ISENÇÃO CONDICIONADA que desde 1967 não mais o é. Aliás chegou a citar a 7ª edição do Direito Tributário de Aliomar Baleeiro e não se deu conta de que o mesmo Autor chama atenção para a enorme ampliação constitucional, nestes termos:

(1) GÊNERO (em lógica) — Quando duas classes estão numa relação tal que a extensão de uma é uma das partes dentro as quais se pode divisar a extensão da outra, a primeira é chamada uma espécie da segunda, e a segunda é chamada o gênero ao qual pertence a primeira.

ESPÉCIE (em lógica) — Uma classe A, enquanto considerada como formando uma parte da extensão de uma outra classe, B. — B é então o gênero do qual A é a espécie. (Tradução dos verbetes GENRE e ESPECE do Vocabulaire Technique et Critique de La Philosophie, revisto pela Société Française de Philosophie e autoria de seu Presidente, Prof. da Sorbonne, André Lalande, 8ª edição, Presses Universitaire, Paris, 1960).

(2) Sobre tais desvios de caminhos da sentença, confronte-se uma das mais completas e mais recente, dentre as raras monografias sobre o tema: DAS OBITER DICTUM, de autoria do Catedrático Wilfried Schlüter, C.A. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1973.

«PAPEL, LIVROS, JORNAIS. . . A Emenda nº 1, de 1969, no inciso d do artigo 19, III, é mais generosa do que a de 1946 e do que a Emenda nº 18.» (na 1ª edição que é de 1970, pág. 94 repetida até na 10ª de 1981, pág. 91).

V — Com base apenas nesses equívocos e atraso em relação aos textos constitucionais e legais vigentes, estranhamente a sentença após divagar sobre o conteúdo intelectual ou não dessa espécie de livros, conclui:

«Em suma: com semelhante publicação visa-se tão-somente a comercialização de figurinhas.»

Eis mais um **obiter dictum**: por acaso a comercialização não é exercício regular de direito constitucional assegurado pela liberdade de iniciativa e pela valorização do trabalho como fins para realizar o desenvolvimento nacional (Constituição da República, art. 160 I e II)? Por acaso a **imunidade** estaria também condicionada a doação ou gratuidade dos livros, jornais e periódicos?

O Vigente texto da Constituição

VI — Tanto a Constituição de 1946, como a Emenda Constitucional nº 18 de 1965 estabeleciam a imunidade contra o imposto, apenas para o

«papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros».

Não existia a previsão constitucional da imunidade para o livro, o jornal e os periódicos, de sorte que estes estavam a mercê da vontade dos legisladores ordinários que concediam ou não «isenções», que podiam ser objetivas, subjetivas, por prazo, condicionadas etc. Isto era um despautério nessa matéria que exigia uniformidade, por ser de ordem nacional (3).

VII — A fim de resolver com a força não só da maior hierarquia constitucional-tributária, mas **desde o momento anterior** à própria concessão de poder de tributar e outorga de qualquer competência impositiva aos legislativos, que fez a Constituição de 1967 e melhorou a Emenda de 1969?

Estatuiu, dentro do Título I «DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL», onde estão as disposições preambulares e básicas da estrutura da Nação, outorga de poderes e das respectivas competências aos legislativos para **instituir** determinados impostos, como para estatuir limitações e até

(3) Daí a inclusão da atual letra «d» pela Emenda nº 820/1 da Constituição de 1967, dos citados gêneros semelhantes, cuja justificação concluiu: «é a consagração na própria Constituição da igualdade de tratamento aos livros, aos jornais e às revistas» (pág. 863 do vol. 6º, Tomo II dos Anais da Constituição de 1967, edição do Senado, Brasília, 1970).

mesmo **proibições ou vedações** e, aí nesse contexto, incluiu a disposição imperativa e completa, de **eficácia plena «triplicada»**, por ser norma **proibitiva, imunitória e de garantia constitucional** ⁽⁴⁾, nestes termos:

Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

— instituir imposto sobre: o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

VIII — Enquanto «o papel destinado à sua impressão» é uma das espécies do gênero papel; o livro, o jornal e os periódicos são, sem nenhuma restrição da Constituição, gêneros semelhantes que incluem todas as suas espécies. Isto é lógica e ontologicamente o óbvio, como já vimos.

A estatuição em nível constitucional, de que:

É vedado. . . instituir impostos sobre: o livro, o jornal e os periódicos»,

qualifica para estes três gêneros «livro», «jornal» e «periódicos» que, como gêneros, são entre si afins, similares ou análogos uma **IMUNIDADE IMPOSICIONAL OBJETIVA E NÃO CONDICIONADA**, através da categoria a mais ampla e hierárquica de todo o constitucionalismo, que é do **princípio constitucional**.

Do ponto de vista da eficácia plena, é norma completa ou bastante por si e em si (self enforcing), porque não requer nem admite **complementariedade** legislativa, regulamentar ou pretoriana, pois é proibitiva, imunitória e expressão de princípio de garantia constitucional do regime democrático.

Do ponto de vista tributário, pela categoria preambular absoluta e mais hierarquizada na ordem constitucional, pois até antecede à própria outorga de exercício legislativo do poder de tributar que é a da **IMUNIDADE**, isto é, **cláusula constitucional** que não só **denega** ao legislativo o exercício desse poder, mas previamente o proíbe ou lhe veda o exercício desse poder **sobre** esses bens. Isto é, esses bens ou veículos em que sejam impressos o pensamento estão **IMUNIZADOS** contra quaisquer impostos que **sobre eles** pudessem ser **instituídos**.

Em outras palavras, a Constituição enumera em seqüência todos os **gêneros semelhantes desses bens** para proibir a **todos os legisladores ordinários** tomar como fato, como subjacência, como assento, como

(4) Em sua obra já clássica e específica, a «**APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**», Edição R.T. São Paulo, 1963, pág. 93, ensina o Prof. José Afonso da Silva: «Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contêm **vedações** ou **proibições**; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) declaram direitos fundamentais ou **garantias constitucionais e democráticas**; d) (grifos da transcrição).

relação fática, como bem econômico ou **situação** base de imposto, quaisquer desses gêneros, pois **exclui do poder tributário** três gêneros, e uma espécie:

«o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão»

IX — Dentro do **gênero papel**, somente estão imunes as **espécies** destinadas à impressão daqueles, mas para aqueles gêneros: o **livro, o jornal e os periódicos**, a Constituição **não estabeleceu nenhuma condição ou restrição de qualquer natureza**. Todos os gêneros livro, jornal e periódico e suas espécies não podem, por **princípio proibitivo constitucional** ser **objeto** de nenhum imposto.

Na terminologia jurídico-tributária do CTN, art. 114, se «fato gerador da obrigação principal é a **situação** definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência», ao contrário de dar poder e competência legislativa ordinária para instituir imposto sobre esses bens, a Constituição **vedou** a todos os legislativos a faculdade de definir em qualquer lei, como «**situação** necessária e suficiente para a ocorrência do fato gerador do imposto», quaisquer dos gêneros «o livro, o jornal e os periódicos». Nenhum desses veículos do pensamento escrito pode ser objeto de incidência, ou na linguagem técnica do CTN, tomado como «situação» de «hipótese de incidência» (arts. 114 e 104, II).

X — Portanto, preliminarmente, como dissemos de início, desde a vigência da Constituição Federal do ano de 1967, é óbvio e mesmo um truismo, que todos os gêneros de livros, jornais ou periódicos e suas espécies, como impressos e veículos da liberdade do pensamento, estão **objetivamente** **IMUNES** de imposto. Não interessa, por ser irrelevante, examinar o conteúdo ideológico do impresso. Todas as espécies desses gêneros de veículos do pensamento, em razão da liberdade de imprensa foram e estão absolutamente libertos da escravidão do imposto. Em relação ao imposto sobre eles, a Constituição estatui absoluta **proibição** a todos os fiscos, isto é, excluiu-os do próprio poder de **instituir** sobre eles o imposto.

Se pelo conteúdo ideológico o veículo impresso for obsceno ou mesmo criminoso, o problema cabe à censura ou à segurança⁽⁵⁾, mas **nunca a quaisquer das autoridades do imposto**, pois a Constituição não permitiu sequer aos legisladores **instituir** o imposto sobre tais veí-

(5) Neste sentido é a doutrina corrente. Raul Haidar no capítulo «A Imunidade dos Livros, Jornais e Periódicos» ressalta: «... não se pode cogitar de ser o livro cultural ou não, de acordo com critérios de julgamentos subjetivos. ... o romance pornográfico que a censura pode coibir, pode apreender, mas o fisco não pode tributar. (ICM-IPPI — Aspectos Polêmicos, Editora Análise, São Paulo, 1979, pág. 57).

Também Vieira Manso no artigo **IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO**, publicado em 1983 na R.T.-573, à pág. 309, ressalta: «Nenhuma restrição, portanto, quanto ao conteúdo do livro se haverá de estabelecer para retirar-se dele o favor constitucional: será imune, pois, tanto o livro de entretenimento como o livro científico, ou o livro didático, ou o livro religioso. Basta que seja **LIVRO**, isto é, basta que o objeto seja repositório de uma comunicação inteligível.»

culos da liberdade de pensamento. Aliás veremos que não existe hoje em nosso país **nenhum texto de lei fiscal** prevendo incidência de imposto sobre o livro, o jornal ou os periódicos em função do seu grau de conteúdo ideológico, cultural, artístico ou de perversão.

XI — Portanto, a sentença começou por premissa absolutamente falsa, chegando a **exigir** imposto não apenas sem base em qualquer lei que houvesse criado, mas ao arrepio da literal proibição constitucional, que **veda** ao próprio legislador ordinário o poder e a competência para instituir tal imposto.

XII — Bem andou o Fisco federal em reconhecer a imunidade em relação ao imposto aduaneiro e IPI. O ICM, como o imposto aduaneiro e o IPI, é um dos impostos de consumo, que comportam a transferência ou repasse do ônus financeiro pela inclusão desse encargo no preço, gravando o **consumidor final** (art. 166 do CTN).

Como salienta Aliomar Baleeiro em sua clássica obra, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 5ª edição, Forense, 1977:

«O inciso d, do art. 19, III da C.F. de 1969 protege objetivamente a coisa apta ao fim, sem referir-se à pessoa ou entidade. Veda imposto sobre o livro, o jornal e os periódicos assim como o «papel destinado à sua impressão».

Não exclui o imposto de renda sobre o livreiro, autor, jornalistas ou dono do jornal (pag. 189).

O dispositivo quer imunes livros, jornais e periódicos, assim como o papel para imprimí-los seja do imposto aduaneiro, seja do IPI, ICM ou qualquer outro que atinja.» (pág. 190).

O Erro e o Excesso do Fisco Paulista

XIII — A nosso ver o ERRO E O EXCESSO do Fisco Paulista está em não ser observado a completa modificação e evolução do texto constitucional vigente, nem mesmo a adaptação da **atual redação da própria lei paulista** e do **vigente Regulamento do ICM do Estado de São Paulo!**

Como já vimos, a Constituição de 1946 como a Emenda nº 18 de 1965 estabeleciam a imunidade tributária apenas para o «papel destinado exclusivamente à impressão de livros, periódicos e jornais».

Os «livros, periódicos e jornais» ficavam sob o regime de «isenções» dos legisladores fiscais ordinários, e eram ora objetivas, ora subjetivas, condicionadas à natureza do conteúdo ideológico (cultural, artístico, didático, etc.) quando, sendo esta matéria de liberdade da manifestação escrita do pensamento, era e é de ordem nacional.

XIV — A fim de solucionar de uma vez esta questão em nível constitucional e **uniformemente para toda a Nação**, excluindo precisamente a polêmica e a insegurança do subjetivismo e condições que ora ainda vemos **apenas na memória do Fisco Paulista e da sentença**, o texto de

67 confirmado em 1969, valorando o livro, o jornal e os periódicos acima do eventual interesse do imposto sobre eles, estendeu e completou essa liberação por meio de **IMUNIDADE OBJETIVA**, que não permite polêmica, nem subjetivações:

«**É vedado. . .**

— instituir imposto sobre:
o livro, o jornal e os periódicos, **assim como o papel destinado à sua impressão.**

XV — Não tendo a Constituição condicionado a imunidade do livro, do jornal e dos periódicos à natureza ideológica do conteúdo impresso, não existe, com não poderia existir em nosso país, nenhuma lei tributária que após o citado texto constitucional tenha **sequer referido a tal condição** para efeito ou não da imunidade. Se a Constituição **não estatui condições** como a fluida e ignominiosa do conteúdo ideológico da obra ou escrita, mas apenas estatui **IMUNIDADE OBJETIVA INCONDICIONADA**, nem para tal atribuiu qualquer delegação ou complementariedade ao legislador comum ou complementariedade ao legislador comum ou complementar, é óbvio que nenhum poder legislativo, executivo ou judiciário pode se arrogar tal poder nem competência.

Ao contrário, a própria legislação fiscal paulista, que **antes** da alteração constitucional concedia **isenção condicionada**, veio a modificar completamente seus textos e **contexto**, retirando tais dispositivos do capítulo da mera «isenção» para incluí-lo no da «não incidência» porque a imunidade é efetivamente uma «**não incidência**» **constitucionalmente qualificada**, senão vejamos.

XVI — Como exemplo tomemos a legislação anterior, isto é, do tempo do regime das isenções.

Até o Regulamento (decreto paulista 28.252/57) no Cap. II, do Tit. I, estava sob a rubrica «**Das Isenções**» e dispunha:

«**Das Isenções**»

Art. 4º — **São isentas de impostos:**

j) as vendas e consignações de papel que se destinam exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros (art. 31 n. V, alínea «c» da Constituição Federal), bem como o comércio destes últimos;

§ 2º — **Para efeito da isenção referida na alínea «j», consideram-se livros os que contêm obra cultural, técnico-científica, didática ou literária, excluídos, portanto, os livros em branco e os destinados à escrituração em geral.**

XVII — Como pela Constituição não havia imunidade para o livro, o jornal e os periódicos, cada Estado-membro concedia isenções as mais variadas e sob diversas condições como as acima.

Entretanto, após os textos de 1967 e 1969 nenhum Estado teve mais **poder nem competência** sequer para **instituir** ICM sobre o livro e muito menos para condicionar a **imunidade** em razão da natureza do conteúdo ideológico, por estarem no Brasil, tanto a União, como Estados, Distrito Federal e Municípios constitucionalmente **proibidos** de **instituir** imposto sobre o livro, o jornal e os periódicos.

Tanto assim é, que o Estado de São Paulo retirou do contexto das «isenções» tal dispositivo e foi incluí-lo no contexto do cap. II, Tit. I do vigente Regulamento do ICM, debaixo da rubrica «DA NÃO INCIDÊNCIA», nestes termos parafraseados da Constituição Federal:

«Da Não Incidência

Art. 4º — O imposto não incide sobre (Lei 440/74, art. 3º):

I — as saídas de livros, jornais e periódicos, assim como de papel destinado à sua impressão; (Decreto nº 17.727/81 e alterações)».

XVIII — Observe-se que esse Regulamento já publicado em **texto único** pela Secretaria da Fazenda (edição 1982) não traz mais **nenhum dispositivo de condicionamento ou restrição** à natureza do conteúdo ideológico do livro, precisamente porque obedecendo à letra do dispositivo imunitório da Constituição Federal, apenas o copiou no **contexto** do capítulo da «NÃO INCIDÊNCIA».

Portanto, convém neste passo repetir que além da **proibição** constitucional incondicionada, a própria lei como o Regulamento do Estado de São Paulo, **reconhecem** integralmente aquela **imunidade objetiva e não condicionada**.

A sentença, além de estar ao arrepio do texto constitucional, também é órfã de qualquer fundamento legal. É evidentemente sentença nula, porque afronta não só o **texto proibitivo do art. 19, III, d** da Constituição Federal; mas fere também o princípio da legalidade do imposto estatuído nos arts. 20, I e 153 § 29 da Constituição, como o art. 97, I do CTN que é lei complementar da Constituição e até o próprio art. 4º, I do Regulamento do ICM (Decreto nº 17.727/81) acima transcrito, o qual reconhece e explicita a «NÃO INCIDÊNCIA». Se **nem** o Poder Legislativo, **pelo processo legislativo**, pode **instituir** imposto sobre o livro, muito menos o Magistrado «criar» e autorizar cobrança de imposto constitucionalmente **proibido**.

XIX — É elementarmente sabido que a obrigação tributária é **ex-lege**. Não só a Constituição estatui expressamente o princípio da estrita legalidade tributária (arts. 19, I e 153 § 29) mas o CTN no art. 97 estatui que «somente a lei pode estabelecer a **instituição** de tributos».

Para que o intérprete e o aplicador da lei não contorne ou fraude esse princípio da estrita legalidade, da tipologia fechada e, **sem prévia estatuição da lei**, possa querer **substituir-se** ao legislador para instituir ou exigir imposto por meio de extensão analógica, o CTN, precisamente no capítulo da «Interpretação e **Integração da Legislação Tributária**», estatui esta literal proibição:

§ 1º — **O emprego da analogia não poderá** resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Ora, se no caso específico, ao estatuir a **IMUNIDADE** objetiva e incondicionada para o livro, a Constituição **veda**, proíbe ou elimina a própria possibilidade de os legislativos emanarem **lei** instituindo tal imposto, nestes termos peremptórios:

«Art. 19 — É vedado à **União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios**:

III — instituir imposto sobre: d) **o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.**»

Não se pode compreender que **por meio de sentença**, contra os textos da Constituição e **sem lei** (que não existe e não pode constitucionalmente existir), venha o ilustre juiz «a quo», cerebrinamente **instituir** e permitir ao Fisco estadual **exigir** imposto sobre o livro, que objetivamente está imune ou excluído do próprio campo da lei impositiva.

Se mesmo a **instituição por lei**, de tal imposto, é peremptório e incondicionadamente **vedada** pela Constituição, como pode o Juiz arrogar-se poder impositivo e competência legislativas que nem os legislativos têm, para chegar, sem poder impositivo, sem competência legislativa, sem processo legislativo, sem lei, a **criar e mandar exigir** imposto sobre o livro, quando a Constituição não só já eliminou a possibilidade de existência de tal imposto no Brasil, por meio de **norma proibitiva?**

Observe-se bem, que pelo texto da sentença, muito mais do que **emprego de analogia** o ilustre Magistrado embarcou na fantasia do fiscalismo, aplicando as antigas condições referidas ao conteúdo ideológico (cultural, didático, etc.) do livro, condições essas que existiam como requisitos para ter direito a **ISENÇÃO CONDICIONADA**, quando não se trata mais de isenção de lei, mas sim de **IMUNIDADE** que é categoria constitucional.

XX — S. Exa. não se deu conta de que agora, **pela Constituição e leis vigentes** a categoria jurídico-constitucional-tributária não mais é de isenção, mas sim a da **IMUNIDADE OBJETIVA INCONDICIONADA**. O livro está imunizado de imposto **sobre si**. Este é, em nosso País, **um princípio constitucional**.

Direito Comparado

XXI — Para não citarmos demasiado, tomemos **especificamente** a questão da não tributação precisamente **dessa espécie de livro ilustrado para crianças** no contexto da nações civilizadas.

Em primeiro lugar, em matéria conceitual de livro vejamos se a científica e técnica Nomenclatura de Bruxelas **o qualifica como livro**, pois que o Brasil não só a reconhece e a utiliza, mas é um dos países que assinou o respectivo protocolo. Aliás, a referência de que o reconhecimento pela União da conceituação da Nomenclatura não tem aplicação ao ICM é outro engano do Magistrado, pois o órgão competente é o nacional e não o estadual, porque essa é a matéria de tratados e convenções (Const. art. 8º, I).

Pois bem. Esta espécie está classificada não só **dentro do gênero livro** na Posição 49.03, mas ainda com notas explicativas as mais precisas, senão vejamos:

49.03 — **Álbuns ou livros de estampas e álbuns para desenhar ou colorir, brochados, cartonados ou encadernados, para crianças.**

XXII — Como luva confortável ao caso em exame, esclarecem e confirmam essa qualificação ou classificação como livro não só a Nomenclatura mas também as Notas Explicativas de Bruxelas, nestes termos:

«Cabem também nesta posição os livros de estampas, para crianças, com ilustrações móveis» (Notas Explicativas à posição e item 49.03, Tomo II, pág. 513). O texto também oficial em inglês reza: «A Child's picture book incorporating «stand-up» or movable figures also falls within this heading».

Agora vejamos a aplicação ou emprego deste conceito de livro da Nomenclatura e das Notas Explicativas de Bruxelas, dentro do próprio campo dos impostos aduaneiros, de consumo ou IPI e de ICM (estes dois no Brasil de valor acrescido) para constatarmos como a sua científica e internacional classificação é a mesma utilizada pelo Brasil como os demais países no campo desses impostos, que são os indiretos e poderiam incidir **sobre o gênero livro e todas as espécies de livros.**

Tomemos como exemplo um país cuja liberdade de expressão do pensamento é reconhecidamente democrática e berço do constitucionalismo tributário, a Inglaterra,

XXIII — No excelente livro de Hugh Mainprice, especificamente sobre o correspondente ICM de valor acrescido, cujo título é VALUE ADDED TAX, London, edição Butterworths, 1978 onde temos a mesma classificação 49.03 para os livros ilustrados com figurinhas móveis ou separadas e não só a classificação como livro, mas comentários doutrinários e decisões, e foram incluídos na ALÍQUOTA ZERO (Goods and services zero-rated), tanto do imposto aduaneiro, de consumo, como do ICM ou de valor acrescido, nestes termos, à pág. 89:

Item 3 — Children's Picture Books and Painting Books

Customs and Excise indicate that a child's picture book incorporating «stand-up» or movables figures falls within the heading.

Essa classificação e inclusão dos livros para crianças, destinados a incorporar cromos ou figurinhas móveis, cuja classificação como espécie de livro, para efeito do VAT (Value Added Tax) ou Imposto de Valor Acrescido como o nosso ICM está na alíquota zero (zero-rated). Como se vê, tais livros estão excluídos não só do VAT (ICM) mas também do imposto aduaneiro e do imposto de consumo (excise tax) que aliás era a denominação do nosso IPI. Observe-se que todos esses três impostos são os indiretos, que poderiam incidir **sobre a coisa**, no caso sobre o livro de figurinhas para criança e não incide porque ele é uma das espécies do gênero livro.

XXIV — O princípio hoje universal é de que não deve existir **imposto sobre a leitura** (NO TAX ON KNOWLEDGE), pois seria dificultar a cultura, o conhecimento, o ensino, a informação, enfim seria impedir a evolução da ciência, do saber, da tecnologia, das artes. Ninguém contesta, desde o invento de Guttenberg, a importância e a necessidade da valoração do pensamento impresso para o presente, o passado e o futuro do ser humano, mas se a lei condicionasse ao conteúdo ideológico a não incidência, as garras do Fisco sangrariam até a liberdade de pensamento. Ao Fisco não cabe nem deve caber avaliar o conteúdo dos escritos em função de tributação.

O Livro de Figurinhas do Fisco Paulista Para Ensinar «O que é o ICM» e Auxiliar a Fiscalização

XXV — Como já vimos, para o caso é irrelevante indagar-se do conteúdo ideológico do livro. Ele está objetiva e incondicionadamente imune. Entretanto não podemos deixar de estranhar que nestes autos a Fazenda do Estado tenha levado ao Juiz argumentos de que tal espécie de livro nada pode ensinar, e ainda não ter juntado exemplar do livro denominado «TURMA DO PAULISTINHA», criado por lei e da mesma espécie, impresso na época pela mesma Editora, Autora nos autos.

Pelo Decreto nº 14.838, de 18-3-80, o governo do Estado de S. Paulo «instituiu campanha destinada a estimular emissão de documento fiscal nas vendas a consumidor» e para isso editou «um álbum para 200 figurinhas» art. 5º) sendo o decreto precedido de **considerações**, cuja primeira é a seguinte:

«Considerando a necessidade de desenvolver junto à população, principalmente a de idade escolar, a consciência para a importância social dos tributos»;

Ora, como o Fisco paulista pode até por decreto editar esse livro ilustrado para crianças a fim de ensinar Direito Tributário e especial-

mente o ICM e nestes autos querer argumentar que não tem conteúdo didático, informativo, etc.?

XXVI — No vol. XXIII, junho de 1969, nº 6, o notável «Bulletin», órgão oficial da IFA (International Fiscal Association) com sede em Haia e órgão consultivo da ONU, à pág. 138 publica um **Editorial** sob o título «**O ENSINO DA TRIBUTAÇÃO NAS ESCOLAS PRIMÁRIAS**» (Teaching taxation in the elementary schools), relatando que nas Filipinas, com base em parecer da Comissão Tributária foi organizada uma dessas espécies de livros para crianças como «guia de ensino sobre a tributação nas escolas primárias», enumerando em 9 itens as incontestes possibilidades e importância desse ensino às crianças.

Portanto, é o próprio Fisco Paulista como o do exterior, o primeiro a reconhecer e se utilizar dos ilustrados para crianças, para informar e ensinar.

Aliás, ninguém duvida dessa função dos livros para crianças, porém o que nos causa estranheza são as argumentações do Fisco e da sentença para dizerem que tais livros não ensinam e que as figuras separadas dificultariam o aprendizado.

XXVII — Do ponto de vista didático a imagem separada é a base da motivação e complementariedade do auto-aprendizado porque é o próprio pequeno leitor que vai, gradativamente, ilustrando cada verbete já impresso e melhor compreendendo o conteúdo de cada conceito, idéia, ensino, informação ou narração de interesse cultural contido no verbete.

Não há dúvida que, do ponto de vista da produção industrial, as figuras já poderiam estar diretamente fotolitografadas em cada quadro, mas o que se objetiva do ponto de vista didático é motivar a autorealização, aprendizado ou criatividade do pequeno ou jovem leitor que, ao completar o conteúdo da obra, não só tem o seu começo, meio e fim, como quer a sentença, mas ainda um livro com sua colaboração física, e intelectual. Além do aprendizado gradativo do conteúdo dos conceitos vai também aprendendo e se afeiçoando às artes de estudar, de escrever, de ilustrar, enfim de produzir o livro como continente e a obra como conteúdo. A criança que recebe um livro já pronto e acabado, naturalmente pode proceder à sua leitura e visualização das suas imagens, mas não o faria gradativamente, nem poderia tão bem comparar o conteúdo de transmissibilidade da idéia escrita acrescido da idéia visualizada na imagem e muito menos participar da elaboração material e intelectual do livro que esta modalidade de livro possibilita.

«Objeto da Educação — já ensinava Kant — consiste em desenvolver no indivíduo toda a perfeição de que é suscetível». T.S. Eliot, em Notes Towards the Definition of Culture, edição Faber, London, 1948, pág. 98, ressalta com Joad, dentre os objetivos da educação:

- 1) **To enable a boy or girl to earn his or her living.**
- 2) **To equip him to play his part as the citizen of a democracy.**

3) To enable him to develop all the latent powers and faculties of his nature and so enjoy a good life.

XXVIII — Em elaborando este parecer, Márcio e Marcos, dois de meus netinhos, de 7 e 9 anos, entraram em minha biblioteca e viram tais livros. Pensaram que fossem para eles. Aproveitei o interesse e procurei consultá-los e captar seu aprendizado, pois já os conheciam e verifiquei quanto entendiam e sabiam explicar dos verbetes e fiquei mesmo sabendo porque o de 9 anos já andava escrevendo e ilustrando escritos próprios ou que a «tia» dava escola para «pesquisas» e ilustrações de descrições, composições ou pequenos contos (6).

Como para o caso deste parecer é irrelevante examinar o conteúdo, não vamos nos alongar. Aí ficam estas comprovações, pois é estranho que o próprio Fisco paulista lance tais espécies de livros até para ensinar direito tributário e agora, nos autos, omita seu decreto e o popularizado «Paulistinha» que esteve ensinando, com ilustrações de figurinhas, por todo o Estado de São Paulo.

Porquê a Constituição vigente afastou o próprio poder de instituir imposto, de forma objetiva e incondicional

XXIX — Como já vimos, hoje não importa a natureza ideológica para que «o livro, o jornal e os periódicos» estejam protegidos pela **imunidade**. A Constituição enumerou pelos **gêneros** todos esses impressos destinados à leitura e não estabeleceu nenhuma condição ou restrição. Deles afastou o Fisco e o ônus de seu imposto. Se o conteúdo for contra os costumes ou mesmo criminoso, os órgãos competentes terão que apurar as responsabilidades. Porém, nenhum imposto **fiscal** ou **extrafiscal** pode ser instituído o sobre eles.

Aliomar Baleeiro, comentando o cuidado do Constituinte brasileiro em afastar do livro e demais gêneros ou veículos do pensamento escrito, desde a fonte, o poder de impor, esclarecer bem a «ratio essendi»:

«Certo é que o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade da manifestação do pensamento, a **crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático. E a prova disso é que tais impostos já tiveram gênese para esse fim e duraram, em alguns países civilizados, até a segunda metade do século passado.**

Ora, o legislador ordinário poderia utilizar eficientemente impostos com o objetivo extrafiscal condenável de cercear a liberdade de manifestação do pensamento...

(6) Comparem-se os ensinamentos do livro para crianças «AMAR É », com os do clássico moralista Orison Swett Marden, especialmente «OS MILAGRES DO AMOR» e «A ALEGRIA DE VIVER». Igualmente o dos «JOGOS OLÍMPICOS» com os textos e figurinhas do «A TURMA DO PAULISTINHA», publicado pelo Fisco paulista. Os temas, conceitos ou verbetes são dos mesmos gêneros instrutivos e informativos.

Não se argumente que a hipótese é grosseira ou absurda, porque, excluídas as medidas administrativas insidiosas de certo governo sul-americano, no pós-guerra, ou as de controle de papel durante a ditadura de 1937-45, há exemplos de emprego extrafiscal de imposto para restringir a liberdade de imprensa. Na Inglaterra, 1830, . . .este regime ignominioso durou, até 1861, quando GLADSTONE tomou a iniciativa de promover a eliminação das «taxes on knowledge» sob a ação persistente de um grupo de homens devotados à liberdade. Na França, existiu também selo ou estampilha sobre os jornais, até que a lei de 5-9-1870 o suprimiu. . . Na Áustria, a selagem de jornais, com objetivo extrafiscal de caráter político de combater às idéias democráticas, durou até 1889.

A jurisprudência americana é severa em relação a impostos que possam ferir a liberdade de manifestação do pensamento. . (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, págs. 193 e 195 da 5ª edição, Forense).

XXX — Ora, se a Constituição do Brasil garante a manifestação do pensamento (art. 153 § 8º) e ampara a cultura (art. 180) além de prever outros princípios explícitos e implícitos em seu contexto (art. 153 § 36) também relativos aos direitos humanos, foi para assegurá-los efetivamente, no plano da prática, e precisamente em relação ao IMPOSTO que a mesma Constituição em texto o mais amplo possível, não so exauriente pelos gêneros mas de natureza formal e material constitucional inicia com a **proibição** ou **vedação** da própria criação desses impostos pelos legisladores ordinários. Veja-se bem, não só **imperativamente excluindo**, mas proibindo **vestibularmente** e estacando a fonte ou início, ou instituição de tais impostos. Isto é, os suprimiu pela **vedação do poder impositivo**. Leiamos novamente o artigo para mais facilitar o confronto das anteriores e últimas — last but not least — observações:

Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III — instituir imposto sobre:

d) — o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

XXXI — Observe-se bem que a evolução dessa IMUNIDADE em termos cada vez mais precisos, técnicos e abrangentes foi sendo objeto de cuidados especiais do Constituinte.

O texto da Emenda Constitucional nº 18 de 1965, que ainda não tinha estatuído a imunidade a não ser para o papel destinado à impressão e deixaria o livro, jornais e periódicos ao sabor das simples isenções que podiam ou não ser dadas pelos legisladores ordinários, rezava:

Art. 20 — **É vedado...**

IV — cobrir **impostos sobre:**
d) **o papel...**

A expressão «cobrar» era incorreta para o caso, porque podia induzir à idéia da simples **isenção** que, como vemos hoje pelo art. 175, I do CTN é apenas a **exclusão do crédito tributário** e não da incidência ou obrigação.

Daí a Constituição de 1967, além de incluir «o livro, o jornal e os periódicos» assim redigiu a disposição:

Art. 20 — **É vedado...**

III — criar **impostos sobre:**

d) **o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.**

Aperfeiçoando mais a redação e a terminologia técnico-jurídica, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, assim estatuiu com mais precisão:

Art. 19 — **É vedado:**

III — instituir **impostos sobre:**

d) **o livro, o jornal e os periodicos, assim como o papel destinado à sua impressão.**

Veja-se que o verbo «criar» e melhor ainda, «instituir» são mais precisos, porque a **vedação** vai à fonte, isto é, a própria «pretensão» e obrigação não nascem por falta de lei, pois é vedado o próprio exercício do poder de legislar, criativo ou institutivo de imposto.

XXXII — Finalmente, para confirmação da «occasio legis», transcreveremos a elaboração e aprovação do texto original da letra «d» da Constituição de 1967:

«Justificação

Os jornais e revistas sempre foram contemplados com a isenção de todos os impostos pela legislação dos Estados:

O recente Ato Complementar nº 27 dispõe taxativamente que «deverão ser modificadas ou revogadas as normas das Constituições e leis estaduais e municipais que dispunham sobre sanções tributárias, deduções ou quaisquer outros favores.»

Tem sido pacífico até que os jornais e revistas devem ser equiparados ao livro, no que se refere à **imunidade de tributos**. A maneira de se manter essa imunidade, que poderia ser afetada por qualquer má interpretação do Ato Complementar nº 27, é a consagração na própria Constituição da **IGUALDADE DE TRATAMENTO** aos livros, aos jornais e às revistas.

Emenda aprovada, na 53ª Sessão, nos termos do Requerimento de preferência, isto é: Emendas n.ºs. 820/1 e 346 condensadas com a seguinte redação, em face da aprovação da Emenda nº 63 (periódicos): ao artigo 19, item III, letra «d»: «o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel para sua impressão».

(Anais da Constituição de 1967, citados, pags. 863 e 864) ..

Por todo o exposto a sentença, «data venia» está errada. Seu conteúdo e conclusão ferem o texto e o contexto da Constituição da República, pelo que deve ser integralmente reformada. (*)

(*) Este estudo e conclusões foram unanimemente aprovados na citada 418ª reunião da Mesa de Debates de Casos e Problemas Tributários, realizada no Departamento de Direito Econômico e Financeiro da FDUSP.

Responsabilidade Civil. Os Novos Conceitos Indenizáveis no Projeto Reale^(*)

Arthur E. S. Rios
(Universidade Federal de Goiás)

SUMÁRIO: 1.) O simples risco da atividade da pessoa e suas conseqüências danosas para terceiros, 2.) O ato prejudicial do abúlico e sua obrigação de indenizar. 3.) A presença maior da regra da necessidade da vítima, diante da possibilidade maior ou menor do agente do dano. 4.) O autor sem culpa e o terceiro culpado, mas não agente do dano. 5.) Os novos parâmetros econômicos e sociais do agir responsável. 6.) O novo conceito de cumprimento de obrigação e a dívida de valor e não de dinheiro. 7.) A gravidade do ato e não a extensão do dano como medida indenizatória. 8.) O puro dano moral indenizável por equidade. 9.) A ofensa aos «direitos da personalidade» e os cálculos indenizatórios. 10.) A queda do subjetivismo e individualismo na noção de culpa, diante da ascensão do objetivismo e do direito social na noção de mera causa. 11.) A responsabilidade do Estado.

1. O Simples Risco da Atividade da Pessoa e Suas Conseqüências Danosas para Terceiros.

O art. 159 do Código Civil de 1916...

«Aquele que, por ação ou omissão **voluntária**, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano».

... fixa um princípio de que o ato indenizável nasce na vontade de seu autor, na faculdade do querer, no seu discernimento de e para o fato.

É um dispositivo de «responsabilidade subjetiva» (da pessoa em si e por si mesmo), pois parte da **CULPA** como regra-meio para se chegar ao fim que é **OBRIGAÇÃO DE REPARAR**. Não se olvidam as exceções em partes outras e nas posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes em nossos dias, no direito brasileiro.

E as exceções não são poucas (1.521/7/9), dando na **PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO** uma leve tendência objetiva, daí se pensar numa intermediação entre o **SUBJETIVO** e o **OBJETIVO** ou uma mistura de

(*) Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Goiás no "Seminário Sobre o Projeto Reale" aos 30 de abril de 1985.

água com azeite... que a SÚMULA 341 denomina de CULPA PRESUMIDA, ou seja que não se prova, mas se suspeita!...

O conceito de presunção legal é o mesmo de suspeitar, presumir ou imaginar, o que sempre nos pareceu, datíssima vênua dos doutos: uma solução simplista para a magnitude dos julgamentos por parte do Estado. O que se pode presumir é, ao contrário, a ausência de culpa do agente do dano ou seu estado de virtude e nunca a culpa ou seu estado de vício ou pecado do querer. Presume-se o positivo e prova-se o negativo, isto é, de início, dá-se um crédito à integridade e não o contrário.

A teoria da CULPA PRESUMIDA não nos convence, no campo do direito, pelas mesmas razões que repelimos o «mal presumido», como essência existencial da pessoa humana. A culpa ou ausência de culpa, o mal e o bem, como fatores de julgamentos e juízos, só podem existir, objetivamente, com base em provas e não em presunções, sempre quando possível.

A posição de CULPA PRESUMIDA também não se sustenta, pois é de irritante conservadorismo e apego a uma idéia já não confortável na fase do DIREITO SOCIAL do Século XX. Está encerrada a fase do individualismo em todos os campos da ciência! Foram duas grandes guerras mundiais e uma gama enorme de problemas sociais, que acabaram trazendo benefícios no desenvolvimento do pensamento político, social e jurídico, chegando nas OBRIGAÇÕES DE REPARAR DANOS a uma necessidade de maior atenção, para a questão social do prejuízo individual ou seja dos reflexos comunitários dos danos. Além do mais, para a questão humanista das vítimas e dos estropiados por danos injustos, enfraquecidos e merecedores de atenção por parte do ESTADO, a idéia da culpa presumida já não mais pode se sustentar.

No Brasil, várias foram as tentativas para uma guinada de humanização ou sintonia de nossa legislação civil com a realidade social. ombreado-se, assim, com as dos países mais desenvolvidos. Na década de 40, uma comissão na qual integrava o insigne OROZIMBO NONATO teve o trabalho rejeitado pelo conservadorismo. Nos anos de 60, outra não menos ilustrada Comissão composta por ORLANDO GOMES, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e SÍLVIO MARCONDES chegou a apresentar o seu trabalho, mas teve a proposta retirada pelo Poder Executivo, que a tinha apresentado antes... Agora no Projeto 634/75, apresenta-se-nos nova tentativa, que, com evidências, também tem grandes resistências conservadoras.

Não podemos, também, com a opção individualista, continuar tendo a lei civil, com as questões mais importantes, em diplomas esparsos fora da área codificada, pois, na última, não previstas aquelas como «condomínio de edifícios de apartamentos» ou até mesmo a «compra e venda com reserva de domínio», etc. etc.

Não podemos, na matéria indenizatória, continuar com uma orientação de uma pequena e conservadora classe burguesa do século passado, que se esmerou em quase meia centena de artigos dedicados ao

«regime dotal do casamento» e, outro tanto, dedicado à «questão patrimonial dos tutelados com os tutores», sendo que aquele sempre foi de um desuso incrível por razões óbvias, enquanto, no último, não se toca quase na particularidade mais importante ou seja a do ser humano tutelado, sua orientação, guarda e educação, uma obrigação primordial do tutor...

A proposta do Proj. 634/75, em matéria da OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO, substitui com vantagem as particularidades atinentes ao Código de 1916, dentro do seguinte, em síntese:

a) Estabelece, expressamente, como regra geral o direito de reparação pelo puro dano moral, independente de conseqüências materiais; b) Deixa claro parâmetros e restrições econômicas, sociais e de costumes, para o exercício do direito; c) Troca a CULPA PELA CAUSA como ação da pessoa autora e obrigada à indenização; d) Adoção do «risco» nas atividades exercidas como «leitmotiv» de reparação; e) O julgamento indenizatório por equidade, nas dificuldades de mensuração do «quantum»; f) Um novo conceito de ATO ILÍCITO; g) Por final, procura dar à vítima de danos a assistência que a legislação atual não pôde dar.

2. O Ato Prejudicial do Abúlico e Sua obrigação Patrimonial de Indenizar.

Mudança no particular é o que não falta na proposta do Proj. 634/75, assim como a novidade da obrigatoriedade direta dos menores e amentais promoverem de seus patrimônios a indenização dos seus atos desastrosos, cfr. preconiza o art. 930:

«O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes».

É, uma vez mais, a troca do pré-requisito da VONTADE EXISTENTE E ATUANTE pela simples causa e, assim, atinge aqueles que não têm a vontade formada ou perderam-na total, parcial, definitiva ou temporariamente. Tanto evolui, evidentemente, a conceituação clássica absoluta da irresponsabilidade civil dos abúlicos ou incapazes, para a prática de atos com conseqüência reparatória na vida civil, pois é cedo que a responsabilidade civil é patrimonial e não pessoal como a criminal.

A leitura do art. 159 do Código de 1916 leva-nos a verificar a exigência da imputabilidade ou livre determinação da vontade, como pressuposto da OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO INJUSTO, ou seja, a necessidade da capacidade de fato para se ter a responsabilidade civil. Totalmente, dispensável tanto, pois sendo patrimonial e não pessoal são indiferentes aqueles atributos que ornaram a pessoa, e, não os seus teres e haveres, para a indenização devida, ou seja a imputabilidade e a capacidade.

O inolvidável OROZIMBO NONATO em trabalho publicado na R.F. 83/371 «Responsabilidade das pessoas privadas de discernimento» já lamentava o estágio de nossa legislação que é o da responsabilidade da pessoa encarregada da guarda do incapaz (art. 1.521, II), evidentemente até quando se tratava de incapaz com patrimônio e que o pagamento não lhe retirasse o necessário para a subsistência. Portanto o particular é extrema e nímia justiça, quando afirma no § único do art. 930 do Projeto:

«A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz, ou as pessoas que dele dependem».

O particular da responsabilidade patrimonial do abúlico tem a sua história, estágios e concepções seguintes:

a) No direito romano, comparava-se a ação danosa do louco e suas conseqüências como a excludente do caso fortuito e a respeito de que dizia Ulpiano:

«...quem viesse a se tornar vítima das ações do louco é como se tivesse danificado por um cataclisma ou pelo vento...»

b) Evoluindo, o ato do mentecapto causando danos estaria necessitando, da autoria, a prova da falta total do discernimento no momento de sua prática (discernimento totalmente ausente ou temporariamente ausente).

c) A par do ônus probandi da autoria surge o direito da vítima de provar que a inconsciência foi provocada, ex: bebidas espirituosas, drogas, falta de cuidados, etc.

d) Surge então no cenário a idéia da responsabilidade do pai, tutor ou curador, conforme o existente em nosso Código de 1916 (1.521). Tal pensamento e convicção tem contra si pelo menos dois sérios particulares: o primeiro a sempre injustiça, quando o abúlico é de grande patrimônio, rico e opulento e o teria preservado, enquanto aquele que por si vela arcaria com os ônus do desfalque; o segundo: a questão de que os atos de magnitude da guarda de incapazes seriam recompensados com o castigo do risco de empobrecimento de inopino dos guardiões (pais, principalmente tutores e curadores), que assim evitariam tais responsabilidades... Nestas condições a lei ao invés de incentivar estaria evitando tais benefícios sociais...

e) Finalmente, já consagrada a obrigação de reparar dos incapazes no Código Federal das Obrigações da Suíça (art. 54), no Código Alemão (parágrafo 829), Código Franco Italiano das Obrigações (art. 76), Código do México (art. 1.911), do Peru (art. 1.140), da Venezuela art. 1.187), de Portugal (art. 2.377), da China (Código Civil de 1930: art. 187), do Código das Obrigações da Polônia (art. 134), do Líbano art. 122), Espanha (art. 32), Austria (art. 310), da Itália de 1942 (art. 2.047), da Rússia soviética (art. 406), e outros, e que somente nos

chega agora na convicção legal da política social de segurança, evitando estabelecer o desequilíbrio social pelo dano, restaurando-se-lhe, se possível, às custas do próprio patrimônio do autor do dano.

3. A Presença Maior da Regra da Necessidade da Vítima, diante da Possibilidade Maior ou Menor do Agente do Dano.

O Proj. 634/75 abraçando a «responsabilidade pelo risco» ou «responsabilidade sem culpa» elege como preocupação maior e primeira a «necessidade da vítima» ao contrário do Código de 1916, que mais se preocupava com o «agente do dano». Trocou-se o «aquele que por ato de vontade causar dano» (art. 159), pelo «haverá obrigação de reparar o dano, quando a atividade desenvolvida implicar risco para os direitos de outrem» (art. 929 § único).

A preocupação que era quanto ao culpado, passa a ser quanto à vítima do dano injusto!

E a proposta insere um julgamento por equidade em casos de ausência de culpa, culpa levíssima ou leve do agente, o que aliada às dificuldades patrimoniais do autor pode levar à redução do «quantum» indenizatório (arts. 964 e 980 em seus §§)

«Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano, poderá o Juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (§ único do art. 946)».

E é evidente que a «socialização ou humanização do direito» não perde de vista também o autor do dano, embora tenha em vista mais os fracos, enfraquecidos e prejudicados. A possibilidade econômica menor do agente, para suportar o peso indenizatório e dar, como conseqüência, uma perspectiva de privação para si e para as pessoas que dele dependem do necessário, faz com que a regra do art. 946 «a indenização mede-se pela extensão do dano» receba vários parâmetros. Além da desproporção da culpa (946), temos a questão da concorrência (947) como a da ausência de querer do art. 930 § único, onde a analogia «ubi eadem ratio, ibi idem ius» poderá levar a regra dedicada aos incapazes, aos também capazes, aproximando-se do princípio dos alimentos do direito de família como pensionato que a indenização também o é.

A equidade é o ajustamento da regra maior, com o princípio do «summum jus summa injuria» da lógica, e é bastante lembrada no Proj. 634/75, reparando o retrocesso havido com o advento do Código de Processo atual, art. 127). Nossa Legislação processual admite a aplicação da equidade somente quando permitido expressamente pela lei (127), numa revelação do período absolutista em que foi gerado o código processual, quando a regra do de 1939 era mais branda, para a aplicação do solidarismo judicante (114).

A equidade no sentido de adequar a indenização às posses do responsável é um princípio já lembrado e consagrado na maioria dos países

cultos, atendendo aos princípios fundamentais da responsabilidade civil, conforme afirmativa de Aguiar Dias.

O Código Federal Suíço das Obrigações (1881) em seus arts. 43/4 já nos traz a consagração da equidade e onde vemos o indicador do Juiz, considerando as circunstâncias do caso e dos protagonistas, para a fixação do «quantum», facultando a possibilidade da extensão da obrigação de indenizar.

Evidente que uma indenização não pode provocar um «enriquecimento indevido» (receber a vítima mais do que o necessário para o restabelecimento do «statu quo ante») como também não pode promover um «empobrecimento indevido» (receber a vítima menos do que o preconizado no instituto do «restitutio in integrum»), entretanto o pagamento deverá ter o equilíbrio possível, também para que não se transforme numa injustiça para o devedor.

«Jus est ars boni et aequi» é a máxima seguida pelo direito, destarte a possibilidade menor do agente para suportar o peso indenizatório pode chegar às raias da necessidade da redução, a fim de que não se consubstancie uma outra desgraça ou desastre, ditada aquela diminuição não pela lógica e sim pela equidade (justiça do caso concreto).

O Projeto evolui no particular (aquilo que se tem e aquilo que se deseja ter), de uma maneira das mais justas, visto que a reparação civil é patrimonial, com suas limitações, enquanto, os riscos assumidos por todos, podem causar danos ilimitados, no que concerne às perspectivas e possibilidades da sorte de cada um.

4. O Autor sem Culpa e o Terceiro Cupado, Mas Não Agente do Dano.

Se compararmos os artigos 1.519 e 1.520 do Código de 1916..

...«Se o dono da coisa, no caso do art. 160 nº II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á o direito à indenização do prejuízo que sofreu». (1.519)

...«Se perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, ao caso do art. 160 nº II, o autor do dano, para haver a «importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa». (1.520)

...temos com as expressões «dono da coisa», considerando que os danos pessoais não podem intitular-se de «dano na coisa» abandonou o dano pessoal, humano ou físico.

Assim, se alguém causar danos pessoais a outrem, decorrência de culpa de terceiro, o autor imediato terá que promover o ressarcimento à vítima, e, terá ficado sem o direito de regresso contra o autor mediato ou o real culpado, porque a lei simplesmente não lhe teria outorgado referido direito de regresso, quando se tratar de danos físicos, o que é incompreensível, para uma lei civil. Seria o primado da matéria sobre o espírito!...

O Projeto Reale faz uma mudança magistral, vejamos. . .

«No caso do art. 188 n° II, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância a que tiver ressarcido ao lesado». (art. 932)

A troca da expressão «dono da coisa» para simplesmente o «lesado», deixa a idéia espécie e vai à idéia gênero, que contém em si todos os danos, em todas as latitudes, corrigindo não só algo bastante criticável, mas também faz correção de rumo no sentido do social e humano, do reduto do direito individualista e materialista passa-se ao direito social e humanizante.

Poder-se-ia dizer, mesmo pelo entendimento dos arts. 1.519 e 1.520, aplicando-se a analogia «ubi eadem ratio, idem ius» que chegaríamos ao direito de regresso também para os danos pessoais, entretanto com o disposto no espírito do C.P.C. de 1973, tal ficou difícil e melhor seria que a lei já o trouxesse como agora já se propõe, visto que se trocou «livre convencimento para decidir» (118) pela «livre apreciação da prova» (131), que nos parece ter restringido a liberdade de julgar da autoridade judiciária.

Pelo menos é um laivo individualista-materialista do Código de 1916, que deixa uma lacuna ou perigosa obscuridade legal e que é procurado corrigir no Projeto 634/75.

Resta, finalmente, com a devida vênia, a expressão «culpa» ou «culpado» que existindo no 1.519 e 1.520 do diploma inserido por Bevilacqua, continua, infelizmente, na proposta da Comissão presidida pelo Prof. Miguel Reale, clamando modificação, visto que, poderemos estar diante do «perigo ocorrido por causa de terceiro» e da «impossibilidade da prova da culpa do terceiro», quando então o autor do dano teria de indenizar e restar-se sem o direito de regresso contra o causador. . .

Na longa análise, nesses anos de discussão, nenhuma observação foi feita a respeito e, na realidade, tanto vai contra a filosofia do Projeto 634/75, que é de responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo risco criado (causa). Não se justifica a exigência de prova de culpa do responsável pelo perigo, por parte daquele que por azar foi o autor sem o direito de regresso, quando na ação da vítima contra o autor direto do dano basta a causa e não se deslumbra aí uma legal solidariedade passiva. Evidente a falta de equidade de tratamento para o mesmíssimo fato, no trato diferente dos personagens.

5. Responsabilidade do Produtor de Bens de Consumo.

Em excelente oportunidade, traz-nos o art. 933 do Projeto 634/75, na feição que nos é dada pela Câmara dos Deputados, pois foi ali que surgiu a presente novidade: . . .

«Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação». (art. 933)

O Projeto originário não constava tanto e limitava-se à responsabilidade do farmacêutico e empresas farmacêuticas pelos produtos colocados em circulação, solidariamente aos produtores, texto ampliado do art. 1.546 do Código Beviláqua.

A generalização foi iniciativa do Deputado Emanuel Waismann, através da emenda 530, que na oportunidade assim se pronunciou: «. o consumidor fica abandonado à sua própria sorte, geralmente tido como desonesto em suas transações. Seu cheque não é aceito, suas reclamações não são consideradas. Ao consumidor cabe sempre o ônus dos prejuízos nas compras que realiza, pois não tem onde recorrer.»

O Plenário aceitou a «Emenda» e no relatório geral do Deputado Ernani Satyro, Sua Excia. assim pronunciou-se a respeito: «Colocada nesses termos a questão, atende-se a uma das exigências mais imperiosas de nossa época, indo de encontro aos que se empenham na luta em defesa do consumidor.»

A questão de dispositivos tais na «lei civil» nasceu recentemente em 1977 em Estrasburgo, onde se reuniu o «Conselho da Europa» com uma convenção sobre «Responsabilidade de fato do produtor em casos de lesões corporais ou morte».

A igualdade e nivelamento legal de tratamento entre produtor e consumidor e principalmente a defesa do último é uma luta da qual a codificação civil não pode se omitir, pois, na realidade, naquela sempre tem prevalecido os interesses dos produtores, seja no campo da «culpa privada» seja no da «culpa presumida» pela dificuldades impostas ao consumidor, desprovido de um instrumento eficaz como o que se encontra proposto no Brasil.

Mas produtor não é só aquele que produz ou o autor final, entende-se «todo fabricante de produtos acabados ou de partes e/ou produtos naturais, também aquele que importa ou apresenta como seu, ou o próprio fornecedor, quando não houver identidade do produtor».

Como defeitos dos produtos que podem sequenciar nos danos: «toda falta de segurança, que dele se pode legitimamente esperar, tendo-se em conta as circunstâncias e a apresentação do mesmo produto.»

Tais definições são tomadas da reunião de Estrasburgo do «Conselho da Europa», constantes de ata.

Da maneira que foi ampliada a responsabilidade do produtor tornou o art. 933 do Projeto de transcendental importância e validade social, pois como se vê basta a prova da colocação em circulação do produto, que daí advém a obrigação de reparar, o que tornará os intermediários muito mais diligentes e exigentes quanto às aquisições, promovendo uma segurança maior para o consumidor final.

6. Os Novos Parâmetros Econômicos e Sociais do Agir Responsável.

O direito civil com sua milenar autonomia científica e princípios próprios, visando a regulamentação das relações das pessoas, dentro

de estrita igualdade, é um direito vivo e portanto que muda e altera com as mudanças e alterações dos anseios e necessidades sociais. E tais mudanças de pensamento e ideal social são na maioria ditadas pelo próprio progresso tecnológico.

E os progressos são quase sempre resultado de problemas antepostos e desafiadores da inteligência e perspicácia do homem, como se eles, os problemas, fossem para o próprio desenvolvimento uma necessidade, ou, quase uma causa os primeiros e os últimos um efeito da causa.

Vivendo sem guerra, grandes desastres e inquietações, a pequena e conservadora sociedade burguesa que liderava a vida brasileira no século XIX, dentro do provincianismo e academicismo da «belle epoque», somente poderia nos outorgar uma legislação codificada que tudo aquilo refletisse como bem o fez.

Lembre-mo-nos que foi em 1899 (o fechar das luzes do século passado) que o governo de Campos Salles entregou a Clóvis Bevilacqua o encargo de apresentar um projeto de Código Civil; portanto, foi com a experiência voltada para os anos anteriores o espírito da codificação e a maneira com que o jurista deitou mãos à obra. Tanto já tinha em mente a estrutura e as idéias, que em poucos meses entregou o notável trabalho, calcado em uma estrutura já existente.

E o espírito da codificação preocupou-se mais com a defesa do patrimônio material, fato que se revela no instituto da tutela, quando se dedica quase meia centena de artigos à defesa patrimonial e quase nada com referência às obrigações do tutor quanto à educação e a construção do ser humano tutelado (418). Exagera-se na atenção ao regime dotal do casamento (278), quando tal espécie além de escassa, antes e depois, coloca um patrimônio garantidor da estabilidade da união, quase que substituindo o sentimento maior do amor e do entendimento. É de uma característica individualista, sem dúvida, nosso diploma de 1916, tão individualista que se olvidam institutos já existentes como «condomínio em edifícios de apartamentos» e outros como o da «compra e venda com reserva de domínio», etc.

Mas as possibilidades e as excelências do diploma civil são maiores do que suas negatividades e falhas, entretanto a questão não é de se julgar bom ou mau, de mérito ou demérito, é da necessidade de rompermos com o «direito individualista» que ele encarna em suas páginas, quando tudo direito social».

O nosso mundo é o das idéias e do espírito. O homem de letras, num País ainda não desenvolvido, não pode ser fútil e irresponsável, tem de ser criativo e lutador, pois tem compromisso com o «fazer social». Para os juristas o «fazer social» é o «fazer justiça», logo estamos comprometidos com tudo que é luta contra a injustiça, principalmente com a luta contra a irresponsabilidade dos que deveriam ser os mais responsáveis, dando à maioria uma falta de segurança, que diminui, estrangula e retarda.

As modificações legais de cunho social não só constituem uma necessidade, como também um dever da classe jurídica pois um anseio de todos de maior justiça, de maior equidade entre patrimônios materiais e responsabilidade civil, que devem estar em razão direta e não em sentido diverso.

7. O Novo Conceito de Cumprimento de Obrigação e a Dívida de Valor e Não de Dinheiro.

Diante de que, após o julgamento e liquidação da lide indenizatória, é perfeitamente possível não só a alteração da situação econômica dos participantes da relação indenizatória ou mesmo o agravamento, amenização, aumento ou diminuição da extensão do dano, temos que admitir agora como o «direito de revisão das indenizações».

É uma questão de nítida justiça, da mesma forma preconiza para os alimentos do direito de família, visto que as sequelas do dano podem aumentá-lo ou diminuí-lo, imprevisivelmente, após a própria liquidação da ação reparatória. Ora, se o parâmetro indenizatório, também para os danos pessoais, é a extensão do prejuízo e se o mesmo pode alterar-se com o tempo, a conclusão é de que aumentando-se a dimensão, a justiça feita passa a não ser justiça realizada que é a do «restituito in integrum».

Tanto é de ser deduzido do próprio art. 946, quando afirma que «a indenização mede-se pela extensão do dano». A questão toma importância maior com os danos físicos (remediáveis ou irremediáveis), pois ligados à vida, que tem como próprio de si as mudanças, transformações e movimento.

Na indenização quando se trata de prestações periódicas ou prestações pensionadas e a vítima pensionista a possibilidade de revisão é patente, possível e legal, expressa mesmo no § 3º do art. 602 d C.P.C., daí podermos acreditar que a obrigação de reparar não transita em julgado, visto a possibilidade futura de agravamento ou amenização do dano, por razão idêntica do permissivo da modificação da situação econômica dos litigantes. Ocorre que nos traz o Proj. 634/75 a novidade do art. 952 «in fine».

«... O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez!»

Assim, pergunta-se, no particular, se ainda persistiria a ausência do trânsito em julgado, pois não deixaram de ser pensão pagas de pronto, de uma só vez. «Ubi eadem ratio, ibi idem ius»...

O raciocínio seria então: havendo o permissivo legal para redução ou aumento nas prestações (§ 3º do art. 602 do C.P.C.), quando há a mudança nas condições econômicas, também quando há o agravamento ou minoração do dano físico que até pode passar de categoria remediável para irremediável ou vice-versa, pela mesma razão, poderá haver a alteração. Razão analógica!

Assim, também pela admissível e possível mudança do «quantum» pensionato, poderíamos chegar, na busca do «direito de revisão da condenação», ao direito do autor do dano de reclamar indenização de diferença a maior ou cuja margem deixou de ser um retorno ao «status quo», para ser um «benefício para o queixoso», quando por exemplo a lesão já desapareceu há muito e ainda as prestações continuaram a ser pagas, ou para quando o trabalho que se inabilitou a vítima já tenha reconquistado a habilitação plena.

Como vemos o conceito de cumprir obrigação reparatória é altamente elástico, tornando difícil o conjugar do verbo no passado, diante das questões ora colocadas e outras mais.

Por final, a correção monetária transformou-se na escala de valores, não num novo instituto, mas sim numa essencialidade indisponível.

Plenamente admissível segue a mesma linha de raciocínio protetivo dos valores perdidos com o dano, substituindo para sempre, numa estrutura inflacionária, a «dívida de dinheiro nominalizado», que é impossível de ser aceita como pagamento havendo a diferença cronológica entre o termo da constituição da obrigação e o termo do pagamento. É uma homenagem ao instituto do «restitutio in integrum» como o é da mesma forma a mencionada possibilidade da revisão das pensões reparatórias.

8. A Gravidade do Ato e a Não Extensão do Dano Como Medida Indenizatória.

É uma flexibilidade do Proj. 63 a regra geral encontrada no § único do art. 946, onde ao invés da indenização pela extensão do dano, temos: a indenização do prejuízo pela intensidade da culpa do autor do dano ou o julgar pela equidade, reduzindo o «quantum» indenizatório.

«Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização».

Tal inciso foi bastante discutido na Câmara dos Deputados pelos Deputados Tancredo Neves, Cleverson Teixeira, Siqueira Campos, Fernando Cunha e outros com cerca de 5 (cinco) emendas. S. Exa., que depois foi guindado à Presidência da República, firmou: «a indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo» (emenda 539), enquanto os demais foram para que não se desse «aos juizes tamanha atribuição de alcance impressionante» conforme expressão de um deles, enquanto outro dizia;» o perigo está em que há juizes bons, íntegros e ilustres, mas há também os maus, perseguidores e grosseiramente incultos», todos batendo na tecla da supressão daquele dispositivo.

Olvidaram suas Excelências que o juiz não é instância única e, por outro lado, não se legisla pelos possíveis erros e defeitos dos aplicadores e sim pela justiça, lógica e humanização da norma.

No sentido contrário, ou seja, no sentido de se ampliar o «reduzir» para «fixar» firmou-se o Deputado José Bonifácio Neto.

O Relator Geral, Dep. Ernani Satyro, recusou todas as emendas, com apoio do Plenário. Com referência à proposta de substituição do termo «reduzir» para «fixar» expressou-se: «O poder que no mencionado parágrafo se outorga ao juiz é apenas o de reduzir a indenização por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano».

Realmente o «fixar» que poderia ser também «aumentar» iria ferir o «restitutio in integrum» e transformar o dispositivo em uma penação não razoável.

O princípio da «redução» por equidade, decorrente das condições econômicas do responsável, já está exitoso em países evoluídos. Uma desgraça não se compensa com outra, ademais quando em se tratando da intensidade leve da culpa, até o homem cauteloso pode incorrer (levíssima) ou o homem médio pode incidir (leve) e sempre somente o querer-meio ser a força-motriz.

9. O Puro Dano Indenizável por Equidade.

Quando se vê que ainda há resistências contra a convicção e a possibilidade da indenização do dano moral, fica perdido um alto sentido social do direito pátrio, mostrando-se incapaz de proteger os valores da afeição e imateriais somente pela dificuldade da mensuração econômica.

«Nestes casos não há necessidade de satisfação pecuniária. Todavia não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: São extravagâncias do espírito humano. LAFAIETE in «Direito das Coisas» — 3ª Ed. § 205 nota 8».

Palavras tais e de tamanha autoridade fizeram escola e discípulos na doutrina e principalmente na jurisprudência, como o impulso conservador, que pode provocar o subdesenvolvimento e o atraso. Até os romanos, apesar das discussões já existentes, possuíam a «*actio injuriarum aestimatoria*» e «*in bonum et aequum conceptae*», reconhecendo a justeza da indenização material de danos de natureza não econômica e material, entretanto após milênios estaríamos a persistir no sentido da negação da evidência daquele justo e possível.

A expressão «*homo homini lupus*» (Hobbes) faz-nos crer que a crença da não indenização dos danos morais faz o incentivo e a explosão do lobo, dando a insegurança e intranquilidade torpedeadora do progresso social.

No Brasil, Clóvis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Pedro Lessa, Orozimbo Nonato, Aguiar Dias e tantos ou lutaram e lutam para fazer do direito uma força evolutiva e social espancando os argumentos

dos que litigam contra a indenização do dano moral. O próprio diploma de 1916 mostra nos arts. 76 (interesse moral), 1.543 (valor de afeição), 1.547 (injúria) e 1.548 (honra da mulher) o seu sentido de reconhecimento, enquanto no mesmo diploma o art. 1.537 (homicídio) mostra a outra face da moeda, a do não reconhecimento. . .

Lamentável a timidez, pois negando ou dificultando a reparação dos danos morais injustos, contesta a existência da parte ética do homem como patrimônio de valor, num autêntico materialismo.

A dor e a emoção constituem o patrimônio ideal ferido que prepondera mais do que o patrimônio material desfalcado, pois atinge, diretamente, o coração e os sentimentos do homem, exatamente aquilo que o diferencia das coisas.

A alegada dificuldade de mensuração econômica, o convencionado e único denominador de valores: o dinheiro, não pode chegar a negar o principal que é a injustiça do fato, ou seja o prejuízo moral havido. Que se meça e que se estime deficientemente, pois é preferível enfrentar com coragem tal deficiência do que se negar a reconhecer juridicamente o prejuízo que não se conseguiu bem medir, portanto pela lógica bem existente. . .

No particular o Proj. 634/75 foi claro no art. 186. . .

«Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, AINDA QUE EXCLUSIVAMENTE MORAL, comete ato ilícito.

E tal pensamento dos projetistas continuou. . . Se este não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, de conformidade com as «circunstâncias do caso.» (§ único do art. 955 do Projeto 634/75)».

Reconhecendo aí o dano moral e o seu direito, efetividade e equitatividade na reparação, quando o art. 1.547 do diploma de 1916 remetia para o «valor da multa ao grau máximo da pena criminal respectiva».

A questão que era simbólica (reparação) e jungida a um parâmetro administrativo (multa penal), transmuda-se para um julgamento por equidade, significando grande avanço de técnica legislativa, confiando na perspicácia do julgador, diante da vítima e sua dor.

10. A Ofensa Aos Direitos da Personalidade e os Cálculos Indenizatórios.

Uma das grandes novidades do Proj. 634/75 é sem dúvida o capítulo «Dos Direitos da Personalidade», cujas características são: individualidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. Dir-se-ia que são os direitos individuais físicos: à vida, ao corpo e ao cadáver; como os direitos individuais morais à honra, liberdade, recato, imagem educação e proteção.

Se verdade é que a pessoa adquire a personalidade no nascimento e perde-a com a morte, ou seja coincide a existência da pessoa com a sua personalidade, temos exceções seja, antes, com «os direitos do nascituro» seja, após, sobre o despojo do corpo humano, ou a obra literária deixada. Verdade é que os direitos civis da personalidade existem e precisam ser melhor fixados, delimitados e respeitadas. Longe do liberalismo romântico do Século XVIII surgem os «direitos da personalidade» como uma necessidade para a defesa da própria essência humana, sem o que o homem passaria a ser coisa, dentro do avanço tecnológico.

E tais direitos podem ser ofendidos e, se tanto, objetos de busca de reparações. O Proj. 634/75 não descurou do assunto e nos arts. 955/956 trata dos danos morais (injúria e calúnia) autorizando o julgamento por equidade e estendendo-se à liberdade pessoal, dentro das mesmas conclusões.

O particular passou sem emendas na Câmara dos Deputados e o contributo novo, que se notou no trabalho dirigido pelo Prof. Miguel Reale foi: 1º) A troca dos parâmetros indenizatórios até então jungidos aos valores das multas criminais, para a decisão equitativa de valoração; 2º) O abandono da obrigatoriedade única de quem ordenou a prisão ilegal (art. 1.552 no Código de 1916), tornando solidário mentores e executores; 3º) O reconhecimento da possibilidade indenizatória por todos danos morais (186), onde, evidentemente, ficam residindo os «direitos da personalidade» (vida, honra, privatividade, dignidade física e psíquica idéias, liberdade, etc.) sujeitos às decisões reparatórias por equidade. Um notável progresso, sem dúvida!

A elasticidade dos «direitos da personalidade», pois, inerentes aos atributos da pessoa humana, partindo do direito à vida e à liberdade, chega-nos com a defesa da vida a questões altamente discutíveis que podem ser a da existência de uma qualidade de vida artificial ou inexistência de vida artificial ou inexistência de vida natural, mantida aquela através do funcionamento de órgãos humanos por medicamentos ou máquinas, em pacientes terminais desenganados ou incuráveis.

A nossa sociedade educou-nos para negar a morte e em decorrência de tanto a questão fica polêmica, quando se discute a eutanásia como intromissão do homem no tempo de vida natural do próprio homem, ao lado da questão de desligar as máquinas, o que não é interromper, mas sim deixar de prolongar uma vida meramente artificial.

Provocar a morte por meios diretos, sim é um crime, mas não podemos chamar tanto quando se suspende ou deixa de ser ministrada medicação ou instrumento mecânico, que somente conserva a vida por tempo determinado (a eutanásia falsa e indireta). Tal atitude talvez fosse a mesma do direito da personalidade à uma vida natural com dignidade ou o direito a não se ter uma vida artificial definitiva e vegetativa.

Sem o menor vislumbre de sucesso médico, de utilidade e eficácia na busca da vida e saúde do paciente, surge, por parte do profissional médico, a obrigação de colocar a família, totalmente, a par para decidir, visto que a partir daí poderemos ter ou a vaidade de uma luta inglória ou o amor — homenagem afetiva — ao ser humano moribundo, nada mais, e, tudo mantido pelo engenheiro médico ou a medicação de conservação determinada e limitada.

Não cumprindo esse dever de verdade, fica um ato ilícito do profissional da medicina ou o risco profissional do mesmo, o que poderia promover sérios danos materiais e morais ao grupo familiar, de maneira injusta, podendo no futuro serem enquadrados como reparáveis e indenizáveis os gastos, despesas e honorários ou contas milionárias desnecessárias.

Vê-se, assim, que há um problema jurídico presente nas U. T. I. (s) dos hospitais com uma possível latente obrigação de «não fazer», quando total e sabidamente inútil se apresentam os esforços de saúde e retomada da vida natural. Referida questão não foi levantada pela Comissão, nem está na redação definitiva da Câmara, entretanto não ficará a ausência por muito tempo, pois se trata de uma necessidade da própria classe médica no dilema: se desligar estaria sujeita até mesmo a apenação criminal, se não desligar estaria também cometendo um ilícito com o desenvolvimento de trabalho sabidamente inútil por vaidade ou satisfazendo vaidades ou ainda por uma atitude de respeito, mas que seria uma estranha reverência, exigindo sofrimento desnecessário do reverenciado paciente. . .

Quando se vê que grupos familiares gastam o que têm e o que não têm com os altos custos dos pacientes terminais, uma discussão é de ser dita: até onde seria lícito exigir tamanhos sofrimentos e tamanhos gastos, quando já se os sabia inúteis, definitivamente inúteis pela própria ciência médica???

A questão que fica é: Sugere-se que no final do art. 953 acrescente-se:

«. .ou pelo tratamento causar-lhe ou a terceiro injustos prejuízos».

11. A Queda do Subjetivismo e Individualismo na Noção de Culpa, Diante da Ascensão do Objetivismo e do Direito Social na Noção de Mera Causa.

Quando se fazem dois (2) círculos concêntricos um menor do que o último (o maior) de causa, torna-se fácil entender que tudo que é culpa contém-se dentro e no interior da causa, enquanto nem tudo que é causa é culpa.

Assim, a «teoria da causa-responsabilidade objetiva» contém dentro de si a «teoria da culpa-responsabilidade subjetiva» e esta deixa de conter extensa faixa da primeira. Conclusão: a busca (maior) é

mais viável quanto ao êxito do que a busca da culpa (menor) assim ilógico e desumano apego à teoria da «culpa-responsabilidade subjetiva».

A questão não é nova e desde a metade do século XIX está sendo agitada, com o surgimento da escola positiva penal, onde a pena deixa de ter em primeiro lugar o autor do crime, para ter em consideração primordial a sociedade (Ferri e Binding); ali representada pela vítima do dano injusto.

A sociedade, ferida e desequilibrada com a agressão cometida, exigindo a reparação indenizatória. Seria a mera necessidade da vítima diante do fato jurídico ou acontecimento que produziu o dano injusto, e, não como na escola clássica onde há a necessidade de se provar um ato de vontade do autor (responsabilidade subjetiva).

Tanto afasta o fantasma da prova da culpa, com dificuldades mil, como uma mensagem destinada a camuflar a própria verdade dos fatos, pois a psicologia diz-nos da impossibilidade da prova provada incontestemente da culpa!

A questão não deixou ter a influência da revolução industrial com a surgente maquinaria, quando perguntava-se: «... e o dano causado pela máquina, que não tem vontade???»

Os jusnaturalistas tentaram justificar tanto como «acts of God», força maior, etc., o que não satisfaz aos ideais de justiça dos dias atuais. . .

Se admitido tanto (responsabilidade subjetiva), na realidade teremos a «irresponsabilidade como regra e a responsabilidade como exceção da regra», pois o grande contingente de atos danosos ficarão protegidos pelo manto da culpa, enquanto somente uma pequena parcela ficará sujeita aos ressarcimentos. O pior de tudo é que a experiência nos tem mostrado que no maior e protegido contingente, ficam os que possuem mais, e no menos protegido contingente, os que possuem menos. . .

A «teoria do risco proveito» ou a «teoria do risco criado» fixa a derrocada do subjetivismo e individualismo, extinguindo o direito individual absoluto, que fazia acreditar no: «aquele que age dentro do seu direito a ninguém prejudica», negando a possibilidade do abuso do direito, ou da função social do direito «nemine laedit qui sou jure utitur».

A «teoria do risco» embasa-se em lições do direito romano com o princípio do «ubi emolumentum ibi onus», ou seja: onde a busca do lucro aí os riscos inerentes a tanto!

Poderíamos até dizer que aqui (responsabilidade objetiva) não se busca o moralmente responsável ou a busca da consciência, mas da constatação do prejuízo injusto para alguém, que irredimido pede a recomposição, a justiça de intervenção do Estado, cuja ausência ou

omissão seria a negação do papel maior que é o de dar proteção e segurança aos jurisdicionados.

A questão não é de responsabilidade como o somatório jurídico dos conceitos de imputabilidade e capacidade, conhecido na lei, e, sim, da responsabilidade como simples obrigação de reparar. E fica entendida quando imaginamos o causador de dano em si próprio, onde não deixa de ser responsável, mas não terá obrigação de reparar, pois aqui temos a figura da «confusão», enquanto ao caso do pai pelos atos do filho teríamos a obrigação de reparar, mas poderíamos não encontrar a responsabilidade-imputabilidade pelo ato, naquele pai.

A expressão de Rudol Von Ihering «sem culpa nenhuma reparação!» é de um individualismo correspondente à época em que foi pronunciada, hoje a «responsabilidade pelo dano» faz nos abraçar o direito social, o solidarismo, onde o causador deve indenizar pelo simples fato e não pela vontade, que não interessa existente ou não, para a existência do dano, que continua o mesmo com ou sem ela. . .

Assim é alvissareiro o Proj. 634/75 no particular de seu art. 929 § único e outros, adotando e inovando com a «teoria do risco — responsabilidade sem culpa», ombreando o nosso direito com os mais evoluídos dos países mais adiantados.

12. A Responsabilidade do Estado.

A expressão «responsabilidade civil do Estado» talvez promova um erro crasso, pois o Estado reside no Direito Administrativo e não no Direito Civil. Se erro é, o Código de 1916 cometeu-o, quando o art. 15 menciona a mesma.

A obrigação do Estado é a de reparar, obrigação de indenizar, nos mesmos moldes civis, entretanto civil não o é, e, sim, administrativa, com outra espécie do gênero «reparação do dano».

Entretanto, a expressão «responsabilidade civil» é quase universal e continua a ser repetida no Proj. 634/75 em seu art. 43:

«As pessoas jurídicas de direito público (inseriu a Câmara aqui a expressão «interno») são civilmente responsáveis por atos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver por parte destes, culpa ou dolo».

O anteprojeto da Comissão que foi cópia fiel do Código de 1916 teve uma modificação por parte do Poder Executivo, que consumiu a expressão: «procedendo de modo contrário ao direito ou faltando com o dever prescrito por lei».

E tanto foi interessante, porque se parecido com redundância a expressão acima, comparada com «causar danos a terceiro», visto que tal procedimento só pode ser procedimento contrário ao direito ou falta

do dever legal, a amputação teve amplitude maior, pois realçou como fato único o «causar danos a terceiro» e deixou o aspecto da negligência quanto ao direito ou a imprudência, quanto também ao dever legal, que são subespécies da culpa.

Repete o art. 43 do Projeto a exaustão o que contém o art. 107 da Constituição de 1969 (Direito Administrativo), mudando o seguinte com referência à lei civil atual: Basta o agente causar dano a terceiro, enquanto presente (lei civil) tem-se a necessidade da negligência e imprudência como pré-requisitos.

Outra questão digna de nota foi a mudança do «direito de regresso» que no Código é «por ter causado dano» (art. 15), enquanto no Projeto é: «se houverem agido com culpa ou dolo», portanto o «direito de regresso», que era objetivo passou a ter o substrato subjetivo, numa humanização do texto, para com a parte economicamente fraca dos funcionários públicos, que quase sempre cumprem ordens.

Assim, a proposta do Projeto 634 apregoa a «teoria do risco», humaniza, atualiza e socializa o direito civil pátrio; portanto deverá sofrer ainda sérias restrições dos conservadores.

O Aval

Newton de Lucca

Professor Assistente-Diretor do Departamento de
D. Comercial da Faculdade de Direito da USP

ROTEIRO: 1) INTRODUÇÃO; II) FUNÇÕES; III) CONCEITO; IV)
FORMA; V) REFERÊNCIAS HISTÓRICAS.

I. Introdução

A obrigação decorrente do aval é uma obrigação cambial de garantia assumida pelo «avalista» em favor do «avalizado». Embora seja um instituto típico do direito cambiário, o aval constitui uma forma de garantia pessoal bastante difundida entre os títulos de crédito em geral, não se limitando a sua aplicação à letra de câmbio e à nota promissória (títulos cambiais ou cambiários), nem tampouco aos cheques e às duplicatas (títulos «cambiariformes»), mas, igualmente, a outros títulos que, pelo fato de serem documentos necessários para o exercício do direito literal e autônomo neles mencionado, são considerados «títulos de crédito».

Diz-se que o aval dá lugar a uma obrigação «autônoma». Tal significa que a sua validade não está condicionada à validade da obrigação garantida.

Ainda que nula a obrigação garantida, subsiste o aval, a não ser que haja um vício de forma do título. Daí dizer-se que existe no instituto do oval tanto a autonomia substancial quanto a acessoriedade formal.

O art. 32 da Lei Uniforme consagra exatamente esses dois princípios:

«O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada.

A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma».

A obrigação do avalista é, destarte, na precisa observação de MESSINEO (1),

(1) Manuale di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè, 1972, pág. 368.

«subsidiária, enquanto o seu pressuposto indispensável é a existência de uma outra obrigação, que seja «formalmente» válida, e à qual ela se reporta; mas por outro lado, tal obrigação, como foi dito, é autônoma, como toda outra obrigação cambiária, e segue a própria sorte, independente da obrigação garantida (do avalizado)».

Do que foi exposto resulta, igualmente, que o aval não se confunde com a fiança. A tradução brasileira da Lei Uniforme foi lamentável. No texto francês, está empregada a palavra «garant» que não deveria ter sido traduzida por «afiançada», conforme anotara o Prof. **RUBENS REQUIÃO** (1). No caso da fiança, como é sabido, a nulidade da obrigação afiançada atingiria a própria garantia, nos termos da lei civil.

Cumpra aduzir, todavia, que a diferença apontada não significa que os princípios da fidejussão não possam ser subsidiariamente aplicáveis ao aval enquanto compatíveis com a autonomia das obrigações cambiárias e com os outros princípios do direito cambiário, conforme lembra oportunamente ASQUINI (2).

Escusava salientar, talvez, que não será nossa intenção, por certo, outorgar ao presente trabalho o cunho de um tratamento sistemático e completo sobre o instituto do aval. Pelo contrário. As numerosas citações e transcrições dos autores, quer dos nacionais, quer dos alienígenas (que, às vezes, tornam excessivamente monótona a leitura para os espíritos mais ávidos de «construções jurídicas novas»), apenas se destinaram a facilitar a pesquisa do leitor que deseja se enveredar pelos meandros tortuosos do aval.

Na verdade, sem que as diferentes partes sejam consideradas premissas para o que se pretendeu concluir no derradeiro capítulo, nos moldes de um silogismo, visaram elas, a par de dar certa visão panorâmica do instituto — tão necessário ao desenvolvimento da pesquisa jurídica — a propiciar alguns subsídios para que, em termos de autonomia do aval, possa esse fenômeno se convenientemente entendido. Parecendo necessário que, a partir da fixação do princípio da autonomia substancial do aval, sejam extraídas as conseqüências práticas de tal posição, julgamos oportuno analisar, em nossas linhas conclusivas, recente decisão do Tribunal de Alçada Civil que, embora calcada em argumentação aparentemente poderosa, discrepa, fundamentalmente, não apenas da jurisprudência dominante sobre a matéria como também dos próprios resultados obtidos pela elaboração doutrinária do instituto do aval.

Estes últimos, atualmente estampados na doutrina mais moderna, que vislumbra no aval uma «garantia cambiária típica», indicam que

(1) Curso de Direito Comercial, 9ª edição, Saraiva, 2º vol., pág. 346.

(2) «Titoli Di Credito», Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966, pág. 258.

o avalista adquire, com o seu ato, uma obrigação de caráter pessoal e direto, quase inteiramente desvinculada da obrigação do avalizado, com a qual só manteria relação de forma, sendo sua responsabilidade essencialmente centrada no pagamento do título de crédito e não no adimplemento da obrigação própria do avalizado.

II. Funções

Afirma VIVANTE (1) que

«o aval é uma garantia nas formas cambiárias, acrescentando que ele não faz parte do nexó normal de uma cambial que pode cumprir inteiramente a sua função na circulação sem o aval».

Arremata-nos VIVANTE que

«se todas as assinaturas da cambial são sólidas, não haveria necessidade de avais que representam um sinal de pouco crédito para os que deles necessitam.»

Não há como negar razão ao grande jurista italiano, sob um ponto de vista estritamente lógico. Na atividade negocial moderna, porém, embora a instituição do aval continue a cumprir a mesma função de outrora no sentido de garantir o pagamento, não significa que a exigência de aval seja sinal de pouco crédito para o emitente.

A atividade bancária de nossos dias demonstra, à sociedade, que o aval é um reforço de garantia sempre exigido, ainda que não se acredite no inadimplemento da obrigação por parte do emitente.

E, sob tal enfoque, não pode deixar de ser assinalado que o aval cumpre importante função econômica no que se refere à circulação de riquezas uma vez que, valorizando a confiança, facilita o trespasse do documento entre diversos tomadores.

H. ALEGRIA afirmou, a propósito, (1) que

«o aval não é visto hoje como desfavor nem como sinal de ausência de crédito, senão como precaução normal e, às vezes, como valorizador da firma do devedor avalizado que inspira confiança de tal grau que merece sua exteriorização cambiária objetiva em um ato de pura garantia».

Parece importante determo-nos, por alguns instantes, nessa **função de garantia** que é exercida pelo aval.

Qual é a razão pela qual o credor cambiário exige a prestação do aval? Claro está que ele deseja estar **garantido** quanto ao seu crédito, vale dizer, quer ele ter a **certeza** ou, pelo menos, ter o mais elevado grau de probabilidade de que o seu crédito venha a ser integralmente satisfeito.

(1) «Trattato di Diritto Commerciale», vol. III, pág. 317, nº 1221.

(1) «El Aval», Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, pág. 5.

Tão extensa é a garantia prestada pelo aval que a Lei chegou mesmo a estabelecer, como se viu, que o aval subsiste **ainda que nula** a obrigação do avalizado.

A gravidade da afirmação poderia, no leitor desprevenido, causar até mesmo certa perplexidade. Quais as razões que estariam a justificar a subsistência de uma obrigação que visa a garantir uma outra que é fulminada de nulidade pela ordenação jurídica? Caberia, então, perguntar.

A resposta, entretanto, não é difícil para aqueles que, ao pensarem nos títulos de crédito, nunca perdem de vista a predominante **função** de circulação de tais títulos. Se toda a construção doutrinária dos títulos de crédito teve como preocupação propedêutica facilitar a circulação das riquezas, daí resultando todo o fenômeno da inoponibilidade das exceções extracartulares em relação ao terceiro portador boa-fé, torna-se de perceptibilidade imediata que o aval desempenha o papel de colaborador nessa função de circulação dos títulos.

O que se quer, em última análise, é sempre dar ao credor cambiário a maior convicção possível quanto ao recebimento da soma indicada no título.

Essa idéia é tão cristalina que, por outro lado, se a nulidade decorrer de vício de forma, deixa de subsistir a obrigação do avalista, conforme diz a Lei.

Por que, nesse caso de vício de forma, deixa o aval de subsistir? Exatamente pela razão de que, se se trata de vício de forma, o 3º portador poderia ter identificado o vício por acasão do recebimento do título.

A situação é a mesma da que ocorre com o mecanismo geral das exceções.

Sabemos que, referentemente aos vícios do negócio de emissão, haverá inoponibilidade das exceções a quem não tenha participado dessa relação de emissão. A razão é simples.

Se o adquirente é um estranho à relação de emissão — e exatamente por isso inteiramente ignaro das eventuais exceções existentes — como poderia ele defender-se eficazmente dessas últimas?

Vemos, portanto, que a **função** da autonomia substancial do aval é a mesma da autonomia existente na tradição doutrinária dos títulos de crédito, vale dizer, tem como propósito básico a proteção do 3º portador de boa-fé, colocando-o a salvo de tudo aquilo que esteja no plano extracartular.

Assim como a autonomia não vai até o ponto de tornar inoponível um vício de forma — já que, nesse caso, não há falar-se em 3º ignaro do vício — também no aval, conforme vimos, a forma condiciona a subsistência do aval, vale dizer, se não existe vício de forma a autonomia do aval é tão ampla que a garantia subsiste até diante do caso extremo de nulidade da própria obrigação garantida.

III. Conceito

BOLAFFIO ⁽¹⁾ escreveu que

«o aval é a garantia objetiva do pagamento total ou parcial da letra de câmbio, em favor de uma pessoa determinada que se chama avalizado, independentemente da obrigação garantida.»

Para esse autor italiano, o aval, como garantia objetiva, se diferencia da fiança onde existe uma garantia subjetiva.

VIVANTE ⁽²⁾ critica a qualificação de garantia «objetiva», feita por BOLAFFIO (e adotada, também, por autores de porte como BONELLI e MESSINEO) alegando duas razões que considerou «decisivas» para condenar tal expressão:

- «a) que o aval sucumbe se a obrigação do avalizado é inexistente;**
- b) que o aval garante somente os obrigados posteriores ao avalizado; se este paga, o avalista não responde mais pelo pagamento da cambial.»**

Voltaremos a esse ponto nas linhas finais do presente capítulo. Passemos, agora, não obstante o caráter enfadonho das transcrições, aos outros autores que conceituaram o instituto do aval.

ASQUINI ⁽³⁾ considera o aval como

«declaração cambiária com a qual alguém (avalista) garante cambiariamente o pagamento da cambial para um outro obrigado cambiário (avalizado).

Sobre a base de tal declaração, e condicionalmente à sua entrada em circulação (desapossamento do título) — prossegue ASQUINI —

«cada sucessivo portador do título é legitimado para exercer, de modo autônomo, perante o avalista, o direito mencionado no título (pagamento da soma cambiária), quaisquer que sejam as relações intercorrentes entre avalista e avalizado e entre avalista e os precedentes possuidores do título

MESSINEO ⁽¹⁾ considera o aval uma

«declaração de vontade cartular, unilateral e abstrata, enquanto desvinculada da relação fundamental intercorrente entre avalista e avalizado; ela dá origem a uma obrigação de garantia, ou seja, a uma promessa de pagar, no lugar e na posição do avalizado (obrigado principal ou obrigado de regresso).»

(1) Apud VIVANTE, ob. cit., vol. 3, pág. 318, nota de rodapé nº 217.

(2) Idem, ibidem.

(3) Ob. cit., pág. 257.

(1) Ob. cit., pág. 368.

DE SEMO (2) define o aval como

«uma garantia pessoal, tendo caráter formalmente acessório, dada sobre o título para o pagamento da cambial, em favor de um obrigado, e em razão da qual o avalista assume a posição do avalizado, vinculando-se solidariamente junto com ele e com os demais signatários perante o portador.»

Entre os autores franceses, embora não se possa perceber pelas conceituações a seguir transcritas, há nítida tendência de aproximar o aval da fiança, dependente da obrigação principal, conforme anota, com propriedade, BONFANTI-GARRONE (3) e RUBENS REQUILÃO (4), o mesmo acontecendo, de certa maneira, com o direito espanhol (5).

Para ROBLOT (1) o aval é

«a obrigação assumida por uma pessoa de pagar um efeito de comércio no vencimento, nas mesmas condições que um outro subscritor que, precedentemente, tenha apostado sua assinatura sobre o título.»

PERCEROU e BOUTERON (2) explicam o aval como

«uma garantia pessoal do pagamento da letra de câmbio que acresce, como o aceite, mais um devedor ao título.»

E RODIÈRE (3), finalmente, vê no aval

«uma caução solidária do signatário da letra de câmbio.»

Entre os autores latino-americanos, merecem destaque, entre outros, os nomes de RIVAROLA, FERNANDEZ, ÉCTOR ALEGRIA, MUÑOZ, JAUREGUIBERRY, etc.

RIVAROLA (4) afirma que

«o aval não é uma fiança nem qualquer das garantias do direito comum, senão, como o diz o Código de Comércio Argentino, uma obrigação especialíssima, que somente pode subsistir no regime legal da letra de câmbio ou no dos papéis do comércio à ordem, assimilados àquela.»

(2) Ob. cit., pág. 453.

(3) «De los Títulos de Credito», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edição, pág. 404.

(4) «Curso de Direito Comercial», Saraiva, 9ª edição, 1980, 2º volume, pág. 346.

(5) Entre os países latino-americanos, a legislação cambiária que mais aproxima o aval do instituto da fiança é, sem dúvida, a do Chile. O art. 680 do Código Comercial Chileno reza que:

...«el aval es un acto escrito en virtud del que un tercero extraño a la letra de cambio afianza solidariamente el pago de ella en los términos y bajo las condiciones estipuladas o en los mismos en que se haya obligado la persona afianzada» (grifos nossos).

(1) «Les Effets de Commerce», Sirey, 1975, Paris, pág. 204.

(2) Apud RUBENS REQUILÃO, ob. cit., págs. 345 e 346.

(3) «Droit Commercial», Dalloz, 1975, pág. 69.

(4) «Letra de cambio, cheque y demás papeles de cambio», Buenos Aires, 1944, tomo II, pág. 324.

Para FERNANDEZ (5) o aval é

«um ato jurídico unilateral, abstrato, de natureza cambiária, que obriga de forma autônoma, distinta e pessoal a quem a pratica (avalista) ao pagamento da obrigação cartular.» . . .

HÉCTOR ALEGRIA (1) define o aval como o

«ato unilateral não receptício de garantia, outorgado por escrito no título ou fora dele, em conexão com uma obrigação cartular formalmente válida, que constitui o outorgante em responsável cambiário do pagamento.»

LUIZ MUÑOZ (2) nos oferece uma definição demasiado longa do aval:

«Es el aval un negocio jurídico unilateral de garantía objetiva y personal, y de afirmación de derechos, total o parcial, accesorio y subsidiario que consiste en una sola declaración de contenido volitivo procedente de una sola parte o esfera intereses llamada avalista, vinculante, recepticia dirigida a persona incierta, sin libertad de forma, pero sin que ésta sea sacramental, que demuestra o prueba la garantía y afirmación de derechos, constitutiva puesto que crea la garantía y la afirma, dispositiva porque se precisa del documento donde conste para hacer efectivo el aval, y literal, autónomo, abstraccio desde el punto de vista formal y legítimamente, ya que por acceder a la letra de cambio reúne los caracteres de ella, y en virtud del cual el avalista se obliga eventual, incondicional, pero solidariamente, en los mismos términos que aquel por quien se otorga el aval y en el mismo lugar y grado (art. 34), al pago, por lo que el aval pueda ser principal si se avala al girado, y de regreso cuando se avala a los obligados de esa índole (art. 32).»

JAUREGUIBERRY (3) escreve que o aval

«es una obligación de garantía, objetiva porque está referida al pago total ou parcial de una letra de cambio, y personal porque se otorga a favor del avalado, que siempre es un obligado cambiario, y además no crea ningún derecho real de garantía.»

Entre os autores nacionais, são menos numerosas as conceituações do instituto.

(5) Apud BONFANTI-GARRONE «De los títulos de Credito», Abebedo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edição, 1976, pág. 405.

(1) Ob. cit., pág. 12. BONFANTI-GARRONE adotam em sua obra (Ob. cit., pág. 403) a citada definição de ALEGRIA.

(2) «Título-Valores», Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, 2ª edição, pág. 468.

(3) MUÑOZ, ob. cit., pág. 469.

EUNAPIO BORGES (1), em conceito que precisa o caráter teleológico, ensina que

«o aval — instituição de direito cambial — tem por finalidade garantir o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória, assim como de outros títulos (cheques e duplicatas) em parte assimilados aos cambiais».

RUBENS REQUIÃO (2) assinala que

«o aval é a garantia de pagamento da letra de câmbio, dada por um de seus signatários».

MAGARINOS TORRES (3), ao cuidar do aval na nota promissória, definiu-o como

«a garantia pessoal, plena e solidária, que se pode juntar na nota promissória à obrigação de qualquer dos coobrigados».

LACERDA (4) explicou que

«o aval é obrigação cambiária autônoma, e de garantia solidária à do obrigado ao qual adere».

CARVALHO DE MENDONÇA (5) afirmou que

«o aval é a garantia prestada em forma cambial ao pagamento da letra de câmbio».

PONTES DE MIRANDA (6) assim explica o instituto:

«o direito cambiário conhece obrigação típica, que é literal e expressa: o aval. Constitui ele uma das obrigações por declaração unilateral de vontade, com efeitos absolutos, por figurar no título cambiário, a favor de todos os possuidores, da generalidade, se bem que seja obrigação equiparada, reforço, sustentáculo de alguma das obrigações pessoais insertas no título. Há sempre obrigado, a que o avalista se equipara, mas as exigências formais e materiais do direito cambiário extremam de qualquer garantia pessoal a obrigação daquele que avaliza — chamado, neologicisticamente, em português, avalista — a obrigação de outrem, que se diz o avalizado.» (grifos do autor)

Embora o elenco reproduzido deixe patenteada a diversidade de opiniões do conceito do aval, reconhece-se, de maneira geral, a caracte-

(1) «Do Aval», Forense, 4ª edição, 1975, pág. 15.

(2) Ob. cit., pág. 345.

(3) «Nota Promissória», Saraiva, 1943, 5ª edição, pág. 211.

(4) «A Cambial no Direito Brasileiro», Editora de Leite Ribeiro & Maurillo, Rio de Janeiro, 1921, 3ª edição, pág. 149.

(5) «Tratado de Direito Comercial Brasileiro», vol. V, 2ª parte, 1922, Rio de Janeiro, pág. 347, § 747.

(6) «Tratado de Direito Cambiário», vol. I, Letra de Câmbio, Max Limonad, 1954, 2ª edição, pág. 245.

rística básica de ser o instituto uma obrigação cambiária autônoma. Vejamos, agora, a divergência conceitual, de início apontada, no tocante ao aval considerado como garantia «objetiva».

Parece-nos que a noção de garantia «objetiva» não serviu para trazer maiores luzes ao instituto, já que a doutrina não precisou o alcance que se pretende dar com a utilização de tal expressão. Seria para dizer que a garantia não se ligaria à firma do avalizado e sim ao título em si mesmo considerado? Ou seria simplesmente para distinguir o instituto da fiança onde existe uma garantia de cunho subjetivo?

Sob esse segundo aspecto, não vemos como poderia ser contestado o caráter «objetivo» do aval que não se confunde, efetivamente, com a fiança, mas, adotada a acessoriedade formal do aval, como, aliás, o foi na Lei Uniforme, como sustentar-se que a garantia não se ligaria à firma do avalizado e sim ao título? Se ao asseverar-se que a garantia não se liga à firma do avalizado pretende-se dizer que a obrigação do aval subsiste, ainda que **inexistente** a firma do emitente, não há como aceitar-se, à luz da Convenção Genebrina, tal «objetividade» do aval.

Se, entretanto, por garantia «objetiva» queremos designar, quer uma obrigação inteiramente desvinculada do caráter subjetivo que existe na fiança, quer uma obrigação de cunho substancialmente autônomo parece-nos irrecusável a propriedade de tal expressão.

IV Forma

A forma pela qual o aval é prestado, nos títulos cambiais, está disciplinada pelo art. 31 da Lei Uniforme:

«O aval é escrito na própria letra ou numa folha anexa.

Exprimi-se pelas palavras «bom para aval» ou por qualquer fórmula equivalente; e assinado pelo dados do aval.

O aval considera-se resultante da simples assinatura do dador aposta na face anterior da letra, salvo se se trata das assinaturas do sacado ou do sacador.

O aval deve indicar a pessoa por quem se dá. Na falta de indicação, entender-se-á pelo sacador».

Nota-se que o artigo supratranscrito, em pleno vigor entre nós, apresenta diferenças em relação ao art. 14 do Decreto nº 2.044, anteriormente vigente:

«O pagamento de uma letra de câmbio, independente do aceite e do endosso, pode ser garantido por aval. Para a validade do aval, é suficiente a simples assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, no verso ou no anverso da letra».

Conclui-se, portanto, que a simples assinatura, **no anverso** da letra, é suficiente para a configuração do aval em ambos os diplomas legais.

A simples assinatura no verso da letra, porém, só seria suficiente para a validade do aval no regime do retrotranscrito art. 14 do Decreto nº 2.044. Pelo art. 31 da Lei Uniforme, conforme vimos, é necessária a menção «bom para aval» ou outra a ela equivalente, quando se trata de assinatura aposta no verso do título.

Não prevaleceu na Convenção Genebrina, destarte, a proposição de ARCANGELI e de PERCEROU, segundo a qual seriam sempre tidas como avais as assinaturas que não tivessem um outro papel cambiário.

Em conseqüência, surge um intricado problema a ser resolvido quando a assinatura aposta no verso da letra não pode ser, de um lado, considerada como aval, por força da ausência de menção em tal sentido, e, de outro, não pode ser considerada como endosso em branco, por inexistir correspondência com a cadeia normal de transmissão do título.

Escusava dizer, talvez, que se a assinatura imaginada pudesse, nessa última hipótese, ligar-se à cadeia dos endossos sucessivos existentes, a mesma seria tida pura e simplesmente como endosso em branco sem maiores preocupações.

Mas, não sendo possível se atribuir à assinatura em questão a qualidade do endosso em branco, pela ausência de sua ligação com a cadeia de endossos existentes no título, qual é a significação que lhe devemos dar?

Basicamente, são três as posições que se formaram em torno do problema.

A primeira dessas posições, sustentada por uma plêiade invejável de juristas ⁽¹⁾, considera que a assinatura de que se cuida não poderá ser considerada como aval porquanto o aval deve ser prestado no anverso da letra ou, se prestado for no verso, existir a menção inequívoca que caracteriza a assinatura com essa qualidade.

Dentre os diversos autores, é ROSSI quem parece desenvolver, com profundidade dogmática, os argumentos sobre essa postura doutrinária.

(1) GUIDO ROSSI, in «L'avallo come garanzia cambiaria tipico», Milano, Giuffrè, 1962, págs. 105 e seguintes; DE SEMO, in «Trattato di Diritto Cambiario, Padova, Cedam, 1963, págs. 461 e 462; VALERI, Diritto Cambiario, II, nº 204; ASQUINI, «Titoli do Credito», Padova, 1966, pág. 261; GUALTIERI, «I Titoli di Credit», Torino, 1953, Ed. Torinese, pág. 217; OPPO, «Banca e Credito Agrario», 1952, pág. 377. Extensa indicação dessa doutrina poderá ser encontrada em HÉCTOR ALEGRIA, «El aval — Tratamiento completo de su problemática jurídica», Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 142, nota de rodapé nº 122. De notar-se, entretanto, que, entre os autores citados por ALEGRIA como partidários dessa corrente, está o nome de SALANDRA, o que nos parece evidente equívoco. Para o ilustre professor da Universidade de Pádua, não seduz a idéia de considerar a assinatura, nos casos em que estamos tratando, privada de valor cambiário, sendo preferível considerá-la como aval (Cfr. «Curso de Derecho Mercantil», Trad. de Jorge Barrera Graf, Editorial Jus, México, 1949, pág. 278.

Diz-nos esse grande autor italiano, após combater todas as outras posições, que:

«L'avallo è un istituto cambiario autonomo, per il quale il legislatore prescrive requisiti di forma precisi. Tali sono o la clausola di garanzia o la semplice firma sul recto della cambiale (posto dal legislatore, come ho detto, su un piano di parità).

Quando tali requisiti non siano soddisfatti, semplicemente non si ha avallo; né può l'interprete in tal caso introdurre prezunzioni (tanto più su questioni di forma), che lo stesso legislatore non ha creduto opportuno disporre. Nela nostra ipotesi non ritengo dunque che ci troviamo di fronto ad una lacuna, ma semplicemente ad un atto nullo per imperfezione formale. L'ipotesi è quella esattamente individuata dall' Oppo, di scritturazione materialmente incompleta che non può assumere valore cambiario» (1)

Assim, para os adeptos dessa corrente de pensamento, a assinatura prestada no verso, sem declaração de garantia, ficaria desprovida de qualquer valor cambiário pela sua insuficiência formal. Vale dizer: não será considerada nem aval, nem tampouco endosso branco.

Para uma segunda posição, defendida por STRANZ (2),

«se a assinatura no verso, sem qualquer menção de garantia, não pode ser considerada nem aval e nem aceite, só poderia ser tida como um endosso em branco, ainda que não corresponda à cadeia de endossos existentes no título, porquanto se estaria diante de um problema de responsabilidade e não de interrupção da série de endossos».

Observa ROSSI (1) que

«se trata de uma tese parcialmente análoga à que foi acolhida pelo sistema anglo-americano, não sendo sustentável perante a Lei Uniforme no momento em que essa assinatura de que estamos a tratar não apresenta qualquer ligação com o nexó cambiário, interrompendo a série de endossos».

A própria jurisprudência alemã, todavia, manifestou-se contra a possibilidade de ser considerada como endosso em branco a simples assinatura no verso da letra.

Para uma terceira posição, a assinatura no verso da letra ainda que sem qualquer menção de garantia, deveria ser considerada como aval (desde que a mesma interrompa a cadeia de sucessivos endossos).

(1) Ob. cit., págs. 109 e 110.

(2) Apud ROSSI, ob. cit., pág. 108, nota de rodapé nº 33: «Blankoindossament als Wechselbürgschaft?», c. 1917.

(1) Ob. cit., pág. 108.

Sustenta ANGELONI ⁽²⁾ que

«ninguém apõe a própria assinatura numa cambial sem que tenha a intenção de assumir uma obrigação cambiária, sendo interesse do portador, por outro lado, que a cambial tenha um obrigado a mais».

Conclui esse autor com a consideração segundo a qual seria mais lógico atribuir a tal firma o valor de um aval antes de atribuir-lhe, sem necessidade, a função de destruir a regularidade da seqüência dos endossos.

ROSSI ⁽³⁾ combate a posição de ANGELONI lembrando que

«nos encontramos diante de requisitos de forma no exame dos quais devem ser afastadas, da maneira mais categórica, as considerações relativas à intenção do signatário. A simples firma aposta sobre o verso da cambial — prossegue ROSSI — não pode ser considerada, de modo algum uma firma de aval, uma vez que faltaria um requisito essencial de forma, qual seja o da cláusula de garantia».

Embora a posição de ROSSI seja prevalecente na maioria da doutrina, commespondendo, inclusive, ao pensamento de VIVANTE ⁽¹⁾, a corrente que procura caracterizar a simples assinatura no verso da cambial ⁽²⁾ como aval parece ganhar novos adptos, sendo de destacar-se a cuidadosa reflexão de ALEGRIA ⁽³⁾, com novos e poderosos argumentos em favor dessa corrente ⁽⁴⁾.

V. Referências Históricas

EUNÁPIO BORGES ⁽⁵⁾ assinalou, com propriedade, que

«a investigação histórica é menos proveitosa para o direito comercial do que para outros ramos do direito»,

justificando tal assertiva, com base em ALFREDO ROCCO, na constante transformação do direito comercial, sendo

(2) Apud ROSSI, ob. cit., pág. 106.

(3) Idem, ibidem.

(1) «Trattato di Diritto Cambiario», vol. 3, Ed. Francisco Vallardi, 5ª edição, 1935, págs. 318 e 319, § 1222.

(2) Com ressalva já feita anteriormente, como é óbvio, de que essa assinatura esteja interrompendo a série de endossos, sem o que não haveria a menor dúvida no sentido de considerá-la como endosso em branco.

(3) Ob. cit., págs. 145 a 150.

(4) Por refugir dos limites do presente estudo, estamos deixando de lado algumas posições singulares em relação ao problema, como, por exemplo, a de MOSSA, para quem uma simples firma sem declaração de aval, mas aderente ao endosso, vale como aval do referido endosso.

(5) Ob. cit., pág. 18.

«relativamente muito escasso o número de normas e de institutos de origem remota cuja apreciação depende de longas investigações históricas».

Poderíamos acrescentar, «ex-abundantia», que a observação do ilustre professor mineiro ganha particular intensidade no que se refere ao instituto dos títulos de crédito ao considerar-se que o mesmo era desconhecido do direito romano, fonte principal de nossa cultura jurídica.

No que diz respeito especificamente ao aval, registra CARVALHO DE MENDONÇA (1) que

«o seu aparecimento teria ocorrido na segunda metade do século XVII, quando fora regulado pela Ordonnance du Commerce de 1673».

LOPES MUNIZ (2), por outro lado, identifica o surgimento do aval, no ano de 1233, na **Eigenwechsel** (letra contra si mesmo) e, em 1359, na cambial tradicional.

Tais investigações históricas, evidentemente, são úteis ao estudioso na medida em que, com elas, compreender-se-á, de maneira mais adequada, certas peculiaridades desse instituto, conforme se mostrará a seguir.

Consta do interessante estudo realizado por SOLMI (3) que, ao final das feiras, eram apurados os débitos e os créditos de cada negociante, sendo as contas liquidadas mediante numerário ou por meio de letras de câmbio emitidas pelo devedor.

Nem sempre, havia plena confiança na pessoa do devedor, o que levava o credor a exigir, a título de garantia, uma outra letra de câmbio emitida por um banqueiro com sólida posição financeira.

Poderá ser vislumbrada, em tais explicações, não apenas a origem do aval prestado em documento separado, ainda hoje subsistente na legislação francesa, como a própria gênese do princípio da autonomia e da obrigação do avalista, como anota oportunamente o Prof. EUNAPIO BORGES (4).

De outro lado, cumpre lembrar que o referido estudo de SOLMI, desenvolvido a partir da monografia de ANGELONI (5) onde foi retomada, «ex-professor», a intrincada questão da natureza jurídica do aval, conclui por sugerir uma quarta (e, talvez, derradeira) opinião sobre a origem da palavra «aval».

(1) Ob. cit., Vol. 4º, 2ª parte, nº 747, nota de rodapé iniciada na pág. 347.

(2) «História da Letra de câmbio», pág. 5.

(3) «Sulla Origine Della Voce avallo», in Rivista di Diritto Commerciale, vol. 8º, I, págs. 720 a 724.

(4) Ob. cit., pág. 20, nota de rodapé nº 14.

(5) «La natura giuridica dell'avallo. Contributo alla dottrina dell'avallo», Torino, 1910.

Para o ilustre professor da Universidade de Parma, o vocábulo «aval» derivaria, por um processo orgânico, do verbo «avallare», remontando-se a «advallare» («vallare»), no sentido próprio de reforçar ou de munir com o «vallo», figuradamente transportado para o campo das garantias obrigatórias.

A tal ensinamento adere, entre nós, o Prof. EUNÁPIO BORGES ⁽¹⁾:

«Antes de SOLMI, o comercialista francês JULES VALERY apontara como provável a hipótese preconizada pelo professor italiano, a qual, a nosso ver, além de constituir a melhor explicação etimológica da palavra, é a que lança mais luzes sobre as origens e finalidades do próprio instituto».

Vejamos, rapidamente, as três explicações etimológicas anteriores para o vocábulo «aval».

Para a primeira delas, a expressão seria derivada da frase francesa «faire valoir» ou «à valoir», ou do equivalente latino «valere», no sentido de um ato que faz valer ou faz adquirir valor ao crédito cambiário garantido.

Trata-se da terminologia preferida, segundo SOLMI, pela velha doutrina francesa e, ainda, por alguns juristas modernos, italianos e estrangeiros.

Uma segunda explicação é sustentada por GRASSHOFF ⁽²⁾, para quem o vocábulo derivaria da palavra árabe «hawâla» cuja significação, no antigo direito árabe, consistia numa obrigação de garantia assumida em favor de um terceiro, sob forma cambiária.

A terceira explicação, a que adere o Prof. ANGELONI

e seguida pela maior parte dos juristas, sugere que o termo «aval» derivaria do italiano «a valle», correspondente ao francês «àval», pelo fato de que a assinatura, destinada a garantir a cambial, vinha colocada abaixo, «in loco inferiori», ao pé do documento.

Tal discussão parece totalmente inócua no momento histórico em que vivemos, sendo muito mais uma questão da alçada dos filólogos do que dos juristas, como anota oportunamente SILVIA PINTO, já que o desbravamento etimológico, por certo, não trará qualquer subsídio à melhoria desse instituto jurídico.

(continua no próximo volume)

(1) Ob. cit., pág. 18.

(2) «Die suftâga und hawâla der Araber», Göttingen, 1899, págs. 70 e seguintes, apud SOLMI, ob. cit., pág. 721. Informa-nos PAULO DA SILVA PINTO («Direito Cambiário», pág. 195) que tal explicação foi adotada por P. HUVELIN («Les travaux récents sur l'histoire de la lettre de change»), 15 An. D. Com. (Fr.), 25.

Presença de Francisco de Vitória

Paulo Borba Casella

Aluno do Curso de Pós-Graduação,
Área de Direito Internacional

I

Como ciência autônoma, o direito internacional só aparece no século XVII, com o **De jure belli ac pacis** de Hugo GROTIUS, publicado em Paris em 1625. GROTIUS é o primeiro a analisar o conjunto da matéria, vendo-a no seu todo e criticando os seus precursores pela falta de visão e pela falta de método, sabendo contudo reconhecer-lhes os méritos, e citá-los, quando ocasião se apresenta.

Mas antes de GROTIUS muitos refletiram sobre questões pertinentes ao direito internacional, dentre os quais podem ser destacadas algumas obras, que se atêm a temas específicos dessa área.

Foram conservadas obras como o **De bello** de João de LEGNANO (falecido em 1383), o **Traité des faits d'armes et de chevalerie** de Cristiano de PISON, **L'Arbre des batailles** (escrito por volta de 1384) por Honório BONET, ou o **Libellus de bello justo et licito** (de 1514) Wilhelmus MATTHIAE — para citar apenas alguns — que discorrem detalhadamente sobre as guerras e atos que, no correr destas, se possam praticar. Essas obras, e muitas outras, refletiram a preocupação — partilhada por religiosos e leigos — de «regulamentar» a atividade guerreira. Não apenas os Estados, ou seja, o conjunto de Repúblicas, Principados e Reinos, mas também os particulares a ela recorriam para resolver as questões pendentes. Famílias inteiras eram assim envolvidas em conflitos que causavam perdas e se alongavam no tempo.

Decisiva foi a atuação da Igreja para restringir as guerras e informá-las com alguns princípios. A «Trégua de Deus» e outras medidas propostas pela Santa Sé, Encíclicas e documentos papais e obras de teóricos religiosos atuaram no sentido de humanizar os combates.

Na Espanha, o direito da guerra tinha sido estudado, antes de Francisco de VITÓRIA, por Santo Isidoro, Bispo de SEVILHA (de 596 a 636), na sua obra *Origens* ou *Etymologie*, onde retoma o conceito de **jus gentium** das *Institutas* de Ulpiano, dando-lhe características que o aproximam muito da concepção moderna. O **jus gentium** de Santo Isidoro corresponde quase perfeitamente ao nosso direito inter-

nacional e, paralelamente a essa classificação acha-se o **jus militare**, enumeração de assuntos que entram no direito da guerra (1).

Também merece ser mencionado S. Raimundo de PENAFORTE (nascido entre 1175 e 1185, falecido em 1275). A obra **Summa poenitentias** examina questões relativas ao direito de guerra.

Outro marco relevante, em terra de Espanha, são **Las siete partidas**, obra de Rei Afonso X de Cartilha, que teve como colaboradores Giacomo RUIZ, Fernando MARTINEZ e ROLDUM.

Las siete partidas — monumento jurídico que em alguns aspectos se adianta em muito à época em que foi redigido — trata de direito eclesiástico, de política, de legislação, de direito penal, de processo; o direito da guerra é objeto de regulamentação minuciosa. As **Etymologiae** de Santo Isidoro de SEVILHA e o direito muçulmano marcam sua presença nesse corpo legal.

Mas, é só depois de Francisco de VITÓRIA que podemos falar em direito internacional — **jus inter omnes gentes**. VITÓRIA trouxe contribuição pessoal e original ao Direito, enriquecendo-o com princípios os mais amplos e mais humanos. Foi Hugo GROTIUS o responsável pelo estabelecimento do Direito Internacional como ciência distinta, mas o Pai do Direito Internacional é Francisco de VITÓRIA e essa paternidade está fora de discussão.

II

No curso da história é difícil encontrar época que se possa comparar aos anos que marcaram o fim do século XV e início do século XVI. O epíteto que se deu à Idade Média «Noite dois mil anos» provou ser um erro que muito resistiu antes de ser destronado. A Idade Média viu nascer nova civilização em seu seio, teve sua importância e sua originalidade. Não há ruptura entre a civilização medieval e a civilização do Renascimento, mas ocorre um florescimento, um apogeu, que pelo seu brilho e sua extensão não pôde perdurar. O Renascimento é a culminação, é o fim de um processo que se foi preparando ao longo de toda a Idade Média.

No ano de 1492 Cristovão Colombo descobre o Novo Mundo e nesse mesmo ano, os Reis Católicos tomam o último bastião muçulmano da Península Ibérica — Granada. Ocorre ainda na Espanha a unificação dos Reinos de Castela e Aragão.

A descoberta do Novo Mundo, a unificação de Castela e Aragão e o fim da ocupação árabe, juntamente com a invenção da imprensa de

(1) Indicações concernentes ao jus gentium e ao jus militare aparecem no Livro 5º das **Etymologiae**; no Livro 18, o autor trata da guerra e enumera as diversas espécies. Sobre Santo Isidoro de Sevilha e sua obra: VON CAMPENHAUSEN, Hans Freiherr (1903), **Lateinische Kirchenväter**, Stuttgart, Verlag, W. Kehlhammer, 4. — unveränd. Aufl., 1978, p. 250 ff. NUNES, Rui Afonso da Costa (1928), **Gênese, significado e ensino da filosofia no século XII**, S. Paulo, Grijalbo-EDUSP, p. 120 e seguintes.

tipos móveis por Guttenberg, são alguns dos eventos que precisamos ter em mente ao pensarmos no ambiente histórico em que viveu os primeiros anos de sua vida um dos homens que bem ilustram o novo ideal: Francisco de Vitória, profundamente ligado ao mundo medieval, à filosofia e à teologia, mas que nos traz algo de novo e de original.

No correr da penúltima década do século XV nasce Francisco de Vitória. A data e o local foram muito discutidos, mas predomina a convicção de que Francisco de Vitória nasceu em Vitória em 1486 — de acordo com cláusula do Registro do Mestre Geral da Ordem Dominicana, de 1509. (2)

A mãe de Francisco era natural de Burgos, o que explicaria o fato de a família ter-se mudado para lá, após ter residido alguns anos em Vitória.

É nessa cidade, no ano de 1504, que Francisco entra na Ordem dos Pregadores. Em 1506 seu nome aparece em lista de religiosos em Burgos, elaborada ao serem terminados os trabalhos de reorganização da Ordem Dominicana na Espanha. Nessa época Francisco já era religioso professo; devendo ter acabado de estudar as Súmulas, o primeiro dos três cursos de artes preceituados pelo Vigário Geral

Terminado o noviciado, Francisco foi enviado ao Colégio da Ordem em Paris. Fundado no século XIII — os Irmãos Pregadores já em 6 de agosto de 1218 estavam instalados no antigo hospício fundado por João de Baratre — reorganizado no fim do século XV, o Colégio de Santiago tinha grande prestígio dentro e fora da Ordem.

Entre os mestres em Paris, teve Francisco como mestre de artes, Pedro Crockaert de Bruxelas — futuro amigo de Francisco, que supervisionou a edição de obra do teólogo belga em 1512 — e, na Teologia, João Fenário, ou Fenório.

Faltam dados sobre o período que Francisco passou em Paris, mas calcula-se que ele tenha começado seus estudos em 1507, terminando-os em 1512, vindo a graduar-se como licenciado em 24-03-1522 e receber a borla de doutor em 27 de junho do mesmo ano. (3) Na preparação para o doutoramento, Francisco foi designado pelo Capítulo Geral da Ordem (Gênova, 1513) para ser promovido, lecionando nesse meio tempo cursos de artes. Essa designação surpreende, levando-se em conta o fato de que Francisco havia terminado seus estudos apenas um ano antes. O Capítulo Geral seguinte (Nápoles 1515), vem atribuir-lhe o encargo de fazer preleções sobre o **Liber Sententiarum**, de Pedro Lombardo.

(2) Apud: BELTRÁN, R.P. Vicente. de Heredia, **Francisco de Vitoria**, Cap. I.

(3) Cf. NYS, Ernest, **Introduction** — op. cit., pp. 18 e seguintes e Pe. V. Beltrán, op. cit., Cap. II, pp. 15 a 31. Segundo Nys, Francisco teria recebido a Licença de Teologia em 1521, precisamente um ano antes da data apresentada pelo Pe. Beltrán.

Nos sete anos que passou como Professor de Teologia em Paris, Francisco completou e deu forma definitiva a sua carreira como mestre, no que concerne a métodos, assimilação de conhecimentos e fundo doutrinal. Manteve contato com homens «animados por nobres sentimentos» (4) desenvolvendo seus dons naturais. A influência benfazeja desses homens levou-o a tomar em suas mãos a defesa da justa causa dos índios. Abordando a matéria cruel do direito da guerra, VITÓRIA afirmou princípios de moderação e mansuetude. Quase todo o movimento pacifista do início do século XVI procedia de humanismo e este agira sobre o pensador espanhol dando seqüência à atuação da Igreja, já desde tempos anteriores. Em 1520, durante sua estada em Paris, Francisco manteve contato com Josse van Assche, **Jodocus Badius Ascensius**, uma das maiores expressões do humanismo. O nome de Francisco de Vitória aparece no frontispício de dois volumes de sermões de Pedro de Covarrubias, indicando que ele reviu a obra. Outros fatos vem demonstrar que Francisco não era um estranho à «República das Letras», como é costume chamá-la, formada já em 1516 e da qual Erasmo de Rotterdan era o chefe reconhecido. (5) Francisco não escondia seu entusiasmo pelo humanismo renascentista e, da parte de Erasmo, conservou-se carta dirigida a Francisco em que este fala com reverência a respeito da teologia escolástica.

Terminados os estudos e conseguido o grau de Doutor volta Francisco à Espanha sendo nomeado reitor do Colégio Dominicano de São Gregório em Valadolid. Em 1526, morrendo Paulo de Leon, fica desocupada a cátedra primária de Teologia da Universidade de Salamanca, atribuída por unanimidade a Francisco de Vitória pelos juizes do concurso, a 07-09-1526. Francisco presta juramento a 21 de setembro e permanece o titular dessa cátedra até sua morte.

A Espanha, antes de Francisco, teve teólogos notáveis, mas é a ele que se deve o renascimento da teologia, como o mostra Eduardo de Hinojosa. (6) «Francisco de Vitória não deu apenas impulso vigoroso à ciência de sua predileção, mas ele a dotou de novo caráter: ele

(4) Ernest Nys. É curioso confrontar Nys e o Pe. Beltrán no que se refere a influência da estada em Paris sobre a formação de Francisco. O primeiro critica duramente os métodos de ensino e atribui a sólida formação e extraordinária cultura de Francisco muito mais a estudos e contatos pessoais do que ao curso na Universidade de Paris, sobre o qual cita o depoimento (1531) de Juan Luis Vivèr: «On dispute avant le dîner, on dispute après le dîner, on dispute en public, en particulier, en tout lieu, en tout temps», seguido pelo (1527) de Pierre de la Ramée, **Ramus**: «Quand je vins à Paris», écrivit-il lus tard, «je tombé es les subtilitez des sophistes et m'apprit-on les arts libéraux par questions et disputes, sans m'en montrer jamais un seul autre ni profit, ni usage»; que termina: «Les categories d'Aristote étaient comme une balle qu'en livrait à nos d'enfants, et qu'il fallait regagner par nos cris quand nous l'avions perdue: si au contraire nous la tenions, nous ne devions la laisser enlever par aucune clameur. J'étais donc persuadé que toute la logique se réduisait à discuter sur la logique avec des cris véhéments et forcenés.»

(5) «O homem do silêncio e do trabalho incessante.» ZWEIG, Stefan, **Erasmo de Rotterdam**, trad. M. Guaspari, P. Alegre, Globo, 1939.

(6) HINOJOSA, Eduardo de, **Estudios sobre la historia del derecho español**, Madrid, 1903, p. 235 e seguintes.

a embelezou e engrandeceu; graças a ele, a maioria dentre os teólogos espanhóis renunciou às formas incorretas, rudes e bárbaras que tinham utilizado os predecessores; graças a ele, na argumentação, idéias vieram ocupar o lugar antes ocupado por frases; graças a ele, ainda, outras ciências foram beneficiadas pelo estudo da teologia. E Ernest Nys (7) lembra que, «nas suas preleções consagradas ao direito dos índios e ao direito da guerra, os problemas são tratados, não como se fossem desprovidos de qualquer interesse prático e atual, e destinados apenas a exercitar a razão e dar ensejo a objeções e refutações, mas como questões despertadas por eventos importantes e cuja solução interessa a todos os homens de coração, uma vez que na prática imedita ela produz efeitos temíveis. Além de tudo, o ilustre publicista não se restringe ao vain étalage de connaissances: ele está repleto de generosidade e de bondade e seu ensinamento deixa transparecer os mais nobres sentimentos.»

Mortier, dominicano e autor de História da Ordem (8) ressalta a importância da atuação de Francisco que levou a Universidade de Salamanca a ser colocada em posição de destaque, louvando igualmente a didática do mestre «Sua maneira de ensinar o distinguia da maioria dos outros professores. Em lugar da aridez das formas escolásticas, das quais ele só se servia para estabelecer as bases de sua doutrina, ele não desprezava a elegância da linguagem; ele gostava de corroborar as conclusões da teologia com felizes citações dos Padres, com fatos da História Eclesiástica. Seus cursos, que atraíam pelo encanto de sua palavra, rapidamente conquistaram o favor universal. Solidez de doutrina, somada à elegância do estilo, assim se apresenta o longo professorado de Francisco de Vitória. Durante vinte anos ele foi titular da cátedra de Teologia de Salamanca, de 1526 até 1546. Ele formou os mais ilustres discípulos: Melchior Cano, Domingos Soto, Bartolomeu de Medina, e tantos outros, se orgulharam de tê-lo tido como mestre. Foi ele que restaurou o ensino teológico na Espanha; foi ele que, unindo a solidez da doutrina à forma literária, deu o método que era necessário seguir para devolver à Teologia o lugar de honra. Ele nada escreveu, mas seus discípulos desejosos de ouvi-lo, piedosamente recolheram seus doutos tratados, alguns dos quais foram desde então publicados.

Inovação introduzida ao tempo de Francisco e com sua anuência foi a prática de tomar por escrito as explicações ditadas pelo professor. Parece ter sido a intenção dos alunos preservar aqueles comentários diligentemente preparados, e para a exposição dos quais, ao que parece, o mestre utilizava apenas notas muito sucintas, não os deixando escritos por extenso, uma vez que não tinha intenção de publicá-los. Por esse motivo, o texto das **Relectiones Theologicae** foi estabelecido a partir da confrontação de manuscritos de seus antigos discípulos.

(7) Op. cit., p. 20 e seguintes.

(8) MORTIER, D. A., des Frères Prêcheurs, **Histoires des maîtres généraux de l'Ordre des Frères Prêcheurs**, tome V (Paris, 1911), p. 379-380 cit., por Ernest Nys, Introduction, pp. 23-24.

Nesse mesmo ano em que Francisco sobe à cátedra de Teologia da Universidade de Salamanca, seus contatos com Erasmo de Rotterdam são retomados. Erasmo provavelmente dirigiu-se a Francisco, instando-o a defendê-lo contra os ataques que suas obras vinham sofrendo, inclusive na Espanha.

Em 1518 Erasmo de Rotterdam escreve carta ao Cardeal Wolsey, reconhecendo a pureza de costumes de Lutero; pouco antes escrevera ao reitor da Universidade de Erfurt, admitindo a utilidade e a beleza do fim que buscava o monge alemão. A 28-03-1519 Lutero toma a iniciativa de escrever ao célebre sábio, testemunhando-lhe respeito e reconhecimento pelos serviços prestados à letras e à evolução do pensamento. Erasmo responde alternando aprovação e conselhos. Mas logo os eventos vão se modificando e as coisas vão se tornando violentas e Erasmo — um pouco talvez por ceticismo — mas sobretudo por pacifismo e por sua aversão a todo excesso, não acompanha o rebelde e tampouco se abstém de criticar doutrina na qual via perigo para o espírito humano. Em setembro de 1524 Erasmo escreve o **De libero arbitrio**; Lutero revida em 1525 com o **De servo arbitrio** e Erasmo escreve o **Hyperaspistes diatribe ad servum arbitrium**. A ruptura entre os dois foi completa. Erasmo permaneceu fiel à Igreja e até o fim de sua vida escreveu contra a Reforma, fazendo que muitos humanistas, seguindo seu exemplo, rejeitassem o Protestantismo.

A atuação de Erasmo foi condignamente apreciada, sendo ele colocado entre os mais valorosos defensores da Fé e sendo apoiado pelo Papa Clemente VII. Mas, apesar de tudo, Erasmo também tinha inimigos. Em 1524 Noel Beda denuncia à Sorbonne proposições que ele tinha extraído de obras de Erasmo e pede que este seja condenado por tribunal eclesiástico. Em 1526 campanha semelhante começa na Espanha. Erasmo escreve aos amigos da Espanha — entre os quais, com quase plena certeza, se incluem Francisco e seu irmão Diego de Vitória — pedindo a ele que intervenha em favor dele na Espanha e que o faça também junto a Noel Beda. Em 1527, a Sorbonne condena as proposições que Beda dizia ter extraído da obra de Erasmo. Na Espanha reúne-se a comissão de investigação em Valladolid, contando com a participação de vinte e um teólogos, entre os quais Francisco. Os partidários de Erasmo eram maioria. Nenhuma decisão foi tomada, pois no curso das discussões, os trabalhos tiveram que ser adiados em virtude da peste que assolava o país, e jamais foram retomados.

As relações entre Erasmo e Francisco refletem as semelhanças e diferenças desses dois homens. Erasmo é o príncipe dos humanistas no campo da crítica e da literatura enquanto Francisco o é no campo da Teologia renascentista. Erasmo tornou mais fecundo o humanismo e estendeu sua influência além do campo literário. Francisco abriu novos e mais amplos horizontes para o estudo e desenvolvimento da Teologia. Erasmo é figura admirável, por seu valor pessoal, pela sua extraordinária capacidade de trabalho e pelo renome mundial que atingiu ainda em vida. Francisco, mais disciplinado, menos inquieto, mas com espírito

igualmente aberto, realizou obra de educação acadêmica que serve de base ao renascimento teológico do século XVI.

Além da atuação na comissão de Valladolid, da atividade como professor e dos estudos Francisco foi, em diversas ocasiões, consultado pelo Imperador Carlos V que a ele submetia casos de consciência e outras questões de natureza delicada. Dessa forma, foi Francisco chamado a dar sua opinião sobre o valor dos argumentos que o Rei Henrique VIII invocava visando obter a anulação de seu casamento com Catarina de Aragão, tia do monarca espanhol. A preleção **De matrimonio**, publicada nas **Relectiones** encerra episódio concernente a essa causa histórica.

No decorrer da década de 30 Francisco examina os direitos que os espanhóis podiam invocar para justificar a denominação do Novo Mundo, nas famosas preleções **De Indis** e **De jure belli Hispanerum in barbares**. Em anos posteriores, principalmente 1539 e 1541, Carlos V consulta Francisco a respeito de diversas questões referentes ao Novo Mundo, especialmente no que se referia à conquista e evangelização da América.

Grande ressonância no campo doutrinal tiveram as idéias de Francisco a respeito da forma e condições a que deveria estar submetida a conquista e colonização da América (9). As idéias do grande teólogo aparecem pela primeira vez na **relectio De temperantia**, sendo posteriormente desenvolvidas nas duas **relectiones De Indis**. O Imperador ouvindo falar a respeito dos estudantes de Vitória nesse campo, dirige-se por carta a ele, manifestando o interesse pela questão. Poucos anos depois das **relectiones De Indis** serem promulgadas as **Nuevas leyes de Indias**, sobre as quais, ao menos indiretamente, influiu Francisco.

As **relectiones De Indis** datam de 1538/39, anos especialmente fecundos para Francisco, mas, nos quais, o excesso de trabalho atingiu-lhe duramente a saúde. Nos dois anos seguintes continua presidindo regularmente sua cátedra mas com muita dificuldade: «Sus mercedes dijeron e mandaron que, atento quel maestro frey Francisco de Vitória esta enfermo e no puede leer, e por aprovechar veces se esfuerza a leer, que no se le multe aunque no de su releccion» (10). Dois anos mais tarde, apesar das crescentes dificuldades com a saúde, Francisco continuava sua atividade como mestre: «Llegó a tanto extremo el amor que tenía a sus discípulos y el deseo grande de que aprovechasen, que quando ya estaba de todo punto impedido, tullido y manco y sin poder manearse y cercado de gravísimos dolores, se hacía llevar a la Universidad en una silla, donde era recibido como padre y maestro, mirado y reverenciado como oráculo» (11).

(9) Pe. BELTRÁN, op. cit., Cap. VIII-Vitoria y Carlos V, pp. 115-140.

(10) «En el curso de 1540-41 tuvo solamente treco lecciones, y eso haciendo más de lo que podía. Así lo reconoce el claustro de diputados de primero de mayo. «Pe. Beltrán, op. cit., Cap. IX, p. 141.

(11) ARAYA, Pe. J. de, **Historiadores del convento de San Ssteban de Salamanca**, I, 516, cit. pelo Pe. BELTRÁN, op. cit., pp. 141/142.

Em 1544 Francisco vítima de gota, escreve ao Príncipe Don Felipe, «he estado seis meses como crucificado en una cama». Nesse mesmo ano chega mensagem do Papa Paulo III à Universidade de Salamanca pedindo que o Sumo Pontífice fosse Vitória, **de cujos singulari doctrina celebris apud nos fama personat**, enviado a Roma para participar dos trabalhos conciliares. Escreve a Francisco também o Imperador, convidando-o a participar do Concílio de Trento, mas Vitória responde que estava «más para caminar para el otro mundo que para ninguna parte de este».

A 12-08-1546, por volta da hora décima, **non sine magna tristitia omnium**, terminava sua carreira mortal o «varón eximio, divino, incomparable, esplendor del Instituto dominicano, ornamento de la Teología y ejemplar de religiosos observantes» na frase do humanista Matamoros. (12)

«Fué muy observante y muy religioso, dotado de notable y heroicas virtudes, porque era grande su humildad, su mansedumbre, su capacidad de condición y el sosiego y serenidad de su conciencia». (13)

III

Francisco de Vitória não nos deixou todas as suas obras. (14) As **Relectiones Theologicas XII** foram editadas a partir de texto estabelecido mediante confrontação de manuscritos, notas tomadas por seus discípulos, ditadas pelo mestre, ou senão ditadas, pelo menos expondo os argumentos e refutações em velocidade que permitisse aos alunos tomá-los por escrito, por extenso. Daí vem o título da própria obra.

Relectio, na Universidade de Salamanca era uma espécie de exercício teológico, normalmente denominada, na maioria das Universidades medievais, **quodlibeticae questiones**. As matérias eram apresentadas e discutidas nas preleções diárias, no curso do ano e as **relectiones** eram depois novamente apresentadas ao fim do ano, pelo mesmo doutor, em uma sessão pública aos mais cultos, sendo novamente discutidas e recebendo os toques finais. Na primeira ocasião o assunto era apresentado com mais vagar, entremeado de explicações e comentários que facilitassem o entendimento e permitissem fossem escritas. Na sessão final, ocorria sobretudo apresentação das conclusões, tendo sido a **relectio** discutida e aperfeiçoada pelo autor que, nessa ocasião — embora os mestres freqüentemente não as escrevessem por completo — esforçava-se para lhe dar forma definitiva. E, como conclui o prefaciador da edição de Ingolstadt (1580): «Et quoniam hic auctor illius memoriae theologorum maxime apud Hispanos princeps citra contro-

(12) Apd Pe. BELTRAN, op. cit., p. 144.

(13) Pe. FERNANDEZ, **Historiadores**, I, 246/247, cit. pelo Pe. BELTRAN, op. cit., p. 148.

(14) «Estos son los escolios de mi sapientissimo maestro Francisco de Vitoria, que brilla y resplandece entre los de sua profesión como el dorado Sol entre los demás astros.» Francisco Trigo — discípulo de FV que organizou o texto da edição das «lecturas sobre la **Secunda secundae**».

versiam fuit, intellegis quaecumque in his Relectionibus disputando constituta sunt, ea onnia doctissimi theologi indicio esse tanquam peritissimi aurificis statera examinata et ponderata et idcirco multo solidiora et firmiora his indicari debere, quae ab huius memoriae aerecicis, hominibus videlicet doctrina et indicie carentibus, levi brachio disputantur.» (15)

O elogio a Francisco procura justificar, lembrando os grandes méritos do autor, o fato de serem impressas várias vezes, doze de suas **relectiones** — evento pouco freqüente na história da Universidade de Salamanca. De outros catedráticos e licenciados muito escassas — e geralmente de exíguo interesse e importância — são as relectiones que se conservaram.

Francisco era antes de tudo um teólogo (16) e portanto das **Relectiones Theologicae XII**, duas são as que têm interesse direto para o Direito Internacional: a quinta e a sexta relectiones — **De Indis Recenter Inventis, Relectio Prior e De Indis, sive de Iure Belli Hispanerum in Barbaros, Relectio Posterior**. O autor, contudo, nas outras relectiones não deixa de abordar também assuntos referentes a Política e Direito Internacional.

Francisco explicou o modo pelo qual entendeu sua tarefa ao ocupar-se de problemas jurídicos. Ele afirma que os encargos do teólogo se estendem a tal ponto que nenhum argumento, nenhuma controvérsia estão fora do campo de ação da Teologia. Especialmente no que se refere aos direitos das populações bárbaras, ele afirma que é preciso discutir tais assuntos uma vez que até lá nenhuma solução a eles tinha sido dada. Lembra também Francisco, que a questão dos índices é questão que transcende o campo das leis humanas: «Et cum agatur de foro conscientiae, hec spectat ad sacerdotes, id est, ad Ecclesiam, diffinire.» (17)

As duas **relectiones** que aqui nos interessam são consagradas ao exame dos títulos que os espanhóis poderiam invocar para justificar a dominação do Novo Mundo.

(15) «Quidam ex Ingolstadianis S. S. Theologiae Doctoribus Christiano Lectori Salutem» — Prefácio à 3ª edição das **Relectiones Theologicae XII** de Francisco de Vitória, Ingolstadt, editada por «um dos Doutores de Teologia Sacra de Ingolstadt», 1580, — as páginas onde está impresso o prefácio não tem numeração. O prefácio foi reimpresso na edição Simon de 1696, da qual consultei cópia.

(16) «Toda a Espanha muito deve a este excelente homem, pois, tendo muitos outros méritos, realizou sua maior façanha no campo da Teologia, que, entre os espanhóis, achava-se em confusão, coberta de pó, e mesmo de lama, rota e andrajosa, muda e quase sem língua, reconduzida, por seu esforço solitário, à clareza, ao esplendor, e à sua beleza natural, à pureza e dignidade, encanto, graça e solidez, como se por virtude de tardio poslimínio. Em testemunho de tal verdade estão não somente as **centuriae**, mas também as **ilfadas** de seus discípulos, que sua escola semeou em todas as direções» — De uma carta de Alonso Muñoz (responsável pela segunda edição das **Relectiones** de Francisco de Vitória) a S.M. Sereníssima Rei Carlos de Espanha.

(17) VITÓRIA, Francisco de, **Relectiones Theologicae XII** — Relectio V, De Indis.

Na primeira delas, Francisco anuncia, ao início da *Relectie*, que tratará de três questões: «In prima tractabitur, que iure venerint in dicionem Hispanorum. In secunda, quid possint Hispaniarum principes erga illes in temporalibus et in civilibus. In tertia, quid possint vel ipsivel Ecclesia erga illos in spiritualibus et in spectantibus ad religionem, ubi respondebitur ad quaestionem propositam.»

Estuda Francisco sete títulos que se alegam legítimos — sem que eles o sejam — para justificar a conquista e a seguir sete títulos idôneos ou legítimos e um oitavo, tido como duvidoso.

Os títulos não legítimos:

1. «O Imperador é o dono do mundo e, por conseguinte, pode apoderar-se das Índias.» É falsa a premissa.
2. «O Papa é o Senhor do mundo e pode delegar ao Imperador poderes para que torne efetivo o domínio.» Também é falsa.
3. «O descobrimento dá aos espanhóis direito de se apropriarem daquelas terras» ao que responde Francisco: *Sicut si ipsi invenissent nos.*
4. «Porque opõem resistência a admitir a fé.» Esta não pode ser imposta pela violência. ⁽¹⁸⁾
5. «Porque cometem pecados contra a natureza.» Também se cometem pecados na França e na Espanha e a ninguém ocorreu a idéia de por isso termos direito de nos guerrearmos e conquistarmos.
6. «Por eleição voluntária.» O que resulta do **Requerimentos** não sói ser livre.
7. «Por concessão especial do Senhor, como o fez em relação a povos pagãos dando direito ao de Israel de conquistá-los.» Não consta que tal concessão tenha sido feita aos espanhóis.

Títulos legítimos:

1. *Ratione naturalis societatis et communicationis hispani habent jus peregrinandi et ibi pacifice nanendi*; e se impedidos podem forçar e reconhecimento pela força. ⁽¹⁹⁾
2. *Jus praedicandi evangelium*, que por ser divino também se lhes pode pela força obrigar a reconhecer, amparando os missionários. ⁽²⁰⁾
3. Por direito e dever de amparar os convertidos, se os príncipes os molestem, pelo fato de se terem convertido. ⁽²¹⁾

(18) Vitória condena as guerras de religião. Em outra passagem, afirma textualmente: *Causa justi belli non est diversitas religionis.*

(19) Como decorrência do *jus communications.*

(20) Ligando-se este título à peculiar concepção de Francisco do «comércio internacional».

(21) A reparação de direito violado (ou a punição de abuso grave) é — segundo Francisco — a única causa justa para uma guerra.

4. Tendo-se convertido bom número dentre eles, o Papa, havendo justa causa, pode subtraí-los ao domínio dos príncipes infieis.
5. Por leis tirânicas, que atinjam inocentes, como os sacrifícios
6. Por livre eleição dos próprios povos. (22)
7. Por conquista legítima, atuando os espanhóis como aliados de outros povos que a eles tenham pedido ajuda para se defenderem de inimigos.
8. (dubius) Se são incapazes de se autogovernarem, como dizem alguns.

Na segunda **relectio** o último item reúne os principais assuntos e dá as conclusões do autor: «Ex his omnibus possunt componi pauci canones et regulas belligerandi.

Primus canon: Supposito quod princeps habet auctoritatem gerendi bellum, primum omnium debet non quaerere occasiones et causas belli, sed, fieri potest, cum omnibus hominibus pacem haberé, ut Paulus praecept (Ad Rom, (12)). Debet autem recogitare quos alii sunt proximi, quos tenemur diligere sicut nos ipsos, et quod habemus omnes unum communem Dominum, ante cuius tribunal tenemur rationem reddere. Est enim ultimae immanitatis causas quaerere et gaudere quod sint ad interficiendum et perdendum homines, quos Deus creavit et pro quibus Christus mortuus est. Sed coactum et invitum venire oportet ad necessitatem belli.

Secundus canon: Conflate iam ex iustis causis bello, oportet illud genere non ad perniciem gentis, contra quam bellandum est, ad consecutionem iuris sui et defensionem patriae et Reipublicae suae, et ut ex ille bello pax aliquando et securitas consequatur.

Tertius canon: Parta victoria et confecte bello, oportet moderare et cum modestia christiana victoria ubi et oportet victorem existimare se indicem sedere inter duas Republicas — alteram, quae laesa est, alteram, quae iniuriam fecit — ut, non tanquam accusater, sed tanquam index, sententiam ferat, qua satisfieri quidem possit Reipublicae laesae, sed quantum fieri poterit, cum minima calamitate et male Reipublicae nocentis, castigatis nocentibus quantum licuerit; et maxime quia, ut plurimum, inter Chirtianos tota culpa est penes principes, nam subditi bona fide pre principibus pugnant, et est periniquum, quod poeta ait, ut,

«quidquid delirant reges, plectantur achi».

Alguns aspectos são verdadeiramente notáveis. Apresentando — na **Relectio De Indis** — os títulos não legítimos e suas refutações, como preliminar à apresentação dos títulos legítimos e seus fundamentos — seguindo o tradicional método de discussão e demonstração da filosofia

(22) Vale frisar o aspecto «livre» — livre eleição insiste Francisco, pois, «a violência não cria direitos».

escolástica — aparecem detalhes de sua doutrina, idéias que ultrapassam o século. Aparecem diante de nós princípios «duplamente notáveis»: pela humanidade e pela universalidade. (23) Francisco na **De jure belli** bem como na **De Indis** nos impressiona.

Aspecto novo do pensamento vitoriano é a preocupação humanitária, que transparece dos tratados escritos no século XVI e nos séculos seguintes, opondo-se ao espírito vigorante na Idade Média, no campo das guerras, segundo o qual, dever-se-ia fazer tanto mal quanto possível aos inimigos, matando, torturando, massacrando, violando, destruindo, queimando, roubando, traindo a palavra empenhada, apesar dos esforços da Igreja em humanizar a guerra. Francisco adota posição totalmente diferente. A guerra deve ser praticada como mal necessário para reparar injúria grave, mas visando ao restabelecimento da paz e praticando o menor mal possível, evitando dano desnecessário ou que ultrapasse os limites do estritamente indispensável: «finis est pax et securitas. Erge gerenti bellum iustum licent omnia, quae necessaria sunt ad consequendam pacem et securitatem» IV, 431.18. quarta prepositie). Francisco apresenta princípio ao qual deveríamos prestar mais atenção na época contemporânea: quando os danos que podem decorrer de um ataque atingindo inocentes — ou, como coloca La Pradelle: «les innocents, ...jállais dire la population civile» — possam ser muito superiores de que a vantagem militar que daí se poderia obter, é preciso, pura e simplesmente, abster-se de fazer o ataque. (24)

Francisco insiste: a única justa causa para uma guerra é a violação de um direito, **injuria accepta** —

«Nec est justa causa belli aut gloria propria aut aliud commodum principis. Haec etiam nota est. Nam princeps debet et bellum et pacem ordinare ad bonum commune Republicae nec publicus redditus pro propria gloria aut commode erogare, et multo minus cives suos periculis exponere.» (VI, 428.12)

Como regra geral, propõe Francisco: in dubiis tutior sequenda est pars» (VI, 442.31. quinta propositio).

Os **tres canones belli gerendi** apresentam todo o conteúdo de **De jure belli**. O beligerante não deve se considerar como tendo direito de usar sem discernimento a força que tem em suas mãos. A punição deve ser proporcional ao delito cometido: «Opertet erge ut mensure delicti sit plagarum medus, nec ultra pregrediatur vindicta» (VI, 457.48. quarta prepositie). E adiante, 460.51., acrescenta: «Qued tamen limitat Sylvester, et bene, queusque secundum aequitatem sit sufficienter satisfactun de danne et iniuria.»

Para Francisco, o direito da guerra é uma aplicação do direito de punir. Ele retoma a teoria clássica: justa causa, poder legítimo, reta intenção. Atualmente, os especialistas do Direito Internacional, em sua

(23) BARTHÉLEMY, J., **Francisco de Vitória**, in *Les Fondateurs du Droit International*, par A. Pillet et alii, op. cit., p. 34.

(24) LA PRADELLE, A. de, *Maitres et Doctrines du Droit des Gens*, op. cit., p. 48.

maioria, negligenciam a questão da justiça ou injustiça das guerras. É — como lembra Barthélemy — «um triste resultado da especialização do Direito Internacional» (25). O *De jure belli* não é exatamente um tratado de Direito Internacional sobre a guerra, com os desdobramentos que compoorta esse assunto. É uma preleção de um professor de Teologia que dá a seus alunos um resumo das soluções mais justas de problemas essenciais que decorrem do emprego da força entre as nações. Nesse âmbito, a questão da justiça de uma guerra era importante não apenas em si, mas também porque todos os direitos do beligerante decorrem do fato que ele representava a justiça desrespeitada.

Francisco afirma o dever do príncipe, de ordenar tanto a paz como a guerra, no sentido do bem comum do Estado. O príncipe que recebeu a autoridade do Estado, deve sempre utilizá-la para o bem dele. E, no desempenho de seu encargo o príncipe deve estar atento à sua consciência e seguir-lhe os ditames.

A consciência representa papel de grande relevância. A esfera da consciência não fica fora da guerra. Estando em dúvida sobre a justiça de guerra que vai empenhar, tem o príncipe o dever de consultar teólogos sábios para com eles se aconselhar:

«Ad hec enim, ut actus sit bonus, oportet, si alius non est certum, ut fiat secundum definitionem et determinationem sapientis» (I.I.308)

Estando o soldado convencido de que não é justa a guerra que se vai travar, deve ele recusar-se a combater, mesmo contra ordem expressa do príncipe:

«Si subtile constet de iniustitia belli, nem licet ei militare etiamsi princeps imperet.»

Tanto o príncipe como o soldado, estando em dúvida devem confiar seus cuidados ao sacerdote: «Deus deu a liberdade a todos os homens; entretanto eles devem ouvir o que dizem os padres cristãos». (26) «Tenetur enim credere in his, quae spectante ad salutem, his, quae Ecclesia posuit ad docendum, et in re dubia arbitrium illorum est lex.» (27)

Da *Relectio De Indis* vale destacar alguns aspectos — já rapidamente apresentados, ao fazer a resenha dos títulos legítimos e não legítimos.

Francisco não admite a diversidade de religiões como motivo de guerra. Ele condena as guerras de religião: «Causa justae belli non est diversitas religionis.» (28)

Recusando esse e outros títulos que eram invocados para justificar as guerras contra os índios e a ocupação de terras, Francisco, em noção

(25) Op. cit., p. 26.

(26) NYS, Ernest, *Introduction* — op. cit., p. 37: «Dieu a donné la liberté à tous les hommes; cependant ils doivent écouter ce que disent les prêtres chrétiens.»

(27) VITÓRIA, Francisco de, *Relectio De Indis*, I. I. 309.

(28) Vide também: *Relectio De Indis*, 361/362.

verdadeiramente pessoal e original, coloca o «*jus communicationis*» como direito essencial. De uma primeira comunidade única que se foi dividindo através dos tempos, permanece sempre, para todos os homens, a prerrogativa de ir e vir por todo o mundo. É um direito que pertence naturalmente aos homens, do qual eles eram titulares antes da formação das soberanias particulares, dos reinos, principados, etc. E esse direito sobrevive à criação dessas soberanias. Uma espécie de comunidade geral dos homens faz com que subsista o **jus communicationis** entre os homens. Francisco insiste a respeito da interdependência dos estados. Segundo ele, existe uma **societas naturalis** das nações. Mas, ao mesmo tempo em que insiste sobre a interdependência, Francisco é o primeiro a formular a **soberania nacional**. (29)

O **jus communicationis** não se limita a simples direito de passagem; inclui também o direito de comercializar e o direito de pregar, **jus praedicandi evangelium** — direitos que devem valer entre todos os países, seja entre países europeus, seja entre europeus e americanos, no caso os indígenas. Francisco apresenta concepção toda especial do «comércio internacional», que além de mercadorias, também se estende ao intercâmbio de idéias.

IV

Francisco de Vitória traz a marca de pensador original — a marca de gênio. Gênio que mergulhou na sabedoria antiga e na do seu tempo, conseguindo sólida e vasta formação e partindo de diuturno contato com os predecessores, somado a vigorosa e penetrante inteligência, transcendendo seu tempo e seu meio.

Sem exagerar o alcance de suas conclusões, é possível afirmar que o **jus inter omnes gentes** de Vitória é o ancestral direto do Direito Internacional moderno. Das obras de Francisco de Vitória surge o direito das gentes, definido como sendo o Direito Internacional.

Com Francisco de Vitória, o Direito Internacional torna-se o que ele deveria ser. Vemos a concepção do mundo mais geral, mais elevada e mais humana expressa com a mais completa independência de pensamento. Em suas obras o Direito Internacional ainda não tem forma independente; ainda não está separado da moral. Mas Vitória não fala como jurista. Ele fala como teólogo. E, como teólogo, não esconde certo desprezo pela classe dos juristas profissionais. Mas Vitória, como teólogo e enquanto teólogo — «*Sacrae theologiae restauraber cui debent Hispaniae quod veram theologiam decuerit.*» (30) — soube criar a concepção de Direito Internacional que os sucessores não puderam ignorar. É em Vitória e nos canonistas que vamos encontrar princípios do Direito público moderno que outros fazem remontar a Grotius e alguns até Pufendorf. Mas é na tradição de São Paulo, São João Crisóstomo, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino que vamos encontrá-los — e nada nos resta, além do estupor somado à admiração. O primeiro, ao

(29) BARTHÉLEMY, J., op. cit., p. 34.

(30) MELCHIOR CANO, *De locis theologicis libri dodecim*.

pensarmos como foi possível esquecer o que esses homens disseram e, admiremo-nos, levar quinze, dezesseis ou mesmo dezessete séculos para redescobrir o que com pureza e concisão cristalinas já tinha por eles sido afirmado. O Direito Internacional romo nós o encontramos nos canonistas e em Francisco de Vitória é puramente humano. Foi Bossuet quem inventou o direito divino dos reis. Francisco de Vitória, esse dominicano genial, «esplendor da Ordem de São Domingos, honra o ornamento da Teologia, modelo da religião antiga» (31), soube estruturar o Direito Internacional sobre bases profundas e puras perpassadas, penetradas, dominadas pelo mais legítimo, pelo mais católico (em grego *Katolikos universal*) ideal. Espanhol súdito de Carlos V — e Imperador em cujo Império o sol nunca se punha — soube servir o rei sem bajulá-lo, mostrando-lhe com coragem e firmeza os erros cometidos e o caminho a seguir. Dominicano, que ilustrou a fidelidade ao Papa e à Santa Igreja Católica, que honra a Ordem de São Domingos, soube refutar com isenção argumentos infundados colocando a primazia do espiritual em bases equitativas, e que sem exigir tratamento diferenciado, não transige com erro, mas dá testemunho da Verdade, Verdade eterna e imutável, que transcende o mundo dos homens.

Bibliografia

I. Obras de Francisco de Vitória.

I.I. *De Indis et De Iure Belli Relectiones* (being parts of *Relectiones Theologicae XII*), edited by Ernest Nys, with a Preface by James Brown Scott, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1917, 475 pp (coleção: *The Classics of International Law*, edited by James Brown Scott)

Este volume contém Introdução de Ernest Nys (seguida por tradução da Introdução, trad. John Pawley Bate), original latino das *Relectiones V e VI*, precedido pela Introdução da edição de 1580, revisto e acompanhado de prefácio, lista de errata e índice de autores citados por Herbert Francis Wright, tradução do texto latino por John Pawley Bate e reprodução fotográfica da edição Simon de 1696.

I.II. *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, introduction e notes par Maurice Barbier, o. p., Genève, Librairie Droz, 1966, XCVI+161 pp (coleção: *Classiques de la Pensée politique*).

I.III. *Relectio de Indis* — o *Libertad de los Indios*, edición crítica bilingüe por L. Pereña, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967, CXCVII+239 pp (*Corpus Hispanorum de Pace*).

II. Outras obras.

II.I. BELTRAN, R. Pe. Vicente . . . de Heredia, *Francisco de Vitória* (con 14 laminas), Barcelona Madrid, Editorial Labor SA, 1939, 195 + XIV pp (Colección *Pro Ecclesia et Patria*).

II.II. PILLET, A. (coordenador), *Les Fondateurs du Droit International* — leurs doctrines, avec une Introduction de A. Pillet, Paris, V. Giard & Brière, 1904, XXXI + 691 pp.

II.III. LA PRADELLE, A. de, *Maîtres et Doctrines du Droit des Gens*, Paris, Les Éditions Inter-nationales, 2e. édition, 1950, 442 pp.

II.IV. HERNANDEZ, Ramón, *Un español en la ONU* — Francisco de Vitória, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1977, VIII+238 p. — obra mais recente e bastante completa, analisando vida e obra do pensador, idealizador da organização internacional que honra o legado vitoriano.

(31) Alfonso García Matamoros.

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

Discurso do Professor Doutor Celso Neves, Professor Emérito pela Congregação desta Faculdade

Meus Senhores e Minhas Senhoras

Recebo, neste momento, o título de Professor Emérito que a douta Congregação houve por bem conferir-me, restituindo-me a honra de nela permanecer, não obstante a jubilação a que o tempo — esse implacável seguidor de nossos passos — acabou por reduzir-me. Mais de três lustros são decorridos, desde aquel'outro momento em que, com pompa e circunstância, nesta mesma sala, intentei e consegui revestir-me das dignidades plenas do magistério, como Titular de Direito Processual Civil, na vaga aberta com a aposentadoria desse eminente Mestre e querido amigo que é **Luiz Eulálio de Bueno Vidigal**. Isso depois de haver exercido, durante cerca de treze anos, a livre docência dessa disciplina, instando que fora ao primeiro concurso por esse outro querido amigo e Mestre que é **Alfredo Buzaid**.

Nesses treze anos em que, como livre docente, regi cursos nesta Faculdade — disse-o, ao assumir a titularidade — procurei cumprir, com a maior gravidade e exação, os meus deveres de professor, agravados pelas tradições da Cadeira, ilustrada por nomes que perfazem uma vigilância conspícua, digna das melhores tradições de cultura desta Faculdade. Como titular, aceitei o desafio imposto aos que ascendem à Congregação, de velar pelo patrimônio cultural que nos legaram as gerações passadas, cuidando em que nos engastes não desfigurassem a obra, feita ao longo do tempo. E foi revestido dessa preocupação que cumpri esse meu itinerário, ao sabor das emoções que o cotidiano da Academia impõe a quem tenha o sentido da sua grandeza e a importância da sua missão.

Fui assim caminhando, dominado pelo carisma do magistério que me repusera, atavicamente, na linha de três gerações de educadores, desde que meu avô materno — constituinte paulista de 1891 — foi professor da velha Escola Normal da Praça da República, ao tempo de Caetano de Campos, continuada na vocação de minha mãe que, ali formada, terminou suas atividades no ensino como diretora do Colégio Batista Brasileiro, nascido na então Praça dos Guaianazes, hoje Princesa Isabel, com o nome de Colégio Progresso Brasileiro, onde tive o meu primeiro contato com a escola, quando os Campos Elíseos constituíam a cidadela domiciliar da tradicional burguesia de São Paulo.

Mas, nestes últimos trinta anos, muita coisa mudou e, hoje, já não vemos o mundo como o víamos à época em que para aqui voltei, após o concurso à cátedra em que me fiz livre docente. Àquele tempo,

nos limites deste Ministério, as regras da Ordem eram rigorosamente obedecidas e os noviços tinham consciência do próprio noviciado, observando a disciplina austera que vinha da Congregação, a partir do **prior in tempus** que dominava a cortesia entre os Professores, acentuando-lhes os privilégios de uma fidalguia cultural que o saber justificava. Ainda temos as precedências na doutoral e convinha que se reavivassem as distinções menores, com que tal hierarquia se manifestava, sem embargo do ímpeto para as parificações que o momento atual revela, a despeito da escala de valores fundamentais estabelecida ao longo da experiência histórica, pela qual se há de medir o significado de cada um de nós, e de todos, na obra comum de construir o destino do homem, no mundo que nos foi reservado.

Nesse plano, a disciplina do poder político há de obedecer a lei da crescente integração social, mediante a redução do **quantum** despótico a níveis que permitam o exercício da liberdade, em termos de maior igualdade.

Os Mestres desta Casa sabem disso e asseguram, com sua atuação no ensino e na prática das virtudes cívicas, o patrimônio cultural que, nesse sentido, tanto a nobilita, realizando um trânsito de prestígio, de geração a geração, com que se mantém aceso o lume dessa sua extraordinária vocação. Foi-me sumamente honroso estar entre eles — o menor de todos — nas prédicas diuturnas destas velhas arcadas conventuais, aprendendo com eles preciosas lições de ciência e vida, testemunhando-lhes o saber e o amor a esta Faculdade, no desfiar contínuo de seus rosários de sonho.

A muitos deles liguei-me mais profundamente, por laços de amizade e apreço. Alguns já partiram e deles guardo recordações que povoam de sombra e luz a minha saudade. Tantos ainda aqui estão, alguns chegados antes de mim, outros depois. Por todos me regozijo, pela nobreza da missão que se impuseram e pelas suas vitórias. A alguns mais agradeço, pela lembrança amiga que se constituiu na razão generosa desta solenidade. A um deles — especialmente quando a todos representa — devo agora mencionar: **Silvio Rodrigues**, meu bom e querido amigo, colega de Turma de 39, hoje Decano, que em nome da Congregação, com o seu verbo encantado e transbordante de prodigalidade afetiva — numa hora que marca um dos instantes mais expressivos de minha vida de Professor — ainda uma vez me confere a honra de tão bela e comovente saudação.

* * * * *

Durante o meu magistério, o mais que pude foi ser assíduo às aulas e não faltar ao preparo de minhas lições. Sem cortejá-los, assim respeitei os meus discípulos que, mercê de Deus, nunca me faltaram com o seu apreço. Tive mesmo a ventura de fazer, entre eles, muitos e bons amigos que me sensibilizam e distinguem com a sua simpatia. Essa a sementeira de que fui capaz, sem maiores predicados mas cuidadosa, no empenho que sempre pus, em fazer com que os alunos realmente fossem estudantes, levando-os à prática das reflexões pró-



PROFESSOR DOUTOR CELSO NEVES

prias, para a formação das próprias convicções. Foi com eles que, desse modo, no ano letivo de 1963, procedi à reelaboração do conceito de **competência**, num exercício de crítica construtiva em que o raciocínio indutivo permitiu, a partir de dados da realidade processual, extremá-lo da noção afim, porém diversa, de **jurisdição**, dando-lhe um sentido qualitativo, para afirmá-la, **subjctivamente**, como o atributo de capacidade para o exercício da jurisdição, decorrente de investidura legítima. **Objetivamente**, vimo-la como a relação necessária, de adequação legítima, entre o processo e o órgão jurisdicional. Nem **medida**, nem **porção** da jurisdição, como, quantitativamente, se dizia.

Mais tarde, a partir da nova classificação das ações, intentada na Aula Magna de 1975, e com o desenvolvimento dado ao assunto no curso de pós-graduação, essas posições sofreram pequenas mas significativas modificações, substituindo-se, no conceito, o vocábulo **jurisdição** pela locução **tutela jurídica processual**, de melhor sentido e mais abrangência. Essa — a **tutela jurídica processual** — toma, assim, o posto que sempre se reservou à **jurisdição** que, elementarmente, nela se contém, entre as demais atribuições do Poder Judiciário que não se restringe, apenas, a **dizer o direito**, mas pode **satisfazer**, executoriamente, em segurança de prova ou de pretensão, e participar do aperfeiçoamento de negócios jurídicos que versem sobre direitos indisponíveis. A partir daí, não só o conceito de coisa julgada tinha o seu posto, no plano estritamente **jurisdicional**, como pudemos distinguir, na relação jurídica processual, atividades de natureza variada, todas vinculadas ao princípio dispositivo e ao imperativo da congruência entre o pedido e a tutela.

Nessa rápida pontuação, em que está o sentido de meu magistério, nesta Faculdade, percebe-se o pouco que fiz. Mas esse pouco foi feito de bom ânimo e melhor tenção — sob o pressuposto de que nada há que se possa impor, **ratione auctoritatis**, mas sempre há lugar para o convencimento, **auctoritate rationis** — à linha de um preceito que lá está, no livro do **Eclesiastes**:

«Tudo que te vier às mãos para fazer — diz o texto do **Velho Testamento** — faze-o conforme as tuas forças.» (9:10)

O que aqui me foi posto às mãos para fazer, sempre o fiz conforme as minhas forças, com o maior empenho e a melhor dedicação, fiel a esse postulado ético da Antiga Aliança que me tem servido de norte, assim nas graves como nas singelas nunciaturas. Mais do que segundo as minhas forças, o que aqui fiz, fi-lo com amor, para velamento do que esta Casa representa, para a nossa terra e para a nossa gente.

Disso dei testemunho, ao empossar-me no cargo de Professor Titular, ao referir que, tocado pelo encanto das tradições desta Faculdade — desde que aqui concluí o bacharelado — mantivera

«a candeia sobre o velador, na esperança de um dia formar na doutoral, para ser um dentre os eleitos — embora o menor deles — que, dia a dia, aqui realizam o milagre da

eucaristia, em nome daquele mesmo ideal que transformou a tranqüila São Paulo nos Campos de Piratininga na bulhosa sede de um dos cursos jurídicos que primeiro se instalaram no Brasil.»

Ao completar-se o século e meio de sua existência, foi-me grato recordar o seu passado e confessar:

««Quando penso na magia da nossa Faculdade e procuro explicar o seu feitiço, percebo, apenas, o encantamento que a nós todos nos envolve, sem alcançar o sortilégio que nos impõe emoções coincidentes de liberdade, de reverência e apreço, de ternura e amor. Tudo isso perfaz o espírito das Arcadas, desde que o primeiro estudante por ali perambulou, sonhando sonhos de audácia e heroísmo, próprios dos tempos que então corriam. Tudo isso o transcorrer dos tempos fez mais denso, ao sabor das tradições que ali se foram acumulando. Tudo isso é a soma das vidas que ali foram sendo vividas, é a multiplicação das glórias que ali se acumularam, alicerçando as bases da nossa cultura, armando a estrutura do nosso civismo, formando, assim, os nossos anseios de liberdade. Tudo isso é a história da nossa história, somos nós, o povo deste país imenso, em busca do seu futuro, a alma de uma nação, voltada... para(a) afirmação de sua autenticidade. Tudo isso é o espírito da Academia, a explicar-se, por si mesmo, sem nenhum sortilégio, e a impor-se pela realidade de sua própria eloquência.»

«O fascínio que a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco sempre exerceu sobre a mocidade de São Paulo e do Brasil explica-se... pelo que a classe dos advogados sempre significou para o nosso país, pontificando na jurisprudência, nas letras, nas artes, na política, nomes que, identificados em sua formação, integram a galeria dos heróis de nosso país, desde um Marquês de São Vicente a um Ramalho, a um Rui, a um Pedro Lessa, a um Mendes Junior, para não falar dos mais recentes.

Passam os tempos mas não passa o tempo transdimensional desse encantamento que domina a velha Faculdade e explica o seu fascínio, a marcar, permanentemente, o bater, compassado, de todos os corações que vivem a sua grandeza e aspiram o seu altíssimo senhorio.»

Durante a livre docência, observei com unção a disciplina do culto, «fui assíduo às orações matinais, fiel aos serviços vespertinos e constante nas celebrações a que a noite acrescentava o sabor das horas prolongadas.» Como titular, não descurei desses misteres em que pus ainda maior empenho, para não desmerecer as mais altas responsabilidades que então assumira.

A experiência demonstrou-me que a linguagem erudita e o pedantismo das questões propositadamente complexas, não se compadecem

com as exigências do ensino que reclama do professor uma linguagem simples, desataviada, em que a linha fundamental do assunto transpareça, clara e incisiva, da exposição, em termos que não levam às nuvens os circunstantes perplexos. Isso significa a necessidade de tornar singelas questões complexas e não expor complicadamente, temas de fácil apreensão, sem perder de rumo o sentido fundamental das lições e o endereço a que são destinadas. Todavia, o discurso há de ser escorreito, para habituar os alunos às exigências instrumentais da profissão que não prescindem do rigor dos conceitos e de sua adequada formulação, sem concessões à vulgaridade.

Assim procurei cumprir o meu dever, à linha preceitual da **Antiga Aliança**, «conforme as minhas forças».

Dizer, pois, que me apraz este momento, que me comove o seu sentido, talvez envolva alguma vaidade, a que, entretanto, não me furto, porque fazê-lo seria repudiar a aspiração que sempre alimentei, de ascender, aqui, à docência, seduzido que fora, como tantos outros — de maior porte e de melhor quilate — pela eminência austera e dignificante do magistério superior, nesta Faculdade.

* * * * *

Na vida de cada um de nós há o **ontem** e o **hoje**... o **aqui** e o **ali** — duas dimensões que se separaram quando o momento original cindiu-se em **tempo** e **lugar**, porque alguém se deu conta de que existia e estava. Ser e estar é ter consciência disso, no tempo e no espaço que são as dimensões necessárias da existência humana, em sua transitoriedade.

Ao sabor dessas circunstâncias, pressinto que a fugacidade deste momento divide o tempo entre passado e futuro, numa reafirmação, aqui, do nosso próprio destino. E é nessa reiteração de espaço e tempo que me apercebo de que é este o lugar... é esta a hora de inclinar-me, reconhecido, pelo privilégio que a Douta Congregação me concedeu de viver, aqui e agora, as emoções em que renasce o sentido de minha vida, para lembrar, na frase poética de **Fernando Pessoa**, que

«cada coisa a seu tempo tem seu tempo
não florescem no inverno os arvoredos»,

sem esquecer, todavia, que há sempre primaveras, para fazê-los reflorescer. E assim retomo o velho caminho,

«Caminho longo... batido,
Que vem ter aqui... agora,
...
Onde o vulto das Arcadas,
Marca em volumes de pedra,
Claros vazios abertos»,

por onde se alonga o sentido do que fomos, do que somos, do que seremos, todos nós, nos fastos desta Velha Academia do Largo de São Francisco...

RELAÇÃO DE FUNCIONARIOS DO ANO DE 1985

DIRETORIA

VICENTE MAROTTA RANGEL — Diretor
ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA — Vice-Diretor
EDEINER PEZZUOL — Secretário de Expediente

ASSISTENCIA ACADEMICA

ODILA REGINA INDOLFO — Assistente Técnico p/ Assuntos Acadêmicos

SECRETARIA DA REVISTA DA FACULDADE

ANTONIO AUGUSTO MACHADO DE CAMPOS NETO — Redator III
SILVIA REGINA FLORIDO — Oficial de Administração Geral

SERVIÇOS ACADEMICOS

DIRCE DE SOUZA MARTINS — Chefe Administrativo de Serviço
EDNA SETSUKO TSUTSUI — Supervisor de Setor
ELIANA ARAGAKI — Supervisor de Setor
CACILDA DE OLIVEIRA — Auxiliar de Administração Geral
DAMARIS GRIGORIO — Supervisor de Setor

SERVIÇO DE ALUNOS DE GRADUAÇÃO

ANA ELISA VIEIRA — Chefe Administrativo de Serviço
REGINA HELENA DA SILVA — Auxiliar de Administração Geral
ISABEL SILVA MACENA DE OLIVEIRA — Auxiliar de Administração Geral
JAILSON BISPO DOS SANTOS — Auxiliar de Administração Geral
MARCIA APARECIDA DE SOUZA — Oficial de Administração Geral
AUGUSTO DE FIGUEIREDO — Atendente de Classe
LUIZ ANTONIO JERONIMO — Atendente de Classe
MANOEL LUIZ GONÇALVES FILHO — Atendente de Classe
FREDERICO CONCEIÇÃO BAPTISTA — Atendente de Classe
ROBERTO DA SILVA — Atendente de Classe
JOSÉ DOMINGOS GANGI — Atendente de Classe
PRADAMANTE BACCELLI RONCATO — Auxiliar de Administração Geral
MADALENA LACRETA — Auxiliar de Administração Geral
SANDRA APARECIDA DA SILVA — Auxiliar de Administração Geral
TOBIAS AMANCIO SIQUEIRA — Atendente de Classe

SERVIÇO DE ALUNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

IOLANDA HYBALE GUIBO NAKASIMA — Chefe Administrativo de Serviço
MAGALI MANTOVAN — Oficial de Administração Geral
BERNADETH MUNIZ DUARTE — Auxiliar de Administração Geral
DORALICE ALVES DE ALMEIDA — Auxiliar de Administração Geral

SERVIÇO DE EXPEDIÇÃO DE DIPLOMAS E TÍTULOS

ODETTE BOTTINI — Chefe Administrativo de Serviço

WALDIR WILLIAM MERISCI — Auxiliar de Administração Geral

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL

ZULEIMA MACHADO DA SILVA NUNES — Secretário de Depto. de Ensino

DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL

MARIA APARECIDA DE SOUZA SIZILIO — Sec. de Depto. de Ensino

ELOIDE DE ARAÚJO — Oficial de Administração Geral

VERA ANA MARIA CENTIN CAFFARELLO — Bibliotecário

MAIRA CUNHA DE SOUZA — Auxiliar de Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

NEIDE FERREIRA LIMA — Sec. Departamento de Ensino

BEATRIZ DOS SANTOS — Auxiliar de Administração Geral

RENATA CELLI — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÓMICO FINANCEIRO

MARIA APARECIDA ROCHA HEINE — Sec. de Depto. de Ensino

ISABEL APARECIDA PALOMBA — Auxiliar de Administração Geral

GIACOMINA DEL VALLE PAZ FALDINI — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

LUCIA APARECIDA ALVES DE MENEZES — Sec. de Depto. de Ensino

DEANA ROSA ASSEF MATOS PIMENTA ARAÚJO — Bibliotecário

SILVIA MARA DE ANDRADE — Auxiliar de Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

MÁRIO PAULINO DA SILVA SOBRINHO — Sec. de Depto. de Ensino

ANTONIETA GIORDANO — Oficial de Administração Geral

DASY MARIA DE MOURA PRADO — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO

MARLI DE SOUZA SARTORELLI — Sec. de Depto. de Ensino

LEILA DE SOUZA — Auxiliar de Administração Geral

MARIA INÊS CARDOSO MAXIMO — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL

ROSANA MIDORI YACHIMORI — Sec. de Depto. de Ensino

MARIA HENEYDA MONTEIRO TORCHIA — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

FRANCISCO FRANCIMAR MARIANO DA SILVA BRITO — Sec. de Depto.
de Ensino

ELAINE TABORDA DE AVILA — Oficial de Administração Geral

YVONE BUENO DE BARROS — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE MEDICINA FORENSE

REGINA CÉLIA REIS MATTOS — Sec. de Departamento de Ensino

BIBLIOTECA CENTRAL

SARA CORREIA — Bibliotecário Chefe
WILMA APARECIDA BUFFONI LEITE — Bibliotecário
CHRISTIANE SANTOS ABREU — Bibliotecário
TERESA FERNANDES NAZARETH — Auxiliar de Bibliotecário
ALEXANDRE PANEQUINE NETO — Aux. de Bibliotecário
SANTINHA PIRS — Aux. de Bibliotecário
FRANCISCO CIZOMAR MARIANO DA SILVA — Oficial de Administração
Geral
MARELENE LOPES DE OLIVEIRA — Oficial de Administração Geral
ESTER MARIA DE SOUZA — Auxiliar de Administração Geral
LZABEL GONÇALVES JARDIM — Aux. de Administração Geral
LÚCIA BEATRIZ ROSA SANTANA — Aux. de Administração Geral

BIBLIOTECA CIRCULANTE

MARILENA PINHEIRO LOBO — Supervisor de Setor
MARIA THEREZA FUSCO AZZI — Bibliotecário
ANA RITA ALVES — Auxiliar de Bibliotecário
DALVA VEREMUNDO BIZERRA — Aux. de Bibliotecário
MARIA DAS GRAÇAS ALMEIDA SANTOS — Aux. de Bibliotecário
DINAH BARBOSA GRACIA — Auxiliar de Bibliotecário
JUREMA SILVEIRA ZANARDINI — Aux. de Bibliotecário
JOANA ALAIDE TEIXEIRA MARQUES LOPES — Aux. de Administração G.
MARIA DA PAIXÃO MARQUES DE QUEIROZ — Aux. de Administração G.
SANTINA LIBERATO BORGES BAPTISTA — Auxiliar de Administração G.

ASSISTENCIA FINANCEIRA

JOSÉ PIPINIS FILHO — Assistente Técnico p/ Assuntos Administrativos
VANDERLEI RIBEIRO — Chefe Administrativo de Serviço

SERVIÇO DE CONTABILIDADE

JACY VIEIRA PRADO GORI — Chefe Técnico de Serviço
IZABEL DE BRITO — Técnico de Contabilidade
ROSEMEIRE FAGUNDES — Oficial de Administração Geral

SERVIÇO DE TESOUREARIA

ANTONIO LINDENBERG DREILICK DA COSTA — Chefe Administrativo
de Serviço
GIOVANI PAVÃO — Oficial de Administração Geral
JOSÉ ILDO VITO — Auxiliar de Administração Geral

SERVIÇO DE MATERIAL

MAFALDA ALVES GARRIDO RUSSO — Chefe Administrativo de Serviço
HENRIQUE EDUARDO RIBEIRO MONTEL — Supervisor de Seção
MARIA THEREZA MULLER DA SILVA — Supervisor de Seção
LUIZ EDUARDO DE PAULA CAMARGO — Oficial de Administração G.

SEÇÃO DE ALMOXARIFADO

ANTONIO PIRES GONÇALVES — Supervisor de Seção
GABRIEL ANDRADE — Almojarife

SEÇÃO DE PATRIMONIO

ROBERTO SANTOS DE QUEIROZ — Supervisor de Seção
MARIA JOSÉ DA COSTA — Auxiliar de Administração Geral

ASSISTENCIA TÉCNICA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

HENRIQUE SCALFI — Assistente Técnico p/ Assuntos Administrativos
NOEL ALVES DE SOUZA — Chefe Administrativo de Serviço
MÁRIO OSTAN — Auxiliar de Serviços Gerais

SERVIÇO DE PESSOAL

CLEUSA APARECIDA DO NASCIMENTO — Chefe Administrativo de Serviço
ANA LIMA BATISTA — Oficial de Administração Geral
MARLI CONCEIÇÃO MATHIAS — Oficial de Administração Geral

SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS

RUY DA SILVA FREIRE — Chefe Administrativo de Serviço
ANTONIO CEZARIO DOS SANTOS — Vigia
DAVID APARECIDO LUIZ — Vigia
DORIVAL SALES — Vigia
JOÃO NOGUEIRA DA SILVA — Vigia
JOSÉ ALVES — Vigia

SEÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS

ADEMAR GUERRA — Supervisor de Seção
JOSÉ ROBERTO GARCIA — Ascensorista
DARCY SERRALBO MORELATO — Ascensorista
CLEONICE RIBEIRO JONAS — Ascensorista
JOÃO SOARES DE LIMA — Ascensorista
ROZALINA DO NASCIMENTO SOUZA — Ascensorista
WASHINGTON MOREIRA DE MELO — Auxiliar de Serviços Gerais

SEÇÃO DE ARQUIVO

NELSON DA SILVA LIMA — Supervisor de Seção
MARILENE VITORIA FERREIRA — Auxiliar de Serviços Gerais

SEÇÃO DE PROTOCOLO

MATHILDE MOTTA DA SILVA — Supervisor de Seção
DERLI APARECIDA CARDOSO DA SILVA — Auxiliar de Serviços Gerais

SEÇÃO DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO

JOSÉ MARIA MORAES — Supervisor de Seção

SEÇÃO DE SERVIÇOS GRAFICOS

BENEDITO UBALDO FREIRE — Supervisor de Seção

SETOR DE ZELADORIA

PAULO RODRIGUES DE CARVALHO — Supervisor de Setor

SETOR DE ZELADORIA (Depto. Feminino)

DUARVALINA FERLIN LOPES — Supervisor de Setor

SETOR DE ZELADORIA (Estacionamento)

ALUIZIO HENRIQUE FILHO — Supervisor de Setor

LUIS LUCIO LOURENÇO — Vigia

SETOR DE VEÍCULOS

WILSON APARECIDO COSTA — Supervisor de Setor

AFONSO MATCHIL — Motorista

ZACARIAS PEREIRA HOLANDA — Motorista

ANTONIO MACHADO — Motorista

SETOR DE COPA

MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA — Supervisor de Setor

LENILDE MARIA DA SILVA — Auxiliar de Serviços Gerais

IRACI VITORINA DE CARVALHO — Auxiliar de Serviços Gerais

SETOR DE MARCENARIA

MANOEL MACHADO DA SILVA — Supervisor de Setor

CARMELLO GANGI FILHO — Oficial de Manutenção

JOSÉ INACIO DOS SANTOS — Vigia

SETOR DE HIDRAULICA

ISAIAS CARDOSO — Supervisor de Setor

SETOR DE ELETRICIDADE

JOÃO DA CRUZ ANTERO SIMPLICIANO — Supervisor de Setor

SETOR DE XEROX

EDUARDO MACIEL — Supervisor de Setor

ORLANDO CAETANO — Operador de Máquinas

IVAN PEREIRA DOS SANTOS — Operador de Máquinas

NORMA WENCESLAU DE BARROS — Auxiliar de Serviços Gerais

SETOR DE ENCADERNAÇÃO

OSMAR FERRAZ — Supervisor de Setor

NELSON DE CARVALHO — Auxiliar de Artes Gráficas

SETOR DE MIMEOGRAFIA

RUY GACHIDO — Supervisor de Setor

ÍNDICE

I — Doutrina

Conflito de Atribuições no Direito Administrativo. José Cretella Júnior	17
Julgamento Conforme o Estado do Processo. Rogério Lauria Tucci	34
Domínio Público no Brasil — Aspectos Patrimoniais — Domínio Público Remunerado — Licença Legal e Licença Compulsória. Antônio Chaves	48
Participação, Concerto, Acordos Sociais nas Relações Trabalhistas Contemporâneas. Octávio Bueno Magano	77
Liberdade Pública de Pesquisa e Magistério. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	95
Administração Internacional do Estado. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	99
Uma Carinhosa Mensagem de Enrico Tullio Liebman. Cândido Rangel Dinamarco	116
Direito de Autor e Interesse Público nos Países em Desenvolvimento. Carlos Alberto Bittar	119
A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais. José Carlos de Magalhães	157
A Universidade Eidética e a Universidade Brasileira por sua imagem: a Universidade de São Paulo. Benedito Motta	178
A Crise do Direito do Trabalho. José Eduardo Campos de Oliveira Faria	197
Notas Sobre o Conceito da Guerra Revolucionária e Sua Expressão Legal. Enrique Ricardo Lewandowski	210

A Revolução da Sentença no Direito Brasileiro — Perfil Histórico. II Parte. Moacyr Lobo da Costa	218
--	-----

II — DISCURSOS E CONFERENCIAS

Conferência do professor doutor Diogo Freitas do Amaral , catedrático de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sobre a Evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos	237
---	-----

Processo de Conhecimento e Liberdade. Cândido Rangel Dinamarco	250
---	-----

O Professor Universitário — Conferencista e Publicista — Perspectivas e Soluções. Fábio Maria de Mattia	263
--	-----

Direito de Autor — Apanhado Histórico. Legislação Brasileira de Caráter Interno. Antônio Chaves ..	284
---	-----

Mesa Semanal de Debates de Casos e Problemas Tributários. Ruy Barbosa Nogueira	304
---	-----

Responsabilidade Civil — Os Novos Conceitos Indenizáveis no Projeto Reale. Arthur E. S. Rios	322
---	-----

O Aval — Parte I. Newton de Lucca	340
--	-----

III — TRABALHO DE ALUNO

Presença de Francisco de Vitória. Paulo Borba Casella	355
--	-----

IV — CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

Discurso do Professor Doutor Celso Neves , Professor Emérito pela Congregação desta Faculdade	371
--	-----

Relação dos Funcionários e respectiva lotação junto à Faculdade de Direito da USP em 1985	377
---	-----

INDEX

I — DOCTRINE

Le conflit d'attributions dans le droit administratif. José Cretella Júnior	17
Le jugement en conformité avec l'état du procès. Rogério Lauria Tucci	34
Le domaine public au Brésil. Aspects patrimoniaux. Domaine public rémunéré, permis légal et permis obligatoire. Antonio Chaves	48
Participation, concert, accords sociaux dans les relations ouvrières contemporaines. Octávio Bueno Magano	77
Liberté publique de recherche et enseignement. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	95
L'administration internationale de l'Etat. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	99
Un message affectueux d'Enrico Tullio Liebman. Cândido Rangel Dinamarco	116
Le droit d'auteur et l'intérêt public dans les pays en développement. Carlos Alberto Bittar	119
L'emploi extraterritorial des lois nationales. José Carlos de Magalhães	157
L'Université eidétique et l'université brésilienne par son image: l'Université de São Paulo. Benedito Motta	178
La crise du droit ouvrier. José Eduardo Campos de Oliveira	197
Quelques notes sur le concept de guerre révolutionnaire et son expression légale. Enrique Ricardo Lewandowski	210

La révocation de la sentence dans le droit brésilien. 2e. partie. Moacyr Lobo da Costa	218
II — DISCOURS ET CONFERENCES	
Conférence de Mr. le docteur Diogo de Freitas do Amaral, professeur de Droit administratif de la Faculté de Droit de Lisbonne, sur l'évolution du droit administratif au Portugal, pendant les dix dernières années	237
La procédure d'instruction et la liberté. Cândido Rangel Dinamarco	250
Le professeur universitaire — conférencier et publiciste — perspectives et solutions. Fábio Maria de Mattia	263
Le droit d'auteur — Abrégé historique — La législation brésilienne du point de vue interne. Antonio Chaves	284
Les débats hebdomadaires sur des cas et problèmes tributaires. Ruy Barbosa Nogueira	304
Responsabilité Civile. Arthur E. S. Rios	322
L'Aval. 1,ere. partie. Newton de Lucca	340
III — TRAVAIL D'ELEVES	
La présence de Francisco de Vitória. Paulo Borba Casella	355
IV — CONTRIBUTION AUX MEMOIRES ACADEMIQUES	
Discours de Mr. le professeur émérite Docteur Celso Neves	371
Noms des fonctionnaires de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, en 1985	377

O redator agradece, em nome da Comissão de Redação, os trabalhos espontâneos do bel. **Geraldo Tolosa**, na versão dos índices, e do estudante universitário **Edivaldo Leite Pereira**, da Faculdade São Judas, curso de Letras, na colaboração da Revisão, desta revista.

COMPOSTO E IMPRESSO NA
GRÁFICA SANGIRARD LTDA.
RUA BOM PASTOR, 2472
FONE: 63-7870 — SÃO PAULO

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).