

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

ISSN 0303-9838



M1-12

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

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

NOTAS:

1. As expedições futuras dependem da devolução 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.

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

Recebemos e agradecemos: Il nous manque:

Nous avons reçu et vous remercions: Falta-nos:

We have received and thanks: We are in want of:

NOME _____

ENDEREÇO _____

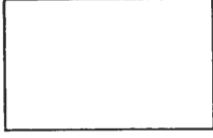
CÓDIGO POSTAL _____

DATA _____

ASSINATURA _____

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

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



01000 – São Paulo, Brasil

01005 – Largo São Francisco, 95, 2º andar.

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Prof. Dr. José Goldemberg

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

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari

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

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

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

CONSELHO EDITORIAL -

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

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente: Professor Dr. Dalmo de Abreu Dallari

PROFESSORES MEMBROS

Dr. Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Dr. Paulo José da Costa Júnior
Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Dr. Vicente Marotta Rangel
Dr. Octávio Bueno Magano
Dr. Odon Ramos Maranhão
Dr.^a Ada Pellegrini Grinover
Dr. Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Dr. Ruy Barbosa Nogueira

PROFESSORES HONORÁRIOS

Ruy Barbosa (1849 - 1923)
Clóvis Bevilacqua (1859 - 1944)
Francisco Mendes Pimentel (1869 - 1957)
José Xavier Carvalho de Mendonça (1861 - 1930)
Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda
Miguel Seabra Fagundes

PROFESSORES EMÉRITOS

Francisco Antônio de Almeida Morato (1868 - 1948)
José Ulpiano Pinto de Souza (1869 - 1957)
Reinaldo Porchat (1868 - 1957)
João Braz de Oliveira Arruda (1861 - 1942)
Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870 - 1942)
José Manoel de Azevedo Marques (1864 - 1945)
Antônio de Sampaio Dória (1883 - 1964)
José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883 - 1965)
Waldemar Martins Ferreira (1885 - 1965)
Alexandre Correia (1890 - 1984)
Lino de Moraes Leme (1888 - 1969)
Alvino Ferreira Lima (1888 - 1975)
Vicente Ráo (1892 - 1978)
Jorge Americano (1891 - 1969)
Antônio Ferreira de Almeida Júnior (1892 - 1971)
Honório Fernandes Monteiro (1894 - 1969)
Nicolau Nazo (1895 - 1974)
Ernesto Leme
Mário Masagão
Cândido Motta Filho (1897 - 1977)
Noé Azevedo (1896 - 1972)
José Carlos de Ataliba Nogueira
Luís Eulálio de Bueno Vidigal
Moacyr Amaral Santos
Basileu Garcia
Antônio Ferreira Cesarino Júnior
Sylvio Marcondes Machado (1906 - 1980)
Joaquim Canuto Mendes de Almeida
Philomeno Joaquim da Costa
Washington de Barros Monteiro
João Baptista de Oliveira e Costa Júnior
Miguel Reale
Celso Neves
Nair Lemos Gonçalves
Renato Cirell Czerna
Alfredo Buzaid
João Bernardino Garcia Gonzaga
Antônio Chaves
Goffredo da Silva Telles Júnior
Mauro Brandão Lopes
Sílvio Rodrigues

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

Dr. Ruy Barbosa Nogueira, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Alexandre Augusto de Castro Corrêa, de Direito Civil
Dr. Vicente Marotta Rangel, de Direito Internacional
Dr. José Carlos Moreira Alves, de Direito Civil
Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de Direito do Estado
Dr. José Cretella Júnior, de Direito do Estado
Dr. Paulo José da Costa Júnior, de Direito Penal
Dr. Irineu Strenger, de Direito Internacional
Dr. Antonio Roberto Sampaio Dória, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Dalmo de Abreu Dallari, de Direito do Estado
Dr. José Afonso da Silva, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. José Ignácio Botelho de Mesquita, de Direito Processual Civil
Dr. Fábio Konder Comparato, de Direito Comercial
Dr. Geraldo de Camargo Vidigal, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Amauri Mascaro Nascimento, de Direito do Trabalho
Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de Introdução ao Estudo do Direito
Dr^a Ada Pellegrini Grinover, de Direito Processual
Dr. Odon Ramos Maranhão, de Medicina Forense
Dr. Octávio Bueno Magano, de Direito do Trabalho
Dr. Yussef Said Cahali, de Direito Civil
Dr. Geraldo Ataliba, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, de Direito Comercial
Dr. Cândido Rangel Dinamarco, de Direito Processual
Dr. Antonio Carlos de Araújo Cintra, de Direito Processual Civil
Dr. Antonio Junqueira de Azevedo, de Direito Civil

PROFESSORES ADJUNTOS

Dr. Rubens Limongi França, de Direito Civil
Dr. José Roberto Franco da Fonseca, de Direito Internacional
Dr. José Luiz de Anhaia Mello, de Direito do Estado
Dr. Rogério Lauria Tucci, de Direito Processual Penal
Dr. Wálter Barbosa Corrêa, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Wagner Drdla Giglio, de Direito do Trabalho
Dr. Waldírio Bulgarelli, de Direito Comercial
Dr. Eros Roberto Grau, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Celso Lafer, de Filosofia do Direito
Dr. Miguel Reale Júnior, de Direito Penal
Dr. Cássio de Mesquita Barros Júnior, de Direito do Trabalho
Dr. Álvaro Villaça Azevedo, de Direito Civil
Dr. Nelson Abrão, de Direito Comercial
Dr. Fábio Nusdeo, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Alcides Jorge Costa, de Direito Econômico e Financeiro
Dr. Fábio Maria de Mattia, de Direito Civil
Dr. Walter Moraes, de Direito Civil
Dr. Aloysio Ferraz Pereira, de Filosofia do Direito
Dr. João Grandino Rodas, de Direito Internacional
Dr. Guido Fernando Silva Soares, de Direito Internacional
Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria, de Filosofia do Direito
Dr. Vicente Greco Filho, de Direito Processual
Dr. Carlos Alberto Bittar, de Direito Civil

Dr. Manoel Martins de Figueiredo Ferraz, de Direito Civil
Dr. Pedro Vidal Neto, de Direito do Trabalho
Dr. José Maria Marlet Pareta, de Medicina Forense
Dr. Rui Geraldo de Camargo Viana, de Direito Civil
Dr.^a Odete Medauar, de Direito do Estado
Dr. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, de Direito do Estado
Dr. Régis Fernandes de Oliveira, de Direito Econômico e Financeiro

PROFESSORES LIVRES-DOCENTES

Dr. Pedro Paes Filho, de Direito Civil
Dr. Cláudio de Cicco, de Filosofia do Direito
Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso, de Direito Processual
Dr. Newton de Lucca, de Direito Comercial
Dr. Luiz Olavo Baptista, de Direito Internacional
Dr. Antonio Luiz Chaves Camargo, de Direito Penal

Assistente Técnico para Assuntos Acadêmicos

Iolanda Hiybali Guibo Nakasima

Assistente Técnico para Assuntos Administrativos

Bel. José Geraldo de Almeida Magalhães

Assistente Técnico para Assuntos Financeiros

José Pipinis Filho

Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação

Bel. Giacomina Del Valle Paz Faldini

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

Em seu octagésimo primeiro volume

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

ISSN 0303-9838

“Revista da Faculdade de Direito”

Endereço para permuta:

CEP 01005 – Largo São Francisco, 95, 2º andar. Fone: 34-7533

CEP 01000 – São Paulo, São Paulo. BRASIL.

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, VOL. 81, 1986.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 81

**(Janeiro – Dezembro)
1986**

**ISSN 0303-9838
REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, VOL. 81, 1986.**

AGRADECIMENTOS

Em nome da Comissão de Publicações e da Diretoria desta Faculdade agradecemos os trabalhos espontâneos da Bel. Giacomina Del Valle Paz Faldini, diretora da Biblioteca Central; de Allegra Sylvie Levianu, secretária de Diretoria pelas versões necessárias à composição deste fascículo; e de meu filho Edinho, pela revisão.

Antonio Augusto Machado de Campos
Editor

A Edição no Brasil

Fábio Maria De Mattia

Professor-Adjunto do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

RESUMO: 1. Introdução. 2. Institutos jurídicos através dos quais a obra intelectual escrita é comunicada ao público. 3. Valor subsidiário das normas do contrato de edição. 4. Direitos do Autor: a) de natureza patrimonial e b) de natureza moral. 5. Direitos do Editor: a) de natureza patrimonial e b) de natureza moral. 6. Perspectivas para um equilíbrio no relacionamento entre o autor e o editor. Os contratos-tipo, as negociações coletivas e as normas de ordem pública.

1 – Introdução

O tema desta palestra insere-se no capítulo destinado aos EDITORES onde são abordados os assuntos: a importância dos editores na América Latina; a edição no Brasil; os editores-membros ou não das sociedades de direitos de autor e dos direitos conexos; e as experiências europeias de cooperação com os editores.

A despeito do conceito amplo da palavra EDIÇÃO, circunscrevemo-nos à análise da obra gráfica dita literária ou escrita diferenciada da edição de partitura musical, da edição fonográfica, da edição de películas cinematográficas, da edição fotográfica etc.

O desenvolvimento do tema se dará com a análise do sistema positivo e a indicação de complementações ou de inovações necessárias à atualização da legislação e para manter equilíbrio nas relações contratuais entre autor e editor.

2 – Institutos jurídicos através dos quais a obra intelectual escrita é comunicada ao público – diferença entre o direito de edição e o contrato de edição.

São três os institutos jurídicos à disposição dos autores e editores: o contrato de edição, o contrato de licença e a cessão do direito patrimonial de autor. Existe a exceção da licença obrigatória ou legal.

O contrato de edição pressupõe a transferência do direito de utilização do direito patrimonial ao editor e tem como característica constante a **exclusivida-**

de com que é investido o editor nesta utilização. O editor investe-se do “ius prohibitionis” pertencente ao autor.

O contrato de licença diferencia-se do contrato de edição pela ausência do caráter de exclusividade, o direito exclusivo é sempre do autor, autorizadas utilizações coexistentes da própria obra, mas limitadas no tempo e pelas finalidades do contrato.

O contrato de edição é regulado nos artigos 57 a 72 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, nenhuma referência existindo com relação ao contrato de licença que contudo se rege pelas normas aplicáveis ao contrato de edição naquilo que for com este compatível.

O contrato de cessão do direito patrimonial de autor consiste na transferência do direito patrimonial de autor ao editor, que, transformando-se em cessionário, impede que aquele possa se utilizar economicamente da obra.

A cessão não impede que o autor receba direitos autorais, mas não terá mais prerrogativas de disposição sobre a obra, que terá o cessionário como titular, tanto do direito de dispor da obra, como de utilizá-la com fins econômicos.

A cessão é regulada na Lei nº 5.988 nos artigos 52 a 56.

Há uma tendência que parece predominante entre os especialistas brasileiros a favor da supressão do instituto da **Cessão** e sua substituição pela **Concessão** nos termos da legislação autoral alemã, segundo a qual o titular só pode autorizar a utilização da obra, sem se desfazer da titularidade desse direito. Tal posição de política legislativa protege o titular contra as cessões anti-econômicas, os negócios jurídicos aperfeiçoados antes de a obra adquirir sucesso, quando o titular estaria despojado de condições para apurar o verdadeiro preço de seu direito.

Precedentes contra a cessão de direito patrimonial de autor e direitos conexos encontramos na legislação que regula a profissão de artista e de técnico em espetáculos de diversões, artigo 13 da Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, e na que regula a profissão de radialista, artigo 17 da Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978.

É necessário também ressaltar a possibilidade de a obra vir a ser colocada à disposição do público, sem que se configure contratação entre autor e editor, na eventualidade da licença legal ou obrigatória, cujo regime está em plena evolução. A esse respeito as disposições da Convenção de Berna e da Convenção Universal de Direito de Autor com as disposições introduzidas pela Revi-

são de Paris, destinadas a permitir traduções quando se impuserem necessidades de ordem didática, científica, de pesquisa.

A Lei nº 5.988 atribui ao CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral competência para manifestar-se sobre os pedidos de licenças compulsórias previstas em Tratados e Convenções Internacionais (artigo 117, inciso VIII). Ao CNDA jamais foi submetido qualquer pedido.

Para terminar este tópico é conveniente distinguir o direito de edição do contrato de edição.

Com o negócio jurídico que autoriza terceiro a reproduzir a obra investe-se este do direito de edição cujo conteúdo limita o uso que o autor pode fazer de sua obra (contrato de edição) ou garante ao editor a prerrogativa de também reproduzir a obra (contrato de licença).

3 – Valor subsidiário das normas do contrato de edição

As normas do contrato de edição aplicam-se a outros meios através dos quais os direitos de autor são objeto de comércio jurídico. Assim, as normas encontráveis no capítulo do contrato de edição na lei italiana são aplicáveis, também, a todos os contratos de cessão dos direitos de utilização econômica, por exemplo: conteúdo e duração do contrato; a respeito de direitos futuros eventualmente atribuídos por leis posteriores, exclusão dos direitos derivados de possíveis elaborações e transformações.

No direito brasileiro, também, as normas do contrato de edição são utilizadas em outros negócios jurídicos ou no chamado contrato de edição tendo como objeto outras obras protegidas pela Lei de Direito de Autor.

4 – Direitos do autor: De natureza patrimonial e de natureza moral

A) Direitos do autor de natureza patrimonial

Tal enunciado se circunscreve à retribuição econômica do autor que pode ser examinada sob três aspectos:

- 1) modalidades de retribuição econômica;
- 2) prestação de contas;
- 3) pagamento dos direitos de autor.

Na análise das modalidades de retribuição econômica, deve ser esclarecido, quanto ao cálculo da remuneração, que o autor é remunerado quer através de uma quantia única, quer pelo pagamento de porcentagens. Esses dois modos

de remuneração são, naturalmente, suscetíveis de modalidades. Convencionase, quase sempre, uma porcentagem sobre o preço de venda de cada exemplar a favor do autor, mediante acertos periódicos. Nada impede o pagamento antecipado do total dos direitos autorais, no sistema **à forfait**. Quanto a este sistema, é conveniente disposição legislativa autorizando que se circunscreva a uma edição ou a número limitado de tiragens a fim de se evitar que o autor se prejudique ao fixar a remuneração com antecedência antes do sucesso da obra. Este é um aspecto que merece melhor regulação legislativa entre nós.

Se, por acaso, o contrato de edição for omissivo quanto à remuneração a ser paga pelo editor, o art. 60 da Lei nº 5.988 determina que esta será arbitrada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

Lacuna existente no direito brasileiro está na falta de regra determinando remuneração mínima nos termos do art. 1.355 do Código de Comércio da Colômbia ao dispor que o contrato de edição deve estipular a remuneração do autor que, contudo, não pode ser inferior a 10% do preço de venda ao público. Na falta de estipulação, esta porcentagem prevalecerá(*).

Sob o aspecto das modalidades da retribuição econômica são abordados os seguintes assuntos: porcentagem sobre o preço de venda, quantia previamente fixada e paga, o pagamento de direito de autor como elemento essencial do contrato, desconto do preço da encadernação, ação de revisão do valor pago a título de direito de autor, sobre quais exemplares incide a remuneração do autor quando fixada com base em porcentagem sobre cada exemplar vendido; modificações no cálculo da remuneração do autor, melhoria da porcentagem do autor e adiantamento de pagamentos de direito de autor.

Destes itens devemos destacar um pela sua importância e pelos efeitos: ação de revisão do valor pago a título de direito de autor. É matéria ausente da legislação brasileira e não pode ser esquecida na sua atualização. Será uma maneira de reequilibrar a posição do titular do direito em relação ao editor.

Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão.

É lamentável que o direito positivo brasileiro não adote a teoria da onerosidade excessiva com o objetivo de repor as partes contratantes em equilíbrio.

Verificamos a importância da matéria para com o contrato de edição de acordo com o seu tratamento na lei francesa e a aplicação do instituto na Itália.

(*) O artigo 106 da Lei de Direito de Autor da Colômbia, de nº 23, de 28 de janeiro de 1982, não manteve o critério de ordem pública, não estipulou remuneração mínima, mas, no silêncio do contrato, a lei presume a estipulação de 20% (vinte por cento).

A situação, no Brasil, modificar-se-á uma vez aprovado o capítulo da onerosidade excessiva como está desenvolvido no Projeto de Código Civil.

O autor, muitas vezes, assina um contrato de edição com uma retribuição econômica irrisória. No futuro, quando forem efetuadas novas edições, se o contrato assim o estipular, a obra for aceita com sucesso pelo público, o autor arrepender-se-á do **quantum** pactuado.

Dáí ser necessário estipular uma norma de ordem pública determinando, por exemplo, uma percentagem mínima a ser paga ao autor nos moldes do artigo 1.355 do Código de Comércio da Colômbia, norma cogente, que estipula uma percentagem mínima de dez por cento sobre o preço de venda ao público e, se o contrato prever duas ou mais edições, então a percentagem mínima será de 15%.

Subsídios podem ser obtidos na legislação francesa e italiana.

Na França a matriz é o artigo 37 da Lei de 1957 que sanciona um direito à revisão das condições do contrato quando a retribuição é feita no sistema de percentagem e o autor sofre uma lesão de 7/12, em decorrência de uma previsão insuficiente dos benefícios da obra. O pedido de revisão só poderá ser formulado nos casos de obra cedida por meio de uma remuneração efetuada de uma única vez. A lesão será apreciada em consideração à exploração pelo cessionário do conjunto das obras do autor que se pretende lesado.

O artigo 37 da Lei de 1957 desejou outorgar aos juízes a possibilidade, em caso de lesão de mais de 7/12, de rever as condições dos contratos. Encontra-se, numa certa medida, nesse assunto, o poder disciplinar dos tribunais sobre certas profissões.

O defeito da lei francesa é permitir a revisão levando-se em conta o conjunto da obra do autor e não quando tiver publicado apenas uma obra.

No direito italiano também se pode cogitar de uma ação de revisão da retribuição devida ao autor pela utilização econômica de sua obra intelectual, como se depara no artigo 124 da Lei nº 633 combinado com o artigo 1.467 do Código Civil italiano. A ação de revisão só é possível no caso de cessão através de remuneração **forfaitaire**.

Importante a regulação dos seguintes aspectos:

Prestação de contas (a obrigação de prestar contas e o equilíbrio na prestação de contas).

Pagamento dos direitos de autor (época do pagamento, as garantias fornecidas ao autor com relação ao pagamento do preço, o pagamento dos direitos de autor mesmo na eventualidade de não publicação por inadimplemento por parte do editor e sanção pelo não pagamento dos direitos de autor).

Para se aumentar a proteção necessária ao autor da obra intelectual ainda se impõem, numa reforma legislativa, as seguintes disposições legais:

a) regra prevendo prazo máximo de autorização para a reprodução das obras intelectuais nos contratos de edição e licença;

b) modificação a ser introduzida no artigo 64 da Lei nº 5.988 explicitando tratar-se de norma cogente a que determina a numeração dos exemplares da obra reproduzida;

c) inserir na legislação norma instituindo critério para se considerar a edição ou tiragem como esgotada;

d) inserir na legislação norma regulando o modo de se liquidar o resíduo da tiragem ou edição.

Quanto ao item **c**, sugestão adequada é disposição legal nos moldes do art. 1.358, alínea 2ª do Código de Comércio da Colômbia: quando o número disponível de exemplares para a venda for inferior a dez por cento do total dos exemplares impressos na respectiva edição ou quando se configurar escassez da obra por retenção injustificada da mesma em poder do editor ou dos distribuidores.

Quanto ao item **d**, pelo artigo 69 da Lei nº 5.988, “enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra”. Numa reforma legislativa é conveniente permitir duas orientações: a faculdade do autor ou do novo editor de adquirir os exemplares configuradores do resíduo da tiragem ou autorizar o autor a negociar nova edição com outro editor permitindo-se ao editor anterior continuar comercializando o resíduo. Como modelo são indicados os artigos 120 e 135 da Lei de Direitos de Autor da Colômbia, Lei nº 23, de 28 de janeiro de 1982.

Tal regulação é necessária em face do argumento de que o autor não recuperou sua liberdade de ação até o momento em que o último exemplar tenha sido alienado.

Em sendo dada a opção de compra, é necessário criar um mecanismo obrigando o editor a fornecer o número de exemplares em estoque para se evitar recusa no fornecimento por parte do editor com o objetivo de se beneficiar economicamente com o impasse criado.

B) Direitos de autor de natureza moral

Muitas são as prerrogativas previstas no artigo 25 e que se encontram presentes quando o titular autoriza terceiro a publicar a obra. Entre elas: quanto ao direito de divulgação, ao direito de respeito à obra, ao direito à paternidade, quanto às relações entre o autor da obra anônima ou pseudônima e seu editor, mas, principalmente quanto ao direito de arrependimento.

Entendemos como prerrogativa de direito moral do autor a de ter preferência para aquisição dos exemplares invendáveis.

É outra lacuna existente no direito brasileiro que poderia ser sanada com o modelo constante do artigo 56 da Lei francesa de 1957 e artigos 133 e 134, nº 5 da Lei italiana de 1941: ambas traçam regra para a venda abaixo do preço, com outorga de preferência na compra pelo autor e possibilidade de destruição dos exemplares. O editor só poderia vender os exemplares a preço abaixo do custo quando o autor tiver rejeitado a proposta do editor para adquiri-los pelo novo preço reduzido.

O artigo 103 da Lei peruana dá um parâmetro para tal exercício: reconhece que tanto o autor como o editor têm o direito de rescindir o contrato, se após três anos de publicada a edição não se tiverem vendido mais de dez por cento dos exemplares.

Quanto ao direito de arrependimento, não é regulado na nossa lei, mas apenas indicado no artigo 25, inciso VI e parágrafo 3º.

Tal direito moral de autor pode ser exercitado, inclusive quando a obra for cedida e consiste na prerrogativa de retirá-la de circulação ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada.

Para tanto deverá o autor indenizar o editor.

A álea dos cálculos seria evitada se os contratantes inserissem, em previsão do arrependimento, cláusula penal não pura com a pré-avaliação das perdas e danos.

Urge regular tal instituto no direito de autor pátrio e como modelo podem ser utilizados os artigos 142 e 143 da Lei italiana de 1941 e 32 da Lei francesa.

Para se evitar abusos por parte do autor que, invocando o direito ao arrependimento, negocie a reprodução da obra com outro editor, impõe-se regra similar ao § 2º do artigo 32 da Lei francesa que investe o co-contratante, que sofreu a incidência do arrependimento, num direito de prioridade em virtude do

qual ele poderá encarregar-se da publicação nas mesmas condições pactuadas para publicação abortada.

O direito de arrependimento pode ser exercitado tanto quando dos preparativos de uma edição, como quando os volumes já foram colocados à disposição do público, sem, todavia, poder forçar a entrada na residência dos compradores de exemplares ou revistar as bibliotecas para retirar os livros.

É possível a configuração do direito de arrependimento nas obras em colaboração, pois a faculdade unilateral de arrependimento prevalece sobre a **affectio societatis** e o espírito de equipe que preside toda tarefa levada a efeito em comum.

5) Direitos do editor de natureza patrimonial e de natureza moral

A) Direitos do editor de natureza patrimonial

A matéria pode ser desenvolvida sob três aspectos:

- 1) o pacto de preferência à favor do editor com relação às obras futuras do autor;
- 2) a convenção de Viena de 12 de junho de 1973 e a proteção dos caracteres tipográficos e seu depósito internacional quanto à duração da proteção;
- 3) direito de tradução.

Quanto ao item 2, a regulamentação da tutela aos caracteres tipográficos tornou-se uma exigência inadiável, porque aumentou o número de plágios de criações tipográficas em decorrência da utilização de algumas invenções sensacionais no domínio da técnica, e mais, particularmente, da reprodução fotográfica dos sinais tipográficos.

Poderia ser impresso um livro com o seguinte comportamento da editora: reproduzir, fotograficamente, as páginas de um exemplar publicado por uma outra editora, no próprio país, ou no exterior, e com base nas cópias assim obtidas reimprimir o livro? No plano de direito de autor, não se hesitaria em responder pela negativa.

Quanto ao pacto de preferência a favor do editor, falta inserir no direito brasileiro de autor um conjunto de normas que regule este instituto. A experiência da excelente disciplina do direito francês, a respeito, não deixou de criar impasses, razão pela qual, com base no ponto de maturidade atingido no direito francês, será possível regular adequadamente o assunto, entre nós, evitando os pontos críticos surgidos com a prática.

O editor pode pactuar com o autor a inserção de cláusula no contrato de edição segundo a qual terá preferência na edição de obras futuras do autor.

O direito brasileiro, pelo artigo 54 da Lei nº 5.988, cuida em limitar o prazo, dentro do qual valem as cessões de obras futuras, a cinco anos, mas é lamentável que o dispositivo não obste a cessão de mais de cinco obras.

Importante a regra do artigo 34, alíneas 3ª e 4ª da Lei francesa, estatuiu-se que o editor deve utilizar a preferência dentro do prazo legal, permitindo, alínea 4ª, que o autor possa rescindir o pacto de preferência quando o editor tiver recusado, sucessivamente, duas obras.

B) Direitos do editor de natureza moral

Deve-se a ADRIANO DE CUPIS o desenvolvimento dos direitos do editor sob o aspecto de direito moral, alinhavando-se entre outros:

- 1) o direito à paternidade do editor;
- 2) o direito moral do editor originário e derivado; e
- 3) o direito do editor protegido contra a concorrência ilícita.

Quanto ao **primeiro item**, o editor tem o direito de fazer-se reconhecer por todos pelo que é, ou seja, editor, empreendedor da publicação e utilização da obra. A sua qualidade de editor não pode ser desconhecida por ninguém. Ele tem direito à sua verdade pessoal, ao lado de qualquer outro, a par com o autor.

O direito à paternidade intelectual, no qual encontramos o direito moral do autor, não é senão um aspecto do direito, mais geral, à paternidade dos próprios atos, ao reconhecimento e respeito externo de tal paternidade, ao não-comprometimento da própria verdade pessoal.

Ao autor pertence a paternidade da obra intelectual e ao editor a paternidade do livro que é, simplesmente, o meio de difusão da obra intelectual.

O editor é, sempre, protegido contra o desconhecimento da sua qualidade de editor da obra, por exemplo, contra a compilação de um catálogo livreiro compreendendo algumas obras por ele editadas, sem a indicação ou com alteração de seu nome.

Quanto ao **segundo item**, em alguma hipótese excepcional, o editor adquire, originariamente, a qualidade de autor, com base em um seu pessoal fato criativo, mas, ao invés, em regra, adquire derivativamente dita qualidade.

Quando a obra cai em domínio público, o direito do editor é originário e não deriva daquele que se extinguiu do autor ou, então, dos seus sucessores.

Quanto ao **terceiro item**, direito do editor protegido contra a concorrência ilícita, ocorre quando a forma ideada pelo editor é utilizada por um concorrente, desrespeita-se a proteção do direito à paternidade sobre a forma do livro.

Com isso a tutela do interesse do editor apresenta-se, em relação ao comportamento de terceiro que publica, sob a própria sigla editorial, uma ou mais obras com iguais características, quanto aos caracteres tipográficos, frontispício, papel, formato do livro, paginação e encadernação.

Se outro editor concorrente reproduz ou imita tal forma exterior do livro, mesmo que não crie confusão entre as obras, entre os respectivos autores, pode, todavia, criar confusão, no público adquirente, a respeito das atividades editoriais, sobre a procedência das obras etc.

6) Perspectivas para um equilíbrio no relacionamento entre o autor e o editor: as normas de ordem pública, os contratos-tipo e as negociações coletivas

Foram alinhavadas propostas de reformulação legislativa para fortalecer os direitos do autor, evitar os conflitos configuráveis entre autor e editor, pois o equilíbrio entre o autor e o editor depende da adequada regulamentação legislativa da matéria, com o que se procura neutralizar a normal superioridade exercida pelo editor.

Daí a necessidade de o contrato de edição ser regulado com normas inderrogáveis, com o que se protegerá a parte economicamente mais fraca. Essas normas cogentes em matéria de contrato de edição justificam-se pelo interesse público. A lição de VAUNOIS é adequada: “la loi doit être impérative, autrement, elle est superflue”.

O recurso para manter o equilíbrio nas relações contratuais entre o autor e o editor tem sido a utilização de contratos-tipo, quer a nível de esforço nacional, quer a nível internacional, impondo-se a necessidade de um trabalho de dimensões ilimitadas a favor da aceitação de contratos-tipo.

Os contratos-tipo a nível nacional devem ser o resultado de negociações coletivas com os interessados lutando pela consolidação de seus direitos.

Palestra proferida no “Curso Especializado de Formação em Direito de Autor e Direitos Conexos”, em Brasília, aos 23 de abril de 1985, organizado pela OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), SUIISA (Sociedade Suíça do Direitos dos Autores de Obras Musicais), pelos Ministérios das Relações Exteriores e Ministério da Cultura através do CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral.

A Corte Constitucional da Itália e o Direito Administrativo

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

(Procurador do Estado. Professor Adjunto de Direito Administrativo da FADUSP)

RESUMO: 1. Contribuição da Corte Constitucional da Itália para o Direito Administrativo. 2. Jurisprudência administrativa específica. 3. Recomendações da Corte para cabal aplicação da Constituição Italiana, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. 4. Supremo Tribunal Federal do Brasil poderia assumir competência constitucional semelhante, **mutatis mutandis**.

RIASSUNTO: 1. Contribuzione della Corte Costituzionale d'Italia nei confronti del Diritto Amministrativo. 2. Giurisprudenza amministrativa particolare. 3. Raccomandazioni della Corte per il totale adempimento della Costituzione Italiana, nell'interno dei Poteri Esecutivo e Legislativo. 4. Supremo Tribunale Federale del Brasile potrebbe avere competenza costituzionale assomigliata, **mutatis mutandis**.

UNTERMOS: 1. Corte Constitucional. 2. Direito Administrativo. 3. Jurisprudência administrativa. 4. Supremo Tribunal Federal.

Desde algum tempo, inclusive por vivermos o momento da reconstitucionalização do Brasil, acentuou-se o interesse pela **Corte Constitucional da Itália**, tema que obviamente já inspirou, na Itália, a publicação de alentadas monografias, bem como, no Brasil, de alguns artigos, esparsos. Nesta síntese, buscaremos apenas resumir e noticiar um aspecto específico, particularíssimo, das atividades da **Corte Constitucional da Itália**, consistente na contribuição daquela Corte para o **Direito Administrativo**, na Itália.

Desde 1956, quando se iniciou o funcionamento normal da Corte Constitucional da Itália, foram objeto de julgamento e decisões daquela Corte várias normas jurídico-positivas do Direito Italiano, atinentes a matérias administrativas, a saber: **a)** reforma regional; **b)** reformas à legislação comunal e provincial; **c)** reformas relativas ao **status** jurídico dos funcionários públicos; **d)** reforma sanitária, em dois momentos (1969 e 1978), com a instituição do Serviço Sanitário Nacional; **e)** alterações na disciplina urbanística; **f)** reformas procedimentais da lei de 1865, sobre desapropriações por utilidade pública; **g)** reforma das instituições públicas de assistência e beneficência (sentença fundamental da Corte Constitucional, nº 174, de 1981); **h)** reformas no setor da justiça administrativa (disciplina orgânica dos recursos administrativos, instituição dos órgãos de primeiro grau, regulamentação do **status** jurídico dos Magistrados da magistratura administrativa ordinária etc.).

Vários pronunciamentos da Corte Constitucional da Itália contribuíram à individuação dos elementos de que se pode deduzir a natureza de um **ato administrativo** (Sentença nº 103/1957), à distinção entre **ato administrativo normativo** e **ato administrativo especial** (Sentenças nºs 4/1958, nº 56/1959, nº 26/1961 e nº 134/1963), à distinção entre **controle sobre os atos** e **controles sobre os órgãos** (Sentença nº 24/1957) e à determinação dos **característicos próprios dos entes de Direito Público** (Sentença nº 12/1959).

De alto relevo foram os pronunciamentos da Corte Constitucional da Itália a respeito da **discricionariiedade administrativa** (Sentenças nºs 105/1967, 32/1969, 21/1973 e 114/1982), tendo salientado que ocorre distinguir entre o conteúdo da norma legal que consente discricionariiedade (tema exclusivo da lei) e a aplicação concreta da discricionariiedade (a critério de administradores públicos), no sentido de que a errônea aplicação não pode comportar a inconstitucionalidade da norma, quando for formulada de modo a não oferecer vício de inconstitucionalidade e, especialmente, a não apresentar-se como “irracional e privada de limites”. Afirmou a Corte que a discricionariiedade é necessária para a atividade administrativa, porquanto as leis e particularmente a Constituição não podem prever e disciplinar todas as mutáveis situações de fato, nem graduar em abstrato e com antecipação as limitações antepostas ao exercício dos direitos (Sentença nº 2/1956). Ainda segundo a Corte Constitucional da Itália, em tema de discricionariiedade administrativa, é necessário que a norma não contenha indeterminação ou excessiva largueza (Sentenças nºs 1 e 2, de 1956).

Por outro lado, várias vezes a Corte Constitucional da Itália insistiu sobre a necessidade de motivação expressa nos atos administrativos que envolvam limitações aos direitos do cidadão (Sentença nº 12/1965, entre outras), bem como sobre que o conceito de **imparcialidade** abrange o de **moralidade** da atividade administrativa (Sentença nº 89/1971).

Reconheceu a Corte Constitucional da Itália, outrossim, que a ausência de contraditório, num procedimento administrativo, não é inconstitucional (Sentença nº 32/1974), assim como, sob o perfil constitucional, nem mesmo é necessário que seja assegurada a garantia da defesa, que se limita apenas aos procedimentos de caráter jurisdicional e àqueles conexos e preordenados a uma atividade jurisdicional (Sentenças nºs 200/1970, 10/1971 e 122/1974).

Ademais, notabilizaram-se os arestos da Corte Constitucional da Itália, no tocante à relação de emprego público. **Ab initio**, a Corte dedicou-se a analisar os característicos próprios da relação de emprego público e, particularmente, as diferenças entre este tipo de relação e a do emprego privado. A Corte decidiu que a diferença de regime jurídico entre ambas as relações jurídicas não viola o princípio de igualdade, em vista de que a relação privatística rege-se por leis

predominantemente econômicas, a que se adequa a vontade dos contraentes (Sentença nº 88/1963), tendo salientado posteriormente que, malgrado as notáveis alterações na legislação, que reduziram a diversidade entre ambas as relações, as duas situações não são idênticas porque na relação de emprego público ocorre um **interesse público**, a garantir o bom andamento de ofícios e serviços, segundo as Sentenças nºs 49/1976 e 90/1984. De qualquer modo, a Corte Constitucional da Itália sempre deliberou no sentido de reduzir, até os limites possíveis, as diferenças entre as relações de emprego público e privado, sobretudo no tocante ao aspecto remuneratório (Sentenças nºs 5/1970, 219/1975, 46/1983 e 90/1984). Neste quadro colocam-se alguns pronunciamentos atinentes ao sistema pensionístico e, mais genericamente, ao estipêndio acordado aos funcionários públicos no momento da cessação do serviço, entre as quais ocorre recordar os arestos que reconheceram o direito a pensão a ex-funcionários atingidos por interdição perpétua aos ofícios públicos (Sentença nº 3/1966), bem como àqueles que se demitiram voluntariamente do emprego público (Sentença nº 191/1974).

De fundamental importância foi a sentença nº 55, de 1968, que atribuiu à noção de expropriação um significado particular, no sentido de abranger os “vínculos urbanísticos indefinidos” no tempo. Este aresto propiciou e inspirou o legislador italiano à edição da Lei nº 1187, de 1968.

Este rol de arestos da Corte Constitucional da Itália não é exaustivo, mas apenas exemplificativo, porquanto buscou condensar os aspectos mais significativos do Direito Administrativo Italiano que sofreram a direta influência da Corte Constitucional da Itália.

Como qualquer órgão judiciário do Brasil ou da Itália, a Corte Constitucional da Itália somente pronuncia-se, apenas judica quando provocada por parte interessada, segundo o vetusto brocardo “**ne procedat iudex ex officio**”. Porém, ao judicar no âmbito de suas altas competências constitucionais, a Corte Constitucional da Itália não se limita exclusivamente a dirimir lides concretas, mediante a correta interpretação do Direito Constitucional Positivo da Itália, mas principalmente a dirigir a toda a Administração Pública Italiana e aos Poderes Executivo e Legislativo da Itália **recomendações específicas, de lege lata et de lege ferenda**, a respeito do necessário cumprimento, **in concreto**, da Constituição da República Italiana. Em outros termos, a Corte Constitucional da Itália não obriga, juridicamente, os Poderes Legislativo ou Executivo da Itália a legislares do modo como a Corte considere mais adequado e conveniente, mas **adverte e recomenda, de motu proprio**, àqueles Poderes, quais as providências legislativas ou administrativas que repute indispensáveis para a cabal observância da Constituição da Itália, no âmbito das litispêndencias que a Corte é suscitada a julgar, sob o crivo da constitucionalidade. Em vista de tais **recomendações** da Corte Constitucional da Itália, várias vezes o legislador italiano criou Direito novo, Direito Objetivo, ou derogou Direito Positivo, anterior à

Constituição Italiana, de 1947. Em suma, a Corte Constitucional da Itália, em matéria constitucional, exerce um papel ativo e positivo, no seio dos outros Poderes da República Italiana, no sentido de pressionar e estimular a adoção de atos administrativos ou atos de administração, bem como a legiferação (criação de Direito novo ou derrogação do vigente), para aperfeiçoar a correta aplicação da Constituição Italiana no âmbito de todos os serviços públicos da Itália, atinentes aos três Poderes.

Mutatis mutandis, poder-se-ia cogitar, no Brasil, a respeito de atribuir-se ao nosso Supremo Tribunal Federal, na próxima Constituição, a faculdade de dirigir recomendações aos Poderes Legislativo e Executivo, **de lege lata** ou **de lege ferenda**, exclusivamente no tocante ao cabal cumprimento da própria Constituição, para aperfeiçoar-lhe a aplicação na área administrativa ou para o oportuno preenchimento de lacunas legislativas, no âmbito do **jus constituendo**. Escusado relembrar que tais recomendações do Supremo Tribunal Federal seriam eventualmente emanadas, a critério exclusivo da Alta Corte, no âmbito dos casos concretos, das litispendências específicas, submetidas ao crivo de constitucionalidade do Pretório máximo da Federação Brasileira.

· Roma, 15 de maio de 1988.

Arbitragem

*Octávio Bueno Magano **

Professor Titular de Direito do Trabalho da FDUSP

1. Considerações preliminares

Uma causa trabalhista requer de cinco a sete anos para chegar ao seu termo final. Essa demora na solução dos litígios trabalhistas resulta de diversos fatores mas principalmente de sua convergência exclusiva para organismos judiciários (Justiça do Trabalho e Justiça Federal), onde é flagrante a desproporção entre a avalanche de processos e o reduzido número de juízes incumbidos de os julgar. Essa simples constatação já aponta para a conveniência de se incentivar o funcionamento de mecanismos de justiça privada, o que quer dizer arbitragem.

2. Denominação

O de que se cuida é de arbitragem e não de arbitramento. O último termo significa meio de prova, obra de perito, cujas conclusões não vinculam o juiz, a quem cabe, se quiser, determinar nova perícia. A arbitragem, ao contrário, encerra decisão de um litígio.

3. Definição

Define-se, portanto, a arbitragem como decisão de um conflito levada a efeito por pessoa ou pessoas escolhidas pelas partes nele envolvidas. Dois são os elementos nucleares dessa definição: o caráter privado do juízo arbitral e a natureza voluntária do instituto. Dando-se prevalência ao primeiro elemento, pode-se caracterizar a arbitragem como justiça privada, em contraposição à justiça pública. Dando-se preeminência ao segundo, há de se dizer que a arbitragem constitui procedimento de autocomposição, contraposto ao procedimento de autodefesa e de tutela.

(*) Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

4. Divisão

A mais importante divisão da arbitragem é a que contrapõe a voluntária à obrigatória⁽¹⁾.

Configura-se a primeira quando as partes gozam de liberdade de percorrer ou não a via arbitral e do direito de escolher os árbitros incumbidos de dirimir sua contendas. Não há qualquer óbice constitucional ao funcionamento da arbitragem voluntária. Como observa Hamilton de Moraes e Barros, “constitui erro grosseiro de direito dizer-se que a Constituição proibiu o juízo arbitral, quando, no art. 153, § 4º, declara que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao direito individual”⁽²⁾. Com efeito, a jurisdição só se mostra inevitável quando provocada por um dos sujeitos de um litígio. Mas se ambos os litigantes concordam em a pôr de lado, preferindo solução de justiça privada, jamis se poderá dizer que ficaram despojados do juiz natural⁽³⁾. Exclui-se, assim, a idéia esposada por alguns juristas no sentido de que a compatibilização do referido texto constitucional com o juízo arbitral só se torna possível através do expediente de homologação do laudo arbitral pelo judiciário⁽⁴⁾. Longe disso, a homologação tem a finalidade exclusiva de dar executividade ao mesmo laudo, já que o juízo arbitral não goza de poderes coercitivos.

O que particulariza a última não é a subtração do direito das partes de se louvarem em árbitros de sua escolha, porque se isso ocorresse não haveria mais falar-se em arbitragem. O que a distingue da arbitragem voluntária é a sua imperatividade como meio de solução de conflito, com exclusão ou postergação da via judicial e exclusão ou postergação das vias de fato. Enquanto excludente da via judicial, a arbitragem obrigatória deve ser tida, entre nós, como inconstitucional por contrariar a regra do § 4º, do artigo 153, da Constituição. Enquanto excludente das vias de fato, a arbitragem obrigatória padece também do vício de inconstitucionalidade, pelo menos em cotejo com as atividades em relação às quais o direito de greve é assegurado⁽⁵⁾. Contudo, a arbitragem obrigatória não se mostra incompatível nem com a dilação do acesso à via judicial nem com o propósito de postergar a eclosão de vias de fato.

Força é não confundir a arbitragem compulsória com a tutela jurisdicional, como parece haver ocorrido com o legislador brasileiro ao falar da conver-

(1) O Código de Processo Civil português fala em julgamento arbitral necessário. (Vide art. 1525).

(2) Comentários ao CPC, Rio, Forense, s.d.p., vol. IX, p. 377.

(3) Oliveira Jr., Waldemar Mariz de, Do Juízo Arbitral, in Encontro Participação e Processo, São Paulo, s.c.e., 1987, p. 333.

(4) Carmon, Carlos Alberto, Arbitragem e Jurisdição, in Encontro Participação e Processo, s.c.e., 1987, p. 316.

(5) V. art. 162, da Constituição.

são do juízo conciliatório em arbitral, no § 2º, do art. 764, da CLT. A compulsoriedade de que se trata deixa intacto o caráter privado do juízo, desde que sejam os árbitros de livre escolha das partes, o que contrasta com a atividade jurisdicional exercida necessariamente por órgãos públicos, impostos às partes⁽⁶⁾. Mais se realça a distinção entre os dois juízos quando se tenha presente que o primeiro não pode empregar medidas coercitivas, quer contra as partes quer contra terceiros nem tampouco decretar medidas cautelares⁽⁷⁾, ao passo que o último não sofre qualquer restrição nesse sentido.

De tudo resulta que a arbitragem voluntária pode funcionar livremente entre nós, sem risco de a atividade respectiva ser duplicada pela atividade jurisdicional. Quanto à arbitragem compulsória, a viabilidade de sua implantação dependeria de não ser excludente da via judiciária e das vias de fato constitucionalmente protegidas, em relação às quais a sua função haveria de ser meramente dilatória.

5. Arbitragem de causas trabalhistas

No que concerne às causas trabalhistas, há, desde logo, uma dificuldade a enfrentar-se. Nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil, só são passíveis de arbitragem os direitos patrimoniais sobre os quais se admita transação⁽⁸⁾. Ora, em relação aos direitos trabalhistas, o entendimento dominante é o de que não comportam nem renúncia nem transação. Parece que, realmente, o legislador deu às normas respectivas caráter de ordem pública, segundo se infere do disposto no artigo 444, da CLT, onde se lê que as relações de trabalho não podem ser livremente pactuadas quando contravenham às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Em doutrina, fala-se mesmo no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas⁽⁹⁾.

Na Itália corporativa, o legislador tomou posição explícita sobre o assunto, afirmando, peremptoriamente, no artigo 2.113, do Código Civil, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e a sua incompatibilidade com o instituto da transação. Por outro lado, o Código de Processo Civil italiano proibiu a inserção de cláusulas compromissórias nos contratos coletivos de trabalho, a fim de resguardar o monopólio jurisdicional, em relação às causas trabalhistas⁽¹⁰⁾. Es-

(6) Cbntna, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido, R. Teoria Geral do Processo, São Paulo, RT: 1979, p. 88.

(7) Vide art. 1.086, do Código de Processo Civil.

(8) Vide art. 1.035, do Código Civil e 1.072, do Código de Processo Civil.

(9) Costa, Orlando Teixeira da, *Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho*, in Curso de Direito do Trabalho, coordenado por Octávio Bueno Magano em homenagem a Mozart Victor Russomano, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 129.

(10) Vide art. 808.

se quadro só deixou de prevalecer com o advento da Lei nº 533, de 11 de agosto de 1973, que tornou possível a arbitragem de causas trabalhistas, quando respeitantes à interpretação ou à execução de contratos ou acordos coletivos de trabalho contendo cláusula compromissória⁽¹¹⁾.

Para se desempedir o caminho da arbitragem de causas trabalhistas, no Brasil, é de todo em todo aconselhável a edição de ato legislativo ressaltando a inaplicabilidade das limitações contidas nos artigos 1.035 do Código Civil e 1.072 do Código de Processo Civil às mesmas causas. Basta simples alusão à admissibilidade da arbitragem relativamente aos dissídios trabalhistas, individuais ou coletivos. Não se diga que, com tal posicionamento, sujeita-se o trabalhador ao poder econômico do empregador, contrariando-se a índole tuitiva do Direito do Trabalho, porque a arbitragem não implica tal sujeição e sim a de ambas as partes do poder ao árbitro, cuja imparcialidade é condição de sua investidura. Por outro lado, há de se assinalar a tendência moderna no sentido de as normas trabalhistas tornarem-se flexíveis, perdendo mesmo o caráter tuitivo para se converterem em normas dispositivas^(11A).

6. Favorecimento da arbitragem

O favorecimento da arbitragem de causas trabalhistas constitui política da Organização Internacional do Trabalho, exteriorizada na Recomendação nº 92, de 1951. Merece também realce a Carta Européia, que, em seu artigo 6º, 3, (Parte II) cuida do fomento à arbitragem voluntária, como solução para os conflitos trabalhistas. Vários são os países que, no mundo ocidental, têm procurado incentivá-la. Na Europa, realça-se a Espanha que, a partir da Constituição de 1978, a adotou como procedimento privilegiado⁽¹²⁾. Mas o país em que mais vicejou foi, sem dúvida, os Estados Unidos da América do Norte. Como assinala William B. Gould, mais de noventa e cinco por cento das convenções coletivas celebradas no referido país, contêm cláusulas de arbitragem⁽¹³⁾. Tal foi o desenvolvimento ali alcançado pelo instituto que organizações especializadas se formaram para o porem em prática. A título ilustrativo, devem ser mencionados o "Federal Mediation and Conciliation Service", a "American Arbitration Association" e a "National Academy of Arbitrators"⁽¹⁴⁾. As principais características da arbitragem, nos Estados Unidos da América do Norte, podem ser assim sintetizadas: a sua incidência predominante ocorre em relação aos dissídios

(11) Tarzio, Giuseppe, *Manual del Proceso del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 29.

(11A) Bunel, Jean et Dupupet, *Flexibilité dans le débat social*, in *Flexibilité du Droit du Travail*, Paris, Editions Législatives et Administratives, s.d.p., p. 10. Vide também Lyon-Caen, Gérard, *La bataille truquée de la flexibilité*, in *Droit Social*, n.º 12, Décembre/1985, p. 801.

(12) Montoya Melgar, *El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo*, in *Civitas*, Enero-Março/1981, p. 18.

(13) *A Premier on American Labor Law*, Massachusetts, The Mit Press, 1986, p. 136.

(14) *Idem*, p. 136/137.

individuais, constituindo fenômeno relativamente raro a arbitragem de dissídios coletivos⁽¹⁵⁾; constitui, via de regra, epílogo de um processo chamado “grievance procedure”; a duração do referido processo é acentuadamente rápida; o encargo de arbitrar é geralmente atribuído a árbitros selecionados pelas entidades já mencionadas; o laudo do árbitro pode ser executado perante órgãos judiciais⁽¹⁶⁾.

7. A arbitragem em causas trabalhistas no Brasil

No Brasil, a arbitragem de causas trabalhistas é praticamente desconhecida, a despeito da previsão constante do item V, do artigo 613, da CLT, onde se diz que as convenções coletivas devem conter obrigatoriamente “normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos”. A falta de voga do instituto, em nosso país, explica-se, em primeiro lugar, pela preferência dos brasileiros pelas soluções de tutela e, depois, pelas arestas do modelo legal vigente, cujo aplanamento se requer.

Parece-nos que o primeiro obstáculo de nosso sistema a ser removido é o da atual inclusão dos direitos trabalhistas entre os que se consideram insuscetíveis de transação ou renúncia, e isso pelas razões acima já expendidas.

A segunda providência a ser tomada, diz respeito à simplificação do “iter” do processo de arbitragem. À luz do modelo tradicional, o aludido processo compreende três fases: a da cláusula compromissória, a do compromisso e a da arbitragem propriamente dita. A cláusula compromissória pode ser considerada ou como promessa de compromisso ou como o próprio compromisso, sob a condição suspensiva de configuração de litígio⁽¹⁷⁾. O compromisso “é o contrato em que as partes decidem submeter suas pendências a árbitros nele nomeados”⁽¹⁸⁾. A primeira se refere a uma lide “nondum nata” e o segundo a uma lide “iam nata”. Por exemplo, numa convenção coletiva, abre-se espaço à cláusula onde se diz que qualquer pendência emergente de sua aplicação será dirimida mediante arbitragem. É a cláusula compromissória. Surgida a divergência, força será então celebrar-se o compromisso⁽¹⁹⁾, novo contrato em que se faz necessário a qualificação das partes; a designação e a qualificação dos árbitros; a descrição minuciosa do objeto do litígio; a determinação de respon-

(15) Ibidem, p. 134.

(16) Elkouri, Frank e Elkouri, Edna Asper, *How Arbitration Works*, Washington D.C., The Bureau of National Affairs, Inc., 1985, p. 23, 118, 153.

(17) Robert, Jean, *L'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1983, p. 67.

(18) Rodrigues, Silvio, *Direito Civil*, São Paulo, Max Limonad, s.d.p., p. 294.

(19) Como diz Alfredo Buzaid, **o instituto do compromisso está intimamente ligado ao juízo arbitral, porque é um meio em relação a um fim**. (Do juízo arbitral, in RT-271/9).

sabilidade quanto ao pagamento dos honorários do perito. Para complementação do aparato contratual, recomenda-se ainda a designação do prazo em que deve ser proferido o laudo; o esclarecimento sobre se a sentença arbitral será ou não passível de recurso; a previsão da pena a que se obrigue a parte infringente da obrigação de não recorrer; a autorização concedida aos árbitros para julgarem por equidade. Para obviar a inconveniência da celebração de novo contrato, causa frequentemente geradora de impasse, a tendência das legislações modernas é no sentido de admitir que a cláusula compromissória “vaut compromis”, devendo, para esse efeito, conter a designação de árbitros ou prever as modalidades de sua designação⁽²⁰⁾. Essa a diretriz consagrada pelo novo Código de Processo Civil francês⁽²¹⁾, pelo Código de Processo Civil português⁽²²⁾ e também pela lei brasileira sobre juizado especial de pequenas causas, Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984⁽²³⁾. Com a apontada parificação da cláusula compromissória ao compromisso, o juízo arbitral pode instaurar-se não só pelas partes em conjunto, mas por qualquer delas ainda que a outra recalitre⁽²⁴⁾.

A terceira providência a ser tomada para incentivar a arbitragem refere-se à composição do juízo arbitral. Nos termos do Código de Processo Civil brasileiro, a arbitragem torna-se inviável se houver escusa por parte de qualquer dos árbitros; se qualquer deles ficar impossibilitado de votar, sem possuir substituto; se houver divergência entre os árbitros, quanto à nomeação de um terceiro. Como as aludidas hipóteses de inviabilização da arbitragem são suscetíveis de ocorrer com frequência, inspirados na moderna legislação francesa⁽²⁵⁾, preconizamos que, não havendo acordo entre as partes, quanto à nomeação de novos árbitros, o juízo arbitral possa ser constituído pelo Presidente do Tribunal do Trabalho, em cuja jurisdição ocorrer o litígio. Sob o aspecto ora em foco, mostra-se igualmente recomendável que a legislação brasileira, tal como a moderna legislação francesa⁽²⁶⁾, admita, na cláusula compromissória, ou no compromisso, a designação de pessoa jurídica como responsável pela organização do processo de arbitragem. Com isso estimular-se-á a criação e o aprimoramento de entidades privadas, especializadas em arbitragem.

A quarta providência a ser tomada para incentivar a arbitragem concerne à limitação das hipóteses de recurso contra o laudo arbitral. No caso de omissão das partes, deve-se presumir que o laudo é irrecorrível, salvo a configuração de

(20) Robert, ob. cit., p. 71.

(21) Vide art. 1.443.

(22) Art. 1513.2.

(23) Vide § único, do art. 25.

(24) Vide art. 1.445, do novo Código de Processo Civil francês. **Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente.**

(25) Vide art. 1.444, do novo Código de Processo Civil francês.

(26) Vide art. 1.451, do novo Código de Processo Civil francês.

nulidades. No que tange a estas, impõe-se a supressão do artigo 1.100, do Código de Processo Civil, a fim de que sobre a matéria, ocorra apenas a incidência das causas gerais de nulidade.

Por último, é preciso reconhecer que a validade do laudo arbitral não deve ficar condicionada à homologação judicial, não só por ser tal exigência diminutiva mas também por causa de suas implicações burocráticas. Quanto ao primeiro aspecto, vem a talho novamente a invocação do moderno Código de Processo Civil francês, em cujo art. 1.476, lê-se o seguinte: “La sentence arbitrale a, dès qu’elle est rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche”⁽²⁷⁾. No que tange às implicações burocráticas da homologação, vale a pena reproduzir aqui as considerações formuladas, sobre o assunto, por Carlos Alberto Carmona: “A homologação transformou-se, aos poucos, num dos grandes entraves do instituto, prejudicando (ou até mesmo eliminando) as tão apregoadas vantagens da arbitragem: ao invés de se simplificar a solução do litígio, acaba-se por trazer novos elementos de complicação e procrastinação...”⁽²⁸⁾ Nem mesmo para efeito da execução é preciso manter a exigência de homologação. Basta que se insira o laudo arbitral na categoria de título executivo extrajudicial.

8. Conclusões

Não é possível que a consciência do povo brasileiro continue insensível ao fato de que uma causa trabalhista demore de cinco a sete anos para chegar ao seu termo final. A demora na prestação jurisdicional constitui forma disfarçada de denegação de justiça, estimulando renúncias e acordos ruinosos; gerando, ao mesmo tempo, descrença nas instituições e revolta contra a ordem social vigente. Como diria Camus, a revolta pode ser fruto de ascese de quem busca novo Deus.

Antes que o povo brasileiro queira submeter-se a deuses estranhos, melhor será que o livremos de suas frustrações, acenando-lhe com formas expeditas de solução de contendas.

Dentre as diversas formas de que se possa excogitar, a mais expedita é a da arbitragem. Daí desejarmos encorajar a sua prática. Referimo-nos ao incentivo da arbitragem voluntária, para a solução dos dissídios individuais e ao da arbitragem obrigatória, como fator dilatatório e, por isso, eventualmente dissuasivo de vias de fato, nas áreas de algumas atividades essenciais, sem prejuízo de que, em outras, como as militares e para-militares, sejam totalmente proibidas.

(27) Vide no mesmo sentido art. 1.522, do Código de Processo Civil português.

(28) Ob. cit., p. 316.

O objetivo sublinhado só poderá colimar-se com a adoção das medidas sugeridas no corpo deste trabalho.

RESUMO: ARBITRAGEM

Hodiernamente, a solução de uma causa trabalhista pelo Poder Público, está demorando cerca de cinco a sete anos. Tal demora na prestação jurisdicional pode traduzir, muitas vezes, denegação de justiça, estimulando renúncias e acordos ruinosos.

Referido problema poderia ser solucionado através da utilização da arbitragem.

Realmente, apresenta-se a arbitragem como uma jurisdição pactuada pelas partes, que acordam seja o litígio decidido por pessoa ou pessoas por elas escolhida.

A mais importante divisão da arbitragem é a que contrapõe a voluntária à obrigatória. Configura-se a primeira quando as partes gozam da liberdade de percorrer ou não a via arbitral e o direito de escolher os árbitros incumbidos de dirimir suas contendas; sendo perfeitamente possível nos termos do nosso ordenamento jurídico. Já a arbitragem obrigatória se caracteriza pela sua imperatividade como meio de solução de conflito, com exclusão ou postergação da via judicial, razão esta que a torna inconstitucional face a regra do artigo 153, § 4º, da Constituição Federal.

No que concerne às causas trabalhistas há um óbice a ser enfrentado, qual seja, a legislação civil e processual civil que só permitem sejam objeto de arbitragem os direitos patrimoniais sobre os quais se admita transação. Na medida em que os direitos trabalhistas são tidos como irrenunciáveis, devido ao caráter de ordem pública das normas que o regem (CLT art. 444), mister se faz a edição de ato legislativo ressaltando a inaplicabilidade das limitações, contidas nos artigos 1.035 do CC e 1.072 do CPC, às causas trabalhistas. Somando-se a tal fato a preferência dos brasileiros pelas soluções de tutela, temos que a arbitragem de causas trabalhistas no Brasil é praticamente desconhecida. A despeito disto, a própria CLT, no seu art. 613, V, prevê que as convenções coletivas devem conter obrigatoriamente normas para a conciliação das divergências surgidas da aplicação de suas normas.

No direito comparado a arbitragem é muito utilizada no campo trabalhista, sendo, inclusive, recomendada pela Organização Internacional do Trabalho (Recomendação nº 92, de 1951).

Saliente-se ainda que a arbitragem apresenta muitas vantagens sobre a atividade jurisdicional, como, por exemplo, a rapidez, o sigilo, a possibilidade do litígio ser decidido por um experto que entende minuciosamente do mesmo.

Em face do exposto, emerge a conclusão de que a arbitragem é, sem dúvida, a forma mais expedita para que se resolva o problema de congestionamento das vias judiciais.

SUMMARY: ARBITRATION

Nowadays, a labor cause takes from five to seven years to be settled with the Judicial Power. This delay is likable to generate, quite often, failure of justice stimulating waivers and ruinous agreements.

This issue might be settled with the use of arbitration.

Actually, an arbitration is presented as a jurisdiction agreed upon between the parties, which consent on having the litigation decided by a person or persons appointed by the parties.

The major division of an arbitration is that which oppose the willful to the compulsory (obligatory). The former takes place when the parties are free to decide whether to follow the arbitration route or adopt the right to choose the arbitrators designed to settle their dispute; this is entirely possible within the terms of our legal system. The compulsory arbitration is characterized by its mandatory aspect as a means to settle conflicts; an exception to this rule is, however, the postponement of judicial arbitration, which would be unconstitutional as provided by article 153, § 4th, of the Federal Constitution.

Insofar as labor causes are concerned, an hindrance has to be overcome, i.e., the civil and civil/procedural legislation that only allow an arbitration to take place when the rights over assets are permitted to be traded. Inasmuch as labor rights cannot be waived in view of the public nature of its rules (CLT art. 444), the publication of a legislative act safeguarding the applicability of the restrictions set forth in arts. 1035 of the CC and 1072 of the CPC on labor causes, becomes necessary. Adding to this fact the Brazilian preference for guardianship solutions, we consider that the arbitration of labor causes in Brazil is virtually unknown. Nonetheless, as provided by CLT's art. 613, V, collective conventions must obligatorily include rules to settle any dissenting stemmed from the application of its rules.

The comparative jurisprudence consistently applies arbitration to the labor field, and this is also recommended by the International Labor Organization (Recommendation 92 of 1951).

Furthermore, it should be emphasized that the use of arbitration presents numerous advantages over the jurisdictional activity, such as speed, secrecy and the possibility of having the suit decided by an expert with sound knowledge of the matter.

In view of the foregoing, the obvious conclusion is that arbitration is the fastest way to solve the issue of busy judicial channels.

UNITERMOS

ARBITRAMENTO: meio de prova, obra de perito, cujas conclusões não vinculam o juiz, a quem cabe, se quiser, determinar nova perícia.

ARBITRAGEM: decisão de um conflito levada a efeito por pessoa ou pessoas escolhidas pelas partes nele envolvidas. Trata-se de justiça privada, de natureza voluntária.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: contrato preliminar, onde as partes prometem efetuar contrato definitivo de compromisso no caso de eventual litígio futuro.

COMPROMISSO: contrato em que as partes decidem submeter suas pendências a árbitros nele nomeados.

HOMOLOGAÇÃO: ato através do qual o Poder Judiciário, reconhecendo que os termos do compromisso foram executados, imprime a força de coisa julgada à decisão dos árbitros.

A Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívidas do Estado

(8 de abril de 1983)

Gustavo Zanini

Professor Assistente Doutor de Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESUMO: I – Premissas sobre a atualidade do tema da Sucessão de Estados no âmbito do Direito Internacional. – II – Caracteres gerais e propósitos da Convenção. – III – Campo de aplicação da Convenção: A) Determinação do alcance da Convenção. – B) A transferência dos bens de Estado. – C) A transferência dos arquivos de Estado. – D) A transferência das dívidas de Estado. – E) A regulamentação das controvérsias. – IV – Conclusões

RÉSUMÉ: I – Prémisses sur l'actualité du thème de la succession d'État dans la sphère du droit international. – II – Caractères généraux et objectifs de la convention. – III – Domaine d'application de la convention; a) détermination de la portée de la convention; b) le transfert des biens de l'État; c) le transfert des archives de l'État; d) le règlement des controverses. – IV – Conclusions.

I – Premissas sobre a atualidade do tema da Sucessão de Estados no âmbito do Direito Internacional

O persistente interesse que os Estados da Comunidade Internacional têm demonstrado no contexto da codificação do direito internacional e seu desenvolvimento progressivo revela-se cada vez mais patente na medida em que tais sujeitos de direito internacional decidem aprovar novos tratados ou convenções internacionais dessa natureza.

Em abono dessa tese pode-se recordar, como típico acontecimento, a adoção da Convenção sobre Sucessão de Estados em matéria de Bens, Arquivos e Dívidas de Estado, de 8 de abril de 1983, a qual, a exemplo das Convenções sobre Direito dos Tratados, de 1969, e da Convenção sobre Sucessão de Estados em matéria de Tratados, de 1978, recebeu aprovação em Viena, no término da Conferência convocada para esse fim, pela Assembléia Geral da O.N.U.⁽¹⁾.

(1) Vide texto da Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em matéria de Bens, Arquivos e Dívidas de Estado (United Nations, General Assembly – (A/ Conf. 117/ 14 – 7 April, 1983) in International Legal Materials, vol XXII, number 2, March, 1983, pp. 306-327. – A Conferência foi presidida pelo Eminent Professor Ignaz Seidl-Hohendorf.

Não mereceu a Convenção de 1983, é verdade, a aprovação unânime dos Estados que integram a sociedade internacional, pois, de acordo com a Ata da Comissão Plenária (Doc. A/ Conf. 117/ C.1/ S.R. 11) somente cinquenta e quatro Estados ofereceram seu assentimento, enquanto que a República Federal da Alemanha, a Bélgica, o Canadá, os Estados Unidos da América, a França, Israel, a Itália, o Luxemburgo, os Países-Baixos, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e a Suíça proferiram voto negativo; e de outro lado, os seguintes países abstiveram-se: Austrália, Áustria, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Grécia, Islandia, Japão, Noruega, Portugal e Suécia.

Deve-se levar em consideração, todavia, que a Convenção sobre Bens, Arquivos e Dívidas de Estado, como outras convenções ou tratados multilaterais destinados a desenvolver a codificação das normas de direito internacional, requer um período de tempo necessário, como é óbvio, para ter seu reconhecimento definitivo por parte de todos os Estados⁽²⁾.

II – Caracteres Gerais e Propósitos da Convenção

Pelo que respeita aos aspectos formais, a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em matéria de Bens, Arquivos e Dívidas de Estado compreende um preâmbulo e um dispositivo elaborado em cinquenta e um artigos, que tratam respectivamente; das Disposições Gerais (Parte I); Bens de Estado (Parte II); Arquivos de Estado (Parte III); Dívidas de Estado (Parte IV); Regulação de Controvérsias (Parte V); e Disposições Finais (Parte VI).

Envolve a problemática da Sucessão de Estados, como se sabe, o exame de vários temas tais como os concernentes aos efeitos da substituição da soberania sobre direitos adquiridos; às condições dos habitantes quanto às suas nacionalidades; às influências das transformações territoriais em relação aos atos jurídicos (internos e internacionais); e naturalmente, à delicada questão da responsabilidade internacional do Estado.

No entanto, aplicando método técnico-jurídico mais adequado à codificação das normas de direito internacional e mais condizente com as circunstâncias históricas das relações internacionais contemporâneas, preferiu a Comissão de Direito Internacional não incluir todos os distintos setores da sucessão de Estados – consoante, aliás, o que reza o Art. 5 da Convenção de 1983 – porém,

(2) Sobre a codificação do direito internacional e seu desenvolvimento progressivo, veja-se, por exemplo a obra de Roberto AGO "La Codification du Droit International et Les Problèmes de sa Réalisation", in *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim – Faculté de Droit de l'Université de Genève - Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1968, pp. 93-131*

cingir-se à elaboração de um projeto de convenção destinado a regulamentar especificamente as questões sobre bens, arquivos e dívidas de Estado⁽³⁾.

As questões qualificadas na Convenção de 1983, e que constituem seu objeto, estão enunciadas no preâmbulo do instrumento, a saber, nas transformações da comunidade internacional geradas pelo processo de descolonização; na necessidade da codificação das normas sobre sucessão de Estados, como processo de garantia da segurança jurídica das relações internacionais, tendo em vista a paz e a cooperação; e o respeito à integridade territorial e à independência política de qualquer Estado consoante prescreve a Carta da ONU.

Enfim, é oportuno assinalar que a Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em matéria de Bens, Arquivos e Dívidas de Estado reata, sem alterações “as definições que figuram na Convenção de 1978 (Sucessão de Estados em matéria de Tratados) relativamente aos conceitos de base: sucessão de Estados, Estado predecessor, Estado sucessor, data da sucessão de Estado, Estados recém-independentes”⁽⁴⁾.

III – Campo de Aplicação da Convenção

A) Determinação do Alcance da Convenção

Em suas disposições gerais, a Convenção estipula que sua aplicação se circunscreve rigorosamente ao regime jurídico internacional da sucessão de Estados em matéria de bens, arquivos e dívidas do Estado (Art. 1), devendo para tanto conformar-se com as normas de direito internacional gerais, e de modo particular com os princípios jurídicos incorporados na Carta da ONU (Artigos 1 e 3).

Quanto ao fator tempo, prescreve basicamente a Convenção em seu Artigo 4, al. 1, que somente será aplicada quando ocorrer uma Sucessão de Estados que se tenha produzido após a entrada em vigor da Convenção; e a Convenção entra em vigor trinta dias após a data em que tenha sido depositado o décimo quinto instrumento de ratificação ou de adesão (Art. 50).

(3) Artigo 5 da Convenção—: “Nada do disposto na presente Convenção se entenderá de maneira que prejudique de modo algum nenhuma questão relativa aos efeitos de uma sucessão de Estados no concernente às matérias distintas das previstas na presente Convenção”

(4) Cf. MONNIER, Jean, “La Convention de Vienne sur la Succession d’Etats en matière de Biens, Archives et Dettes d’Etat”, in *Annuaire Français de Droit International*, 1984, XXX, p. 223.

No que tange aos direitos e obrigações das pessoas naturais ou jurídicas, constituem garantias asseguradas na Convenção, nos termos do Artigo 6. É oportuno assinalar a este respeito, o ensinamento de VERDROSS que assim se expressa: “É indiscutível que os direitos privados adquiridos ao amparo do ordenamento jurídico do Estado não se extinguem ipso-facto com a transformação do Estado e, em princípio, subsistem”⁽⁵⁾.

B) A Transferência dos Bens de Estado

Na transferência dos bens de Estado verifica-se desde logo a influência das mutações territoriais sobre o meio económico. Todas as propriedades estatais, com efeito, situadas no território desmembrado (edifícios públicos, fundos do governo depositados em bancos, estradas de ferro nacionalizadas, navios, aviões) passam para o Estado sucessor. Nesta ordem de idéias citemos como exemplo expressivo o Artigo 256 do Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, que é do teor seguinte: “As Potencias cessionárias de territórios alemães adquirirão todos os bens e propriedades que pertençam ao Império ou aos Estados alemães situados em ditos territórios”.

A análise das normas sobre transferência dos bens de Estado contidas na Convenção de 1983 revela uma confirmação de princípios reconhecidos na prática dos Estados. Procurou-se, inicialmente, na Parte II desta Convenção definir a matéria na seguinte forma: “Para os efeitos dos artigos da presente Parte, entende-se por “bens de Estado do Estado predecessor” os bens, direitos, e interesses que na data da sucessão de Estados e de conformidade com o direito interno do Estado predecessor pertenciam a este” (Art. 8).

É na Parte II, Seção 1 (Artigos 9 a 13) da Convenção de 1983 que se encontra regulamentado o capítulo sobre os bens de Estado, cujas regras básicas podem ser assim classificadas:

- a) as concernentes aos efeitos da transferência dos bens de Estado, que se realizam sem compensação e que acarretam a extinção dos direitos do Estado predecessor;
- b) as que dizem respeito à data da passagem dos bens, a qual deve coincidir com a época da sucessão de Estados;
- c) as relativas à ineficácia da sucessão quanto aos bens de um terceiro Estado situados no território do Estado predecessor;

(5) VERDROSS, Alfred – Derecho Internacional Publico. Aguilar, Madrid, 5ª Ed., 1967, p. 200. – Acrescente-se, nesta linha de análise a Sentença da CPJI, de 10 de setembro de 1923 – (Colonos alemães na Polónia) – B. 6, p. 36: “Les droits privés acquis conformément aux droits en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d’un changement de souveraineté”.

- d) as regras que dizem respeito à conservação e segurança dos bens de Estado.

Reservou a Convenção em sua Seção 2, da Parte II, um espaço destinado a regulamentar as categorias específicas da Sucessão de Estados. Trata-se dos seguintes tópicos:

- a) transferência de uma parte do território de um Estado, caso em que dita transferência se opera por acordo obtido entre os Estados predecessor e sucessor, ou em ocorrendo falta desse acordo, os bens imóveis e os bens móveis passam (automaticamente) do Estado predecessor ao Estado sucessor (Art. 14);
- b) sistemática dos bens de Estados que alcançaram a independência recentemente (Art. 15);
- c) unificação de Estados (Art. 16);
- d) separação de parte ou partes do território de um Estado (Art. 17);
- e) dissolução de um Estado (Art. 18).

C) – A Transferência dos Arquivos de Estado

Segundo CH. ROUSSEAU “Embora não se possa refutar seu caráter público, a transferência dos arquivos tem suscitado por vezes, complicações, mas sempre se admitiu que a propriedade dos arquivos conservados pela administração local segue o destino do território e se transfere com este ao Estado sucessor”⁽⁶⁾.

A aplicação dessa regra pode ser constatada no Artigo 52 do Tratado de Versalhes – no Capítulo sobre a reintegração da Alsacia-Lorena à soberania francesa. Assim determinava o Artigo 52: “O Governo alemão entregará sem delonga ao Governo francês os arquivos, registros, planos, títulos e documentos de todas as classes referentes à administração civil, militar, financeira, judicial ou de outra índole dos territórios reintegrados à soberania francesa”.

Ora, a Convenção de 1983 renova esses conceitos na definição contida em seu Artigo 20, nos seguintes termos:

Art. 20: “Para os efeitos dos artigos da presente parte, se entende por ‘arquivos de Estado do Estado predecessor’ todos os documentos, sejam quais forem sua data e natureza, produzidos ou recebidos pelo Estado predecessor no exercício de suas funções que,

(6) ROUSSEAU, Charles – Derecho Internacional Publico, Ed. ARIEL, Barcelona, 3ª edição, 1966, p. 273.

na data da sucessão de Estados, pertenciam ao Estado predecessor de conformidade com seu direito interno e eram conservados por ele diretamente ou sob seu controle em qualidade de arquivos com qualquer fim”.

Quanto aos efeitos da passagem dos arquivos de Estado predecessor e notadamente às questões relativas à conservação e segurança dos arquivos, aos Estados nascidos de descolonização (recente) e dissolução de um Estado, acham-se disciplinadas nos Artigos 21 a 31 da Convenção.

D) A Transferência das Dívidas de Estado

A Parte IV da Convenção de Viena de 1983, Artigos 32 a 41, assenta os princípios que envolvem a questão das dívidas de Estado quando ocorre a sucessão entre Estados. Dentro deste contexto cabe destacar a definição de dívida de Estado e as condições soberanas (bens, direitos e interesses) no que tange aos Estados provindos da descolonização e assim merecedores de um tratamento mais vantajoso pelo que respeita ao direito adotável aos outros Estados sucessores.

Segundo o Artigo 33, “Para os efeitos dos artigos da presente parte entende-se por ‘dívida de Estado’ toda obrigação financeira de um Estado predecessor para com outro Estado, para com uma organização internacional ou para com qualquer outro sujeito de direito internacional, nascida de conformidade com o direito internacional”. Percebe-se, desde logo, que a Convenção se refere às dívidas contraídas pelo Estado (predecessor) de acordo com as normas do sistema jurídico internacional, porquanto este sistema jurídico não comina e não pode cominar a nenhum Estado deveres para com seus próprios nacionais⁽⁷⁾.

Os preceitos basilares sobre as dívidas de Estado, consagrados no Artigo 38 da Convenção de Viena em epígrafe, referem-se notadamente aos Estados tornados independentes recentemente. Os Estados sucessores com estas características, de fato, não contraem as dívidas do Estado predecessor, a menos que tenham celebrado acordo sobre a liquidação dessas dívidas. E o parágrafo 2 do Artigo 38 reafirma que “o acordo a que se refere o parágrafo 1 não poderá infringir o princípio da soberania permanente de cada povo sobre suas riquezas e seus recursos naturais, nem seu cumprimento poderá colocar em perigo os equilíbrios econômicos fundamentais do Estado de recente independência”.

E) A Regulamentação das Controvérsias

Prevê a Convenção de 1983, Parte V, diversos mecanismos que visam à solução de controvérsias surgidas entre duas ou mais Partes signatárias. O Arti-

(7) Cf: VERDEROSS, Alfred – op. cit. p. 196-197.

go 42 da Convenção enuncia o princípio de que é obrigatório recorrer a um modo pacífico de solução de conflitos. Todavia, da mesma forma que em outros instrumentos convencionais, os Estados signatários mantêm a liberdade de escolher o modo de solução apropriado a um caso concreto.

Dessarte, nos termos do Artigo 42, quando surgir uma controvérsia a respeito da interpretação ou da aplicação da Convenção entre dois ou mais Estados pactuantes, tentar-se-á encontrar solução mediante um processo de consulta e negociação. Não resolvido o litígio no prazo de seis meses devem então as Partes em questão submetê-la ao processo de conciliação (Art. 43). Todavia, a solução de controvérsias pelos meios judicial, arbitral ou outra, estabelecida de comum acordo entre as Partes, é prevista nos Artigos 44 e 45 da Convenção.

Conclusões

A Convenção de Viena de 1983, que envolve três aspectos fundamentais do Direito das Sucessões de Estados (Bens, Arquivos e Dívidas) constitui um todo indivisível e as regras nela enunciadas, como ensina MONNIER “ont dans l’ensemble un caractère supplétif et se présentent comme des règles types, celles-ci se voient dotées dans le cas de succession résultant de l’accession à l’indépendance, comme dans les cas de séparation d’une partie du territoire d’un Etat ou d’une dissolution d’Etats à propos des archives, d’une armature parajuridique destinée à en préserver l’intégrité”⁽⁸⁾.

Em conclusão, pode-se afirmar que o maior mérito da Convenção consistiu em preencher uma lacuna no âmbito do Direito das Sucessões de Estado (especialmente, é claro, em matéria de bens, arquivos e dívidas de Estado), bem como em dinamizar o processo de codificação do direito internacional e seu desenvolvimento progressivo, evidenciando-se por tal modo o efetivo cumprimento do preceituado no Artigo 13 da Carta da O.N.U.

BIBLIOGRAFIA

- BEDJAQUI, Mohammed – **“Problèmes récents de Succession d’Etats dans les Etats nouveaux”** in *Réueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1970.
- FONT BLÁZQUEZ, Agustin – **“La Conferencia de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y dcudas de Estado”**, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984, XXXVI, n. 1, pp. 39 ess.

(8) Cf. MONNIER, Jean -- op. cit. p. 227.

- MONNIER, Jean – (1) – **“Observations sur la Codification et le développement progressif du droit international”**, Mélanges à Georges Perrin, Lausanne, 1984 – pp. 237-249
– (2) – **“La Convention de Vienne sur la succession d’Etats en matière de Biens, Archives et Dettes d’Etats”** in *Annuaire Français de Droit International*, 1984, XXX, pp. 221 e ss.
- O’CONNELL, D.P. – **“Recent Problems of State Succession in Relation to New States”**, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1970, II, pp. 198 ss.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz – **“Das Wiener Übereinkommen über Staatennachfolge in Vermögen, Archive, und Schulden von Staaten”** in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1983, pp. 173-199.
- STREINZ, Rudolf – **“Succession of States in Assets and Liabilities. A New Regime? The 1983 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts”** in *German Yearbook of International Law*, 1983, pp. 198-237.

A Renegociação da Dívida

Luiz Olavo Baptista

Advogado em São Paulo, Professor Associado na Faculdade de Direito da USP, Doutor da Universidade de Paris

RESUMO: O trabalho escrito em março de 1987, inclui a definição das diversas operações que correspondem à negociação da dívida denominadas “restructuring”, “rescheduling” e “refinancing”. Os projetos 1 a 4 realizados em fevereiro de 1983 pelo Brasil, e os aspectos jurídico e econômico, além das cláusulas deste acordo. Aborda a frequência das comissões e juros referentes às operações e a forma de pagamento do empréstimo. Quem são os credores na negociação da dívida como bancos privados, organizações internacionais, fornecedores e investidores individuais. O trabalho traz, ainda, um capítulo voltado aos governos estrangeiros, a paridade de tratamento e por último uma sugestão para a renegociação da dívida externa.

O que os jornais chamam correntemente de “negociação da dívida”, na prática pode corresponder a operações diversas: “restructuring”, “rescheduling” ou “refinancing”. O “restructuring” é o nome dado ao tratamento global que se dará à dívida de um país ou devedor particular. Inclui o “refinancing”, que consiste na injeção de dinheiro novo para pagamento de dívidas antigas, e o “rescheduling”, que é o estabelecimento de novas condições, como abatimentos ou perdão quanto ao principal, extensão de prazos para a liquidação, redução de taxas de juros ou uma combinação desses fatores. As expressões renegociação ou negociação são pois adequadas para designar o processo genericamente.

Essa é a distinção técnica. Na prática é difícil estabelecê-la, pois os termos dos acordos relativos ao refinanciamento da dívida externa tem sido indistinguíveis daqueles a que se chegou nas operações de remanejamento (rescheduling).

Para o devedor é preferível chamar a operação pelo primeiro nome (refinancing) a fim de preservar a sua imagem e crédito. Há ainda, efeitos fiscais nos EUA, para os bancos, de que tratamos em outro lugar. Nesse caso, a imagem do devedor é preservada pela possibilidade de apresentar-se diante dos leigos como alguém que formalmente pagou bem, e obteve “novos” empréstimos. O credor, por seu lado, evita lançar em seu balanço os empréstimos como “non performing”, isto é vencidos e não pagos, aparecendo sob melhor luz diante dos seus acionistas.

O Brasil, em fevereiro de 1983 anunciou ter realizado uma destas operações, os famosos “Projetos” 1 a 4. Segundos os jornais da época noticiaram, ocorreu o “rescheduling” de US\$ 4,9 bilhões, aproximadamente, em mútuos de médio e longo prazo, atingindo 8 anos, com uma carência (grace period) de dois anos e meio, durante o qual o principal não seria amortizado, comissões de 1,5% e juros de 2,1% a 2,5% sobre a taxa LIBOR, com o FMI, presidindo a operação. Uma pré-condição do FMI para a concessão de uma “Extended Finance Facility” (abertura de crédito) de US\$ 4,6 bilhões e de um “compensatory financing” de US\$ 1,3 bilhões, para acudir aos prejuízos com as inundações no Sul, foi dos bancos comerciais fornecerem ao Brasil mais US\$ 4,4 bilhões em novos empréstimos (new money), nos mesmos termos do “rescheduling”.

Há dois aspectos, um jurídico, e outro econômico, que influenciam o processo de renegociação: as cláusulas de vinculação ou paridade de tratamento, e os juros.

Esses acordos, incluíram uma “cross default clause”. Trata-se de uma cláusula que é uma lâmina de dois gumes. Num, ferir-se-iam os bancos que precipitassem uma cobrança, pois a exigência que um banco fizesse, provocando a inadimplência do devedor, faria vencer toda a dívida, e não só o seu crédito. Noutra gume, corta-se o devedor, que se vê obrigado a enfrentar sempre uma frente única, cujos interesses, diferentes, poderiam ser explorados conflitualmente por um hábil negociador. A esta cláusula associa-se outra, conhecida por “pro-bono”, que é similar àquela conhecida na linguagem diplomática como da “nação mais favorecida”. Aí, porém dever-se-ia ler “banco mais favorecido”, pois ela assegura a cada credor igualar-se aos demais no tratamento mais favorável que for concedido a algum deles. A existência dessas cláusulas introduziu sensíveis modificações no panorama da renegociação da dívida externa, tornando-a mais complexa, como veremos ao examinar quem são os credores.

Os acordos de reestruturação das dívidas externas também tem incluído a exigência do pagamento real ou simbólico dos juros devidos, por inteiro, de modo a que os lucros dos bancos não sejam reduzidos. Esse pagamento se faz com recursos (reservas) do próprio devedor ou com dinheiro emprestado pelos bancos, neste caso não passando de mera operação contábil. O leitor arguto já terá visto que este é um dos “pontos de honra” para os bancos, tópico sensível para a segurança dos empregos dos banqueiros e para a cotação na Bolsa das ações de suas instituições.

De qualquer modo, a operação de maquilar o não pagamento com a postergação do vencimento dos juros tratando-os como “novos empréstimos” tem servido como pretexto para a cobrança de comissões, prêmios e, por vezes, juros mais elevados. Assim também cada “renegociação” faz com que a malha

jurídica que prende os devedores se torne mais forte e apertada, em parte por falta de posição negocial, em parte por falta de competência técnica especializada e de uma boa análise prévia da situação e das alternativas propostas.

Comissões e juros aparecem com frequência nas referências às operações de que tratamos, e desempenham uma só função, a de remunerar o empregador. A comissão é cobrada desde logo (deduzida do montante emprestado) fazendo com que seu valor financeiro seja maior que o anunciado, além de não oferecer risco para os bancos; seu valor em geral tem girado em torno de 1,5% do valor do “rescheduling”. Por isso os bancos adoram-na, e também porque aparece desde logo nos balanços como lucro, no mesmo ano em que a operação se faz. É conhecida a prática das empresas norte-americanas de valorizar o lucros a curto prazo, ainda que envolva maior risco.

Portanto os juros dependem diretamente do custo do dinheiro para o banco (que é um mero repassador, como as nossas financeiras), e que em geral toma o dinheiro a curto prazo do público, pagando-lhe os juros do mercado, através da venda de certificados, depósitos a prazo e a vista, e deve esperar para receber do devedor.

A determinação da taxa de juros em empréstimos internacionais se faz com base em dois fatores: um a lei da oferta e da procura do dinheiro nas grandes praças, que se reflete nas taxas LIBOR (taxa de juros oferecidas pelos bancos de Londres em operações com seus pares) e a PRIME (taxa de juros cobrados pelos bancos norte americanos dos seus clientes preferenciais). Essas taxas são flutuantes ao longo do tempo, e geralmente objeto de longa e minuciosa definição nos contratos celebrados. O outro fator é o “spread”, ou taxa de risco com margem de lucro que os bancos procuram se assegurar, e que é acrescida às taxas de juros acima referidas. O México pagava 1,2% sobre a LIBOR até junho de 1982, o Brasil menos de 1% até 1980, passando a 2,1 a 2,5% em fevereiro de 1983, além da comissão de 1,5% a que nos referimos atrás.

A forma de pagamento do empréstimo também é importante, tal como a extensão do seu prazo ou duração. A existência dos “balloon payments”, antecipações da amortização, que ocorrem entre o período de carência e o tempo final, ou a amortização contínua, são alternativas que influem no cálculo das comissões e juros compondo o que se chama de “serviço” da dívida.

Esses fatores afetam o custo do dinheiro e os prazos, e há outros, que se relacionam com a maior ou menor vontade de negociar do banco: o principal é o seu grau de “exposure” em relação ao devedor. É a velha história de, “se alguém deve mil cruzados ao banco, este é seu dono, se alguém deve um bilhão, é esse que é o dono do banco...” É aqui um dos pontos em que ocorre tensão e divergência entre os credores, e estes são vários.

QUEM SÃO OS CREDORES

Um país pode ter, e tem, vários tipos de credor: bancos privados, organizações internacionais (FMI, BIRD, BIS etc.) governos (diretamente ou como garantidores) fornecedores e investidores individuais.

Usualmente as organizações internacionais, que fazem os chamados “soft loans” são excluídas das reestruturações. O FMI tem participado em operações bancárias conjuntas (“syndicates”) do tipo “hard loan”, mas os contratos usualmente contém uma cláusula que o isenta de participar das reestruturações.

Os governos credores discutem no “Club de Paris”, capítulo à parte em qualquer renegociação.

Os fornecedores comerciais em geral também não participam das renegociações da dívida externa. Uma exceção foi a da dívida da Nigéria em que houve um “Steering Comitee” dos credores comerciais.

Os indivíduos, são também excluídos das renegociações, e não tem sido afetados em geral (uma exceção foi o caso da Costa Rica).

Restam, pois, os bancos. Aqueles que são nossos credores podem ser classificados em duas grandes categorias, os bancos norte americanos e os demais. Os primeiros são os que apresentam o maior grau de “exposure” na América Latina, falando-se em cerca de 200% do seu patrimônio somente para os “4 grandes” (Argentina, Brasil, México e Venezuela). Os últimos não apresentam tal margem de risco, constando que os bancos suíços e alemães não ultrapassaram jamais 50% do seu patrimônio em empréstimos para os países em desenvolvimento.

A “exposure” é conceito importante para a compreensão da negociação da dívida, pois não só reflete-se no balanço, e, conseqüentemente na cotação em bolsa das ações do banco, como pode afetar a sua própria existência.

Uma praxe universal (ou quase, como certos exemplos mostram) dos bancos é a de criar um (ou mais) fundos de reserva para contingências, como a insolvência de um credor. Esse fundo de reserva, entretanto não pode ser excessivo ou o banco não teria como remunerar os seus depositantes e credores, ou como gerar lucros. A existência desses fundos decorre em geral de regulamentos. Onde eles não existem, depende do julgamento dos banqueiros quanto à possibilidade e probabilidade de certos empréstimos não serem pagos. Sempre que algum devedor falha, uma parcela do fundo de reserva é consumida. A praxe dos bancos norte americanos, em relação aos devedores duvidosos, é de só provisionar um pequeno percentual dos empréstimos exigidos pelas autoridades de controle. Sacrificam a meta da segurança em razão da necessidade de distri-

buir dividendos. Já os europeus e japoneses tem reservas maiores, por vezes ocultas, e sofrem menos pressão dos acionistas, mais preocupados com a segurança do investimento e com a certeza de retorno a médio e longo prazo.

Numa hipótese extrema, qual fosse a da insolvência dos “4 grandes” da América Latina, os bancos não norte-americanos sofreriam menos que alguns dos seus homólogos dos EUA, que iriam, provavelmente, à falência.

Outra divisão entre os credores ocorre em relação ao tamanho dos bancos e já foi objeto de muitos comentários. Vale, porém, lembrar o porque dessas contradições.

Os pequenos bancos sempre foram pouco ativos no mercado internacional de empréstimos, por não possuírem meios para analisar os riscos que correm. Por isso, também, são mais difíceis em uma negociação, devendo confiar nos bancos maiores, que dispõem de sofisticados departamentos de análise econômica.

Os contratos não são feitos – a não ser excepcionalmente – entre um banco e o devedor. Em geral é um “sindicato” (grupo de bancos, reunidos por um contrato interno, representados por um deles) que contrata com o devedor. Esse “sindicato”, ou consórcio, reúne bancos de todas as origens e tamanhos.

Foi através do processo de “sindicacion”, que é também usual em operações internas, que os pequenos bancos se fizeram introduzir pela primeira vez nos empréstimos internacionais e permanecem ligadas nas sucessivas renegociações.

Os grandes bancos lucraram com essas operações: cobraram comissões, em geral mais de 1% do valor do empréstimo, pela sua atuação à testa do “sindicato” e quando cedem créditos aos pequenos, retém para si parte do “spread”. Seus lucros são maiores, proporcionalmente ao valor emprestado, que o dos demais credores. Leve-se em conta, também que as comissões e o percentual do “spread” auferidos são calculados sobre um valor maior que aquele efetivamente emprestado, o que, também, é lucrativo, pois significa que as reservas podem ser menores, desde que se as calcule com essa base.

Os bancos menores, por sua vez, não poderiam participar, com relativa segurança, dos empréstimos internacionais, não fora o mecanismo da “sindicacion”; faltam-lhes, não só a capacidade de análise econômica, como o “savoir faire” jurídico e negocial, pois, nos EUA, atuam apenas regionalmente.

A tendência dos pequenos bancos, que era a de pressionar para participar dos “sindicatos” desde a primeira crise mexicana tem sido a do “salve-se quem puder”, a de pular do barco o mais cedo possível. São contidos pela pressão

dos grandes bancos, direta, e pela indireta, política, do governo (não convém à economia dos EUA a quebra dos seus maiores bancos). Os grandes bancos pressionam-nos por meio dos acordos interbancários, das relações de correspondente.

A atitude, previsível, dos pequenos bancos no “rescheduling” da dívida brasileira, será a exigência da presença do FMI, com a assumpção por este de parte dos créditos, se possível; ou farão a tentativa de repassar o total ou parte dos seus contratos para os grandes bancos. Como terceira alternativa, procurarão avançar nas comissões e na fatia de “spread” cobrada pelos grandes bancos, e, apenas como últimas possibilidades considerarão o vencimento da dívida, ou a redução dos juros e spread em benefício do devedor.

Esta última solução dependerá essencialmente de acreditarem que o problema brasileiro é apenas uma iliquidez temporária, hipótese em que, menos assustados (mas ainda com medo) os pequenos bancos tentarão ainda melhora da sua posição relativa, seja às custas dos grandes bancos, ou do FMI.

Para muitos dos pequenos bancos pesará pouco computar como perda os valores emprestados. A decisão que a sua administração tomará, se não chegar às suas melhores alternativas negociais, é ou a perda já, ou adiar a perda (em relação ao principal) sem diminuição dos lucros.

OS GOVERNOS

Outro personagem, que desempenha duplo papel, são os governos estrangeiros. Estes dividem-se entre o apoio aos bancos para a manutenção do “status quo”, que representa sólida fonte de divisas e sobretudo de poder, e o realismo de quem sabe que não é possível continuar como está. Aliás os devedores já dão mostras de uma rebeldia incômoda. Por outro lado, são também credores, e renegociam no “Club de Paris”.

Que poderes terão os governos face aos bancos? Tomemos como exemplo os EUA. Os bancos, nos EUA, são sujeitos aos poderes regulamentadores e fiscalizadores de vários órgãos, dentre os quais destacam-se a SEC (Securities Exchange Commission) e o FED (Federal Reserve Board), aos quais correspondem no Brasil, aproximadamente, a CVM e o Banco Central.

Paul Volcker, o presidente do Federal Reserve Board (FED), tem sido sempre um defensor da moderação dos bancos e do monitoramento do FMI. Ele diz saber que há um limite que os devedores não podem superar no pagamento dos juros e do serviço. Mas ao mesmo tempo crê, firmemente, que só com os ajustamentos propostos pelo FMI (a receita monetarista) esses países poderão cumprir as suas obrigações, e tem declarado isso reiteradamente. Paul Volcker

parece ser um pragmático, que leva em conta, com seriedade, os interesses norte-americanos e do sistema que foi mandatado para defender. Esses são os parâmetros de sua ação.

Complementando há uma visão política do governo dos EUA, expressa através do “plano Baker”, que coincide com a análise do FED quanto à impossibilidade de continuar a espremer os devedores e, a necessidade de obedecer ao FMI, propondo como solução, além dos reajustes e da renegociação, a conversão de parte da dívida em investimento, algo do tipo do acordo que o México recém-negociou. Numa sociedade pluralista como a dos EUA, não é possível ordenar a política levando em conta só os interesses de um grupo ou classe profissional. Daí a proposta de Baker buscar o apoio das indústrias e propor uma solução para os bancos. Por outro lado, essa proposta vive a contradição de os EUA estarem atraindo de volta os seus investimentos e investimento de outros países para resolver o problema do seu balanço de pagamentos.

Por essas razões e pela própria estrutura do sistema econômico-político norte-americano, o poder desses órgãos é relativo, não se aproximando, nem de longe, do que exerce diretamente o Estado brasileiro sobre a sua economia. Isso, apesar da atividade bancária ser a mais regulamentada nos EUA. As formas de pressão mais usadas são o mecanismo de redescontos, controlado pelo FED, e o aparato do IRS (imposto de renda) controlado pelo Secretário do Tesouro. Além disso, os bancos precisam da autorização governamental em várias oportunidades, tais como a abertura de agências, aquisições, fusões etc., somando-se a esses vetores de força, as conversações e outras formas de convencimento político.

As autoridades governamentais norte-americanas sofrem outras restrições ao seu poder efetivo. Elas decorrem da filosofia política imperante no país, de “fairness” no tratamento entre entidades públicas e privadas, que as impede seja de fornecer recursos aos bancos para que os repassem, seja de forçá-los a absorver prejuízos (ainda que, no passado isso tenha ocorrido). A filosofia da livre empresa é de correr riscos e colher lucros, ou prejuízos, em razão de decisões e opções feitas livremente. Bem se vê que o balanço entre o interesse político de proteger a estabilidade política de um aliado, evitar um “crack” econômico e a bancarrota, ou quase, do sistema bancário internacional, e a possibilidade de agir contra princípios enraizados na sociedade é difícil de alcançar.

Entretanto nos EUA acredita-se no planejamento. Desde que a crise se agravou, houve um plano, apresentado em 7 de abril de 1983 ao Congresso por um grupo de estudos, formado por funcionários do Tesouro e do FEC, que propunha: 1^o) melhor avaliação dos riscos e vinculações mais estreitos entre empréstimos e capital dos bancos; 2^o) maior transparência nas informações dos bancos relativamente à seus negócios no exterior; 3^o) aumento das reservas, especialmente vinculando-se a países com um histórico de dificuldades; 4^o) alte-

rações nas regras de contabilização relativas às comissões, para vinculá-las à direção do empréstimo e acrescidas desde logo; 5º) coordenação dos esforços com os bancos centrais de outros países credores e com o FMI. Daí resultaram modificações legislativas e regulamentares, que fizeram com que a posição dos bancos melhorasse e a dos credores se tornasse mais difícil.

Como se vê, os personagens e os interesses são vários. Por isso, os credores chegaram a uma doutrina que aplicam em todas as renegociações de dívidas: a da paridade de tratamento.

PARIDADE DE TRATAMENTO

Talvez seja este, como disse um comentarista, “o mais básico dos princípios” em jogo numa operação de reescalonamento ou reestruturação de dívida.

Historicamente, admite-se que a crise mundial das dívidas externas começou em 1981 com a moratória da Polônia (escolhida, talvez, por ser o país, comunista e a dívida maior, pois foi precedida pela quebra da Turquia).

A primeira fase vai de 1981 a 1984. Caracterizou-se, no plano jurídico-financeiro, pela rápida criação de técnicas para tratar as reestruturações a médio e longo prazo, pelo surgimento do chamado “involuntary new money”, e pela acomodação apressada de débitos vencidos ou a curto prazo.

A segunda fase, iniciada em 1984, caracterizou-se pela maior sofisticação do instrumental (basta ler os contratos anteriores e compará-los com os mais recentes) e pela criação do conceito de “multi-year restructuring”, isto é reestruturação pluri-anual. O princípio da paridade de tratamento está presente em ambos. Há outras regras, que aparecem com frequência, de um caso para outro, mas não chegam a configurar usos e costumes, pois cada país negocia em bases diferentes, e a reação é pragmática. Podemos concluir que cada caso é um caso, e cada dívida leva a uma solução diversa.

O que é, então, esse famoso princípio da paridade de tratamento? É a consequência do fato de que uma reestruturação da dívida só será bem sucedida se o devedor soberano, e todos os credores relevantes que participam da negociação, chegarem a um acordo, onde um tratamento igual será dado a credores equivalentes em relação a uma dívida correspondente. Sabemos que os credores, no caso brasileiro, são os bancos privados. Como se chegará a um acordo, se são tantos?

Para que o processo negocial seja viável, criou-se uma organização “ad hoc”, uma forma de representação pela qual apenas alguns bancos, entre 8 e 20, historicamente, formam o que se chama de “Steering Comittee”. Usual-

mente este é sub-dividido em sub-comissões econômica e de documentação jurídica. Será após obtido o acordo entre o “Comitee” e o país devedor, que a comunidade bancária o examinará apresentado pelo primeiro. O FMI acompanha, oficiosamente, as negociações. O texto aprovado deve, depois, ser debatido pelo “Steering Comitee” com cada um dos bancos representados, até que o último destes dê sua adesão à proposta formulada, que então se torna obrigatória através da assinatura de contratos.

A liberdade dos bancos não presentes no “Steering Comitee” é, entretanto, limitada pela chamada “mandatory prepayment clause” que impõe o pagamento na mesma proporção a todos os credores, o que impede o devedor de privilegiar um dos credores, colocando-o contratualmente numa situação semelhante à de uma empresa concordatária. O banco renitente, então, vê-se na impossibilidade de obter melhores condições: ou recebe proporcionalmente como uma falência, ou renegocia. Essa cláusula é uma das que estrutura no contrato o princípio da paridade.

Este implica, ainda, na concessão de “dinheiro novo” se o “Steering Comitee” negociar essa condição.

Os “Steering Comitees” nascem de uma solicitação do país devedor, e recusam a idéia de que possam ter um mandato dos bancos credores, ou que sejam responsáveis pelas negociações. A decisão dos bancos não participantes do “Steering Comitee” além das restrições apontadas é condicionada pela escassez do tempo que lhes é oferecido para firmar os novos contratos. Podemos imaginar que no futuro algum pequeno banco norte-americano venha a acionar os membros do “Steering Comitee”, responsabilizando-o por perdas sofridas em razão de uma negociação. Outro risco, mais próximo, é de um dos pequenos credores resolver que não vai reescalonar e que executará a dívida, precipitando a crise, ou forçando outros bancos a assumí-la.

Outra dificuldade de ordem jurídica advém da diversidade dos contratos: há os submetidos ao direito norte-americano de N. York, ao direito inglês, suíço ou francês, ou japonês. Por outro lado os contratos em si são diferentes no que concerne ao seu conteúdo, às garantias oferecidas e à severidade das cláusulas, e tanto os credores como o devedor não desejam expor essa diversidade, pois serviria para mostrar desigualdades de tratamento de que resultaria uma alteração nos novos contratos, indesejável. A solução usual é de se fazer uma novação parcial e condicionada: um aditamento contratual ou um novo contrato que suspende condicionalmente a vigência do anterior. Em alguns casos o aditamento é o próprio termo de acordo do reestruturamento da dívida, que é cumprido como se fora cada um dos contratos anteriores.

A substituição do devedor ou do credor é outra das dificuldades da renegociação. Ora é o Estado devedor que assume dívidas das empresas públicas ou

privadas, ora é um banco credor que cede o crédito a outro. No caso brasileiro, na renegociação ocorrida durante o governo Figueiredo, entre outras condições mais onerosas aceitas pelos representantes do Governo Brasileiro, esteve a conversão da dívida quase toda para a categoria governamental. Essa medida impede ao Estado devedor de tomar medidas legislativas em favor de um equilíbrio das condições, como ocorreu historicamente em outras renegociações.

Bem se vê, por esse breve resumo, a complexidade do problema da renegociação da dívida. A possibilidade de sucesso exige imaginação.

UMA SUGESTÃO PARA A RENEGOCIAÇÃO

Levando em conta esses fatores propomos para discussão uma fórmula que atende, ao menos em parte aos vários condicionamentos por parte dos bancos e outros credores e às exigências brasileiras: capacidade de importação, crescimento econômico.

Um bom reescalonamento para o Brasil deveria pelo menos: a) trazer dinheiro novo para as importações e exportações; b) fazer com que a taxa de juros fosse previsível e não excedesse certos limites; c) prever um prazo razoável para a amortização principal.

Para os bancos deveria, pelo menos: a) dar-lhes segurança em relação ao futuro; b) assegurar o pagamento regular de juros; c) não forçá-los a colocar mais dinheiro novo no país, pelo menos por agora.

A negociação se desenvolverá em dois planos: comercial, com os bancos e político, com os governos.

No plano comercial seriam estabelecidas as seguintes condições:

a) a cláusula “pro-bono” seria bi-lateralizada de forma a que as vantagens concedidas a outros países devedores fossem oferecidas ao Brasil, que poderia adotá-la se lhe conviesse.

b) conseqüentemente, as menores taxas de “spread”, carências maiores, e outras vantagens oferecidas, por exemplo, ao México, seriam acessíveis desde logo no caso brasileiro.

c) haveria uma limitação quanto a forma de pagamento de juros, que seria estabelecida com base em um percentual das exportações do país, um teto, digamos da ordem de 25% da média dos últimos três anos ou dos últimos dezoito meses. Os valores que excedessem esse teto seriam automaticamente convertidos em novos empréstimos, para serem pagos após a liquidação daqueles em curso, nas mesmas condições.

d) do montante dos juros pagos, 50% seriam depositados em uma “escrow account”, e destinados a financiar as operações de comércio exterior do Brasil. Quer as importações, quer as exportações. Esse fundo de fomento às exportações seria administrado pelos bancos e lhes pertenceria. As condições de financiamento seriam aquelas usuais no comércio exterior. As operações a serem financiadas seriam indicadas pelo governo brasileiro, mas a apreciação do risco oferecido pelas empresas que recebessem o financiamento seria dos bancos.

Com essa fórmula antigir-se-iam os seguintes objetivos: permitir ao Brasil manter um fluxo constante de pagamentos e a geração de “dinheiro novo” para fomentar o comércio exterior que permitirão a manutenção da taxa de crescimento; aos bancos, assegurar-se-ia a garantia de receberem os juros de mercado (que seriam contabilizados) e de diminuir os riscos, concedendo dinheiro novo sem o desembolsar. Além disso, nada impede, antes tudo sugere, que os bancos, para acelerar o recebimento da dívida, ponham-se em ação para ajudar no fomento às exportações e no combate ao protecionismo que as impede.

No plano político, o entendimento visaria uma solução global para a dívida do terceiro mundo, e partiria de uma reforma dos estatutos do BIRD, para permitir a este a emissão de ações preferenciais ao portador, sem direito a voto, com dividendos mínimos pré-fixados. Estas gozariam dos privilégios de serem negociáveis livremente em Bolsa e da total isenção de impostos nos países signatários do tratado. Essas ações seriam subscritas pelos bancos credores com parte dos seus créditos, que passariam a pertencer ao BIRD. Este, então, poderia renegociar com os países devedores, em condições mais favoráveis, livrando-os das dificuldades e apoiando projetos merecedores. Os bancos poderiam, por sua vez, vender as ações em Bolsa, e recuperar o valor dos seus créditos. A existência desses títulos ao portador, livres de impostos, seria um atrativo para aqueles investidores do terceiro mundo, que fazem aplicações clandestinas em moeda forte ou simplesmente a entesouram. O cálculo do volume necessário para reduzir a dívida dos países devedores e ao mesmo tempo permitir a absorção das ações do “novo BIRD” não seria difícil. Ao se verem livres do peso da dívida ou ao vê-lo aliviado, os países devedores passariam a poder gastar mais, e com isso, importar mais, dando um empurrão na economia mundial na direção de um crescimento mais veloz. Basta para isso um pouco de visão e coragem.

Estudos de África I

A EMERGÊNCIA DOS NOVOS ESTADOS AFRICANOS AO SUL DO SAHARA, SUAS RELAÇÕES COM AS ANTIGAS METRÓPOLES E AS DEMAIS NAÇÕES DESENVOLVIDAS(*)

Guido Fernando Silva Soares

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

RESUMO: I – Introdução. II – A independência das antigas colônias britânicas. III – A independência das antigas colônias francesas. IV – A independência dos ex-Congo Belga. V – A independência das antigas colônias portuguesas. VI – A política das ex-metrópoles em África. VII – A entrada de super-potências em África (EUA, URSS, China, Alemanha Ocidental e Oriental e o Japão), e a presença de Cuba. VIII – Conclusões. IX – Anexos.

RÉSUMÉ: I – Introduction. II – L'indépendance des anciennes colonies britanniques. III – L'indépendance des anciennes colonies françaises. IV – L'indépendance de L'ex-Congo Belge. V – L'indépendance des anciennes colonies portugaises. VI – La politique des ex-métropoles en Afrique. VII – L'entrée des superpuissances en Afrique (USA, URSS, Chine, Allemagne Occidentales et Orientale, Japon) et la présence de Cuba. VIII – Conclusions. IX – Annexes.

I – INTRODUÇÃO

A análise das relações internacionais dos novos Estados da África subsahariana, com suas antigas metrópoles e com outras Nações de grande importância econômica mundial, que se fazem presentes no continente africano, pode ter como ponto inicial o período imediatamente posterior a 1945. Na verdade, é a partir do final da Segunda Guerra Mundial que se assiste à decisiva participação dos EUA e da URSS nos negócios internacionais, e, conseqüentemente a sua presença em África, onde, na época colonialista anterior, pouco interesse tinham. Também penetram em África, de maneira direta, três outros Estados que, de igual forma, eram até então estranhos na região: o Japão, a República Popular da China e Cuba.

(*) O presente estudo resultou de um pedido feito pelo Prof. Dr. Fernando Mourão, Chefe do Centro de Estudos Africanos da USP, tendo em vista encomenda dirigida pelo Ministério das Relações Exteriores àquele Centro. Constituída uma equipe formada de Professores da USP em meados de 1982, ao autor foi atribuído o presente tema, cuja elaboração se tornou possível, graças à cooperação dos demais ilustres participantes, sem a qual, nada se teria escrito. A responsabilidade pelos conceitos aqui ventilados e pela publicação do presente, contudo, são de inteira atribuição ao autor. Ficam consignados os agradecimentos ao Prof. Dr. Fernando Mourão, por ter propiciado ao autor descobrir a África e iniciar, com o presente, seus "ESTUDOS DE ÁFRICA", que se pretendem ter continuidade.

A independência dos novos Estados africanos, por outro lado, e sua admissão nos organismos internacionais, notadamente a ONU, a partir dos anos 60, trouxeram novas configurações de forças no confronto Leste-Oeste, deslocando a oposição política para o eixo Norte-Sul. É assim que nos foros internacionais, onde a bipolaridade já cedia a uma multipolaridade (a emergência do Japão, o fortalecimento de uma Europa comunitária, o encravamento cubano na área de influência norte-americana, fatores desgastantes em seu papel de líder para os EUA; as tentativas secessionista da Tchecoslováquia, o rompimento da aliança sino-soviética, o esfacelamento da liderança unipessoal da URSS, fatores esses de desgaste da URSS como pólo oposto aos EUA), por decisiva influência das jovens nações afro-asiáticas, as discussões se centram em questões do desenvolvimento político e econômico dessas nações. Na ONU, logo após a crise do ex-Congo Belga e, além da questão, que persistirem ainda, nossos dias, a questão da condenação do Apartheid na África do Sul e antiga Rodésia e a questão da Namúbia, a preocupação mais importante na África, passa a ser na busca de políticas desenvolvimentistas, cujo reflexo mais evidente foi a emergência da UNCTAD.

Também por pressão dos novos Estados africanos, adjuvados pelos novéis Estados asiáticos, o que se convencionou denominar o grupo afro-asiático, em especial na Assembléia Geral da ONU, foi-se formando a consciência da necessidade de se estabelecer uma “nova ordem econômica mundial”, paralelamente à destruição dos mecanismos jurídicos clássicos das relações internacionais, que, no sentir daqueles novos Estados, tinham sido elaborados a partir da experiência européia, engendradora do Direito Internacional Público Clássico, representativo de um esquema de dominação para o resto-do-mundo. Foi a partir dos estudos de intelectuais dos jovens Estados, que se tem elaborado, sobretudo em França, um Direito Internacional do Desenvolvimento, ainda embrionário, que se baseia na desigualdade “de facto” dos Estados e em relações distributivas (e não mais na igualdade jurídica de Estados soberanos, que, ao pretender realizar a justiça comutativa, aprofunda ainda mais a desigualdade entre Estados ricos e Estados pobres).

Não deixa de ser curioso o fato de as novas Nações criticarem o Direito Internacional Clássico, no seu ver, naquilo que ele tem de conducente a aprofundar a pobreza dos mais pobres, mas de se apegarem aos formalismos tradicionais, quando procuram: o reconhecimento internacional de novos Estados, a legitimação de votos nas organizações internacionais, a formação de quadros diplomáticos à maneira tradicional, a própria ação diplomática junto à comunidade internacional... Sem dúvida, é a diplomacia parlamentar exercida muito informalmente nos organismos internacionais, do tipo ONU, OIT, GATT, UNCTAD, e, em especial na OUA, que tem permitido a convivência das regras tradicionais do D.I. Público e as tentativas de torná-las atuantes e a serviço dos Estados menos-desenvolvidos.

Pode-se, de maneira muito generalizada, agrupar os movimentos de independência dos Estados africanos em quatro tipos, a fim de estudar os seus reflexos nas relações entre as antigas metrópoles e os Estados mais desenvolvidos da atualidade. A tipologia é sugerida por J.B. DUROSELLE, *apud Histoire Diplomatique de 1919 à Nos Jours*, Paris, Dalloz, 5ª ed., 1971, que, no entanto, não chega a elaborar uma teoria de base explicativa de cada modelo sugerido, nem os contornos definidores daqueles tipos de movimentos de nascimento e reconhecimento dos Estados africanos pela comunidade internacional.

Com efeito, até 1957, os países independentes da África se encontravam: quatro situados ao norte (Egito, Líbia, Marrocos e Tunísia) e mais a Etiópia e a Líbia, bem como a África do Sul, então Domínio da Coroa britânica, que logo abandonaria tal “status”, devido à sua política de “apartheid”. Daquela data, até 1962, num espaço de tempo relativamente concentrado, quase toda a África vai sentir o processo da acessão à independência de novos Estados, de forma acelerada, sem dúvida impulsionados pelo espírito da Conferência de Bandung (abril de 1955), que mostrara aos novos Estados asiáticos e do Oriente Médio sua importância no cenário mundial; e que fôra suficientemente assimilado pelos países africanos mencionados (salvo a África do Sul) e mais a Costa do Ouro (futura Gana independente 2 anos após) e o Sudão (um ano após, independente), convidados àquela reunião. Em Bandung, no auge da Guerra-Fria, um dos poucos pontos onde houve unanimidade dos participantes, fôra a condenação frontal do colonialismo, “sob todas as formas de manifestação” e, em que pese os esforços de um Nehru, (criação de uma terceira força internacional que pudesse favorecer a coexistência entre Ocidente e Oriente), os movimentos de independência na África não ficariam a salvo do confronto Leste-Oeste.

Contudo, na observação do citado DUROSELLE, o fenômeno de acesso à independência dos países africanos se deve, certamente à vontade dos próprios povos africanos e as razões de política interna que impulsionaram França e Grã-Bretanha a intensificar suas políticas de descolonização. São suas as seguintes observações:

“para bem compreender este movimento, que é um dos fenômenos mais importantes das relações internacionais após a segunda guerra mundial, é necessário distinguir a descolonização da África Negra inglesa, da África Negra francesa (op. cit., p. 688).

Isto posto, refazendo e melhor elaborando a distinção proposta por DUROSELLE acima, por razões de melhor sistematizar o estudo do fenômeno da descolonização na África sub-sahariana, do ponto de vista das relações internacionais, propõe-se a seguinte tipologia:

- a) a independência das antigas colônias britânicas;
- b) a independência das antigas colônias francesas;
- c) a independência do ex-Congo Belga;
- d) a independência das antigas colônias portuguesas.

Advirta-se que tal enfoque não pretende considerar os movimentos de independência a partir das forças vitais internas dos novos Estados africanos; despreza-se, mesmo, o papel dos líderes carismáticos e tradicionais na condução dos movimentos de libertação e suas ligações com forças exteriores ao próprio país ou ao continente africano. O que se propõe, no presente trabalho é considerar as relações dos novos Estados africanos com as antigas metrópoles, com as nações superdesenvolvidas, e ainda, a nova configuração de forças com os movimentos de independência. Isto posto, fica a observação, para o presente estudo, de que qualquer referência a “África”, deve ser interpretada como “África subsahariana”.

II – A INDEPENDÊNCIA DAS ANTIGAS COLÔNIAS BRITÂNICAS

A análise dos movimentos de independência das antigas colônias britânicas, mostra uma ausência de política global de descolonização por parte de Londres, sendo os novos Estados reconhecidos pela Metrópole, para cada caso específico. A tal pragmatismo caótico, que DUROSELLE atribui à falta de prática de uma política de assimilação por parte dos ingleses nos territórios coloniais da África, contudo não faltou uma sistematização frente às instituições jurídico-políticas do Império Britânico: a descolonização seguiu **grosso modo** em todos os casos, o mesmo procedimento. Eis a descrição de DUROSELLE, em que pese a violenta confrontação que existiu entre colonos brancos e o movimento Mao-Mao no Quênia, a situação particularíssima da antiga Rodésia do Sul (atual Zimbábwe) e a declaração unilateral de independência da África do Sul:

“Do estatuto de ‘colônias da Coroa’ administradas diretamente, passavam ao de colônias com um governo responsável, providas de um legislativo e capazes de gerir suas próprias finanças; depois se tornavam colônias com um ‘self-government’, ainda mais autônomas. Assim, os britânicos procediam por etapas, ao utilizar ao máximo a **negociação**, sob o controle do ‘Colonial Office’ de Londres, e por intermédio de **Comissões de Investigações** da Coroa, encarregados de recolher os votos da população” (op. cit., p. 688, – grifos adicionados –).

Enfim, o procedimento se terminava com o reconhecimento da independência pelo “Colonial Office” e o novo Estado passava a fazer parte da “Commonwealth”, como país independente.

A primeira colônia britânica que se tornou Estado, foi a antiga Costa do Ouro (Gold Coast), que, independente em 6 de maio de 1957, e república em 1º de julho de 1960, tomou o nome de **Gana**. A partir de um movimento nacionalista bastante pronunciado, cujo secretário geral era um professor católico, Kwame Nkrumah, formou-se o “Convention People Party”, sob a conduta do qual, em 1954, foi promulgada uma constituição que praticamente outorgava à Costa do Ouro um “self-government”. Nas eleições gerais de 1951 o partido de Nkrumah foi vencedor e ele tornou-se o primeiro chefe de Governo, tendo o “Colonial Office” acordado a independência ao País na data mencionada. O território sob tutela da ONU e colocado sob administração da Grã-Bretanha, a **British Togoland**, após prebiscito em 9 de maio de 1956, foi imediatamente incorporado ao território de Gana. É uma república unitária de partido único.

A **Nigéria**, profundamente dividida entre diversas etnias, línguas e religiões, teve os primórdios de sua independência estabelecidos em 1944, com a criação de um partido nacionalista chefiado por Nandi Azikiwe. O sistema de “self-government” foi-lhe acordado em 1951 e, posteriormente uma constituição do tipo federal lhe foi outorgada, sob a direção de um Governador Geral e se amalgavam os Protetorados do Norte da Nigéria e do Sul da Nigéria. Por sua reforma em 1957, foi o supremo cargo do Poder Executivo transformado em “**Prime Minister**” e as regiões federadas ganharam um governo local. Tornada independente em 1º de outubro de 1960, a Nigéria tornou-se membro da “Commonwealth”, na forma de uma república parlamentarista federativa, composta de 4 “regions, that is to say, Northern Nigeria, Eastern Nigeria, Western Nigeria and Mid-Western Nigeria” (Const. art. 3 § 1º), mais um Território federal(*). A parte norte dos Camarões Britânicos, que se encontrava sob tutela da ONU e entregue à administração britânica, após referendo de fevereiro de 1961, nesta data, incorporou-se à Nigéria, com o nome de Província de Sar-dauna.

Outra ex-colônia britânica a ganhar independência foi **Sierra Leone**, em 27 de abril de 1961, após uma conferência constitucional em Londres em maio do ano anterior. O poder executivo pertence ao soberano do Reino Unido (a rainha do Reino Unido) e exercido, em seu lugar, por um Governador Geral, que age “on advice of the Prime Minister” e o Gabinete de Ministros, coletivamente responsável perante o Parlamento.

Menos integradas no comércio internacional que as colônias britânicas da África Ocidental, na África Oriental encontravam-se quatro territórios, com

(*) Para o exame dos textos das Constituições dos Países Africanos até 1964, veja-se AMOS J. PEASLEE, **Constitutions of Nations, vol. I, África**, 3ª edição revista, Haia, M. Nijhoff, 1965.

uma população de maioria negros nativos, e minorias de colonos europeus e comerciantes árabes e indianos: Tanganica, Quênia, Uganda e Zanzibar.

Na **Tanganica**, antiga colônia alemã, que fora colocada sob o regime de mandato da ex-sociedade das Nações após 1919 a favor da Grã-Bretanha, e sob tutela da ONU, igualmente a favor do Reino Unido, surgiu um partido nacionalista popular, o “Tanganyika African National Union” (T.A.N.U.) fundado em 1944 por Julius Nyerere. Instituído um “governo responsável” em 1960, no mesmo ano as eleições deram vitória esmagadora ao TANU, o que significaria a independência total proclamada em 28 de dezembro de 1961, no quadro da “Commonwealth”, de regime parlamentarista, com J. Nyerere, Primeiro Ministro.

A ilha de **Zanzibar** teve seu processo de independência caracterizado, no conjunto das antigas colônias britânicas, de forma violenta e já deixando antever a interiorização e oposição entre as várias linhas do Comunismo: soviético e chinês. A presença de árabes, indianos, comorianos, portugueses de Goa, europeus e somalis, ao lado dos 75% de nativos africanos, tornou a luta pelo poder um fenômeno propício aos revezes da guerra fria. Concedido pelos britânicos, em 1960, um “status de governo responsável”, nas eleições de 1961, as cadeiras do legislativo se dividiram igualmente entre o “Zanzibar Nationalist Party”, dominado pelos árabes, apoiado pelo Egito, a esquerda britânica, a esquerda comunista e Gana e o “Afro-Shierazi Party”, dominado pelos africanos e apoiado por Tanganica e seu Primeiro-Ministro Nyerere (veja-se DUROSELLE, *op. cit.* p. 690). Uma conferência constitucional decidiu que a autonomia deveria ser conseguida em 1963. Proclamada a independência em 12 de janeiro de 1964, uma revolução conduzida por elementos de extrema esquerda treinados em Cuba, e chefiados pelo ugandense John Okello, depôs o governo árabe apoiado pelos indianos, em proveito dos africanos. Instituído o Conselho da Revolução, apoiado por elementos pró-chineses, imediatamente os Países do Leste Europeu se aproximaram em enviar conselheiros civis, médicos, professores e construíram no país uma estação de rádio, um porto e diversos hospitais. Em 22 de abril de 1964 um “Act of Union” foi celebrado entre Tanganica e Zanzibar e a união tomou o nome de **República Unida da Tanzânia**, presidida por Nyerere, com dois Vice-Presidentes, um em Tanganica, outro em Zanzibar. É mister acentuar, como o faz DUROSELLE, que

“Zanzibar é um dos únicos pontos da África onde a influência comunista se tornou importante, dividida, contudo, entre comunismo chinês, comunismo soviético e comunismo cubano”. “O problema que subsiste é o dos árabes e indianos que detêm o controle do comércio e que os africanos de extrema esquerda consideram como um dos principais obstáculos ao progresso” (*op. cit.*, p. 690)

Vale acrescentar às palavras de DUROSELLE que o Presidente Nyerere se tem mantido numa prudente equidistância entre soviéticos e chineses.

No **Quênia**, o processo de independência foi mais difícil, uma vez que a repartição das terras férteis do país (1/6) era disputada por entre 6 milhões de africanos, 150.000 indianos, 50.000 árabes e várias dezenas de milhares de colonos britânicos que possuíam as melhores terras. Em 1947, Jomo Kenyatta, intelectual formado em Londres (primeiro antropólogo africano a criticar o colonialismo), e líder nacionalista, funda o partido popular “Kenya African Union”; paralelamente a ele, e por vezes com sua cumplicidade, surge o movimento Mau-Mau, sociedade secreta, política e religiosa, que pregava a independência através de atentados terroristas, a tomada violenta das terras dos colonos brancos e a supressão do cristianismo. Em 1952 o Governo britânico decidiu prender Kenyatta e os seguidores da seita Mau-Mau, assim como os membros do “Kenya African Union”. Após uma revolta que durou até 1955, os Britânicos acordaram uma Constituição em 1958 e em 1960 novo partido foi formado e presidido por Kenyatta, a “Kenya African National Union” (KANU); no ano seguinte, nas eleições de 1962, a “KANU” vence as eleições, derrotando os partidos apoiados pelos britânicos. Nas eleições de maio de 1963, a “KANU” por ter obtido 75% das cadeiras do parlamento, a independência foi outorgada a Quênia em 12 de dezembro de 1963.

Uganda, constituída de uma colônia e pequenos reinados, obteve sua independência em 9 de novembro de 1962, como membro da Commonwealth, não sem terem os ingleses obtido, com grandes esforços, que aqueles reinados se unificassem no futuro Estado.

No Sudeste da África, delimitados pela então União Sul Africana, independente desde 1910 e que abandonaria a Commonwealth em 1961, as possessões britânicas compreendiam a Rodésia do Sul, a Rodésia do Norte e a Nyassalândia, as duas últimas, protetorados, onde a situação dos colonos brancos compreendia bem menos dos 10% da população total, índice esse que é a presença de colonos brancos da Rodésia do Sul. No sentido de contra-arrestar a influência da União Sul Africana sobre os elementos favoráveis ao poder aos brancos e de minar a política de “apartheid” dos sul-africanos, o “Colonial Office” de Londres, na tentativa de manter unidas as três possessões, instituiria em 1953 uma Federação da África Central, onde os brancos detinham 35 votos e os negros 6 votos de seus representantes na Assembléia federal. Após vários incidentes sangrentos, Nyassalândia foi a primeira a deixar a Federação, sob a direção de um partido nacionalista dirigido por Hastings Banda, que em fevereiro de 1963, accedeu à independência, e em 1964, 1º de julho, assumiu seu novo nome de **MALAWI**, na forma de república.

A Rodésia do Norte, país rico em minas de cobre, sob a liderança de Kaunda, suscitou um movimento ferrenho em favor da secessão da Federação. Em 1962 o “Colonial Office” aceitaria um compromisso e eleições garantiram

maioria aos partidos dos africanos. Obtido voto da Federação, Kaunda faz a retirada de seu país da Federação e em 24/X/1964 a Rodésia do Norte se torna **República de Zâmbia**.

Quanto à Rodésia do Sul (atual Zimbábue) largamente dominada pela minoria branca, em especial no plano de representação parlamentar (sua constituição de 1901 permitia aos negros assento no Parlamento, mas em minoria); foi organizado um referendo, onde quase que só os brancos puderam votar, que dotou o país de nova constituição, restringindo ainda mais a representatividade dos negros. Nas eleições de 1962 os moderados foram batidos pela “Frente Rodésiana” de extrema direita e o novo Governo, além de votar leis ainda mais racistas, decretou a residência forçada dos líderes negros. Em inícios de 1970, Ian Smith decretou unilateralmente a independência do país, sem consultas à Grã-Bretanha decretando, ao mesmo tempo, a morte da Federação da África Central e a definitiva incorporação da Rodésia do Sul à política racista e segregacionista (apartheid) da África do Sul.

Até 1974, a África Austral conheceria um período de relativa calma e na antiga Rodésia o regime racista de Ian Smith podia prosseguir com sua política de dominação pela minoria branca. Naquele ano, em abril, a derrubada do regime de Marcelo Caetano em Portugal e a vitória das forças de libertação de Angola e Moçambique, com a presença de tropas cubanas e o apoio de armas e conselheiros soviéticos, bem como o auxílio dos EUA a seu aliado da OTAN e África do Sul, vieram desestabilizar a região e reacender os ânimos de independência na ex-Rodésia. Em particular, a independência de Moçambique iria fazer as fronteiras da ex-Rodésia aberta aos guerrilheiros da ZANU (Zimbabwe African National Union) dirigida por R. Muzabe, que prosseguiriam a guerra começada em 1972. Os sucessos angolano e moçambiquenhos iriam encorajar outros Estados africanos a dar seu apoio à ZANU, como também à ZAPU (Zimbabwe African People's Union), dirigida por Yoshua Nkome e apoiada pela URSS, que operava a partir do Zâmbia. O aparecimento de uma forte oposição organizada, o **African National Council**, sob a direção do bispo Abel Murozwa, viria ainda a acrescentar novos fatores na independência da ex-Rodésia. Veja-se, a propósito, o artigo de John Barrat “L'apparition d'un nouveau Zimbabwe dans une Afrique Australe en mutation: origines et répercussions” in **2 Politique Étrangère**, Institut Français des Relations Internationales, Paris, junho, 1980, p. 407-434.

Deve dizer-se que, à diferença da independência de outras ex-colônias britânicas, que se processou com relativa tranquilidade em relação à ex-metrópole, no caso de Zimbábue, já houve interferência dos países vizinhos negros (denominados “Países da Linha de Frente: Tanzania, Zâmbia, Moçambique, Angola e Botswana), da África do Sul e a ativa participação da URSS e dos EUA, tornando a questão ainda mais intrincada. No fundo, o principal problema era a passagem do poder que restava em mãos da minoria branca, aos parti-

dos representativos de maioria da população negra, que se encontravam desunidos. Em fins de 1976, por insistência dos países da linha de Frente, a ZANU e a ZAPU concluíram uma aliança **Patriotic Front, PF**, que substituiria o “African National Council” e que deveria desde então, coordenar as atividades militares dos grupos guerrilheiros e as negociações.

Excluídos do PF, Murozewa e Sithoie, este, antigo dirigente da ZANU, concluem com Jan Smith um **regulamento interno de 1978**, sobre as bases de uma constituição, que daria maior representatividade à maioria negra no parlamento e eliminaria algumas restrições racistas do país. Contudo, nem os Países da Linha de Frente nem a PF aceitariam tal regulamento e a guerra prosseguiria, com os guerrilheiros da ZANU operando a partir de Moçambique e os da ZAPU, a partir de Zambia. A África do Sul, de seu lado, fortemente apoiava a política do **regulamento de 1978** e, a tal ponto chegou sua intervenção, que o Conselho de Segurança da ONU proclamou por unanimidade, em outubro de 1978 o embargo total de armas destinadas à África do Sul.

Realizadas as eleições, conforme o regulamento interno, em abril de 1979, com grande sucesso e grande participação do eleitorado (64%) branco e negro, obteve vitória o bispo Murozewa, então chefe do novo partido UANC (United African National Council), contra a ZANU de Sithole, e outros partidos menores. O parlamento ficou constituído de 72 votos aos africanos (51 ao UANC) e os 28 destinados aos brancos, foram ganhos pela **Rhodesian Front** de Jan Smith, em escrutínio separado. O novo Estado passou a denominar-se **Zimbabwe-Rodesia**, o que bem demonstra o compromisso político para apaziguar os brancos; na verdade, pouca coisa foi modificada quanto à estrutura legal, que consagrava o “apartheid”, na nova constituição.

Persistindo a implacável hostilidade do PF e dos “Países da Linha de Frente”, a guerra continuaria.

Em agosto de 1979, na conferência dos países da Commonwealth em Lusaka, Zambia, colocaram-se os princípios para a independência do Zimbabwe-Rodesia, que foram aceitos por todos, inclusive Moçambique (não membro da Commonwealth), seriamente prejudicado com a guerra de libertação no país vizinho.

Enfim, uma conferência constituinte reuniu-se na Lancaster House, em Londres, de setembro a dezembro de 1979, na qual se declarou a independência do novo país, denominado Zimbabwe, e nas eleições de fevereiro de 1980, o partido da ZANU – PF de Robert Mugabe foi o vencedor, sendo ele proclamado primeiro-ministro.

Importa transcrever as observações de John Barrat no caso da independência do Zimbabwe:

... a URSS exerceu um papel fraco – se é que exerceu algum – nas negociações que precederam a regulamentação política de Zimbabwe. Da mesma forma, depois da eleição de Mugabe não houve qualquer traço de influência da URSS, enquanto que os governos ocidentais e a Comunidade Européia foram realçados pela publicação de planos relativos à ajuda prevista em favor do novo Estado. Também a criação de um novo exército tem tido êxito, com a assistência dos britânicos, conquanto os russos tenham fornecido armas e instrutores ao tempo do conflito militar (**op. cit.**, p. 429).

Enfim, para completar o quadro, na atualidade (julho/1983) dos países independentes e antigas colônias da Inglaterra, é necessário acrescentar os novos Estados reconhecidos como tais, tanto pela antiga metrópole, como pela O.U.A., e o resto-do-mundo: Botswana (1966), Lesotho (1966) e Swazilandia (1968).

III – A INDEPENDÊNCIA DAS ANTIGAS COLÔNIAS FRANCESAS

Como já foi observado, se o processo de independência das antigas colônias inglesas seguiu um pragmatismo por vezes caótico, mas subordinado a um procedimento mais ou menos uniforme, por etapas, já o exame do caso das antigas colônias francesas revela uma política bem definida dos governos franceses “que asseguraram com maior ou menor boa vontade uma evolução dos territórios franceses em direção à independência, seguindo normas gerais” (DUROSELLE, p. 692). Essencial é a atuação do General de Gaulle cujo pensamento, enquanto articulador da Constituição da V República Francesa, se expressava na “idéia de que seria preferível a independência dos territórios e uma sólida cooperação entre eles e a França, ao manutenção de uma soberania das populações locais”. **Em breve: ele tinha aprendido a lição com a guerra da Indochina e a guerra da Argélia** (DUROSELLE, p. 694).

Recem elaborada por uma França saída da Segunda Guerra Mundial, a Constituição de Outubro de 1946 dispunha que as antigas colônias da África Negra e de Madagascar se tornariam “territórios do ultramar”, à exceção dos Camarões e do Togo, os quais saíam do sistema de mandatos da Sociedades das Nações (confiados então à França e à Inglaterra), e caíam sob o novo sistema da tutela, igualmente a ela confiados, porém mais diretamente vinculados às decisões do Conselho de Tutela da ONU. Todos os habitantes dos territórios ultramarinos se tornariam “citoyens français”, com direito a eleger representantes junto à Assembléia Nacional e ao Conselho da República, porém em número

bastante reduzido em relação às populações africanas e em comparação com os deputados da França metropolitana.

Assim, de 1946 a 1958, data da atuação decisiva do General de Gaulle, pode observar-se na África francesa a existência de duas grandes tendências: a dos “Independentes do Ultramar”, partido fundado por Apithy (Daomé atual Benin) que preconizava uma grande República federal africana, com grandes reagrupamentos políticos no interior da União francesa, e a tendência do “Ressemblement Démocratique Africain”, partido fundado por Houphouët Boigny (Costa do Marfim), bem menos federalizante. É, igualmente nesse período que, em França, após as eleições de 1956, o Governo francês, sob a inspiração do socialista Gaston Defferre, então Ministro da França do Ultramar, propôs ao Parlamento uma “loi-cadre”(*) adotada em 23 de junho de 1956, considerado o ponto de partida para os dirigentes africanos. A República Francesa continuava uma e indivisível, mas várias medidas de descentralização foram adotadas: os poderes das assembléias locais foram estendidos, podendo decidir sobre o orçamento público e projetos administrativos e contando com um verdadeiro poder legislativo. Em 1957, o Parlamento de Paris decidiu que as assembléias locais elegeriam um Conselho de Governo, cujos membros seriam Ministros componentes do Poder Executivo, presidido por um Governador, representando a República Francesa. As Federações da África Ocidental Francesa e da África Equatorial Francesa continuariam sua existência como “groupes de territoires”, chefiados por Altos Comissários representantes da República Francesa, assistidos por um Grande Conselho formado de delegados ds assembléias locais de cada território ultramarino.

Quanto ao território do Togo, após ter recebido autonomia interna em 1957-58, as eleições legislativas de abril de 1958, sob o controle da ONU (Conselho de Tutela), elevaram ao poder Sylvanus Olympio que solicitou a imediata suspensão do regime tutelar; enfim, em 24 de abril de 1960, o país tornar-se-ia completamente independente. Deve dizer-se que, de certa maneira, o exemplo dado pela Grã-Bretanha em Gana em 1957, ajudou o Governo francês a apressar a independência do Togo, e a propor a criação de uma República do Togo, que era um território sob tutela da ONU e que, malgrado a recusa desta, não fez a França hesitar em proclamar a república em 1956, o que fez precipitar as eleições de 1958 no Togo.

(*) A “loi-cadre” foi um expediente encontrado pelo sistema constitucional então vigente em França, que proibia a delegação de poderes entre o Parlamento e o Executivo. Votava-se, assim uma lei vaga, somente determinando o quadro normativo ou moldura, onde o Executivo deveria permanecer. Quanto à execução da “loi-cadre”, enquanto não extravasasse as competências determinadas por ela, o Executivo tinha plena liberdade de ação e de “preencher” a moldura.

No que respeita ao território dos Camarões, após movimentos de guerrilha, em 1957 recebeu o “status” de República autônoma, obteve a suspensão da tutela da ONU e em 1º de janeiro de 1960 e tornou-se independente. Contrariamente ao que se passara com a Togolândia Britânica, a parte britânica dos Camarões (Territorial of the Southern Cameroom) decidiu unir-se aos Camarões ex-franceses (Territory of the Republic of Cameroom) constituindo a “Federal Republic of Cameroom”, composta de duas partes: “East Cameroom”, (ex francês) e “West Cameroom” (ex britânico).

Como se disse, tão logo assumiu o poder, o General de Gaulle tratou de acelerar a descolonização das antigas colônias. No seu projeto de Constituição da **V ième République**, foi solicitada a colaboração de líderes africanos, tais Lamine Gueye, Senghor e Tsiranana. Após viagem triunfal à África, de Gaulle concluiu que a nova Constituição deveria consagrar todo um capítulo sobre “La Communauté”, e que deveria deixar aos países africanos o direito de decidirem sua livre determinação.

Submetida a plebiscito, foi a Constituição da **V République** aprovada por imensa maioria dos franceses e das populações das ex-colônias, em 4 de outubro de 1958.

A Guiné (Conakru), conduzida por um líder sindicalista, Sekou Touré, votou, por 95%, pela negativa do novo sistema constitucional da “Communauté”; portanto, tornou-se imediatamente independente, sendo o novo “status” proclamado em 30 de setembro de 1958, com o conseqüente rompimento quase total com a França, que dela retira suas tropas e serviços administrativos.

O sistema da “Communauté” da Constituição francesa dava a cada Estado-membro uma autonomia interna, mas a Metrópole guardava a competência em política externa, defesa nacional, sistemas monetários, políticas econômicas comuns e problemas de minerais estratégicos. O presidente da Comunidade seria o Presidente da República Francesa e o Legislativo seria um Senado composto de 186 delegados franceses e 96 delegados dos Estados.

Contudo, tal comunidade constitucional duraria pouco tempo. Vários chefes de Estados africanos logo se aperceberam que **Sekou Touré**, cujo país se rebelara no plebiscito de aprovação da Comunidade, era recebido como chefe de Estado nos EUA, enquanto os países da Comunidade tinham o “status” de integrantes da delegação francesa à ONU, não sendo recebidos como membros da mesma.

Se alguns países tinham considerado a Comunidade como evento transitório (Senegal e Madagascar), um fato é que o ideal da independência completa, era a unanimidade das antigas colônias francesas.

Duas conferências de povos africanos se reuniram em **Acra em 1958**. A segunda, composta de elementos extremados, propusera para a África um independência “non pas **octroyée** par la Métropole, mais **arrachée** par la force” (DUROSELLE, p. 695).

Seguiram-se as negociações, onde as posições se tornaram conflitantes: alguns dirigentes propugnavam pelo reforço da Comunidade, em detrimento de federações menores (Houphouet Boigny da Costa do Marfim; e o Presidente do Gabão); outros, como o Senegal e o Sudão agruparam-se, mesmo, na Federação do Mali, dirigida por Senghor e pelo sudanês Modibo Keita. De duração efêmera, em setembro de 1959 a Federação do Mali solicitou à França uma transferência de jurisdição que resultasse numa verdadeira independência.

De Gaulle aceitaria os acordos negociados em 1960 e a antiga República do Sudão tornou-se a **República do Mali**, em 20 de junho de 1960, e continuaria a estar ligada à França por uma “Communauté contractuelle”, com grande cooperação militar, econômica e técnica por parte da antiga metrópole.

Seguindo o exemplo do Mali, as solicitações de transferência das competências dos vários Estados foram uniformemente concedidas. **Madagascar** torna-se independente em 26 de junho de 1960 e os quatro Estados da África Equatorial: **Congo Brazzaville** em 15.08.60, **Gabão** em 15.07.60, **República Centro Africana** em 13.08.60 e **Tchad** em 11.08.60.

No que respeita ao grupo de nações lideradas por Houphouet Boigny, denominados “pays de l’entente”, após seus protestos contra a desagregação da Comunidade, aceitou as independências individuais, com a recusa de participar de qualquer comunidade contratual. Assim, as independências foram declaradas: da **Costa do Marfim**, em 07.08.1960, **Daomé** (atual Benin) em 01.08.1960, **Alto Volta**, em 05.08.1960, e **Níger** em 03.08.1960.

IV – A INDEPENDÊNCIA DO EX-CONGO BELGA (ZAIRE)

O movimento de libertação do ex-Congo Belga, hoje Zaire, representa interesse particular no estudo da definitiva inserção dos novos Estados nascidos no Século XX, na Ásia e África, no fluxo dos acontecimentos da política internacional. Se antes, os acontecimentos regionais africanos eram de pertinência do apêndice das políticas das Metrôpoles, se, como se pressupôs nos itens anteriores, a descolonização tinha sido um assunto resolvido como um “affaire de famille”, à maneira de uma emancipação do filho menor, que atingia ou conquistara a maioria política para integrar o mundo dos **adultos**, ou seja, nações independentes, a libertação do ex-Congo Belga teve suas peculiaridades, que acabaram por internacionalizar a questão e por trazer o confronto da guerra-fria para dentro da África, confronto esse que, até então, se encontrava de

maneira larvar no continente. À independência, se seguiu a **crise do Congo**, que durou de 1960 a 1964, com reais perigos à paz mundial.

Com efeito, a situação geopolítica do rio Congo, escoadouro natural das riquezas de nove outros países, dentre os quais se destacam o próprio **ex-Congo Belga**, de onde provinham, para o mundo ocidental, 7% de seu estanho, 9% de seu cobre, 49% de seu cobalto e 69% dos diamantes industriais de suas indústrias, sobretudo os de perfurações petroleiras, e **Zambia** (antiga Rodésia do Norte), fornecedora de 15% do cobre e 12% do cobalto para o Ocidente, não poderia deixar de atrair a cobiça dos países dependentes de tais insumos industriais, em especial EUA e URSS, que tinham, na ocasião, bem presentes, na formulação de suas políticas de confronto, as advertências de Mao Tsé Tung aos dirigentes chineses: “Se pudermos tomar o Congo, poderemos dominar a África por inteiro”. A tais informações, contidas no excelente estudo do Prof. Henry F. Jackson, **From the Congo to the Soweto: US Foreign Policy toward Africa since 1960** (Nova York, William Morrow and Co. Inc., 1982, p. 23), ajuntem-se outros contidos no mesmo livro: os EUA recebiam, aproximadamente, 3/4 de seu cobalto e metade de seu tantalio, minerais de restrita produção no seu território e essenciais para a indústria aeroespacial, na época, a pedra de toque da afirmação de prestígio internacional na corrida espacial e na produção dos balísticos intercontinentais (que marcariam as relações de poder nas décadas seguintes), da rica província de Katanga, do ex-Congo Belga, que também produzia quantidades abundantes de ferro, zinco, ouro, manganês e bauxita, recursos essenciais para as economias da indústria da Europa Ocidental.

Tanto EUA quanto URSS, na certa, observam o declínio da colonização belga, cuja rapinagem e paternalismo de longe não conseguiram rivalizar os dos outros tipos de colonizadores europeus, com algumas agravantes políticas e econômicas no caso do ex-Congo Belga. Os EUA, fortemente comprometidos com a Bélgica, **via** OTAN, não poderiam desconhecer totalmente os compromissos e direitos ainda pendentes de seu aliado europeu, com as concessões de exclusividade de exploração minerária, existentes na província de Katanga, dadas até 1990 à poderosa “Société Générale de Belgique”. Destaque-se, igualmente, a multipoderosa “Union Minière du Haut Katanga” que detem o monopólio da exploração do cobre na província de Katanga, a mais rica concentração de tal minério na África, e responsável por incidentes de tentativas de secessão, conforme se descreverá. De seu lado, a URSS, que contava com um aparente recesso na política agressiva internacional dos EUA (o insucesso no desembarque da Baía dos Porcos, em Cuba, herança de Eisenhower, as mutações da estratégia nuclear de Foster Dulles da “massive retaliation” para a estratégia gradual da “flexible response” de MacNamara) e que começava a atribuir certa fraqueza ao recém-eleito presidente John F. Kennedy, embora já tivesse seu flanco a descoberto, com o esmorecimento do bloco sino-soviético, bem gostaria de aproveitar-se dos despojos do colonialismo belga.

Por outro lado, já se sentia a emergência de uma Europa do Mercado Comum, concorrente dos EUA, cuja ação comunitária não poderia ficar ausente num conflito numa ex-colônia européia, onde, de braços cruzados, não deixaria o espólio belga ser partilhado entre empresas multinacionais baseadas nos EUA, no Japão, entre empresas estatais soviéticas ou chinesas e sobretudo, num país que mal tinha condições de viver com quadros administrativos e negociais próprios, por falta de preparo, por parte da antiga metrópole.

Pode-se, assim afirmar, a partir do referido estudo do Prof. H.F. Jackson, que a independência do ex-Congo Belga não só fez os EUA despertarem para a África (e com toda propriedade, o referido Prof. mostra que foi a partir da crise do Congo que a Diplomacia norte-americana se organiza um função de assuntos africanos e começa a desenvolver uma política agressiva de penetração nos territórios e de apoios diretos a governos locais e a posições políticas nos foros internacionais) como levou o assunto da descolonização para o centro das preocupações mundiais, acabando por causar uma intervenção direta da própria ONU (as Forças Especiais, ou “Capacetes Azuis”), numa demonstração de que os assuntos africanos eram, como de fato o são, da pertinência imediata da paz e da segurança coletiva de toda comunidade internacional, nos tempos que correm.

Arrimada numa política essencialmente de exploração econômica de sua possessão, a colonização belga se caracterizou por um paternalismo levado às últimas conseqüências: a proibição de qualquer movimento nacionalista e de qualquer acesso aos altos postos da administração, do exército e das ricas plantações à participação da população local. Proclamada a independência do ex-Congo Belga em 30 de junho de 1960, na então cidade de Leopoldville (hoje, Kinshasa), com a presença do rei Balduino, por sua precipitação e sem ter havido uma preparação política adequada anterior, imediatamente se seguiu uma crise com a antiga metrópole, que se degenerou em perigosos confrontos Leste-Oeste.

Os antecedentes da independência do ex-Congo Belga datam de 1950, quando o professor Ksavubu cria a “Association des Peuples Bakongo”, ABAKO, com a finalidade de promover a unidade das populações “bakongo”, dos então Congo Francês (hoje Congo-Brazaville), do próprio ex-Congo Belga e da ex-Angola Portuguesa. Na mesma época, emerge a figura pró-soviética e altamente carismática, Patrice Lumumba, que, futuro participante da Conferência de Acra, de 1958, não cessa de proclamar a independência, em especial após 1957, data da libertação de Gana. Após uma revolta em Léopoldville (hoje Kinshasa), os belgas se resignaram a admitir eleições municipais em Léopoldville (Kinshasa), Elizabetville (Lubumbashi) e Jadotville (Likassi). Vencedor nas eleições de Leopoldville, Kasavubu reclamou eleições gerais; animado pelas libertações da Guiné e do discurso de de Gaulle em – Brazaville (1959) a

partir de 1960, as reivindicações pela liberdade se intensificaram. Com a interdição do ABAKO e com uma sangrenta repressão de revolta pelas forças belgas, o Rei Balduino, após consulta ao Parlamento belga, resolveu iniciar uma política de não mais retardar a independência do país. Aproveitando-se do esfacelamento do ABAKO, e na esteira da nova política da metrópole, Patrice Lumumba funda o “Mouvement National Congolais”, MNC. Após negociações em Bruxelas, em maio de 1960 são realizadas eleições gerais, com a vitória de alguns partidos étnicos e, em algumas regiões com a maioria do M.N.C. de Lumumba. Este formou o Ministério e Kasavubu foi eleito chefe de Estado. Era, assim, proclamada a independência do Congo-Leopoldville, que, em época posterior passou a denominar-se Zaire.

Em 5 de julho de 1960, após um motim de soldados congolezes e a deposição de oficiais belgas, houve carga dos fusileiros navais belgas contra a população, o que motivou o protesto de Kasavubu e Lumumba e o pedido de apoio da ONU contra a intervenção da ex-metrópole. Em 13 do mesmo mês, Katanga, a mais rica de todas as províncias, sob a direção de um comerciante congolês Moise Tshombé, proclamou sua independência e sua secessão do resto do país; “tratava-se de uma manobra das sociedades belgas, e em particular da ‘Union Minière du Haut Katanga’ (DUROSELLE, p. 698), que assim, retomava o controle direto de toda a região. À sucessão de Katanga, segue-se a da parte sul da província de Kasai, que ela só era responsável por 80% da exportação de diamantes industriais para os EUA (9/VIII/1960).

Aberta a crise política entre Kasavubu e Lumumba, em 14 de setembro de 1960, o comandante das forças armadas, Coronel Mobutu, intervem, suspende ambos e fecha as duas casas do legislativo. Nesta época são expulsos do país os diplomatas e grande número de técnicos soviéticos, estes decididamente apoiados por Lumumba.

A URSS, já descontente com o fato de a força de emergência da ONU ter sido comandada por um oficial norte-americano, sem nela ter havido qualquer representação soviética, e dando-se conta da intervenção da ONU “indiretamente promovia uma orientação pró-Occidental e principalmente pró-americana”, (Henry F. Jackson, *op. cit.*, p. 33) desfecha na ONU uma campanha contra o seu Secretário-Geral Dag Hammarskjöld, na forma de tentar substituí-lo por uma “troika”, ou seja, uma junta composta de um representante dos países ocidentais, um dos países socialistas e um de um país neutro. Contando com o apoio dos países afro-asiáticos, que temiam uma balcanização do Ex-Congo Belga, Hammarskjöld recusou-se a demitir-se e permaneceu no poder até 18 de setembro de 1961, quando faleceu num acidente aéreo, em missão de mediação naquela região. Como a escolha de um birmanês, U Thant para Secretário-Geral da ONU, e sendo este um país neutro, as reivindicações soviéticas foram em parte satisfeitas.

Quanto a Lumumba, foi preso e entregue aos catangueses, que o assassinaram em janeiro de 1961. Kasavubu retorna ao poder, no qual permanece até 1965, quando é substituído pelo General Mobutu, decididamente pró-americano. Nos começos de 1961, o caos era total no ex-Congo Belga, com cerca de uma quinzena de Governos independentes, o governo central impotente e um êxodo maciço para as cidades.

Em fevereiro de 1961, a ONU propôs um plano de reconstrução do país, em acordo com Kasavubu. Após duas investidas contra Katanga, em dezembro de 1962, a província volta ao governo de Kinshasa. Enfim, em 1964, após haver reunido o país, as tropas da ONU se retiram.

Tschombé, refugiado no exterior, foi chamado por Kasavubu, e, Primeiro-Ministro, com o auxílio de paraquedistas belgas, retoma Stanleyville (Kisangani), que estava separada e nas mãos de Gizenga, partidário dos soviéticos. Em outubro de 1965, Kasavubu demite Tschombé, o qual tem seu avião desviado para a Argélia, onde é detido e morre na prisão em 1969, e, no seu lugar, toma o poder o General Mobutu, como Presidente da República.

No afã de tornar-se popular, Mobutu inicia uma campanha de “authenticité”, de dar ao país, pelo menos nos nomes, a forma típica local. Assim, o país foi rebatizado para Zaire, as cidades renominadas, Kinshasa (Léopoldville), Lubumbashi (Elizabethville), Kinsangani (Stanteyville), Kananga (Lulua-bourg), Bandaka (Coquilhatville), Bukavu (Constermansville) e o próprio Joseph Désiré Mobutu, mudado para Mobutu Sese Seko.

V – A INDEPENDÊNCIA DAS ANTIGAS COLÔNIAS PORTUGUESAS

Se a independência do ex-Congo Belga levou para a África o confronto da guerra-fria, a descolonização portuguesa causará um impulso renovado nas relações América Latina – África (veja-se Guy Martinière, “Le nouveau dialogue Amérique Latine – Afrique” in **Relations Internationales**, nº 23, 1980, p. 313-340) bem como mostrará o total despreparo dos EUA em assuntos africanos, à vista do fracasso da estratégia do então Secretário de Estado Henry Kissinger, para aquela região e que trouxe o paroxismo da guerra-fria para a África Austral.

A posição geopolítica de Portugal favorecia os interesses estratégicos imediatos dos EUA: as bases norte-americanas (via OTAN) aeronavais nos Açores reganhavam importância, com o fracassado desembarque da Baía dos Porcos, em Cuba, na tentativa de derrubar Fidel Castro, e no momento em que se defrontavam Kennedy e Krushchev. A base aérea das Lajes na Ilha Terceira e na Ilha de Santa Maria, que representava um investimento de 100 milhões de dólares, eram pontas de lança essenciais para a presença de tropas norte-ameri-

canas na Europa, pra o rearmamento de Israel e, em geral, a presença dos EUA no Oriente Médio.

Interesses económicos norte-americanos também se faziam presentes, sobretudo em Angola, o que tornava ainda a política dos EUA em relação a Portugal, mais míope. Assim, conforme Jackson (*op. cit.*, p. 59), após 1971, empresas norte-americanas passaram a controlar a quase totalidade da produção petroléira de Cabinda, a mais rica província daquela região africana, com ênfase na “Gulf Oil Corporation” que, até 1975, tinha investido mais de 300 milhões de dólares, com uma produção diária de 150.000 barris diários. A indústria de diamantes de Angola, o quinto produtor mundial, era controlada por uma empresa sul-africana composta de capitais britânicos e americanos. A ferrovia de Benguela era vital para o escoamento da produção minerária do Zaire e Zambia ao porto angolano de Lobito. Além do mais, Angola faz fronteira com o Sudeste Africano (Nambia), ilegalmente controlada pela África do Sul, tradicional aliada dos EUA.

Os movimentos de libertação das antigas colónias portuguesas tem sua tipicidade em relação aos movimentos descritos anteriormente. O fato é que, quanto mais se caminha no tempo, após 1960, mais o conflito ideológico leste-oeste se faz presente em África e mais violentas as lutas se tornam; veja-se a independência de Zimbabwe, que fugiu à tipologia das independências das ex-colónias britânicas, porque já distanciada de 1960 e, portanto, já dentro daquele conflito (no caso de Zimbabwe, ainda agravada com o problema da intransigência da minoria branca local, apoiada pela África do Sul). Na verdade, os movimentos de libertação das ex-colónias portuguesas têm por elementos típicos além do elemento característico da colonização portuguesa: a violenta oposição leste-oeste após 1960, que se exprimiu no fornecimento de armas a facções rivais, entre colonizadores e colonizados, (EUA e URSS) no treinamento das forças em confronto, seja no local (conselheiros soviéticos), seja alhures (a formação de oficiais portugueses nos EUA), e ainda um fator novo em África: a presença maciça e decisiva de soldados cubanos, após a independência. Por outro lado, têm igualmente de comum, que o final das guerras de libertação e o reconhecimento dos novos Estados se prenderam à derrubada do governo de Marcelo Caetano, em Portugal em 25 de abril de 1974, que representava a continuidade do governo ditatorial colonialista e paternalista de Salazar e, por consequência, o ponto final de um período de cooperação irrestrita com os EUA (a subida ao poder, em Portugal, do socialista Mario Soares).

Quanto à presença cubana em África, ela começa a se fazer sentir, por volta de 1963. Eram as primeiras missões militares, com conselheiros médicos, paramédicos e agrónomos, enviados à Argélia, de Ben Bella, então centro de grandes contactos entre todos os movimentos de libertação de África. Em plena guerrilha argelina, os cubanos já treinavam os guerrilheiros angolanos nas

fronteiras com o Marrocos. Com o golpe de Boumedienne, são os cubanos retirados da Argélia, e fazem sua reaparição nos movimentos de libertação das antigas colônias portuguesas e nas crises posteriores do Chifre da África, em especial, na Etiópia.

Outro fator também típico nos movimentos de libertação das antigas colônias portuguesas foi a presença constante de mercenários, apelidados localmente de “comandos”. De difícil caracterização, podem ser agrupados como forças contra-revolucionárias, seja compostas de minorias locais a soldo das ex-metrópoles (os que combatiam contra o PAIGC na Guiné-Bissau) seja, ainda, de transfugas de outras partes do mundo, igualmente a soldo de quem melhor pagasse (Zairenses em Angola, ex-soldados norte-americanos no Vietnã, em Angola e Moçambique, aventureiros europeus, em toda parte). Interessante a definição legal que o Prof. Romain Yakemtchouk, da Universidade Lovanium de Kinshasa, traz:

Entende-se por “mercenário” (“voluntários estrangeiros”) os indivíduos de nacionalidade estrangeira, que se engajam por conta de um grupo político de fato ou de um governo legal, a fim de prestar um certo número de serviços militares retribuídos, geralmente de curta duração; muito frequentemente, o engajamento se efetua à revelia das autoridades nacionais do mercenário e em violação das leis de seu país (**L’Afrique en Droit International**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, p. 115).

Os primeiros sinais de libertação das ex-colônias portuguesas podem ser fixados em 1956, com a fundação do Partido para a Independência da Guiné-Bissau e Cabo Verde, PAIGC, por Amílcar Cabral, este, um vigoroso líder, que seria assassinado em janeiro de 1973 em Conakry. As lutas de libertação da Guiné-Bissau e Cabo Verde podem ser traçadas como um esforço verdadeiramente heróico de um povo: ao lado da guerrilha africana, um pugilo de homens até então submetidos a um regime retrógrado, e do lado dos colonizadores portugueses, um exército regular bem formado, e conduzido por um grande comandante, o General Spínola, que seria mais tarde considerado herói nacional português e que desencadearia o golpe militar de 1964 em Lisboa. O reconhecimento da liderança e do vigor do então governador geral da Guiné-Bissau, General Spínola, nada mais faz do que prestar homenagem ao idealismo e ao valor transcendental do movimento pela independência da Guiné-Bissau e Cabo Verde, conduzido por outro herói reconhecido pela história: Amílcar Cabral.

O movimento insurrecional contra Portugal na Guiné-Bissau e Cabo Verde terminaria em 24 de setembro de 1973, com a proclamação da independência daqueles países, tendo à frente em Conselho de Estado, presidido por Luis Cabral, irmão de Amílcar Cabral. Por ato firmado dias antes, 26 de agosto de 1974, Portugal reconhece a independência de suas ex-colônias e a 10 de se-

tembro do mesmo ano, celebra acordo com os novos países: Guiné-Bissau e Cabo Verde.

A atividade revolucionária em Angola teve seu início em dezembro de 1956, com a organização do “Movimento Popular de Libertação de Angola”, MPLA, que se tornaria o partido da vitória da independência. Formado de várias forças nacionalistas, delas se destacavam jovens marxistas, dentre os quais, Agostinho Neto, médico e poeta, que logo se imporia como seu líder natural. Seus quadros eram formados de elementos educados, socialistas e com grande controle dos centros urbanos.

Em março de 1961, emerge a “Frente Nacional de Libertação da Angola”, FNLA, criada entre os Bakongos e os 650.000 de fala Kikongo habitantes do norte, e liderada por Holden Roberto, nacionalista bakongo, educado no ex-Congo Belga e que se tornaria cunhado do General Mobutu do Zaire. A FNLA era originada de exilados da nação bakongo, que, anos antes, tinham iniciado uma luta separatista de Portugal, a fim de reunificar-se aos bakongos do ex-Congo Belga e fundar o Reinado do Kongo no norte da Angola. Jackson (*op. cit.*, p. 56), faz concluir que tais ligações de parentesco explicariam a aproximação da FNLA com Mobutu do Zaire e as ligações de Holden Roberto com os EUA, via Mobutu.

A terceira força a emergir foi a União Nacional para a Independência Total da Angola, UNITA, em março de 1966, quando o segundo liderado de Holden Roberto, Jonas Savimbi, após acusá-lo de racista, tribalista e fantoche dos EUA, organizou seu próprio partido. Composto de pessoas provindas do grupo etno-lingüístico dos Ovimbundus, predominantes em Angola e habitantes do planalto central de Benguela, onde, na cidade de Luso (hoje Luena) Savimbi sediou a UNITA; segundo, ainda Jackson, contou, na sua fundação e posteriormente com a convivência militar de Portugal, que pretendia usar a UNITA contra o MPLA.

A violência contra a dominação portuguesa irrompe em 4 de fevereiro de 1961 data reconhecida como início da revolução, quando alguns angolanos atacaram uma prisão para libertarem prisioneiros políticos, e que foram rechaçados por soldados portugueses, armados de metralhadoras. Contudo tal derrota não iria impedir que as forças do norte, lançassem uma sangrenta ofensiva aos colonizadores, em 15 de março de 1961; o resultado seria a morte de 300 europeus, com o revide de Portugal, que resultaria na morte de quase 20.000 angolanos, numa das mais bárbaras repressões colonialistas na África. Por sua vez, o assunto é levado à AG da ONU, onde se vota uma resolução em que se pede a Portugal urgência no exame da questão da descolonização.

Holden Roberto (FNLA), na ocasião da revolta de 15 de março estava em Nova York na ONU e tomou o voto favorável dos EUA àquela revolução como

sinal da nova política norte-americana para a África, tendo obtido vários milhões de dólares, em auxílio financeiro e militar.

Conforme aponta John Barratt (**op. cit.**, *Politique Etrangère*, 1980), a propósito da independência de Zimbábue, a independência dos países da África Austral, sobretudo Angola e Moçambique, mostram outro fator estratégico importante: a presença de minoria branca, a intervenção direta dos EUA, URSS e China, assim como a ingerência da África do Sul, que vieram complicar os movimentos, tornando-os internacionalizados.

A decisão dos EUA de apoiar a FNLA, a partir de 1975, teve como pano de fundo o apoio decisivo da URSS ao MPLA. Após as visitas de Savimbi e de Roberto à China, pelas razões do conflito ideológico sino-soviético, os chineses passaram a apoiar a FNLA. Os santuários de desembarque de material americano e chinês passaram a ser feitos a partir do território dominado por Mobutu, no Zaire. Quanto à URSS, seu apoio à MPLA, se dava **via** Congo-Brazaville.

A guerra civil denominada “segunda guerra de libertação” irrompe em Angola em 23 de março de 1975, quando tropas da FNLA cruzam a fronteira do Zaire e, com o apoio de Mobutu atacam tropas ao norte de Luanda. O governo tripartite de coalisão se desbarata e a URSS inicia um movimento de grande apoio ao MPLA; Fidel Castro faz transportar 260 conselheiros militares, a pedido de Agostinho Neto (já houvera contactos anteriores entre este e Che Guevara que lutara em 1965 nas guerrilhas do Congo), e em 1975, a presença de soldados cubanos, já ao fim da guerra civil, era de 12.000 elementos. A África do Sul, a pedido de Savimbi, faz sua intervenção, e em agosto de 1975, soldados sul-africanos (1.500) invadem o sul de Angola, e, até novembro do mesmo ano, de 4.000 a 5.000 elementos se encontravam em luta em Angola.

Finalmente, com a supremacia política do MPLA, em 11 de novembro de 1975 é proclamada a independência de Angola. Conforme os conceitos do Prof. Henry L. Jackson (**op. cit.**):

Conquanto a vitória do MPLA tenha sido inseparável do apoio de soldados cubanos e assessores militares soviéticos, uma apropriada avaliação de tal vitória deve levar em consideração os consideráveis trunfos do MPLA, além do apoio estrangeiro. Tinha a vigorosa liderança de Agostinho Neto e seus assessores, tal Lucio Lara, que se tornaria secretário da organização partidária e da educação ideológica após a independência. Tais líderes propiciaram ao MPLA uma bem desenvolvida ideologia. Aproveitaram-se de seu exílio involuntário no Congo – Brazaville e Zâmbia sancionado pelos assaltos militares portugueses nos anos 60, quando o movimento ainda estava em gestação, a fim de construir uma organização bem estruturada com apoio da massa (p. 73).

A independência de Moçambique se deve à ativa participação da Frente de Libertação de Moçambique, FRELIMO, criada em 25 de junho de 1962, resultante da aglutinação de três movimentos surgidos em anos precedentes: UDENAMO, MANU e UNAMI. Realizado o primeiro congresso em Dar-es-Salam em setembro de 1962, três personalidades se destacam: Eduardo Mondlane, eleito presidente, antigo professor da Universidade de Syracuse nos EUA; o Padre Uriah Simango, vice-presidente e Marcelino dos Santos, eleito secretário para as relações exteriores.

No ano seguinte, 1973, duas secessões se operam na FRELIMO, em especial, com a reconstituição da UDENAMO. Contudo, tal fato não impedira a ação integrada da FRELIMO, que em setembro de 1974, proclama a insurgência geral armada do povo de Moçambique contra o governo português. Importante observar que:

A FRELIMO, no seu recurso à força armada, tem um tempo de atraso em relação a seus homólogos, o PAIGC, na Guiné-Bissau e do MPLA em Angola. Contudo, desde há muito seus militantes fazem frente comum com os revolucionários guinenses e angolanos: Dos Santos tinha sido, nos anos precedentes, secretário das organizações nacionalistas portuguesas (Jean-Pierre Colin, "Le Mozambique un an après l'indépendance", in *5-Politique Etrangère*, 1976, Paris, Centre d'Etudes de Politique Etrangère, p. 434).

Após uma viagem de E. Mondlane à Europa, a FRELIMO obtém o apoio político e a ajuda militar dos Estados socialistas.

As operações militares ao norte do país, sobretudo a partir de 1967, com a utilização de artilharia pesada, aos poucos vai libertando extensas áreas do país.

Em 1968, o segundo congresso da FRELIMO consagra a liderança de E. Mondlane, já à altura de um grande militante pela liberdade, tais um Ben Baraka, e Amílcar Cabral. Seu assassinio em 3 de fevereiro de 1969, em Dar-es-Salam, contudo, interromperia tal carreira.

Nas reuniões que se seguiram, em março de 1969, o Comitê Central da FRELIMO elege um conselho presidencial, composto de três elementos: o Padre Uriah Simango, Marcelino dos Santos e Samora Machel, que deveria tornar-se o chefe militar da organização. Com a exclusão do P. Simango da organização de 1970, Samora Machel é eleito presidente e M. dos Santos o vice-presidente.

Com a vitória de Samora Machel, e a assinatura dos acordos de Lusaka de 6 de setembro de 1974, entre o Primeiro Ministro português, Mario Soares e Samora Machel, consagra-se o reconhecimento do novo País.

Um ponto a considerar na independência de Moçambique, tendo em vista as estreitas ligações da Tanzânia com a China, é que, contrariamente ao que se passou em Angola, conseguiu-se “conservar um equilíbrio igual entre URSS e China” (Jean-Pierre Collin, *5-Politique Etrangère*, p. 454).

Bem cedo, os dirigentes (da FRELIMO) compreenderam que era uma necessidade vital, sem a qual, a Potência descartada, por todos os meios, tentaria esforçar-se para suscitar, e apoiar movimentos rivais, que... não faltaram. (id. *ibid.*)

VI – A POLÍTICA DAS EX-METRÓPOLES EM ÁFRICA

Quatro fatos da política mundial devem estar presentes, quando se analisa a política das ex-metrópoles em África.

Em primeiro lugar, mais da metade da África se encontra banhada pelo Atlântico Norte, e está assim indiretamente acobertada pela Organização do Tratado do Atlântico Norte, OTAN (ou NATO), organismo político-militar concebido no auge da guerra fria, sob a égide dos EUA, e que chega quase a atrelar os países europeus à diplomacia norte-americana.

Em segundo, a criação das Comunidades Económicas Europeias, CEE, (impropriamente designadas também como Mercado Comum Europeu) que, ao determinar uma política externa comum aos países europeus comunitários, chega a refrear a atividade exterior da França, Inglaterra e Bélgica; veja-se, a exemplo, o longo período em que a Inglaterra permaneceu impossibilitada de entrar nas CEE, em razão de suas ligações comerciais com as ex-colónias, o que conflitava com a política agrícola das CEE.

Em terceiro lugar, é mister considerar o relativo declínio económico da Inglaterra e sua substituição pelos EUA, seja em atividades diretas (auxílios militares e programas oficiais de Governo a Governo) seja através de empresas norte-americanas cada vez mais poderosas e melhormente equipadas para adaptar-se às novas condições locais, do que as empresas europeias tradicionais.

Contudo, deve-se ter presente, igualmente, que “a dependência da Inglaterra e dos outros Estados da Europa Ocidental, em relação ao fornecimento de matérias-primas minerais africanas, é muito maior que a dependência dos EUA”, (Anatóly Gromiko, *África – Progresso, Dificuldades, Perspectivas*, Moscú, Edições Progresso, 1983, p. 244). Diríamos, mesmo, que as relações

entre as antigas metrópoles e a África são vitais para a indústria da Europa Ocidental, que em nada são auto-suficientes em termos de minerais como o manganês, asbestos, ouro, diamantes industriais, cobre e zinco, sem falar na absoluta inexistência de petróleo em território europeu ocidental.

Enfim, o quarto fato, este fundamental, que se deve ter em mira ao analisar as relações entre as ex-metrópoles e os novos Estados africanos é a existência do **apartheid** e de uma política racista, na África do Sul, e a sua presença ostensiva e ilegal na Namíbia, em desafio a quaisquer princípios jurídicos e humanitários, o que contraria de frente quaisquer ideais dos novos Estados africanos. Ora, a África do Sul é importante fornecedor de matérias primas essenciais à Europa Ocidental e, sendo um dos países mais prósperos da África, representa um excepcional parceiro de trocas internacionais. Conforme acentua Gromiko (p. 246):

A Inglaterra continua a ser o maior investidor e o principal parceiro comercial da RSA. Em 1976, 10,1% de todos os investimentos da Inglaterra correspondiam à RSA (em conformidade com o custo de balanço). (A quota da Europa Ocidental era igual a 27,5%, dos EUA a 13%, da Austrália a 15,4% e do Canadá, a 9,95). Os investimentos ingleses estão concentrados nos ramos-chaves da economia sul-africana: extração do ouro, diamantes, urânio e carvão, refinação de petróleo, indústria manufatureira, bancos, companhias de seguros, sistema de comércio.

Ora, tais ligações comerciais e financeiras tornam qualquer posição inglesa no relativo à condenação do governo sul-africano e de sua política do **apartheid** nos foros internacionais, evidentemente dúbia e sem nenhuma eficácia. Assim, todo o esforço das antigas colônias de exterminar com o racismo na África do Sul e de fazer terminada a intervenção abusiva de tal país na Namíbia, através da votação maciça de condenações na ONU, resulta infrutífero e se transforma em pontos de discórdia no relacionamento entre os novos Estados africanos e as antigas metrópoles.

É bem verdade que não se deve perder de vista que aquelas relações comerciais e financeiras são levadas a cabo, na maioria das vezes, por empresas privadas, em princípio pouco interessadas em problemas do relacionamento político de Estado a Estado, na medida em que seus interesses econômicos não sejam molestados. Por outro lado, os movimentos de independência da África vieram demonstrar que nos dias atuais, muito dificilmente os Estados europeus embarcariam numa aventura intervencionista para proteção de capitais privados de seus nacionais (o caso do ex-Congo Belga foi a pá de cal em tais práticas abusivas). Sendo assim, a atividade das empresas privadas, algumas delas em franca rapinagem dos recursos naturais, altamente poluentes do ambiente, com uma sofisticada técnica de suborno e fomento de atividades políticas de grupos

locais a seu interesse exclusivo, são fatores complicadores dos relacionamentos entre novos Estados africanos, e os Estados nacionais europeus daquelas empresas. Ajunte-se a tais fenômenos, o da emergência, no mundo das relações internacionais, de novos atores, sem nacionalidade ou pátria, cujo controle escapa aos Estados: no mundo dos negócios, as empresas multinacionais, e no sub-mundo da violência a soldo: o comércio clandestino de armas e os grupos de mercenários.

No que respeita a relações econômicas globais da Inglaterra e suas ex-colônias africanas, o fator preponderante é que se trata de relações de novos Estados, carentes de capitais próprios e cuja economia, historicamente formada para a exportação de matérias primas, mal têm condições de passar para o estágio industrializado e mudar as estruturas internas de produção. Tal fato propicia a que muito pouca coisa, em termos de relações de comércio exterior, tenda a mudar em relação à Inglaterra, que ainda mantém investimentos vultosos, fincados em áreas vitais para os Estados africanos.

Apesar da substituição dos EUA, RFA e Japão em algumas áreas de influência da Inglaterra, esta ainda ocupa posição privilegiada em alguns países, onde chega a dominar 70 a 80% da participação estrangeira lenes. É o caso da Nigéria, Zimbábwe, Quênia, Zâmbia, Serra Leoa e a República da África do Sul. Destaca-se a Nigéria, onde os investimentos ingleses superam duas vezes os norte-americanos, constituindo um total de 2,5 bilhões de dólares; na extração do petróleo nigeriano dominam a "British Petroleum" e o consórcio "Shell-British Petroleum" (veja-se Gromiko, p. 245).

No que respeita à França, suas necessidades industriais são cobertas quase que exclusivamente pelas exportações africanas: urânio e cobalto (100%), manganês (72%), cromo (55%), ferro (33%) e chumbo (25%) (*apud* Gromiko, p. 252). Segundo Gromiko (p. 259):

"Pode-se afirmar, de um modo geral, que a política da França em África se caracteriza por um certo dinamismo e se apóia em importantes elementos e regimes pró-franceses em vários países africanos. Via de regra, a diplomacia francesa procura assegurar os interesses neocolonialistas da França neste Continente, mediante o emprego flexível de meios e métodos pacíficos.

Através de um mecanismo compensatório de moedas, a "zona do franco", existente entre o Benin, Costa do Marfim, Níger, Alto Volta, Senegal, Togo, Gabão, Camarões, Tchade e República Centro-Africana, a França conseguiu imprimir a supremacia de seu capital nas economias desses países, defendendo os mesmos contra os concorrentes atlânticos e japoneses.

No campo militar, a presença francesa é importante: há tropas aquarteladas no ex-Jibuti (5.000 homens) em Reunião, ainda departamento ultramarino (3.200), no Senegal (1.700), e ainda na Costa do Marfim, Gabão e República Centro-Africana (cerca de 1.000 paraquedistas). Por outro lado, cerca de 3.000 especialistas militares africanos estagiam em França. Através de uma série de tratados bilaterais militares com as suas ex-colônias, constitui-se a possibilidade de grande intercâmbio de especialistas.

Na área diplomática, desde 1973 instituíram-se encontros franco-africanos de alto nível, no qual o tema da política exterior da França: “A África para os africanos” é aplicado, no sentido de defender o continente da influência dos países extracontinentais, cuja atuação poderia colocar em risco a estabilidade do mesmo.

Em dezembro de 1979, por iniciativa da França, foi criado um organismo, “Ações Coordenadas para o Desenvolvimento de África”, composta pela mesma, Grã-Bretanha, RFA, EUA, Bélgica e Canadá, com o objetivo de ampliar econômica aos países novos ao sul do Saara, com a construção coordenada de vias de transporte, desenvolvimento da agricultura, obras de saneamento e contra secas e combates a moléstias tropicais.

No que respeita às relações dos novos Estados africanos com a Comunidade Econômica Européia, CEE, é mister relembrar que, quando da sua constituição, pelo Tratado de Roma de 1957, os territórios africanos que dependiam de três países da Europa, então dos Seis, França, Bélgica e Itália, foram colocados na categoria de **associados** ao Mercado Comum Europeu, por um período de 5 anos, ou seja, até 31 de dezembro de 1962. (Título IV do Tratado). Conforme anota Monique Lions, **Constitucionalismo y Democracia en el África recién Independizada**, México, Universidad Nacional autónoma de México, 1964, p. 149:

“França fez desta disposição a condição **sine qua non** de sua própria adesão: com efeito, uma vez que a C.E.E. tendia a criar uma vasta zona de livre comércio, era necessário que todos os membros se encontrassem num mesmo pé de igualdade. Assim, ficou disposto que todos os signatários do Tratado tomariam o encargo dos Territórios do Ultramar dependentes da Bélgica, França e Itália”.

Os líderes africanos viam em tal associação uma possível forma de dominação coletiva. É bem verdade que tal associação traria a Alemanha Federal para dentro da África, via C.E.E. Contudo, a associação se revelou boa para os interesses africanos, a tal ponto que, com exceção da Guiné, ao aceder à independência, todos os novos Estados confirmaram sua adesão à C.E.E. Assim é que, em 20 de dezembro de 1962, os Ministros da Europa dos Seis e de 18 Estados africanos firmaram em Bruxelas a nova Convenção de Associação com a

C.E.E., para durar até 1967. Sendo assim, os Estados associados africanos passaram a gozar das preferências da C.E.E.; franquias aduaneiras uniformes e redução da tarifa exterior comum aos produtos tropicais africanos, importados para a Europa. Igualmente a Europa Comunitária tem propiciado importante ajuda financeira aos Estados Associados. Em 1964, Monique Lions expunha que o montante global de tal ajuda financeira era de 730 milhões de dólares, divididos: 620 milhões, a título de ajuda sem reembolso, destinados a financiar exclusivamente a produção, assistência e cooperação técnicas e inversões sociais e econômicas de rentabilidade indireta; 110 milhões, a título de empréstimos e especiais, via Banco Europeu de Investimentos. As instituições criadas pela nova Convenção de Associação são: um Conselho, uma Conferência Parlamentar e uma Corte Arbitral, cópia das instituições existentes no Mercado Comum Europeu.

No que respeita à Bélgica, sua ação diplomática tem perdido seu monopólio para a França e para os EUA (veja-se, sobretudo, no Zaire). Quanto a Portugal, dada a escassez de informações, ainda é cedo para se examinar toda a gama de interesses que serão cobertos pelos novos relacionamentos com suas antigas colônias.

De qualquer forma, o que se pode concluir sobre as relações das antigas metrópoles e nas suas ex-colônias em África é que a entrada de Estados tradicionalmente sem presença política africana, tais os EUA, URSS, RP da China, Japão e Cuba (ou de presença moderna relevante, como as duas Alemanhas), em alguns casos pode significar uma radical transformação naquelas relações, em outros, constituir-se em configurações políticas inusitadas, onde os interesses dos tempos coloniais ainda subsistem ao lado de novas configurações políticas e econômicas.

VII – A ENTRADA DOS SUPER-ATORES EM ÁFRICA (EUA, URSS, CHINA, ALEMANHA FEDERAL, JAPÃO), E A PRESENÇA DE CUBA

O acordar dos EUA para a África, como já se disse, se dá a partir da crise do ex-Congo Belga. Henry Jackson (op. cit.) ao descrever as desaventuras da política norte-americana em África, forja o expressivo conceito de **a síndrome do Congo**, típica da estratégia dos EUA naquele continente:

prática pela qual os EUA intervêm numa nação africana (frequentemente num período de crise), identifica um líder local susceptível a uma orientação moderada ou pró-Occidente, e depois o provê de suficiente apoio material, a fim de assegurar sua vitória sobre seus oponentes (p. 55).

A síndrome do Congo explica Mobutu no Zaire. Mas é necessário examinar outro fenômeno da presença norte-americana em África e que denomina-

ríamos a **síndrome do aliado atlântico**: a toda vez que fosse detectado um movimento que pusesse em perigo a dominação de um aliado europeu da OTAN, os EUA vão despejar sua ajuda militar, não em África, mas na antiga metrópole. É o caso mais característico das relações EUA-Portugal, no caso das guerras de libertação de Angola e Moçambique e Guiné-Bissau. Tão logo no poder, Richard Nixon, aconselhado por seu então Assessor para Segurança Nacional, Henry Kissinger, lança em 1969 o **NSSM-39** (“National Security Study Memorandum”), denominado “**Tar-Baby**” (Bebê de pez), síntese da ação política dos EUA na África e que iria marcar a ação diplomática, também dos Governos posteriores. Eis como Jackson a resume:

(1) relações mais estreitas com Estados e territórios dominados pelos brancos, inclusive o relaxamento do embargo de armas aos territórios ultramarinos portugueses, a fim de permitir-se a exportação de equipamentos de dupla finalidade (máquinas utilizáveis para fins civis e militares);

(2) relaxamento seletivo de posições intransigentes contra os regimes dominados pelos brancos e assistência econômica de cerca de 5 milhões de dólares à África negra, para encorajar trocas pacíficas;

(3) apoio aos regimes dos brancos, que procuram relações corretas com as maiorias negras, através de um rebaixamento das críticas aos governos nos fóruns internacionais (Jackson, p. 61).

Conforme anota ainda o Prof. Jackson, o NSSM-39 levou à África a política da guerra fria da URSS e de Cuba; a doutrina do **Bebê de pez** (assim apelidada porque equivale a colar a política africana dos EUA à de Portugal) foi totalmente aplicada por Kissinger. Alargou-se a assistência militar a Portugal: aeroplanos de combate, US\$ 400 milhões em empréstimos, **napalm** e a formação de oficiais portugueses nos EUA, com o pretexto de ser Portugal um aliado da OTAN.

Após o ataque do Egito a Israel em outubro de 1973, as ligações dos EUA e Portugal se intensificaram. Como Portugal permitia a utilização dos Açores para que os EUA suprissem Israel, e como aquela utilização era realizada por contratos anuais, houve oportunidade para renovados pedidos de armas para utilização contra os territórios portugueses em África. As armas cedidas em 1973, incluindo sofisticados mísseis, contudo, jamais seriam usadas, pois em 25 de abril de 1974, o regime de Marcelo Caetano foi derrubado por um golpe militar de inspiração socialista, e ao poder ascende o General Antonio de Spínola, antigo governador e comandante da Guiné-Bissau.

Um dos estopins do golpe de 1974 em Portugal fôra o livro do General Spínola, então coberto de glórias e honras nacionais, em que relatava sua experiência africana: “Portugal e o Futuro”. Eis seus pontos principais:

(a) em substância, as guerras nos territórios africanos não podem ser ganhas no terreno, devido ao imenso auxílio exterior (URSS e Cuba), e onde Portugal absorve cerca de 40% do orçamento anual;

(b) o peso da guerra, para um país, como Portugal, de 9 milhões de habitantes e recursos magros, é insuportável;

(c) a solução deve ser política, assegurando-se às colônias uma certa autonomia, no seio de uma comunidade afro-portuguesa. Foi a reação do governo de Marcelo Caetano, contra o General Spínola, que causaria o golpe militar de 1974.

Ao invés de seguir as advertências de Spínola e de não embarcar numa aventura em Angola na qual os próprios portugueses estavam se retirando, os EUA, agora com Kissinger como Secretário de Estado do Presidente Ford, ainda mais reforçam a política do “Tar Baby” e transformam a questão da presença norte-americana em Angola como uma resposta ao reforço do partido comunista em Portugal e a presença crescente de armas soviéticas, de cubanos e chineses em Angola. Mesmo a experiência (que já chegava ao fim desastroso para a política norte-americana na Guerra do Vietnã) duramente comprovada de que uma guerra de guerrilha e pelos motivos superiores da libertação de um país, não pode ser vencida por uma Super Potência, não foram suficientes para mostrar aos EUA sua política de desacerto de apoiar a FNLA, na esperança de conter o avanço soviético, via MPLA.

A política dos EUA na África tem sido, de Kennedy a Reagan, determinada em definir as estratégias diplomáticas norte-americanas, como uma reação a política soviética. Trazido o clima da guerra-fria para a África, dois efeitos podem ser detectados, em relação aos EUA:

(a) um afastamento dos EUA de liderança ou regimes pró-ocidentais em África (mas não de tendências ditatoriais e corruptíveis) com o conseqüente resultado do apoio norte-americano a regimes anti-democráticos e possivelmente, cada vez mais distanciados da maioria dos Estados africanos, à medida em que estes encontrem a solução política própria ao país;

(b) no que respeita ao intervencionismo, como bem aponta Jackson, a **teoria do efeito do dominó** pode reverter em detrimento dos interesses dos EUA em África:

“ou seja, que a desestabilização dos EUA daqueles regimes pró-soviéticos, como Angola, poderia precipitar instabilidades que poderiam levar ao colapso dos aliados norte-americanos como o Zaire” (p. 288).

A entrada dos EUA em África, marcada que foi por uma intransigência absoluta em relação ao convívio com governos ou movimentos locais apoiados pelos soviéticos, chineses ou cubanos, representa uma incongruência anacrôni-

ca da diplomacia norte-americana. Enquanto em outras arenas políticas se assistia, no final da década dos 60, a um certo esfriamento das tensões leste-ocidente, sobretudo em decorrência do aparecimento de outros polos de poder ou da emergência de um consenso EUA – URSS, ou ainda, da retirada dos EUA de áreas asiáticas onde mal conseguiram substituir a Europa ex-colonialista (Coreia, Vietnam), na África, a diplomacia norte-americana persistiu e ainda persiste numa confrontação, como se o problema de Berlim ali estivesse presente. Em outras palavras, numa configuração mundial diferente de 1945, os EUA persistem na sua pretensão de querer ser os líderes incontestáveis dos destinos de outras Nações, como se não houvesse outras forças a moldar as relações internacionais.

De tais forças, que agem à revelia da diplomacia oficial dos EUA, destacam-se os interesses econômicos das empresas privadas norte-americanas, que já se dão conta da dependência relativa da indústria norte-americana das importações de matérias primas africanas; ou que, sem embargo da posição oficial do governos dos EUA em relação aos governos tidos por pró-soviéticos, não tergiversam em investir maciçamente naqueles territórios por eles contratados. Exemplo elucidativo se passa em Angola, conforme H.J. Jackson (*op. cit.*, p. 89): sem embargo do crescimento na importância e no número de militares cubanos em Angola, mesmo sem o reconhecimento diplomático pelos EUA do governo angolano, apesar da política hostil da diplomacia norte-americana, a poderosa **Gulf Oil** extrai 160.000 barris de petróleo diários em Cabinda, com a previsão de 200.000 para 1983; a **Texaco** tem renegociado com Luanda um contrato de concessão, existente já na época da situação colonial do país.

A entrada decisiva da URSS em África pode ser fixada em 1958, data na qual a Guiné diz “não” à proposta do General de Gaulle de entrar para a “Communauté Française” e se retira da zona do franco; com a saída dos franceses e o vácuo deixado, são estabelecidas relações diplomáticas Guiné-URSS e um primeiro acordo comercial é assinado em 1959 (troca de máquinas e automóveis, contra café e bananas). Sem dúvida que o móvel da política soviética tem sido:

“na melhor das hipóteses, estender sua influência no continente, preenchendo o vácuo deixado pelas antigas potências coloniais, e na pior, tentar ser um contrapeso a elas” (Dominique Ferbos, “Monde Socialiste: cooperation, échanges et politique” in **Jeune Afrique**, Suplemento 1976/1977, (Afrique, Moyen-Orient), p. 171-178).

Pode-se ver um certo paralelismo inicial da política soviética com a norte-americana: uma relativa inépcia de entender os problemas africanos. Aos auxílios triunfalistas dos primeiros contactos com a Guiné (o abandono da fazenda modelo de cultura de arroz La Fié, por falta de quadros competentes, a constru-

ção de um estádio em Conakry de 25.000 lugares, numa cidade de 130.000 habitantes, a construção de um hotel de 120 quartos, no modelo elefantino e anti-econômico ao estilo soviético) e logo após a queda de Kruschev, a política soviética parte para uma tônica de “cooperação produtiva” ou seja “projetos de desenvolvimento que permitam o reembolso do empréstimo pela comercialização de uma parte da produção local”. “Mais claramente, os soviéticos começam a colocar ênfase nos benefícios econômicos que podem tirar de sua ajuda” (Ferbos, *op. cit.*, p. 172). Contudo, se do lado econômico a URSS teve sua política guiada por razões das necessidades de sua indústria local, a partir da crise do ex-Congo Belga e sobretudo no caso da independência das ex-colônias portuguesas, ela se torna agressiva, com envio de técnicos, conselheiros militares e materiais bélicos, já sendo motivada pelas razões da Guerra Fria e das vicissitudes do confronto sino-soviético.

Assim é que, do ponto de vista da política soviética da “cooperação produtiva”, os investimentos da Guiné se dirigiram, em especial, à indústria de exploração minerária, em especial da bauxita, minério relativamente escasso no território soviético e essencial às usinas de Zaparoie (Ucrânia): uma sociedade mista, **Obkea**, é formada, com o comprometimento pelos soviéticos de 83 milhões de rublos na exploração daquele minério em Débélé, região de Kindia, e, em 1973 assina-se um contrato de fornecimento de 2,5 milhões de toneladas anuais, com a duração de 30 anos. Outros acordos importantes assinados com a Guiné: a construção de uma estrada de ferro entre Fridiabe e Conakry, de 140 km., de assistência técnica à “Air Guinée”, de pesquisas de recursos hidrelétricos.

Dominique Ferbos afirma que as relações da URSS com os países africanos, contudo, não se fundamentam só em afinidades ideológicas. A prova é a Nigéria, onde, antes de 1967, praticamente nenhum laço havia entre ambos os países, mas que, no momento da guerra da Biafra, a URSS toma a dianteira da Inglaterra como grande fornecedor de armas ao general Gowon do governo militar federal e, meses após, o acordo cultural assinado em Moscou se duplica e se reforça com o envio de aviões Mig e conselheiros soviéticos. A partir de tais fatos, a política soviética se encaminha no sentido das relações econômicas com a Nigéria, tendo em vista seu potencial minerário. Em 1968, um acordo é assinado em Lagos, para a construção de um complexo metalúrgico, que deverá produzir 800 mil toneladas de aço por ano, tendo os soviéticos acordado um crédito de 140 milhões de dólares. Acordos importantes são ainda assinados: para a indústria petroquímica, para a construção de um hospital em Eunugu (empréstimo de 20 milhões de dólares); milhares de estudantes nigerianos fazem seus estudos na Universidade Patrice Lumumba de Moscou (em 1972, segundo D. Ferbos, mais de 1.000 estudantes). No que respeita ao petróleo nigeriano, em concorrência com o consórcio **Shell/British Petroleum**, que ainda detem 60% da produção no país, a URSS desde 1973 tem acordos firmados no

sentido de auxiliar a **National Nigerian Oil Corporation** na técnica de refino-mento do petróleo.

Quanto ao Congo-Brazzaville o interesse soviético tem sido no sentido de aproveitar-se dos depósitos de metais não-ferrosos, essenciais à sua indústria.

Embora não haja o condicionamento da ajuda soviética a uma política in-condicional ou total, as trocas se têm centrado nos países ideologicamente mais próximos: Guiné, Argélia e o Congo-Brazzaville. Contudo, é de ter-se presente que a presença comercial da URSS na África, tais as construções de usinas, de centrais hidrelétricas, de barragens, de prospecção geológica e de centros de exploração minerária, corresponde às aptidões de exportações da URSS, em especial de bens de equipamento, o que se reflete na abertura de linhas de crédito para tais fins. Como troca, a URSS recebe dos africanos, além de produtos tropicais (café, cacau) outras matérias primas essenciais como os fosfatos, petró-leo, bauxita e os diamantes industriais, dentre outros, por vezes, a preços infe-riores aos do mercado mundial. Outro fator ponderável, na análise da presença soviética em África, é que, sem embargo de o comércio exterior soviético ser monopolido do Estado, tal fato não impede que a política real de penetração comercial da URSS na África, por vezes se oponha aos programas, denomina-dos de **ajuda**, nas diretivas do PCUS. É o que bem define D. Ferbos:

Desembaraçando-se dos princípios que até então ditavam sua política de ajuda ao Terceiro-Mundo nas organizações internacionais, notadamente na última assembléia geral das Nações Unidas, sobre o desenvolvimento, em setembro de 1975, Moscou não adota, forçosamente, a clivagem entre países pobres e ricos. Intervindo ela mesma no mercado mundial como vendedora de matérias primas, portanto como concorrente dos países do Terceiro-Mundo, a URSS é levada a adotar uma posição bastante pru-dente. “Os acordos comerciais internacionais devem ser vantajosos tanto para os produtores, quanto para os consumidores, de maneira igual” es-crescia um observador húngaro (*op. cit.*, p. 175).

Já do ponto da ajuda militar, seja na forma da presença de conselheiros ou homens em armas, seja sobretudo na forma de fornecimento de material bélico, a presença soviética foi relativamente determinante em certos momentos (Lybia, Nigéria, e na libertação das antigas colônias portuguesas), mas, a tendência é subordinar-se, com o passar dos anos, às leis do mercado internacional de ar-mamentos, que desconhecem fronteiras ideológicas ou aquelas amizades des-bordantes das necessidades de defesa nacional. À medida em que os novos Es-tados se firmarem e em que os exércitos nacionais se consolidem, tais tendên-cias parecem prevalecer sobre o que até agora vinha caracterizando a política soviética: de buscar preencher o vácuo do poder deixado pelas antigas metrô-poles.

A presença da China em África se faz por motivos políticos (o confronto ideológico sino-soviético, na sua faceta de preencher o vazio deixado pelas antigas metrópoles e de tentar superar a URSS como o país vanguardeiro no apoio aos movimentos de libertação nacional) e, igualmente económico: suas necessidades de matérias primas e de encontrar mercados para seus produtos industrializados. Acrescente-se a tais fatores, que a China, dados o seu entágio de desenvolvimento industrial e a sua oposição aos “revisionistas” de Moscou, tem muito mais condições políticas e ideológicas do que a URSS de, eventualmente, liderar qualquer formulação de uma **nova ordem econômica internacional**, ou do fortalecimento das **relações sul-sul**, políticas essas de total necessidade dos novos países africanos. Em especial, após sua entrada na ONU, em 26 de outubro de 1971, a China abandona sua política de concorrência com a URSS, no querer liderar os movimentos de libertação (relembre-se a fase de Chou En-lai em 1975, após sua visita à África: “A África está madura para a revolução”) e passa a adotar uma atitude mais pragmática, conquanto recheada de valores estratégicos. Neste particular, note-se a presença determinante da China na África Austral, com a construção financiada da ferrovia **Tanzan**, entre Tanzania e Zâmbia que iria influenciar o isolamento da ex-Rodésia e o fortalecimento dos movimentos de guerrilha no Zimbábue, e também apoiar a guerrilha na Namíbia, numa total reversão da posição estratégica da África do Sul e seus aliados na região.

A política chinesa em África pode ser resumida na descrição de Dominique Ferbos:

lugar de competição entre as antigas metrópoles (mais os EUA) e a União Soviética, a África é igualmente a proa das rivalidades entre Moscou e Pequim. E isto, em dois níveis. Rivalidades por estarem presentes um e outro, junto aos aliados socialistas, notadamente na Argélia e Guiné. Rivalidade, igualmente, em função do controle de zonas estratégicas; caso da Somália e da Etiópia (**op. cit.**, p. 175)

Contudo, o projeto chinês que mais tem rendido intercâmbio de pessoal e material, foi a realização da ferrovia **Tanzan** terminada em 1975, de 1860 km, entre o porto de Dar-es-Salam na Tanzania, no Oceano Índico, e a cidade de Kapiri Mposhi no Zâmbia, e que permite fazer escoar o cobre deste país, prescindindo da passagem pela antiga Rodésia (Zimbábue) e Moçambique; após a negativa do Banco Mundial e de um consórcio anglo-canadense de financiarem o projeto, a China assinaria com a Tanzania e Zâmbia um acordo, em Pequim, em 1970, que previa um empréstimo de 401 milhões de dólares, sem juros, pagáveis em 30 anos, após 1983, sendo parte em moeda conversível e parte em mercadorias absorvíveis pela China, tal empréstimo deveria cobrir os custos da construção, do material rolante, estes, estimados em 17% do total. O trabalho foi executado por cerca de 30.000 africanos, e entre 15.000 a 17.000 chineses,

e representou, a final, uma prova aos novos governos africanos, que a China era capaz de realizar trabalhos de tal envergadura econômica e financeira.

Além dos dividendos políticos, o **Tanzan** renderá à China, outros importantes: os mercados de Tanzania e Zâmbia para seus têxteis, equipamentos e implementos agrícolas, material de transporte, produtos alimentícios, bombas hidráulicas e medicamentos. Também, a China recebeu uma base naval em Dar-es-Salam, treina o exército tanzaniano, a quem fornece equipamentos militares.

Também no Zâmbia, a presença chinesa tem sido relevante; em consequência do fechamento das fronteiras com a antiga Rodésia, foi-lhe concedido por Pequim um empréstimo de 10 milhões de dólares, para a construção de uma rodovia entre o centro do país e as fronteiras de Angola.

Quanto ao Zaire, em 1973, com a visita de Mobutu a Pequim e com a obtenção de um empréstimo de 100 milhões de dólares para o desenvolvimento da agricultura zairense, foram apagadas as más lembranças do auxílio chinês dado a Mulele e Lumumba, durante a crise no ex-Congo Belga.

Se em 1962, 75% da ajuda chinesa se encaminhava aos países asiáticos, em 1972 a África se beneficiava de 40% daqueles investimentos. O principal interesse que os investimentos chineses representam para os países africanos, e que supera o representado pela cooperação soviética, reside no fato de serem mais vantajosos: são empréstimos a longo prazo, trinta anos ou mais, na maioria das vezes sem juros, reembolsáveis em moeda conversível e em produtos locais. De sua parte, além de a China colocar seus produtos industrializados em mercados pouco ou nada exigentes, pode aprovisionar-se dos insumos necessários à sua indústria: zinco e urânio do Zaire e cobre do Zâmbia (em 1974, importação da ordem de 24.000 toneladas, segundo D. Ferbos).

Enfim, conforme Dominique Ferbos:

“A diferença de seus rivais soviéticos, é necessário reconhecer que o modo de vida e o comportamento dos técnicos chineses são mais adaptáveis à África: vivem nas mesmas condições materiais e são remunerados segundo os mesmos salários que os nacionais. No conjunto da imprensa africana, homenagem foi prestada à eficiência e à discreção dos operários chineses que construíram o Tanzan” (*op. cit.*, p. 178).

Descartadas as tentativas colonialistas da Alemanha, em África, que não chegaram a efetivar-se, por oposição de França e Inglaterra, até o final da Segunda Guerra Mundial, as relações da R.F. da Alemanha com os jovens países africanos se baseiam em suas necessidades industriais de matérias primas e se encontram apoiadas no complexo de estratégias políticas e econômicas dos paí-

ses da C.E.E. com a África (Convenção de Lomé sobre a associação dos Estados de África, das Antilhas e do Pacífico com os países da C.E.E.). As relações entre a R.F. da Alemanha e a África são eminentemente financeiras e comerciais, descartados quaisquer envolvimento de caráter político-estratégico. Os principais parceiros da Alemanha Federal são a Nigéria, a Líbia e a Argélia, tendo em vista o nível das indústrias siderúrgicas, de construção de gasoduto, refinação de petróleo, têxteis; na extração de urânio (Gabão, Niger e Zaire) e de minério de ferro (Líbia) há igualmente, importante contribuição de capitais alemães-ocidentais.

Do total da assistência técnica da R.F. da Alemanha, 45% é destinado à África; em 1978, informa-se que 1,73 bilhões de marcos foram a tais efeitos destinados ao continente. (cf. Gromiko, *op. cit.*, p. 262).

No que respeita ao Japão, sua presença em África é recente e se prende às necessidades de importação de matérias primas, que, em 1979, representavam mais de 50% do cobalto, manganês, cromo e minério de ferro provindos daquele continente.

O parceiro mais significativo do Japão em África é a Nigéria. Do lado japonês exportam-se laminados de aço, rolamentos, artigos da indústria elétrica e eletrônica, automóveis, motocicletas, aparelhos de precisão, sintéticos, congelados de peixe e tecidos. Importantes contratos há, em especial na instalação na Nigéria de uma refinaria de petróleo, em Kandun e de uma fábrica de montagem de automóveis “Datsun”, assim como fornecimento de equipamentos nos setores de comunicações elétricas, transporte ferroviário e geração energética. Em 1977, o comércio Japão-Nigéria superou 1 bilhão de dólares (c.f. Gromiko, *op. cit.*, p. 265).

VIII – CONCLUSÕES

A formação dos novos Estados em África, a partir dos movimentos de libertação nacional, após 1960, traz muitas inovações no mundo das relações internacionais, que pedem uma reformulação de teorias até agora tidas por intocáveis, a respeito da própria gênese do Estado moderno.

Há aparentes ambigüidades: de um lado, os novos Estados, ao atingirem suas independências, buscam reformular as regras existentes do Direito Internacional, e que sem dúvida consagram uma situação favorável aos Estados mais desenvolvidos; daí, as propostas para uma **nova ordem econômica internacional**, que conflitam com as normas apoiadas tanto pelos Estados capitalistas quanto pelos socialistas. Por outro lado, tão logo independentes, e independentes porque a comunidade internacional assim os reconhece, os novos Estados buscam afirmar, com vigor, sua presença no mundo, como entidades autônomas, exatamente nos moldes do Direito Internacional tradicional: o reconhe-

cimento diplomático por outros Estados independentes, extra-africanos e africanos, a admissão nos organismos internacionais universais (ONU e seus organismos especializados) e em especial, naquele mais significativo para os novos Estados: a OUA.

Em estudo primoroso, Robert H. Jackson e Carl G. Rosberg, “Why Africa’s Weak States Persist: the Empirical and the Judicial in Statehood” in **World Politics**, XXXV, nº 1, outubro 1982, colocam em confronto duas concepções sobre a gênese do Estado: uma de natureza empírica (Max Weber); que vê no Estado a organização que monopoliza a força, ou seja, os meios de controle sobre as ações que se desenvolvem no território de sua jurisdição, sem dar ênfase ao caráter internacional da existência de tal monopólio; outra, de natureza jurídica (os internacionalistas tradicionais), que vê no Estado uma pessoa jurídica, que além de atributos próprios, território definido, população permanente, governo efetivo, possui outro mais fundamental: a independência ou o direito de entrar em relação com outros Estados.

Ora, a análise dos novos Estados africanos desafia ambos os modelos, o que vem a provar o acerto do que dizia Plínio, o Velho, já na Antiguidade, na sua **História Naturalis**, VIII, VI: **EX AFRICA SEMPER ALIQUID NOVI** (de África, sempre algo de novo).

Houve momentos em que parte significativa de territórios de novos Estados não tinham a jurisdição exclusiva do governo central (Biafra, na Nigéria; Katanga no Zaire) ou em que a anarquia foi quase absoluta (Chad, Uganda); em alguns, o governo não controla a totalidade da legislatura e suas leis mal podem ser executadas. Uma análise empírica, portanto, mal explicaria a existência de Estados na África do sub-Sahara.

Por outro lado, na definição clássica, os elementos componentes do Estado, no caso africano, necessitam explicitações.

Quanto ao que seja comunidade estável, ou sua variante, população permanente, que a sociologia política faz assentar sobre valores comunitários comuns, uma cultura comum e integrada, a África negra seria a própria negação de tal elemento constitutivo do Estado. Sabe-se que a divisão das etnias por entre as antigas colônias, era a prática mais adequada para assegurar a desunião e o manutenção da dominação estrangeira. Por outro lado, pode-se verificar que existe, nos novos Estados, um certo “fear of politicized ethnicity”, e a ênfase que os governos colocam nos conceitos de **nação** e **nacionalismo**, em detrimento do de “ethnos”. (veja-se Jackson e Rosberg, **id.**, p. 6).

No que respeita ao elemento **governo efetivo**, também se verificam exceções importantes em África: o governo personificado ainda se verifica em Áfri-

ca e não é a falta de um legislativo ou Executivo institucionais e eficientes que tem denegado a certos Estados africanos o “status” de nação independente. Há grupos concorrentes com o poder institucionalizado: os exércitos nacionais (cuja lealdade às instituições é questionável, na maioria dos casos), o aparato governamental de segundo escalão (nem sempre confiável na sua eficiência e lealdade) e sobretudo os grupos econômicos estrangeiros que dominam importantes setores da economia do país, que impõem suas regras.

Contudo, alguns fenômenos são perceptíveis: na OUA chegou-se ao consenso de que, para haver uma unidade africana, era necessário respeitar as fronteiras herdadas do sistema colonial. Na verdade, o princípio da auto-determinação dos povos, acelerado na Grande Guerra, e elevado às culminâncias após a Segunda Guerra Mundial, após a independência dos novos Estados africanos, paradoxalmente começa a ser congelado, e é improvável que volte a ter uma expressão política vigorosa. No dizer de Jackson e Rosberg:

A oposição dos Estados africanos existentes e da sociedade internacional reforçou a legitimidade das fronteiras herdadas e solapou aquela dos limites culturais tradicionais (*id.*, p. 15)

Os exemplos são evidentes daqueles movimentos que não conseguiram ganhar a legitimidade internacional: o irredentismo dos somali (divididos entre o Quênia e a Etiópia), o nacionalismo de Biafra, o separatismo de Katanga, e ainda, o caso do tradicional Reino de Buganda, que não foi reconhecido como Estado, após a independência do Uganda.

Ora, a busca do “locus standi” como Estado independente, tem outras razões que ultrapassaram a experiência histórica, pelo menos da Europa, onde a comunidade internacional veio após a formação dos Estados nacionais, e onde a imagem da ordem e civilidade são atributos da organização interna estatal e o caos e a violência, da comunidade internacional. Em África, parece ser o contrário. No dizer de Jackson e Rosberg:

Na África Negra (e, por implicação, em outras regiões do Terceiro-Mundo) os fatores externos são mais aptos do que os fatores internos, a dar uma adequada explicação da formação e persistência dos Estados. As jurisdições estatais e a sociedade internacional, que, outrora, foram consequência do sucesso e sobrevivência dos Estados, hoje são mais propriamente condições (*op. cit.*, p. 23).

Na verdade, o respeito às fronteiras herdadas, a manutenção de laços políticos com as antigas metrópoles, a denegação de uma política de imediata e total deseuropeização nos novos Estados africanos, baseiam-se no fato de que após a independência, as antigas colônias, por mais artificiais que fossem, era

os únicos veículos políticos que poderiam dar força e expressão às aspirações dos africanos, junto à comunidade internacional.

Por outro lado, a vulnerabilidade dos novos Estados, a insegurança dos governos legitimados, levaram a uma política, sobretudo expressa na OUA, de respeito recíproco por limites físicos e étnicos herdados e de abstenção de reivindicações territoriais. A tal fato, junte-se o temor de uma interferência extra-continental, cuja ação subversiva poderia colocar em perigo os Estados existentes. Se a interferência de elementos extra-africanos foi decisiva para a independência, ela passa a ser perigosa para o Estado independente, especialmente quando se reveste da forma da **intervenção**, o que pressupõe a não participação do Estado que a sofre, e uma violação do Direito Internacional, que só pode vir a ser invocado, após o nascimento do Estado, frente à comunidade internacional, ou seja, após o seu reconhecimento como entidade livre.

Isto posto, conclui-se que aquele sistema jurídico elaborado na Europa a partir do final do século XVI, para regular as relações entre os Estados, e que se foi aperfeiçoando, para abranger além dos Estados europeus, seus elaboradores, também os novos Estados da América Latina, primeiro, depois a China e o Japão, no Século XIX, tem também sua plena aplicabilidade aos novíssimos Estados da África e Ásia, na medida em que a comunidade internacional os reconheça como Estados livres. Assim, o Direito Internacional Público clássico tem, em África, inovada reformulação, com um novo repertório de soluções normativas.

O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil

Ada Pellegrini Grinover ()*

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESUMO: Enrico Tullio Liebman, emérito professor da Universidade de Parma, Itália, veio ao Brasil em 1940, após breve permanência na Argentina e no Uruguai. No País teve rápida passagem pelas universidades de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, acabando, por definitivo, na cidade de São Paulo a convite do então diretor da época da Faculdade de Direito. Na cidade paulistana, fulcro da efervescência jurídica, a pauta no Direito era a vigência do Código unitário, de 1939. Liebman era um mestre criativo e dedicado às atividades acadêmicas, reunindo jovens discípulos nas tardes de sábado na casa onde morava, à Alameda Ministro Rocha Azevedo. Ali, discutia os seus estudos, aprofundava discussões e se prodigalizava em inigualáveis lições, utilizando o método científico que, até então, àqueles encontros, era desconhecido do processualista brasileiro. Receberam influência do mestre italiano, Alfredo Buzaid, ex-ministro da Justiça, José Frederico Marques, Bruno Afonso de André e Benvindo Aires, dentre tantos outros que assistiam às aulas de Liebman.

RÉSUMÉ: Enrico Tullio Liebman, professeur émérite de l'Université de Parme, Italie, est arrivé au Brésil en 1940, après un court séjour en Argentine et à l'Uruguay. au Brésil il passa rapidement aux universités de Minas Gerais et de Rio de Janeiro, demeurant définitivement à São Paulo après avoir été invité par le directeur de la Faculté de Droit. À la ville de São Paulo, centre de l'effervescence juridique, le thème du jour, en droit, était le code de l'unité politique de 1939. Liebman était un Maître créatif et très dédié aux activités académiques. Il réunissait chez lui, à Alameda Ministro Rocha Azevedo, les samedis après-midi des jeunes élèves et discutait avec eux ses études, se donnant entièrement à ces incomparables leçons, en utilisant une méthode scientifique, jusqu'à lors inconnue au procès brésilien. Alfredo Buzaid, l'ex-ministre de la Justice, José Frederico Marques, Bruno Afonso de André et Benvindo Aires, parmi beaucoup d'autres qui étaient présents aux leçons de Liebman, ont reçu l'influence du Maître italien. Et ceux-ci, à leur tour, ont eu une grande influence sur les générations successives de spécialistes en procès, qui jusqu'à présent suivent les principes et les méthodes du Maître.

Recordar o magistério de Liebman no Brasil é olhar, num só relance, ao passado, ao presente e ao futuro. Olhar ao passado é ver o jovem professor titular da Universidade de Parma desembarcar no Brasil em 1940, impelido pela tempestade política. Ele vinha de uma breve permanência na Argentina e no Uruguai, cujos vetustos códigos processuais não o haviam animado a trabalhos doutrinários, e haveria de encontrar inspiração e estímulo no Brasil, onde acabava de entrar em vigor o Código unitário de 1939. Após breve estada junto à

(*) Texto redigido originalmente em italiano, para a Rivista di Diritto Processuale. Tradução de *Cândido da Silva Dinamarco*, aluno do 4º ano do curso de bacharelado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

universidade de Minas Gerais e no Rio de Janeiro, chegava a São Paulo, a convite do diretor da Faculdade de Direito, com um contrato para o curso especial que haveria de ministrar até 1946. Assim iniciava ele o seu magistério, primeiro em italiano e logo depois em português, demonstrando uma excepcional facilidade de adaptação à língua, ao ambiente e ao direito brasileiro, de cujas origens, história, e tradições se assenhoreou em pouco tempo.

O momento da chegada de Liebman era o mais oportuno possível para o desenvolvimento da ciência processual. O novo Código trazia algumas inovações inspiradas pelos ordenamentos europeus mais avançados: o procedimento oral com seus postulados fundamentais; o despacho saneador do sistema português; o aumento dos poderes do juiz na direção e valoração da prova e, sobretudo, o cunho publicista do processo, como instrumento estatal destinado à administração da justiça. O terreno era fértil, tendo também em conta os estudos do passado, especialmente em São Paulo, onde a cátedra de direito processual sempre gozou de inegável prestígio.

O espírito generoso e criativo do Mestre foi capaz de compreender em toda sua plenitude as circunstâncias favoráveis. E à sua atividade acadêmica, ele somou uma outra, que produziu resultados permanentes. Reunindo os jovens discípulos nas tardes de sábado na modesta residência da Alameda Rocha Azevedo, discutia os seus estudos, aprofundava as discussões e se prodigalizava em inigualáveis lições utilizando o método científico até aquele momento desconhecido do processualista brasileiro. Talvez nem o próprio Liebman soubesse com precisão quais seriam os resultados daqueles encontros. Talvez não o soubessem nem os discípulos dos sábados à tarde: Vidigal, o primeiro a conquistar a cátedra; Buzaid, com os seus escritos rigorosamente científicos e caracterizados por profundas considerações históricas e de direito comparado; José Frederico Marques, que se preparava para a cátedra na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bruno Afonso de André e Benvindo Aires, com sua inteligência penetrante e profundo preparo humanístico. Mas tais resultados estão vivos até hoje.

A tudo isso somava-se a produção científica do Mestre, que envolvia os discípulos e era acolhida com entusiasmo pela comunidade jurídica. Em primeiro lugar, a tradução das **Instituições** de Chiovenda, confiada a Menegale e enriquecida com notas de adaptação ao direito brasileiro, profundos estudos sobre os diversos institutos processuais. Depois, a tradução da **Eficácia e autoridade da sentença**, a cargo de Buzaid e Benvindo Aires, também acompanhada de notas de adaptação e de novos estudos. Escrevê, além disso, **ex novo** e em português, o **Processo de execução**, a propósito do qual disse Carnelutti, aludindo ao exílio de Liebman no Brasil: “à quelque chose malheur est bon!”.

Já na Itália, onde volta em 1946, mantém contato com o Brasil, publicando em 1947 os **Estudos sobre o processo civil brasileiro**, coletânea de artigos, conferências e pareceres; e, em 1952, com o mesmo método empregado na **Eficiência e autoridade da sentença**, os **Embargos do executado**, tradução da obra em italiano **Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione**.

Não somente Liebman ficou ligado ao Brasil. Mas a influência que as suas lições e a sua presença tiveram em São Paulo alargar-se-á pouco a pouco, transparecendo em todos os processualistas brasileiros. São prova disso os trabalhos de Calmon de Passos, na Bahia; de Galeno Lacerda e Mendonça Lima, no Rio Grande do Sul; de Barbi, em Minas Gerais; de Moniz de Aragão, no Paraná; de Eliézer Rosa, Moraes e Barros, Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, no Rio de Janeiro; e, naturalmente, de todos os processualistas de São Paulo: Celso Neves, Lobo da Costa, Botelho de Mesquita, Dinamarco, Araújo Cintra, todos da Universidade de São Paulo; Mariz de Oliveira, Arruda Alvim e Donald Armelin, na Universidade Católica. E tantos outros, que seria impossível enumerar.

Pode-se dizer, pois, que aquela que foi chamada **Escola processual de São Paulo**, por Alcalá-Zamora, se transformou depois na **Escola brasileira**, cuja unidade metodológica e cuja doutrina remontam seguramente ao espírito criador e aglutinador de Enrico Tullio Liebman: de Liebman à Escola processual de São Paulo e desta à moderna processualística brasileira, em uma continuidade de pensamento hoje reconhecida em toda parte, e mais que nunca na Itália.

Por isso, recordar o magistério de Liebman no Brasil é também olhar ao presente. A começar pelo Código de Processo Civil de 1973, cujo único autor. Alfredo Buzaid, proclamaria trinta-e-cinco anos depois da partida do Mestre: “este Código é um monumento imperecível de glória a Liebman”. Nem se omita o florescimento de estudos processuais acerca do novo Código, por parte dos discípulos da primeira hora e dos respectivos discípulos. Lembrando ainda as novas edições das obras do Mestre, atualizadas e adaptadas ao Código por notas dos “processualistas de segunda geração” e a tradução do **Manuale**, com as agudas observações de Dinamarco.

Por todo esse tempo, o constante contato de Liebman com os jovens processualistas brasileiros, intensificado sobretudo a partir de 1968, havia dado início a um incessante intercâmbio intelectual e pessoal entre os dois países, o qual prosseguiu depois por obra dos discípulos italianos. Também as revistas italianas abriram as portas aos estudiosos brasileiros, os quais cooperaram em coletâneas de estudos e participam de encontros e seminários, ao mesmo tempo que os processualistas italianos se aproximam cada vez mais ao direito brasileiro e realizam programas de visitas e aulas no Brasil. Tudo isso é obra do Mestre, que nunca pôs fim ao seu magistério brasileiro. Foi bem por isso que o Bra-

sil, pelo qual ele nutria amor e gratidão, expressou por sua vez o seu eterno reconhecimento ao Mestre, condecorando-o, em 1977, com o mais elevado grau honorífico destinado a autoridades estrangeiras: a comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul.

Agora, o mestre já se foi. Mas recordá-lo, no Brasil, é também olhar para o futuro. As suas lições não só se mantêm presentes na firmeza dos resultados obtidos, mas ainda mais: elas se projetam no futuro, através de uma nova escola que, sem negar o passado e mesmo apegando-se a ele, toma impulso com propósitos renovados: os estudos constitucionais do processo, em que as atenções se voltam ao dados jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; a transformação do processo, de meio puramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da justiça e garantia das liberdades; a total aderência do processo à realidade sócio-jurídica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é, afinal de contas, a de servir à efetiva atuação dos direitos materiais. Assim, a vertente dos estudos dos novos processualistas brasileiro desloca-se para o instrumentalismo substancial do processo e para a efetividade da justiça, passando todo o sistema processual a ser considerado como o instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição, e a técnica processual, como um meio para a obtenção de cada um destes.

Mas, a verdadeira novidade dessa orientação, que a distingue de outras de tendência sociológica, é a estrita fidelidade ao método técnico científico. E é em São Paulo que ainda uma vez os processualistas, a partir do movimento de renovação de Liebman, se identificam em uma perfeita unidade de pensamento, caracterizando aquela que se poderia chamar a **Nova escola processual de São Paulo**. Conciliando e fundindo o pensamento e o método técnico-científico com as preocupações sócio-políticas, a nova escola congrega processualistas civis e penais que, a partir de uma teoria geral, se dedicam aos problemas atuais do processo, na plena observância dos mais rigorosos cânones científicos e empregando escrupulosamente a técnica processual para atingir os diversos escopos da jurisdição. No seio da nova escola, já vai-se formando uma plêiade de jovens processualistas – os processualistas de “terceira geração” –, que são aqueles dos quais, no futuro, se espera a continuidade do pensamento e do método de Liebman, passando através de Buzaid, Vidigal, Celso Neves e de seus discípulos, hoje professores titulares.

Hoje pode-se afirmar a existência de uma Escola brasileira de processo que deixa suas raízes na Escola paulista, originária dos ensinamentos do mestre.

E em São Paulo, na Faculdade de Direito, o surgimento de uma Nova Escola, aberta às tendências sociológicas, mas apegada ao método técnico-científico herdado de Liebman.

É assim que se perpetua no Brasil o magistério do Mestre. É assim que se preserva a sua memória, passando-a às gerações futuras. E é assim que se vence a dor pela perda do Amigo paterno e inesquecível.

São Paulo, março de 1987

Enrico Tullio Liebman e a Processualística Brasileira (*)

*Luís Eulálio de Bueno Vidigal (**)*

RESUMO: Enrico Tullio Liebman “estrela de primeira grandeza” no firmamento das letras jurídicas italianas foi o maior processualista do universo das línguas românicas, a começar pela pesquisa histórica que descreve o instituto, a partir da “ordo iudiciorum privatorum”; passa à “extraordinária cognitio” e recorda as “interrogationes in iure”. Prossegue pelo direito intermédio e ao procedimento “per positiones”, demonstrando, já a esse tempo original e profundo, que o trabalho dos glosadores teve singular influência na evolução dos institutos jurídicos. Declara-se contra a livre arbitragem, que considera violadora do princípio da unidade e exclusividade da jurisdição estatal. Conclui em seus estudos pela nulidade do pacto “solve e repete”. Foi contratado Liebman por Sebastião Soares de Faria, em 1940, para ser Professor da Faculdade de Direito, sendo aqui recebido de braços abertos. Em setembro de 1961, já de volta à Itália, lá acompanhava a evolução sócio-política do País, considerando o regime parlamentarista aqui implantado no Governo Goulart na Constituição daquele ano “semelhante à tomada da Bastilha, na Europa”. Em 1942 é um dos diretores da *Rivista de Diritto Processuale*. O jurista italiano morreu em setembro de 1986 em Milão.

ENRICO TULLIO LIEBMAN ET LA SCIENCE BRÉSILIENNE DU PROCÈS (*)

RÉSUMÉ: “estrela de primeira grandeza” dans le domaine des Sciences Juridiques italiennes, Enrico Tullio Liebman fut le plus notable professeur de procès des langues romaines, à commencer par la recherche historique que l’institut décrit, depuis “ordo iudiciorum privatorum”, passant par “extraordinária cognitio” et rappelant les “interrogationes in iure”. Il poursuit par le droit intermédiaire et par la procedure “per positiones”, prouvant en ce temps que le travail des glossateurs eut une singulière influence sur l’évolution des instituts juridiques. Il déclare être contre le libre arbitre, qu’il considère un facteur violateur de l’unité et de l’exclusivité de la juridiction étatique. Après étude, il conclut être pour la nulité du pacte “solve e repete”. En 1940, Sebastião Soares de Faria a engagé, tant que Professeur de la Faculté de Droit, Liebman qui fut reçu à bras ouverts. De retour en Italie, en septembre 1961, il accompagna l’évolution socio-politique du pays, prenant en considération le régime parlementaire ici introduit, durant le Gouvernement Goulart et le compara même “à la prise de la Bastille, en Europe”. En 1942 il est un des directeurs de *Rivista de Diritto Processuale*. Le juriste italien est décédé en septembre 1986 à Milan.

Em 1936, obedecendo a vocação para o magistério que vinha desde os tempos ginasiais, resolvi prestar concurso à cátedra nesta escola. O livro que, por escolha feita quase ao acaso, caiu em minhas mãos, foi, para felicidade minha, “Instituições”, de Giuseppe Chiovenda, em segunda edição. A esse tem-

* * Alocução pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em homenagem a Enrico Tullio Liebman, falecido em Milão, aos 8 de setembro de 1986.

* * O autor é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

po, o grande mestre que, desde uma preleção magistral, feita em 1903, “L’azione nel sistema dei diritti”, era chefe incontestável de uma nova escola, começou a repartir com Francesco Carnelutti a glória da orientação dos estudiosos de direito processual. Ao lado de um e outro, fiel ao primeiro mas reverente ao segundo, Piero Calamandrei, fino espírito de jurista e literato, publicava ensaios brilhantes e originais, que levaram o governo italiano a confiar-lhe a elaboração do Projeto que se converteu no Código de Processo Civil. Para mim, foi um deslumbramento. Jamais imaginara que a ciência do processo encerrasse inúmeras questões doutrinárias, tamanha multiplicidade de conceitos, tantas sutilezas, a desafiar a argúcia e a penetração dos mestres.

Confesso que, ao chegar Enrico Tullio Liebman a São Paulo em outubro de 1940, eu mal lhe ouvira o nome. Depois de uma longa carreira, encerrada há quase vinte anos, seja-me permitido referir essa omissão pecaminosa da juventude. Liebman já era estrela de primeira grandeza no firmamento das letras jurídicas italianas. Aos 23 anos, recém-formado, fora convidado, pela comissão promotora dos estudos em homenagem a Chiovenda (nada menos do que Antônio Castellari, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti e Antônio Segni), para participar da coletânea de trabalhos jurídicos. O estudo que então elaborou, “Sul riconoscimento della domanda” já revela todas as excepcionais qualidades que, depois da morte dos três grandes que mencionei, o consagrariam como o maior processualista do universo das línguas românicas. A começar pela pesquisa histórica, Liebman descreve o instituto a partir da “*ordo judiciorum privatorum*”; passa à “*extraordinária cognitio*”; recorda as “*interrogationes in jure*”; prossegue pelo direito intermédio e ao procedimento “*per positiones*” e demonstra, já a esse tempo original e profundo, que o trabalho dos glosadores teve singular influência na evolução dos institutos jurídicos. Nem sempre compreendendo – ousou afirmar com intrepidez que merece ser honrada – o valor e o significado das fontes justinianeias, aplicavam-nas às novas necessidades nascidas da prática e revestiam de formas e nomes tradicionais institutos que com os antigos bem pouco tinham de comum. E conclui magistralmente: “Das duas formas de confissão conhecidas no direito romano, somente uma, aquela que só tem por objeto dos fatos, chegou ao direito intermédio. A outra, versando sobre o complexo do pedido adversário, perdeu toda a importância e pereceu. Pena que o Código brasileiro vigente não tivesse aproveitado essa lição. Nesse ensaio, que é de 1926, quando o mundo inteiro se debatia nas incertezas do conceito de ação, já advertia: “emprego o termo *domanda* com o sentido de “PRETESA” ou, melhor, segundo o termo alemão inevitável, de “ANSPRUCH”.

Pouco depois, divergindo de Vittorio Scialoja, na época o maior dos juristas italianos, mais uma vez insistindo na distinção entre “pretesa” e ação, declara-se contra a livre arbitragem, que considera violadora do princípio da

unidade e exclusividade da jurisdição estatal. Scialoja, fiel à regra da liberdade de contratar, admitia a validade do compromisso arbitral livre.

Em seguida, em ensaio absolutamente original, conclui pela nulidade do pacto “solve e repete”, muito antes de aparecer a política de proteção da economia popular que viria a prescrevê-lo sem embargo do acordo das partes. A argumentação que então desenvolveu, no sentido da peculiaridade da proteção provisória do direito aparente, seria utilíssima no Brasil para a caracterização da singularidade da limitação da imutabilidade dos julgados em mandado de segurança.

Deve-se-lhe, ainda, antes de conquistar a cátedra universitária, a definição da natureza jurídica da decisão proferida na ação de delibação de sentenças estrangeiras como ato complexo constante de dois elementos fundamentais: a sentença estrangeira e a sentença de delibação.

Ao investir-se professor ordinário de Modena em 19 de janeiro de 1932 faz sua profissão de fé: “O processualista deve ser antes de tudo um jurista, pronto para os confrontos, as comparações, as interligações com todos os institutos jurídicos ainda que estranhos e aparentemente distantes de seu específico campo de atividade”.

Contrariando a doutrina dominante, demonstrara pouco antes a improverabilidade da competência em processos de jurisdição voluntária e, sempre original e profundo, o caráter jurisdicional das decisões proferidas em processo de verificação de créditos na falência.

Em 1934, quando Carnelutti estava no auge de sua glória e autoridade, Liebman publica seu “Il titolo esecutivo riguardo ai terzi”. Os termos da polémica que então mantiveram mostram a que ponto Liebman subira no conceito dos grandes mestres da processualística italiana. Liebman entendia, como depois reafirmou no Brasil, que o título executivo é o ato jurídico que teria o efeito tipicamente constitutivo de determinar e tornar concreta e atuável a sanção executiva e dar vida portanto à ação executiva (da parte do credor) e à sujeição ou responsabilidade executiva (da parte do devedor). Ao revés, o velho mestre, insistindo no caráter francamente documental e probatório do título, se excedeu em excusas e concessões feitas a seu jovem opositor. Disse, por exemplo, com ironia que não escondia seu apreço e acatamento: “Pode ser conforme as nossas posições respectivas que Liebman não compreenda a utilidade de meu método, ao passo que eu, ao contrário, reconheça a utilidade do seu. O trabalho de assentamento, que ele está desenvolvendo com seus delicados instrumentos de jardineiro, dos torrões virados pelo avesso por minha rude aradura, a mim me parece louvável. Que ele, ao contrário, confunda meu esforço de arador com virtuosismo dialético, corresponde à antiga verdade contada por Virgílio: SIC VOS NON VOBIS FERTIS ARATRA BOVES”.

E, noutro passo, agora a propósito da coisa julgada: “O fato que um estudioso como Liebman, de temperamento e de escola tão diferentes se encontre (embora um pouco MALGRÉ LUI), sobre um ponto fundamental como aquele do julgado, a pensar como eu, é provavelmente um sinal de que nós dois tenhamos encontrado o caminho certo”.

Foi por mero acaso que, já às vésperas de meu primeiro concurso, vim a conhecer a obra de Liebman. Tendo escrito monografia que versara sobre determinada forma de execução forçada, soube que um dos membros da banca examinadora que iria aprovar-me, o Prof. Oscar da Cunha, estranhara não ter eu nela desenvolvido o tema da “actio judicati” estreitamente ligado á história do processo de execução. Preparando-me para responder à objeção que deveria vir a ser feita, tive a surpresa e a felicidade de encontrar, descobrindo então a argúcia, a profundez e a capacidade de investigação histórica de Liebman, seu livro magistral “Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione”. Procurando-o no Hotel Terminus, que então ainda se achava na Rua Brigadeiro Tobias, onde se hospedara, e referindo-lhe o fato, estranhou Liebman que eu não conhecesse seu “Efficacia e autorità della sentenza”, que era posterior. Fui então conhecer esse livro que provocara a crítica severa e impiedosa de Carne-lutti que, pela segunda vez, se dignava a descer do pedestal em que já se encontrava para ombrear-se com o jovem professor que já aprendera a respeitar. O debate que então travaram honra, pela elevação dos conceitos e a elegância e cavalheirismo dos contendores, a ciência jurídica italiana contemporânea.

Creio ter sido eu o primeiro estudioso de Direito Processual Civil a conhecer Liebman e freqüentar sua casa em São Paulo, afora Sebastião Soares de Faria, então Diretor da Faculdade de Direito. Liebman estivera na Argentina e no Uruguai e deplorava a ancianidade dos respectivos códigos de processo civil, à luz dos quais não se sentia motivado para trabalhos doutrinários. Ansiava mudar-se para o Brasil, onde começara a vigorar o Código de Processo Civil de 1940 que, segundo Projeto de Pedro Baptista Martins, Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, convertera em lei. Convidado por Campos, deteve-se rapidamente no Rio de Janeiro, onde fez conferências e conheceu Machado Guimarães, autor de “A instância e a relação processual”, o único trabalho brasileiro da época à altura da ciência processual italiana e alemã.

Sebastião Soares de Faria conseguiu contratá-lo para a Faculdade de Direito. Chegando a São Paulo, Liebman proferiu imediatamente algumas conferências na Faculdade e, convidado por Di Giovanni, advogado italiano aqui residente, passou a ocupar uma sala em seu escritório. Sua residência, à Alameda Ministro Rocha Azevedo, deu-me a idéia do pseudônimo L.R. Azevedo, que adotei para uma série de seis artigos que publiquei no jornal “O Estado de S. Paulo”.

O convívio com Liebman foi utilíssimo. Ao preparar-me para o concurso à livre-docência, perderei tempo precioso lendo autores de segunda classe. Apesar de autodidata, percebera eu a enorme superioridade dos estudos italianos sobre os franceses e, sozinho, concluíra que os maiores autores italianos eram Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei. Não tivera, porém, a felicidade de encontrar alguém que me orientasse nas leituras de Direito Processual e de direito em geral. Trabalhos de história e de filosofia do direito, por exemplo. Liebman, discípulo de Scialoja e de Chiovenda, reputava fundamentais para a formação do processualista os estudos de Direito Romano, de direito intermédio, de direito germânico e de direito comum. Por não tê-lo conhecido senão depois de livre-docente, padeceu dessa falha minha formação de processualista. Já quanto aos de filosofia do direito, a presença e os conselhos de Liebman, no sentido de que não eram essenciais, serviram para que eu melhor aproveitasse meu tempo na preparação para o concurso à cátedra.

Liebman viera da Itália proscrito por ter alguns antepassados israelitas. Apesar de, nessa ocasião, ser o Governo brasileiro, por oportunismo, simpaticamente do fascismo e, até, discreto perseguidor de judeus, Liebman foi aqui recebido de braços abertos. Era natural, como exilado político, que fosse antifascista. Apesar de suave e tolerante, Liebman não escondia essa posição. Muitos, por isso, julgavam-no adepto de regimes socialistas. Se, na verdade, não o era, compreende-se que os brasileiros, com o esquematismo próprio de povos imaturos, o classificassem como esquerdista.

Em setembro de 1961, quando se realizou, em São Paulo, o Congresso Internacional de Direito Processual Civil, reformou-se a Constituição brasileira e se instituiu aqui o regime parlamentar. Ouvi de Liebman, que já voltara à Itália e aqui viera como convidado especial para o Congresso, uma observação curiosa. Pareceu-lhe que, com o Presidente Jango Goulart no Poder, instituído o regime parlamentar, devíamos registrar a data que, a seu ver, seria, no Brasil, aquilo que foi a tomada da Bastilha, na Europa, isto é, o marco divisório entre duas épocas. Na França, a ascensão da burguesia; no Brasil, a ascensão do proletariado.

Embora, como todo europeu, levemente paternalista em relação ao Brasil, deve-se, em sua honra, reconhecer e proclamar que poucos dispensaram, como ele, tanta consideração a estudos jurídicos brasileiros. Sempre, em seus livros e artigos, citou autores brasileiros. Em sua Rivista di Diritto Processual e muitas vezes na secção bibliográfica, recenseou livros brasileiros, e publicou sumários de legislação brasileira.

Em sua casa, na Alameda Ministro Rocha Azevedo, Liebman recebia aos sábados os estudiosos de Direito Processual Civil. Faziam parte do grupo Antonio Roggero, Benvindo Aires, Alfredo Buzaid, Plínio Cavalcanti de Albuquerque, Bruno Affonso de André e nós. Alguns tinham livros em preparação e

levavam a Liebman capítulos que recebiam sua crítica. Às vezes, as discussões derivavam do direito para a política (principalmente no ano de 1945). Liebman cortesmente recusava participar do debate e trazia de novo à conversa os assuntos de Direito Processual Civil.

Liebman recebeu ofertas para patrocinar grandes causas. Sempre recusou-as por entender que, advogando e competindo com advogados brasileiros, não estaria correspondendo à hospitalidade dos brasileiros. Limitava-se a dar pareceres. Nesse terreno, era particularmente escrupuloso. Por volta de 1941, contei-lhe que havia dado parecer a pedido de João Oliveira Filho, chefe do Departamento Jurídico de uma grande empresa paulista. Liebman, divergindo de minha conclusão, recusou-se a dar parecer. Seu ponto de vista foi mencionado na edição brasileira de seu “Eficácia e autoridade da sentença”.

Por sua influência, os brasileiros são sempre convidados a colaborar nas coletâneas de estudos em honra de grandes autores italianos. Honrado com um desses convites, participei da homenagem a Francesco Carnelutti. Participei também, e comigo muitos autores brasileiros, da homenagem da mesma natureza prestado ao próprio Liebman.

Quem era Liebman por ocasião de sua chegada ao Brasil? Era um jovem estudioso italiano que, como há pouco dissemos, aos 23 anos, participara da coletânea em honra de Chiovenda e, aos 27, tivera a honra de merecer a consideração de Francesco Carnelutti nas polêmicas memoráveis que já comentamos. Quando elas ocorreram, Carnelutti já começava a ombrear com Chiovenda na liderança dos estudos processuais de todo o mundo. Sem embargo do tom condescendente do velho mestre, que provocou do moço a queixa ressentida de que não era levado “sul serio”, este último passou imediatamente a ocupar lugar de primeira plana nas letras jurídicas italianas. Disputou a cátedra com Giovanni Cristofolini, morto prematuramente, a quem se devem talvez as mais profundas páginas que já se escreveram sobre a jurisdição voluntária.

Carnelutti, extremamente orgulhoso, que, sozinho entre seus contemporâneos, não se pejava de afirmar que não era discípulo de Vittorio Scialoja, jamais se dignaria de entrar em polêmica com quem quer que não tivesse méritos excepcionais. Liebman, embora, no fundo, fosse o mais fiel dos discípulos de Chiovenda, já ostentava, como vimos, pensamento próprio sobre inúmeras matérias, tais como: reconhecimento do pedido; competência em processos de jurisdição voluntária; caráter jurisdicional das decisões proferidas em processos de verificação de créditos na falência; natureza jurídica do título executivo; natureza jurídica do processo de delibação de sentenças estrangeiras; nulidade do compromisso arbitral livre; invalidade do pacto “solve et repete”; e, sobretudo, sobre a natureza e a caracterização da coisa julgada, certamente o mais nobre dos assuntos de direito processual.

Liebman nascera em Trieste, então pertencente ao Império Austro-Húngaro, que só se incorporaria ao Reino da Itália em 1918. Nunca, porém, apesar da ingratidão do governo de Mussolini, lhe ouvi uma palavra que se pudesse interpretar como renúncia à cidadania italiana. Serviu-lhe, no entanto, o local de seu nascimento, para dar-lhe o domínio da língua alemã, auxiliar precioso na formação de um grande jurisconsulto.

O comportamento de Liebman no Brasil teve tanta repercussão no mundo das letras jurídicas, que Niceto Alcalá Zamora y Castillo, grande mestre espanhol radicado no México, teve, na mais simpática das homenagens que se poderiam prestar ao Brasil e ao mestre italiano, a idéia nobre de aludir à existência de uma Escola de Direito Processual Paulista, cujos integrantes teriam sido Gabriel de Rezende Filho, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, José Frederico Marques, Alfredo Buzaid e nós. O que teria levado esse bom Niceto a reunir em um só grupo esses nomes de tendências tão diversas? Por amor à verdade científica, sentimo-nos no dever de contestar o acerto da generosa sugestão.

Gabriel de Rezende Filho, como monografista, nada apresentara que, de longe, pudesse lembrar a doutrina de Liebman. Sua dissertação do primeiro concurso sobre a competência lembrava a lição bem aprendida de um bom aluno de João Monteiro. A outra, do segundo concurso, “Modificações objetivas e subjetivas da ação”, já demonstrava a leitura de Chiovenda e Carnelutti. Mas, prescindindo da inegável verificação de que o próprio título de seu livro evidenciava seu distanciamento da nova escola, devemos lembrar que Gabriel era bem mais idoso do que Liebman e, ainda, que mesmo seu compêndio, que veio a ser publicado depois, já estava em embrião em suas bem compiladas aulas taquigrafadas.

Joaquim Canuto, contestador inteligente e combativo, já publicara seus dois livros. Tendo sempre presente o pensamento do Tio João Mendes Junior, inclinava-se (“horresco referens”) para o que, na época, um fátuo e presumido civilista chamava de carousel carneluttiano. José Frederico Marques ultrapassava de muito os limites de uma escola de direito processual: enciclopédico do direito, constitucionalista, penalista, administrativista, fiscalista e, afinal, processualista, pouco ficou a dever ao pensamento do grande Liebman.

Alfredo Buzaid já escrevera sua “Ação Declaratória” que pouco depois seria editada. Este último e nós próprios fomos, em suma, os verdadeiros discípulos do mestre.

Buzaid, único autor do Código de Processo Civil Brasileiro, em sua modestia, viria a proclamar trinta e cinco anos depois: “Esse código é um monumento imperecível de glória a Liebman”.

Nós, aprendendo com Liebman, a nos corrigir os erros e orientar nossos canhestros estudos sobre a ação rescisória que, a princípio, supúnhamos ser mera declaratória de nulidade e que, depois, aberto o caminho pelo mestre, viemos a filiar à “querela nullitatis” do direito medieval.

Embora não mencionado por Niceto Alcalá Zamora, devemos lembrar que Pedro Baptista Martins, responsável pela reforma processual de 1940, ao escrever seus autênticos comentários sobre o Código de Processo Civil, lamentava-se de não ter conhecido antes o “Eficácia e autoridade da sentença”, para ter a oportunidade de aperfeiçoar seu Projeto. Por ocasião de sua morte prematura, em 1950, a Rivista di Diritto Processuale, publicou, assinado por Liebman, elogioso necrológico.

Foram então só esses dos discípulos brasileiros de Liebman? Parece pouco para seis anos de permanência no Brasil. Que engano! Vede, por um momento, sem nos afastarmos muito do objeto desta alocução, os desdobramentos desse grupo inicial.

No Rio Grande do Sul, Galeno Lacerda e Alcides de Mendonça Lima; no Paraná, Egas Monis de Aragão e Ary Florêncio Guimarães; em Minas, Celso Agrícola Barbi e José Olympio de Castro, no Rio, Barbosa Moreira e Eliezer Rosa; na Bahia, Calmon de Passos. E, por último, São Paulo.

Aqui, em primeiro lugar Celso Neves, esse mestre de direito e da fidalguia, com seu clássico “Arrematação de Real a Real” e seu profundo e erudito estudo sobre a coisa julgada. Depois, Moacyr Lobo da Costa que, com proficiência e maestria, tratou de dois temas caros a Liebman: o, reconhecimento do pedido e a “querela nullitatis”. Ada Pellegrini Grinover, com seus magistrais estudos sobre “Liberdades Públicas e Processo Penal”; Eficácia e autoridade da Sentença Penal; Condições da ação Penal; Ação declaratória incidental; Direito de Ação; o conjunto de conferências no Centro de Aperfeiçoamento Jurídico e tantos outros.

Cândido Rangel Dinamarco, com seus estudos sobre “Fundamentos do Processo Civil Moderno”; Litisconsórcio; suas conferências sobre o novo Código de Processo Civil; a Execução na Teoria Geral do Processo Civil; a Instrumentalidade do Processo.

Antonio Carlos de Araújo Cintra com suas monografias sobre o Litisconsórcio Unitário e os limites objetivos da apelação civil.

Estes três últimos, responsáveis pela consagradíssima Teoria Geral do Processo, que escreveram em conjunto.

José Ignácio Botelho de Mesquita, com seus “A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”; “A causa ‘petendi’ nas ações reivindicatórias”; “Da propositura da ação de mandato de segurança”; “Da liquidez suficiente para requerer a falência” e “Da Ação Civil”; Vicente Greco Filho, com seu “Da execução contra a Fazenda Pública”; Kazuo Watanabe, com seu “Juizado de Pequenas Causas”; José Roberto Franco da Fonseca, com sua monografia sobre o processo falimentar; Tomás Pará Filho, com seus clássicos estudos sobre a conexão de causas e a sentença constitutiva.

Fora desta escola, Waldemar Mariz de Oliveira Junior e Arruda Alvim, na Universidade Pontifícia; José Xavier de Albuquerque e Sidney Sanches, no Supremo Tribunal Federal.

Esses e tantos outros foram os discípulos de Liebman no Brasil.

Terminada a guerra, Liebman voltou à Europa. Seu nobre coração lhe inspirou as primeiras palavras aos colegas italianos. Comemorou, em emocionante evocação, o décimo aniversário da morte de Giuseppe Chiovenda. Seu “Processo de Execução”, escrito em português, foi objeto de recensão na “Rivista di Diritto Processuale”. Carnelutti, com quem mantivera ásperas polémicas, recebe-o de braços abertos: que um de nossos melhores processualistas tenha sido constringido a buscar refúgio na América Latina e lá tenha encontrado meio de ensinar direito e publicado um livro como este que faz honra à ciência italiana, é o caso de repetir ainda uma vez “a quelque chose malheur est bon”.

Seu primeiro artigo doutrinário na Itália é grito de alerta contra o retorno de disposições processuais aos códigos civis. “Se o caminho percorrido neste meio século se pode resumir simbolicamente na passagem do procedimento ao direito processual, fique bem claro que o perigo contra o qual nos insurgimos é o de concluir o ciclo e o destino da ciência do processo com uma rápida viagem de retorno ao ponto de partida”. Se o mestre tivesse permanecido no Brasil talvez tivesse evitado que nosso Projeto de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional incidisse no mesmo erro ao praticamente reproduzir uma vintena de artigos sobre a prova vindos do Código Civil vigente.

A morte de James Goldschmidt levou-o a análise e crítica da teoria da situação jurídica processual. Liebman manteve-se fiel à doutrina clássica da relação jurídica processual de Oskar Von Bülow que data de 1868. Mas a apresentação da doutrina de Goldschmidt e as considerações críticas que em torno dela desenvolveu constituem leitura indispensável para se compreenderem os originais de Goldschmidt. Lembro-me bem o quanto me valeram nesse sentido as aulas particulares que, com o maior desprendimento, o mestre nos dava todas as semanas em sua casa da Alameda Ministro Rocha Azevedo.

Em 1952, já professor ordinário na Universidade de Pavia, seu nome aparece, pela primeira vez, ao lado de Virgilio Andrioli, como co-diretores da *Rivista di Diritto Processuale*, logo abaixo de Carnelutti e Calamandrei.

No ano anterior, professor ordinário de Turim, presta sua última homenagem ao país que o abrigara durante o exílio. Publica, nos “Estudos em honra de Enrico Redenti”, “Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano”. E enumera-os: as ações de jactância; a propositura de ação; as exceções dilatórias; a apelação de terceiro; o benefício comum da apelação; a “querela nullitatis”; o processo executivo. Antes de Liebman, pouco se falava, no Brasil, em direito comum como fonte do direito objetivo. Depois dele, tornou-se corrente em estudos brasileiros. Poder-se-á contestar, em alguns pontos, a opinião do mestre. Quanto aos juízos de jactância, por exemplo. Dificilmente se pode afirmar que a ação meramente declaratória brasileira a eles se filia. O mesmo quanto à ação rescisória dos julgados. A “querela nullitatis” vinha do século XII. Se as Ordenações Afonsinas, do século XV, não lhe adotaram o nome, é razoável supor que tivessem preferido manter o instituto romano e medieval da nulidade absoluta do julgado, do que resultaria o caráter meramente declaratório e não constitutivo da decisão rescisória.

Esse trabalho original de pesquisa sobre a origem remota dos institutos processuais brasileiros seria suficiente para justificar a generosa e simpática sugestão de Niceto Alcalá Zamora y Castillho da existência de uma escola paulista do direito processual? Parece-nos que não. No entanto, nós a aceitamos como homenagem devida a Liebman. Porque Liebman, com sua forte personalidade, transplantou da Itália para o Brasil o espírito universitário, feito mais de modéstia e humildade do que de jactância e pretensão. Porque evidenciou, com o exemplo de sua preferência, que o direito processual deixara de ser disciplina ancilar do direito material. Porque aperfeiçoou o método de trabalho dos estudiosos brasileiros. E, acima de tudo, porque rehabilitou e enobreceu, como ninguém, a tão malsinada e esquecida profissão do magistério.

Problemas de Menores no Âmbito Internacional e Direito de Comunicação Social

Prof. Antônio Chaves

Dois acontecimentos internacionais demonstram a crescente preocupação com relação ao problema dos menores sem família.

O primeiro foi a convocação de um Grupo de Peritos pelo Centro para o Desenvolvimento Social e Questões Humanitárias da Organização das Nações Unidas, de 11 a 15.12.1978, em Genebra, a fim de preparar um projeto de declaração, solicitado pelo Conselho Econômico e Social, pela Resolução nº 1925, de 06.05.1975, a respeito da adoção e favorecimento da colocação de crianças.

Apresentou ele “Conclusões e Recomendações” visando 6 itens relativos ao bem-estar geral da família e das crianças, 5, ao favorecimento da colocação e 14 relativos à adoção.

O Grupo formulou recomendações sobre os três temas, dirigidos aos Governos, e outras ainda objetivando futura ação internacional.

O Projeto de Declaração relativa a princípios sociais e legais referentes à proteção e bem-estar de crianças, com especial referência ao favorecimento de colocação e adoção em nível nacional e internacional foi aprovado aos 16.12.1981.

Contou com a participação ativa de cerca de 40 Países, desde a Argentina até a Zâmbia.

O Brasil brilhou... pela ausência total.

O segundo foi o Encontro Internacional de Estudos sobre **Problemas do Direito do Menor à Família: adoção, convivência (“affidamento”), afiliação**, que se desenvolveu em Sassari, de 10-11 de dezembro de 1979, e prosseguiu com sucessivas Mesas-redondas a 15.03.1980 e a 15-16.12.1980.

Foi organizado por ocasião do Ano Internacional da Criança pelo Instituto Jurídico da Universidade de Sassari.

Dele resultou a publicação, pela **Società Sassarese per le Scienze Giuridiche**, do substancioso **Il Diritto del Minore alla Famiglia**, aos cuidados do Prof. SANDRO SCHIPANI, reunindo as principais colaborações de mais de 60 personalidades.

Suas 557 páginas estão divididas em duas partes.

A primeira reúne colaborações relativas a “O menor e as instituições”, “O menor e a família” e “Perspectivas de Direito Comparado”, de especialistas alemães, poloneses, espanhóis, colombianos, salvadorenses, algerianos, encerrando com um compendioso estudo de ANGELO BERETTA sobre a “Adoção como experiência humana. Considerações psicológicas sobre os trabalhos do congresso”.

O Prof. JOÃO BAPTISTA VILLELA, da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, contribuiu com um estudo informativo e crítico, em italiano, sobre a adoção no direito brasileiro, em que analisa no direito precodificado, a reforma realizada pelo Código Civil, a decorrente da Lei nº 3133, de 08.05.1957, outra, da Lei nº 4655, de 02.06.1965, que introduziu a legitimação adotiva, por sua vez revogado este diploma pelo Código de Menores de 1979, substituindo-a pela adoção plena. Qualifica de adoção “à brasileira” o registro como próprio do filho alheio: “típica reação contra as exigências, as cautelas e os riscos da adoção”.

A segunda parte, **Documentos**, reúne um projeto de lei sobre a reforma das intervenções em matéria de assistência social, um programa de pesquisa sobre Problemas do direito do menor à família, dirigido pelo Prof. SANDRO SCHIPANI e um projeto de lei relativo à adoção e guarda de menores, aprovado pelo Senado italiano em data de 30.07.1982.

Existe em Roma um Instituto Jurídico do Espetáculo e da Informação, o que dá bem a medida da importância que à matéria é atribuída na península.

E um dos proeminentes membros dessa instituição, o conhecido especialista Prof. AUGUSTO FRAGOLAZ publicou, no ano passado, “Elementi di Diritto della comunicazione Sociale” – Contenuto.

A obra obteve imediato e merecido sucesso, não só por versar em profundidade tema dos mais atuais e importantes, como ainda pela peculiaridade do seu estilo eskorreito e despretensioso, despido, pelo menos à primeira vista, de citações doutrinárias que tão freqüentemente tornam pesada a leitura de obras dessa natureza.

Mas o segredo dessa exposição despojada, apesar da sua profundidade, decobre-se às págs. 226 até 355, que reúne uma grande cópia de citações da mais variada origem, sugerindo leituras complementares de obras não jurídicas mas que têm ou podem ter relação com os temas e problemas jurídicos tratados no volume.

Suas 400 páginas, editadas pela GEA, Via di Villa Patrizi 10, 00161 Roma, são divididas em quatro títulos: Premissas fundamentais, Proteção e Providências, Sacrifícios e Primeiras exigências de reforma.

Começa fazendo ver que existe uma comunicação social de direito público no sentido de mensagens não somente de proveniência pública, mas de natureza jurídica dirigidas a uma pluralidade de pessoas para informá-las, adverti-las, convidá-las etc., e passa ao estudo da comunicação social como instrumento de justiça pela publicação das sentenças de condenação pelos jornais, como contribuição à reparação do dano e como fato reintegrativo nos casos de uso indevido de nome, como sanção paradisciplinar, quando tenham sido realizados atos de concorrência desleal com dolo ou culpa.

Passando ao âmbito internacional examina os direitos do homem e a comunicação social nos principais documentos modernos: Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Européia para a Salvaguarda dos direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Pactos de Nova Iorque, Ata final da Conferência de Helsinki, Convenção para a repressão da circulação e o tráfego das publicações obscenas, a Convenção para a proteção das pessoas com relação ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal.

Traça um apanhado sintético da proteção das obras intelectuais, dos seus autores e usuários e mostra existirem outros conteúdos protegidos: firmas, siglas e insígnias comerciais e sinais distintivos, emblemas e denominações, símbolos de partido etc.

Capítulos sucessivos são dedicados à proteção da personalidade individual e da saúde, da personalidade do Estado, da vida política, da administração da justiça e dos públicos sentimentos: religioso, repetido pelos defuntos, fé pública e sensibilidade pública, obscenidade e indecência:

“Existem sentidos públicos em decadência, como o amor à pátria; mas outros sobrevêm, como o amor e o respeito à natureza e ao ambiente, a solidariedade com os povos subdesenvolvidos, a compreensão pelos marginalizados e pelos desprotegidos, enquanto que para alguns que ainda resistem, os contornos vão esvaecendo.

Destes últimos em particular formam argumento de disputas os do pudor e da decência por meio de processos evolutivos que podem mesmo não ser

aprovados, mas dos quais não obstante o mundo jurídico – na sua variedade e complexidade – deve tomar conhecimento se não quiser permanecer cortado fora da realidade social.

Por outro lado não é certo que os poderes públicos sejam obrigados a agir em termos exclusivos de repressão, sendo talvez mais indicados os pedagógicos, persuasivos ou promocionais”.

Não podia uma obra dessa natureza, pela modernidade de seu conteúdo, pela facilidade de exposição em temas muitas vezes candentes, que ameniza um estudo objetivo de problemas cruciantes, e pelo tato com que conduz uma grande quantidade de elementos informativos, alcançar merecido sucesso.

Prossegue assim o docente da Universidade Internacional da Arte de Florença, Diretor da “Rassegna di diritto cinematografico teatrale e dela radiotelevisione” e Presidente do Istituto Giurídico dello Spettacolo e dell’Informazione na sua faina de publicista, tendo já publicado: *La cinematografia nella giurisprudenza*, *La radiotelevisione nella giurisprudenza* e *La legislazione italiana nella Cinematografia*, além de muitos ensaios e monografias diversas.

Reforma do Currículo da Faculdade de Direito

Carlos Alberto Bittar

Professor-Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

RESUMO: A análise da posição atual da Universidade no contexto geral da sociedade mostra a necessidade de integração de seus mecanismos e de suas produções à realidade presente, frente ao flagrante descompasso existente. Reflexo dessa situação encontra-se no currículo da Faculdade de Direito, a qual, inobstante venha atuando condignamente no cumprimento de suas finalidades, resente-se de ajuste em sua textura programática, em especial quanto ao ciclo de especialização. Deve-se implantar sistema que, coerente com a realidade do momento, prepare o profissional para as diferentes habilitações da carreira, distribuindo-se as matérias em consonância com essas áreas de ação e com a inserção de disciplinas integrativas, de caráter não jurídico, como de economia, de contabilidade aplicada, de computação e outras. Nesse sentido, a proposta que oferecemos, voltada exatamente para a melhor integração do profissional de Direito ao mundo fático atual.

Termos mais significativos

Universidade – Integração à sociedade – Revisão de currículo – Inserção de matérias integrativas – Especialização por área de atuação do profissional.

1. A Universidade e sua significação no contexto social.

1.1. Introdução: a indissociabilidade entre a questão curricular e a textura geral da Universidade.

De enorme complexidade mostra-se o tema da análise do currículo de uma Faculdade, em especial de Direito, e, muito mais ainda, quanto esta é a do Largo de São Francisco, exatamente porque é impossível dissociar-se esse estudo de prévias discussões de caráter geral, envolvendo, de um lado, a própria textura da Universidade e sua situação atual e, de outro, a posição específica da Faculdade em questão que, aliás, pela riqueza de suas peculiaridades, confere colorido especial à pesquisa.

Assim afloram, dentre outras, questões como a da definição dos objetivos da Universidade e sua integração ao contexto social; a de sua estrutura presente e respectiva adaptação a exigências do momento; a da situação específica da unidade em exame; a da lógica da esquematização curricular vigente e seus resultados.

Não é sem razão que RODERICK A. MACDONALD, ao discorrer sobre o desenvolvimento dos currículos das Faculdades de Direito em seu país, assinalava que **“discussions of the law-school curriculum typically highlight new courses, new methodologies, and new programs”**, realçando que **“few examine curricular reform itself”** (**“Curricular development in the 1980s: ‘a perspective’, in ‘Journal of Legal Education’ ”**, 1982, v. 32, nº 4, p. 571 e ss.).

E isso é assim porque a eleição de um currículo pressupõe: a prévia definição de metas e de objetivos gerais e específicos; análise da realidade presente e em suas projeções para o futuro; estudo das condicionantes; e, por fim, adoção de fórmulas compatíveis, sempre em função do potencial humano e material existentes na Universidade e, em particular, na unidade em estudo.

Envolve, assim, no debate em causa, o eterno problema da crise na Universidade, decantado, ao longo do tempo, aqui e alhures, e cercado, como sempre, de indefectíveis conotações políticas, econômicas e sociais, e impregnado da indissociável subjetividade do analista, exigindo-lhe, antes do exame e da definição da esquematização curricular, prévia tomada de posição quanto aos temas enunciados.

Por isso é que dividimos o presente estudo em três partes, a primeira reservada à análise da Universidade em si; a segunda à das Faculdades de Direito e, a terceira, à dos respectivos currículos, em especial, o de nossa Faculdade, abordando, com os limites que os trabalhos do gênero impõem, os problemas mais gerais para deter-nos depois sobre a questão visada. Não nos aprofundamos, outrossim, em debate sobre metodologia, eis que será objeto de estudo específico na Comissão de Ensino.

Propomos, em seu contexto, a título de colaboração, algumas sugestões que nos parecem pertinentes, a nível de Universidade e de Faculdade, esperando possam contribuir para o desate de problemas que enfrenta o mundo acadêmico no estágio presente.

1.2. A Universidade nos dias atuais e seus objetivos.

Ninguém contesta a extraordinária contribuição da Universidade à sociedade, sobre a qual vem, ao longo dos tempos, graças à integração ensino – pesquisa – serviços, exercendo enorme influência, nas áreas da informação, formação profissional, produção técnica e prestação de serviços, como tivemos oportunidade de acentuar em conferência proferida nesta Faculdade, no Seminário **“O ensino universitário e o Direito de Autor”**, promovido, em 1984, pelo Instituto Interamericano de Direito de Autor (publicada, com o título **“Novas técnicas de comunicação no âmbito universitário e seus reflexos na comunidade”**, in **“Revista de Informação Legislativa”**, 1985, nº 86, p. 332).

Indubitáveis são, também, as profundas modificações ocorridas, nos últimos tempos, na vida comum e no mundo negocial, na prática, nas ciências e nas técnicas, a suscitar novas exigências e a requerer novas posturas de todos os seres responsáveis.

Vivemos a era da utilização do átomo, da tecnologia sofisticada, das comunicações por satélites e das viagens espaciais, com desafios cada vez mais agudos à inteligência e à sensibilidade humanas. Mas assistimos também a grandes choques ideológicos e políticos, a indagações sobre o futuro do homem e seu dimensionamento na Terra, a especulações sobre o equilíbrio nas relações entre as diferentes nações e grupos sociais.

Questiona-se, frente às novas realidades, a posição da Universidade para efeito de saber-se, de início, se vem contribuindo, efetivamente, para a sociedade e, depois, se está preparada para os desafios do porvir.

Nesse contexto, indaga-se, desde a sua estruturação orgânica à sua forma de atuação e de seus objetivos a seus programas, qual a postura compatível da Universidade no presente momento, frente às modificações havidas na sociedade e às perspectivas para o futuro.

Não se cura, em verdade, de discussão nova ou recente, eis que sempre se cogitou e sempre se cogitará desse interrelacionamento, pois a problemática em causa se vincula à eterna questão da busca de valores e de meios considerados adequados para a condução da vida nas respectivas comunidades. Mas, trata-se, seguramente, de debate que ora assume acendrado interesse frente ao constante ingresso de condicionantes novas, que põem o homem diante de situações nunca antes enfrentadas, em especial a do exacerbado tecnicismo que vem sufocando valores mais altos de sua própria essencialidade.

Em um primeiro momento, pode-se dizer que a Universidade vem cumprindo, de um modo geral, os objetivos que se lhe reconhecem como básicos, sintetizados por MOACYR EXPEDITO M. VAZ GUIMARÃES, em 1980, em palestra proferida no Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, nos de: **“conservação e transmissão da cultura através da docência”**; **“busca de novos conhecimentos através da reflexão e da pesquisa”**; e **“extensão de serviço à comunidade”**. (“Universidade e comunidade: integração inadiável”, in “Problemas Brasileiros”, 1980, nº 193, p. 8).

Exerce, assim, a Universidade as diferentes missões que lhe cabem, no dizer de PERKINS, a saber: a de aquisição de conhecimento (missão de investigação), a de transmissões de conhecimento (missão de ensinamento); e a de aplicação do conhecimento (missão de serviço público).

Mas, de outro lado, coerente com o espírito prático dominante em diferentes segmentos da sociedade atual, vem a Universidade gerando e introduzindo no mundo fático novas técnicas, novos produtos e novos instrumentos de utilização científica, industrial e comercial, conhecendo-se, entre nós, inúmeros e frutíferos exemplos do denominado **“pragmatismo universitário”** no domínio da tecnologia, realizado nas várias Universidades oficiais do país (**“Brasil Universidade 78”, Suplemento especial da Revista “Manchete”, nº 1369, de 15.7.78).**

1.3. Breve retrospecto histórico.

Com isso, pode-se verificar que se distancia, em muito, da concepção com que veio à lume na Antiguidade clássica, em que, nascida com objetivos puramente intelectuais, nos colóquios filosóficos mantidos nos jardins de “Academos” (donde o nosso “Academia”), tinha preocupação exclusivamente teórica.

Como instituição regular de ensino remonta ao século X, cunhando-se, no século XII, com um caráter teórico, sob inspiração do modelo canônico, mas recebendo, também, influência do poder político em sua atuação.

O ecletismo medieval da instituição – que assistiu, com o rompimento dos laços originais, primeiro a uma internacionalização das pesquisas, e, depois, à constituição de universidades nacionais – persistiu até a Revolução Industrial.

Com a introdução das máquinas no processo de produção, surgiu a preocupação de formação profissional frente às novas atividades que se foram revelando. A especialização passou a dominar a Universidade, que estendeu a sua atuação ao aprendizado de profissões, à pesquisa, à produção e à prestação de serviços.

Modernamente, utilizando-se das técnicas de comunicação postas à sua disposição e, por sua vez, formando novos valores humanos e gerando aparatos úteis à sociedade, a Universidade transformou-se, como anotamos no referido trabalho, **“em centro difusor de cultura, ciência, arte e técnica a serviço da comunidade geral”**(p. 334).

1.4. A crise da instituição: a dissociação da realidade.

Mas, de outro lado, evidente é a crise que experimenta a instituição na presente quadra, relacionada, aliás, à própria crise de valores por que atravessa a sociedade.

Acastelada sob estrutura distanciada da realidade, seja em termos de filosofia de ação, seja em esquematização de poder, seja em recrutamento, em remuneração e em ascensão profissional de seus colaboradores, seja em existên-

cia e em aproveitamento de aparato técnico disponível; a Universidade de nos-
sos dias encontra-se defasada frente à dinâmica de uma sociedade inquieta e
cambiante.

Essa ausência de sinergismo concentra-se internamente, como tem sido
apontado: no plano da definição e da distribuição do poder, ainda vinculada, na
área pública, à vontade dos governantes, fato que confere relatividade à sua
autonomia; na excessiva burocratização de sua estrutura e na complexa esque-
matização de cargos e de funções; em política salarial absolutamente inadequa-
da e desestimuladora; em certos desajustes na carreira docente e na posturado
alunato, dentre outros fatores. Externamente, tem sido apontados: o distanciamen-
to frente a exigências do mercado; o enclausuramento em suas posições,
que, dificilmente, alcançam a realidade; teorização em sua postura docente; a
inadequação de currículos e a ausência ou inadequação de metodologia própria,
dentre outros elementos.

Essas deficiências constam, como se sabe, de diferentes diagnósticos fei-
tos sobre a Universidade atual – alguns adiante enunciados – tendo certas fa-
lhas sido enfatizadas recentemente por JOSÉ GOLDEMBERG, Reitor da Uni-
versidade de São Paulo, em seu discurso de posse (**“Jornal da USP”**, edição
especial, sobre a nova administração, p. 2).

Razões várias tem contribuído para esse estado de coisas, mas dentre elas
avulta, nas oficiais, a questão da falta de verbas – apontada recentemente pelo
mesmo Reitor – fato que impossibilita a realização de programas tendentes à
sua adequação à evolução presente (V. editorial do jornal **“O Estado de São
Paulo”**, de 23.2.86, p. 3, que se tem detido sobre a crise da Universidade,
desde os editoriais de 1980 e 1984).

Chamamos a atenção, nesse ponto, para o incrível descompasso existente
entre a remuneração de docentes e de funcionários da Universidade com a dos
outros colaboradores do serviço público e de empresas privadas. Basta atentar-
se para o fato de que um professor concursado – e depois de enfrentar, com os
sacrifícios conhecidos, os cursos de pós-graduação e concursos de defesa de
tese e de ingresso em carreira – faz jus hoje a remuneração que, na empresa
privada, se paga a auxiliares de escritório, com simples instrução secundária ...
ou nem isso! ... Se levarmos em conta que, quando da criação do curso jurídico
em S. Paulo e em Olinda, havia equivalência entre o ordenado do professor e o
de desembargador, desoladora se torna a situação, fato esse que obriga os pro-
fessores a desdobrar-se em outras atividades para manter nível de vida compa-
tível com sua posição! ... Aliás a evasão de cérebros para a empresa priva-
da – ou para outras atividades além da docência – é por demais conhecida e
apregoadada entre nós ...

Com razão, pois, frisou recentemente PAULO NATHANAEL PEREIRA DE SOUZA que “uma política educacional que se esmerasse na construção dos prédios escolares, que se ocupasse de equipamentos sofisticados e que se aprofundasse em inovações curriculares e metodológicas, mas que se esquecesse do professor, estaria certamente fadada ao insucesso (**“Professor e qualidade qualidade de ensino”**, in **“O Estado de S. Paulo”**, de 13.2.86, p. 29).

As deficiências apontadas vem distanciando a Universidade da realidade da vida, desestimulando-se as atividades de pesquisas e de estudos aprofundados, fato que vem tolhendo a expansão de sua função de prestação de serviços, que, ao revés, no mundo presente, deveria ser a mais expressiva, frente às exigências do progresso material.

Retrai-se a produção científica, limitam-se as atividades universitárias à de transmissão de conhecimento e, com isso, aumenta progressivamente a defasagem apontada.

Urge imediata revisão dessa situação, criando-se mecanismos que sanem as falhas enunciadas, em especial quanto a dotação de verbas para pesquisas, a adoção de política salarial condizente com a dignidade das funções acadêmicas e a instituição de mecanismos que ampliem a área de serviços à comunidade.

1.5. Necessidade de integração à sociedade.

Não é outro o discurso corrente entre os espíritos lúcidos.

Todos os que se tem voltado para os problemas acadêmicos apregoam, de forma altissonante, a urgente necessidade de integração da Universidade à sociedade, entendida como: participação na vida da nação, busca de soluções para os problemas existentes, e preparação de pessoal capacitado para os desafios que a vida atual oferece.

Salienta-se que deve estar atenta às necessidades do momento, interagindo com a sociedade, a fim de fornecer-lhe elementos tendentes a embasar um desenvolvimento coerente com o respeito aos valores que em seu seio alberga.

Nesse sentido, em Seminário realizado pela Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, em 1977, sobre o ensino superior, concluiu-se que não pode a Universidade ater-se a atividades rotineira, devendo, também atuar em consonância com o momento, ajustando-se sempre às respectivas exigências, mas influenciando sobre o meio, contribuindo para o aperfeiçoamento da vida em sociedade.

Acentuou-se então que deve ser dotada de flexibilidade constante, reformulando-se sempre para poder cumprir, efetivamente, suas funções.

Por isso é que, ao cuidar do problema da integração da Universidade à sociedade, EXPEDITO VAZ GUIMARÃES assinalava que, para exercer função útil na comunidade, deveria a Universidade gozar de **“autonomia didática, curricular, estrutural e legal”**, e ater-se **“a exigência do mercado de trabalho, mas não exclusivamente em função disso”**.

Completo, ao depois, o seu pensamento, acentuando que deveria **“estar de acordo com o seu tempo, ser capaz de manter diálogo com outras instituições de cunho científico e promover o livre exercício da razão”**.

No plano de ensino, deveria permitir a **“coexistência entre uma orientação técnica e uma orientação humanística”**, na preservação e na proteção de seus valores. (o. cit., p. 9 e 10).

Nos debates travados à ocasião, restou clara a absoluta necessidade de contato estreito com a comunidade, nas palavras de PAULO GOMES ROMEO e LUIZ CINTRA DO PRADO, inclusive na proliferação de programas tendentes a conjugar-se com a empresa privada, como acentuou DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA (Revista citada, pp. 11; 15 e 16).

É, realmente, com essa integração que se terá uma Universidade florescente, revigorada e útil à sociedade, correspondendo, pois, aos respectivos anseios, ao transmitir-lhe, via ensino – pesquisa – serviços, meios adequados para o seu aperfeiçoamento.

Acreditamos, no entanto, que, para vingar esse desiderato, qualquer proposta de reforma deve: rever a respectiva estrutura, valendo-se, na USP, inclusive de elementos constantes de anteprojeto elaborado na gestão anterior; acrescer-lhe as respectivas receitas; adotar imediata política salarial condizente com a realidade do mercado; incentivar a pesquisa e o estudo aprofundado; criar e por à disposição da sociedade novos serviços, tais como, cursos de extensão e de aperfeiçoamento, institutos e centros de estudos e das pesquisas e outros.

Nesse sentido, estudos deveriam ser imediatamente desenvolvidos, pondo-se, a seguir, em prática, medidas positivas que atendam aos pontos enunciados, cumprindo, em nosso entender, que a Faculdade de Direito se empenhe nesse trabalho de reerguimento da instituição, dentro do espírito de participação que sempre a caracterizou.

Isso mais se faz sentir quando se tem presente que a evolução das Faculdades de Direito não foge à regra geral e, hoje, inseridas no contexto da Uni-

versidade, sofrem diretamente – a par de razões peculiares – os reflexos da crise apontada.

2. As Faculdades de Direito e a orientação predominante do ensino jurídico.

2.1. O descompasso das Faculdades de Direito no contexto da sociedade.

Com efeito, em seu processo de evolução, não tem as Faculdades de Direito, desde os primórdios de sua existência, fugido à regra quanto a seu posicionamento frente à sociedade.

De índole puramente teórica, no início, manifestavam como objetivo central o aperfeiçoamento intelectual, evoluindo, com o passar dos tempos, para uma postura mais pragmática, mas dentro dos limites de suas potencialidades, face, principalmente, ao predomínio das técnicas que caracteriza o estágio atual.

Com efeito, se a fundação da Universidade em Portugal, por exemplo, visava **“a formação maciça de intelectuais orgânicos”** (**“Universidade de Coimbra”**, opúsculo editado por sua Reitoria, em 1978, p.4), aparelhou-se depois, continuamente, até, em nosso século, aproveitando-se do desenvolvimento tecnológico posto à sua disposição para vir a exercer as demais funções retroapontadas, inclusive de serviços à comunidade.

Entre nós, concebida a Universidade também como foco difusor de cultura, o progresso material do presente século lançou-a à busca de nova metas, notando-se, no entanto, certo distanciamento da realidade na atuação das Faculdades de Direito.

Com efeito, se as demais Faculdades – especialmente das áreas técnicas – tem podido acompanhar e embasar esse desenvolvimento, as de Direito, até por sua própria natureza e por sua estruturação, sentiram mais fortemente esse impacto, assistindo-se, em nosso tempo, com o crescente predomínio do econômico sobre o social, um certo descompasso na posição dos juristas ante à realidade fática.

Exacerba, entre nós, essa situação o fenômeno da massificação do ensino superior, que alargou demasiadamente a oferta, com sensível prejuízo de qualidade, criando-se inúmeros cursos sem qualquer substância, a ponto de chegar-se à proibição de instalação de novas Faculdades no país, depois de manifestações candentes, inclusive de todas as entidades de classe, quanto à sofrível qualificação dos enormes contingentes de formandos.

Verifica-se, pois, que a discussão sobre as Faculdades de Direito se reveste de nuances especiais, atingindo sua própria essencialidade, na medida em que interfere com a própria significação da instituição na presente quadra do desenvolvimento da sociedade.

2.2. A crise do ensino jurídico: os debates quanto à orientação geral e à composição do currículo.

Debatem-se, com isso, os intelectuais entre extremos: humanismo ou pragmatismo; ensino jurídico ou sócio-jurídico; postura teórica ou prática?... E, inobstante os diferentes congressos, discussões, estudos, projetos e demais iniciativas tendentes ao equacionamento dessa situação, não se chegou, ainda, concretamente, a posições que, de fato, representem avanço significativo para reverter-se o processo!...

Por isso é que, em todos os países civilizados, patente é a crise nas Faculdades de Direito, pondo-se em choque, mesmo, já algum tempo, a sua própria identidade.

Esse problema tem merecido estudos e discussões por toda parte, geralmente com opiniões que refletem o pessimismo – ou, mesmo, ceticismo – do analista quanto a resultados positivos a curto prazo.

Em congresso realizado na Universidade de Granada (conferências publicadas nos “**Anales de la Catedra Francisco Suarez**”, 1980/81, n.ºs. 20/21, p.115 e segs.), especialistas de diferentes países europeus tiveram oportunidade de debruçar-se sobre o tema, discutindo seus diferentes aspectos.

Discorrendo sobre a formação dos juristas na Alemanha, assinalava WOLF PAUL, que se caracteriza curiosamente, “**por determinadas contradicciones, que aun que claramente reconocidos y permanentemente lamentados, nunca pudieran ser efectivamente eliminadas**”, parecendo-lhe como “**si tuvieram una existencia incorregible.**” (**Formación del jurista entre teoría y praxis**”, p. 115).

Apontando depois os dois dilemas básicos das Faculdades, a saber, teoria ou “praxis” e ciência jurídica ou ciência social, acentuava que, no fundo, a questão se relacionava com a própria crise global do Estado.

Analisando, em seguida, as diferentes consequências dessa situação, propunha reforma, em que os elementos fundamentais deveriam ser: “**enseñanza monofásica en el sentido de una integración homogénea de la practica jurídica**

en el plan de estudios; cientificidad del proceso educativo y de los exámenes; realización práctica como procedimiento experimental”.

Com isso, concluía, salientando acreditar **“que la utopia, largo tiempo abstractamente mantenida, de una ciencia jurídica orientada a la praxis tiene la posibilidad de hacerse concreta”.** (p.133). (sobre a situação da Alemanha, v. também GERHARD HANEY: **“Formación jurídica y formación de los juristas en la República Democrática Alemana”**, o. cit., p. 135 e segs.).

Debatendo a questão na França, JACQUELINE GATI e JEAN-JACQUES GLEIZAL, depois de realçar o espírito conservador dos juristas, ressaltavam que **“la enseñanza del Derecho ocupa un lugar destacado entre los temas prohibidos”.** (**La enseñanza del Derecho y la formación de la capas dirigentes en Francia**”, o. cit., p., 159 e segs.).

Acentuando que **“no es posible imaginar una enseñanza del Derecho que no sea consciente de sus finalidades”**, criticavam o sistema atual (p.170 e segs.), em especial quanto ao caráter estritamente jurídico dos programas, que tem causado óbice à formação de pessoal administrativo exigido pelo país.

Em seguida, mostrando a prevalência dos técnicos nos dias atuais e formulando críticas à concepção vigente, concluíam que **“lo que en adelante importa ho es tanto el Derecho como lenguaje específico que requiere un aprendizaje autónomo, sino el Derecho como instrumento de acción que necesita un saber práctico y especializado”** (p. 180).

Por sua vez, VITTORIO FROSINI, iniciando seu discurso com o debate sobre as mudanças havidas na sociedade, evidenciava em especial, o tecnicismo e o gigantismo do Estado, salientando que **“el licenciado en jurisprudencia no está preparado precisamente por sua formación especializada pero carente de apertura y flexibilidad”.** (**“La Universidad desintegrada: la situación italiana”**, Rev. cit., p.228).

Entendia haver verdadeira desintegração da Universidade, em si e com respeito à sociedade em que está umbicada, porque, de um lado, **“dentro de ella no actúa una integración de la vida intelectual comunitária”** e, de outro, **“sufre las consecuencias de un fallido proceso de intercambio vital de experiencia y de energias con el mundo exterior.”** (p. 232).

2.3. Necessidade de revisão da orientação: a conjugação entre teoria e prática.

Autores não tem faltado em apregoar, mais concretamente, necessidade de revisão da orientação do curso, para ajustá-lo às novas realidades, acenando também com a imperatividade de estruturação curricular compatível.

Assim, discutindo o tema em seu país, em 1966, expunha MARCELO CAETANO que a Faculdade de Direito tem como objetivo uma **“formação jurídica básica”**, depois **“complementada pela aprendizagem de uma profissão”**.

Entendia que a **“licenciatura é grau acadêmico”** e não **“título profissional”**, obtido, ao revés, em estágios e aprendizados próprios, concluindo por realçar a tendência de cursos complementares, de especialização (**“A reforma dos estudos jurídicos em Portugal”**, in R.F. nº 227, pp. 366 e 371).

Por sua vez, JOSÉ NABANTINO RAMOS, examinando diferentes problemas da vida universitária, em trabalho sobre o estudo do Direito, apregoava a necessidade de um ensino voltado para a prática, inclusive em consonância com a respectiva legislação, **“há, pois, que infundir ao ensino do Direito orientação profissional, de acordo, aliás, com a tendência dominante em outros países”**. (**“O ensino do direito”**, in RT. 490/249).

No mesmo sentido, entendia, entre nós, CESARINO JUNIOR, em discurso proferido em 1966, que as Faculdades de Direito **“não preparam seu alunos para a era tecnocrata em que devem operar”**, face, dentre outras razões, a sua **“organização excessivamente tradicional em inteiro descompasso com as mudanças da civilização tecnológica”**.

Depois de comentar o avanço tecnológico e a ascensão do tecnocratas, salientava que o advogado também deveria ser um **“técnico”**, mas sob ângulo diverso, pois lhe cabe **“encarar todos os aspectos da vida”**.

Analisando, em seguida, o futuro do jurista na era tecnológica e depois de enunciar visões apocalípticas de alguns escritores, concluía, no entanto, que **“a sua univesidade e humanismo” “haverão de mobilizar os espíritos na luta contra o materialismo e terminarão por vencê-lo”**. (**“o jurista na era tecnocrática”**, in **“Revista da Faculdade de Direito”**, 1969, V. LXIV, p. 189, 201 e 204).

Também debates travados nos Estados Unidos da América do Norte – em que a crise é sentida e discutida – críticas não tem sido poupadas ao ensino jurídico.

Assim, DAVID M. HUNSAKER, ao escrever sobre a educação jurídica, afirmava que **“must adapt to the needs of a rapidly changing, society”**, salientando que a necessidade básica, reconhecida por muitos, **“is to develop in the student skills other than the ability to analyze cases critically”**. (**“Law, humanism and comunicacion: Suggestions for limited curricular reform”**, **“Journal of Legal Education”**, 1980, v. 30, p. 417).

Pregava a criação de cursos por áreas de atuação do jurista ou mesmo extracurriculares, relacionados às diferentes funções comunicativas do advogado

(como as de pesquisa, argumentação, consulta, negociação, etc.) (p.423), salientando que se consubstanciava em **“realistic attempt to provide in the law school curriculum a basic core of skill courses which will tend to unify rather than fragment further, the proliferating specialty curriculum which has developed in recent years”**.

Acreditava, com isso, que **“a curriculum package, such as the above, strikes the balance in a way which will have the most productive and least disruptive impact on modern legal education”** (p. 434).

Já MALDONALD, depois de discutir a denominada “metafísica clássica” – com disciplinas compulsórias e opcionais – e a chamada “lógica artificial da “common law”, enfatizava que **“curricular reform is a continuing enterprise, beset by, tensions which are perennial”**, entendendo que a questão **“reflect underlying problems which have been among the fundamental concerns of traditional speculative philosophy”** (o. cit., p. 586).

E, consoante tem sido noticiado, o debate prossegue em várias Universidades do país, inclusive nas mais tradicionais, como a de Harvard, onde se vem pondo em choque a própria instituição, cujo ensino tem sido **“instrumento”** de **“injustiça social”**, para a corrente denominada **“Critical Legal Studies”**. (Revista **“Time”** 18, 11.85, p. 39).

Outrossim, se, como se observa, se tem propugnado por uma orientação prática para o ensino, não tem faltado vozes que, ao revés, alertam para o excesso de pragmatismo que poderia comprometer a própria ciência jurídica.

Nesse sentido, MANUEL JESUS GARCIA GARRIDO, ao assinalar que objetivo básico do ensino jurídico é a **“realización de la formación integral”**, advertia, em artigo sobre a reforma espanhola que se deveria evitar **“excessivo conteúdo profissional”**, ditado pelo **“utilitarismo da vida presente”**, ante ao perigo de **“deixar de fazer ciência pela ciência”** **“La Universidad en la reforma educativa española”**, in **“Revista da Faculdade de Direito”**, 1974, v. LXIX, fase 2, pp. 201 e 202).

Mas, concluía, com esperança, que **“el espíritu y la tradición de nuestras viejas y nuevas Universidades superará los temporales del presente como ha superado los vaivenes de la História”** (p. 203).

Em nosso entender, como sempre ocorre, **in medio virtus**, ou seja, não se pode conceber um ensino jurídico dirigido unicamente para a prática, nem se pode cogitar de uma postura puramente teórica no curso de Direito. Deve-se adotar orientação que concilie teoria e prática, formando o estudante, e, ao mesmo tempo, mostrando-lhe a aplicação dos princípios e das regras à vida co-

num, propondo-lhe a resolução de problemas, desenvolvendo o seu raciocínio, estimulando-o à pesquisa, aguçando-lhe o espírito crítico, fomentando a sua capacidade de argumentação, aperfeiçoando a sua redação.

Deve-se dar-lhe a conhecer as funções típicas do jurista na vida real, realizando-se pesquisas, trabalhos e estágios orientados; discussões de casos da vida real; resoluções de problemas, e sempre em razão de situações extraídas do cotidiano.

Com isso se sentirá o estudante integrado ao mundo em que vive, perceberá a presença do Direito na realidade fática e estará preparando-se para o posterior exercício das funções próprias de sua licenciatura.

Por isso é que ÁLVARO MELO FILHO enfatiza que **“o estudo do Direito, no curso de graduação, visa a desenvolver o conhecimento básico da ciência jurídica paralelamente à formação profissional mediante ensino teórico-prático”**. (**“Metodologia do ensino jurídico”**, Rio, Forense, 1979, p. 3).

Em nosso entender, é indispensável a presença do binômio formação-informação nos cursos jurídicos, ensinando-se princípios, regras e suas aplicações – portanto, sob visão teórico-prática – voltadas para o momento e, quanto possível, atentas às perspectivas do futuro.

Isso exige, como natural, preparação própria do professor e constante atualização, a par de postura participativa do aluno, além da adequação de pessoal e de material por parte da Faculdade.

Outrossim, algumas sugestões tem sido formuladas, mais objetivamente, para a adaptação do currículo jurídico às necessidades do mundo atual, à luz do espírito humanístico próprio da ciência do Direito, pugnando-se, de um lado, pela necessidade de conjugação entre teoria e prática em sua configuração e, de outro, pela integração à realidade social.

Assim, escrevendo sobre Universidades norte-americanas, OSCAR BARRETO FILHO apontava, em 1970, a flexibilidade dos currículos, que contavam com matérias obrigatórias (básicas) e opcionais (nos dois últimos anos).

Acentuava a existência de institutos de pesquisas na Universidade e o grande entrosamento entre eles e organismos públicos e particulares para a realização de pesquisas, com recursos de fontes diversas.

Mas, mesmo assim, já àquela época se acenava com a necessidade de mudança do sistema, para efeito de ajustar-se à realidade.

Na conclusão, oferecia sugestões para reformado ensino jurídico no Brasil, em que se destacavam: **“reestruturação do currículo, visando à flexibilidade e consequente ampliação de possibilidade de opção”**, e integração, nas Faculdades de Direito, de **“matérias afins”**, **“por meio de criação de institutos ou cursos especializados”** (**“Novos Métodos do ensino do Direito – A experiência norte-americana”**, in **“Revista Forense”**, nº 229, pp. 383, 387 e 389).

Por sua vez, CAIO TÁCITO, na mesma época, e em conferência no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio, reconhecendo as transformações jurídicas, econômicas e sociais ocorridas entre nós, apontava uma **“precariedade dos estudos jurídicos nas Faculdades”**, propugnando pela reforma do ensino jurídico, que se deveria **“tornar integrado, tanto no sentido da maior comunicação entre o estudo das disciplinas jurídicas afins, como especialmente pela preparação em disciplinas para-jurídicas, colocadas no campo das ciências econômicas e sociais.”**

Lembrou, depois, a evolução ocorrida nos Estados Unidos do **“case method”** ao **“problem method”** e, finalmente, ao **“interdisciplinary approach”**, preocupado com a **“formação do direito através de suas coordenadas sociais e econômicas”**.

Concluindo, propunha a adaptação das Faculdades de Direito à evolução havida, **“sob pena de aceitar o invencível mergulho no descrédito de um sistema já superado e incompatível com as solicitações do desenvolvimento nacional”** (**“O desafio do ensino do Direito”**, in **“Revista Forense”**, nº 233, pp. 329, 330 e 331).

2.4. Necessidade de integração do currículo à realidade presente.

De outro lado, deve o ensino ser impregnado do indispensável sentido humanístico, fazendo despertar no estudante a necessidade de defesa dos valores básicos do homem e da sociedade.

Nessa diretriz, ANDRÉ FRANCO MONTORO, depois de colocar como objetivo fundamental do ensino do Direito o de **“formar juristas nacionais”**, enfatizava nele a necessidade de um caráter humanístico, a fim de que possa contribuir para uma sociedade mais justa (**“Objetivos e método do ensino do Direito”**, in **“Revista de Informação Legislativa”**, nº 42, p. 63 e segs.).

Na mesma orientação, ADA PELLEGRINI GRINOVER, acentuava que o curso jurídico deve guardar o sentido humanístico, **“para formar a consciência jurídica do bacharel”** (**“o advogado e a formação jurídica”**, in **“Revista da Faculdade de Direito”** in **“Revista da Faculdade de Direito”**, 1978, v. LXXIII, p. 110).

Com efeito, esse humanismo é de sua essência, até por definição, a nortear toda a estruturação e o desenvolvimento do curso, a fim de evitar-se, face ao excessivo tecnicismo, que venha a ocorrer, com as Faculdades de Direito, o criticado fenômeno da transformação, entre nós, de certas unidades de Universidades federais em verdadeiras “**escolas profissionais de terceiro grau**”.

Deve-se, por fim, assentar a necessidade da integração do curso jurídico à realidade do país.

Defende-se a idéia de que, mediante a inserção de matérias afins no currículo das Faculdades, proporcionando ao estudante visão global da realidade em que atuará, estará mais apto a exercer suas funções, pois a excessiva carga de conhecimento específico o tem afastado de uma participação mais decisiva na condução, ou mesmo, na orientação, do desenvolvimento atual.

Quer-se evitar que o excessivo, ou o exclusivo, dimensionamento jurídico do currículo isole o bacharel das exigências da sociedade, com a conseqüente dissociação do jurista do mundo fático.

Assim, cumpre que o currículo seja moldado de forma a contemplar o estudo de outras áreas da ciência compatíveis com o Direito, como Economia, Finanças, Administração e outros.

Nesse diapasão, a inserção dessas matérias vem sendo feita nos últimos semestres do curso, como estudos complementares, divididos por áreas, como: política, social, econômica, jurídica, tendo sido adotado na Europa dentre outras, pela Faculdade de Direito de Coimbra.

A verdade é que urge essa integração: não se pode pensar, no mundo presente, a nosso ver, em ensino puramente jurídico. Há que se dividir o estudo em campos de ação e, em cada qual, ministrar ao aluno noções de ciências afins, conforme as áreas que escolher, habilitando-o a contribuir mais eficazmente para a sociedade em que vive.

A ação do advogado não se perfaz – hoje, com mais clareza, definida – com o simples exercício de habilitações jurídicas e com conhecimentos apenas da ciência do Direito. Ao advogado de empresa são exigidos, por exemplo, conhecimentos de administração, contabilidade, de economia, de finanças, de computação; ao de empresa pública, conhecimentos de administração, de política, de economia, assim por diante.

Dessa forma, consoante as áreas principais, a jurídica, a política, a econômica e a social, o curso do Direito poderia ser, a nível complementar, integrado por matérias de interesse precípua, a ser ministradas por professores que, a par de sua titulação, tiverem vivência no setor.

3. A estruturação curricular vigente e a posição de nossa Faculdade.

3.1. A estruturação curricular vigente nas Faculdades de Direito do país.

Passando-se ao debate sobre a esquematização curricular em si, temos a assinalar, de início, que, nesse ponto, se acham as Faculdades de Direito presas à tradição, detendo-se sobre disposição eminentemente jurídica, na linha básica da evolução do ensino superior nesse campo.

As matérias são distribuídas em ciclos, incluindo-se as consideradas básicas no primeiro ano do curso, prevendo-se depois as definidas como especiais, para, por fim, nos últimos semestres, estudar-se as denominadas “complementares” (“**ciclo de especialização**” ou do “**conhecimento específico**”), em esquematização que obedece, normalmente, à conjugação dos fatores expostos.

Quanto à orientação do ensino, sentido prático pode ser notado em várias unidades, inclusive com a criação e a manutenção de atividades extra-curriculares, tais como cursos de estágio, de extensão, de aperfeiçoamento, inclusive por meio de entidades ligadas, poucas, no entanto, com o espírito de integração à realidade fática.

Complementa o quadro de disciplinas, em algumas Faculdades, a idéia da distribuição entre obrigatórias e facultativas ou opcionais, estas geralmente oferecidas a nível de complementação ou de especialização de conhecimento.

Com base nos modelos que, pessoalmente ou por pesquisa, pudemos analisar – a saber, algumas instituições européias e norte americanas e várias brasileiras – temos a anotar, em síntese, que, das orientações prosperantes atualmente, a tendência geral é a de conjugação entre teoria e prática (a maioria) e, com respeito à constituição do currículo, predomínio quase exclusivo de disciplinas, de cunho jurídico (no Brasil, quase absoluto).

Significativa reformulação imprimiu, a esse respeito, em 1975, a Faculdade de Direito de Coimbra ao que denominou “**ciclo complementar**” (entre nós, de “**especialização**”), dividindo-o em áreas de estudo, à escolha do interessado; em consonância com sua vocação, a saber: “**ciências jurídicas**”, “**ciências jurídico-econômicas**” e “**ciências jurídico-políticas**”, com um elenco de disciplinas distribuído em: “**núcleo obrigatório**”, “**opção específica**” e “**opção comum**” (dentre os quais se contam: direito comparado; direito europeu; sociologia do Direito, economia financeira e outras integrativas).

A fórmula, compreendida dentro do espírito de integração do jurista à realidade, permite o direcionamento do estudante a área de atuação de sua escolha e as disciplinas inseridas em cada grupo proporcionam-lhe, a par da espe-

cificidade, visão globalizante da ciência jurídica e da situação do Direito em seu país e no contexto da Europa.

No Brasil os cursos jurídicos nasceram e floresceram à luz da cultura europeia, traduzindo-se, desde o início, em preocupações de ordem teórico-práticas, mas recentemente vem evoluindo para uma postura profissionalizante.

Assim, mais presentemente é que vem sendo utilizada a técnica da distribuição em ciclos, com matérias de especialização como complementares.

Algumas Faculdades não fazem a distribuição por ciclos; algumas mantem ciclo básico comum a várias Faculdades; outras não contam com o ciclo complementar.

Mas, de um modo geral, apartadas algumas posições próprias, as matérias são eleitas e seriadas em consonância com o espírito inicial, ou seja, constituindo-se os dois primeiros anos em básicos para a formação do aluno, seguindo-se depois as matérias mais específicas, sempre na área estritamente jurídica.

Predomina, outrossim, por força da legislação vigente, a noção de currículo mínimo, com um feixe de disciplinas obrigatórias para o curso, aliás, generalizada no nosso ensino superior.

3.2. A concepção curricular original e a evolução de nossa Faculdade.

A estruturação curricular descrita prende-se à criação dos cursos superiores no país – e, portanto, à origem de nossa Faculdade – cuja vida, aliás, se confunde com a própria história da Faculdade de São Francisco, a primeira das instituições do gênero.

De fato, a criação dos cursos jurídicos, entre nós, foi realizada, conforme nos mostram os estatutos do VISCONDE DE CACHOEIRA, com **“matérias que podem formar um jurista brasileiro”**, cujo conteúdo e alcance são explicados, minuciosamente no referido documento (Capítulo III das explicações do Estatuto) (in **“o Poder Legislativo e a criação dos cursos jurídicos”** editado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado, Brasília, 1977, p. 332).

O curso foi distribuído por cinco anos, estudando-se, nos dois primeiros, os princípios gerais e universais, que informam todos os ramos do Direito, como matérias elementares; no terceiro e no quarto, a legislação pátria e a geral e, por fim, no quinto ano, suas aplicações, voltadas para a preparação do bacharel para atuação no foro, enfatizando-se então as análises de textos e de jurisprudência e a realização de composições pelos estudantes.

O encadeamento do curso obedeceu à fórmula de ministração progressiva de matéria, a partir dos princípios mais gerais, passando-se pelo direito posto, até alcançar-se as aplicações práticas (art. 1º da lei de 11.8.1927, que instituiu os dois primeiros cursos jurídicos do país, em S. Paulo e em Olinda), obtendo o candidato, no final, o título de bacharel (art. 9º), sendo de realçar-se outrossim que a remuneração dos lentes correspondia à dos desembargadores (art. 3º).

A iniciativa pertenceu ao Visconde de São Leopoldo, José Feliciano Fernandes Pinheiro, que ofereceu indicação, datada de 12 e apresentada a 14.6.1823 à Assembléia Constituinte, preocupado que estava o seu autor com **“a difusão das luzes e o adiantamento da instrução pública”**, **“verdadeiras bases do governo constitucional”**. (o. cit., pp. 15 e 16).

Aliás, a educação da juventude era uma das preocupações básicas da Constituinte, manifestada já nas Províncias, face às dificuldades e vicissitudes enfrentadas pelos estudantes que tinham de atravessar o Atlântico para obter formação superior.

Propunha o autor, de início, a imediata criação, em São Paulo de uma **“Faculdade de Direito Civil”**, unidade primeira da Universidade, sugerindo que a multiplicidade de cadeiras de Direito Romano fosse substituída por duas, uma de Direito Público Constitucional e outra de Economia Política, preocupado que estava com a integração do ensino jurídico à realidade de então.

Com as modificações posteriores, a idéia vingou e a 1.3.1928 foi instalado no Convento de S. Francisco, sala nº 2, o curso de Direito de São Paulo, tendo sido adotado para regê-lo estatuto calcado no de Coimbra, com as adaptações necessárias (o. cit., pp. 349 e 327, respect.).

Expandiu-se rapidamente e, desde o início, contou com a participação de figuras ilustres da vida de São Paulo, exercendo sempre influência sobre a sociedade.

De tal sorte tem sido essa interação que, no contexto geral do ensino jurídico no país, situa-se em posição singular a nossa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que, a par de ser a primeira escola superior de Direito do país, antecedeu à própria instituição da Universidade como tal.

Moldada no referido convento (Colégio de São Paulo, cujo estatuto foi aprovado em 11.6.1776), a Faculdade de Direito de tal modo se integrou à vida social, política, jurídica e econômica de São Paulo, que com a cidade se identifica, naquilo que de mais expressivo na alma bandeirante se contém.

E mais: de sua ação na formação de inúmeras gerações de juristas, viu seu nome, graças a participação em movimentos importantes da vida nacional, es-

tender-se a níveis nacionais e internacionais, ocupando ora, seguramente, posição de relevo dentre as mais importantes instituições mundiais do ensino superior.

Assim, vem merecendo candentes e brilhantes manifestações de diferentes pensadores, uníssonos na loa merecida a tão tradicional e atuante entidade, cujos serviços prestados à nação são incontáveis.

3.3. Singularidade de sua posição no contexto das demais Faculdades.

Com efeito, a singularidade de sua atuação pode-se notar no extraordinário fascínio que sempre exerceu sobre a comunidade, como, evocando cronistas de épocas áureas lembra CARLOS PENTEADO DE REZENDE, nos planos social, econômico e intelectual de nossa terra por suas **“fecundas tradições”** e **“prestígio sempre atuante”**, congregando, ao longo do tempo, os seus nomes mais ilustres. (**“Algumas páginas sobre a velha Academia de Direito de São Paulo”**, in **“Revista da Faculdade de Direito”**, 1977, 1ª fase, v. LXXII, p. 70).

Bafejada pelas três deusas a que se refere seu historiador SPENCER VAMPRE – a Poesia, a Eloquência e a Saudade – extrapola, em sua atuação, à simples formação de bacharéis em Direito, contribuindo também, como lembra WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, na preparação dentre outros, de estadistas, políticos, oradores, professores e magistrados, que tem **“exercido influência nos destinos da nacionalidade”** (**“Sesquicentenário da Faculdade de Direito”**, in **“Problemas Brasileiros”**, 1977, nº 166, p. 5).

Por isso é que ALFREDO BUZUID realça que sua missão **“não é simplesmente a de formar profissionais para o exercício da advocacia”**, pois, **“numa sucessão nunca interrompida, esta Faculdade traça os destinos da Pátria na obra de seus filhos”**, sendo verdadeiro **“espírito que ilumina a vida nacional no foro, na política, na tribuna, no jornalismo, nas letras”**. E, em um arroubo, conclui: **“Se tocasse a esta casa o papel de formar bacharéis em Direito, seria um curso profissional. Se o ensino se limitasse à sistematização dos princípios e à hermenêutica dos preceitos legais teria validade científica, mas lhe minguardia calor humano, a perspectiva dos largos horizontes, a paisagem das construções imortais. Seria uma escola, não um templo. Teria professores, não sacerdotes. Viveria em contato com os códigos e as leis, mas estaria divorciada do mundo, dos seus dramas, das suas crises, das idéias que o agitam.”** (**“A missão da Faculdade de Direito na conjuntura política atual”**, in **“Revista da Faculdade de Direito”**, 1968, v. LXIII, p. 74).

No mesmo diapasão e depois de salientar que de suas cadeiras saíram estadistas, políticos, empresários e outros elementos, acentua MIGUEL REALE o **“que os une é o “sentimento da consecução humana”**, pois o Direito é **“empe-**

inho global da vida...” é “a vida mesma em todas as suas expressões, na medida em que todos devem se submeter às exigências éticas de uma convivência ordenada”. (“A Faculdade de Direito na cultura brasileira”, in “Revista da Faculdade de Direito, 1976, v. LXXI, pp. 231 e 233).

A influência da Faculdade na vida da nação levou, por sua vez, PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA a considerá-la “patrimônio sedimentado das galas do mais puro e indobrável brasileiro”. (“A instalação dos cursos de pós-graduação a Onze de Agosto”, in “Revista da Faculdade de Direito”, 1972, LXVII, p. 350).

Acresce-se a essas a manifestação de MARIO HOEPNNER DUTRA no sentido de que “**não houve movimento nacional que não tivesse encontrado no abrigo de seus muros a veemência da palavra a brandir na causa e, sobretudo, na ação**”, pois a Faculdade “**guarda em si toda a socialidade histórica de nossa terra**” (discurso proferido nas Comemorações do sesquicentenário”, in “Altar de Glória”, SP., Lex Editora, 1977, p. 12).

Por isso é que JOSÉ PINTO ANTUNES assinalava, quando da cerimônia de lançamento da pedra fundamental do novo prédio no campus da USP, que a História do Brasil a “**Academia do Largo de São Francisco vem fazendo há perto de século e meio**”. (“A pedra fundamental da nova Faculdade de Direito na Cidade Universitária”, in “Revista da Faculdade de Direito”, 1973, v. LXVIII, 2ª fase, p. 404), aspecto esse realçado também por GENTIL DO CARMO PINTO com as seguintes palavras: “**Centúria e meia de fatos e tradições ressoam de teu solo sacrossanto, trincheira da consciência jurídica, cidadela de idealismo e cultura, vanguarda de aspirações liberais, baluarte de patriotismo**” (“Discurso em comemoração do sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos”, in “Revista da Faculdade de Direito”, v. LXXII, 1977, 2ª fase, p. 403).

Atesta a sua presença marcante em movimentos nacionais a célebre manifestação pelo Estado de Direito, com a leitura, em 1977, da “**Carta aos Brasileiros**”, em que GOFFREDO TELLES JR. realçou a sua fidelidade às tradições de nossa terra, “**indefectível e operante, que escreveu as Páginas da Liberdade, na História do Brasil**” (“Carta aos Brasileiros”, inserida na citada Revista, p. 412).

Essa chama que pulsa na Faculdade inspirou, ainda, PAULO BONILHA a proclamar: “**Este chão ainda produz a seiva da terra bandeirante, que alimentou as passadas gerações de mestres e estudantes, nutre as presentes e há de sustentar as futuras, até quando houver, sobre a Terra, sede e fome de Justiça**”, (discurso, na mesma ocasião proferido, incluído na mesma Revista, p. 406).

3.4. Problemas enfrentados pela Faculdade e propostas para o seu equacionamento.

Com tão vibrantes manifestações – a que se somam inúmeras outras – sente, mesmo o mais cético dos analistas, que, de um lado, por sua singularidade, nossa Faculdade não pode ser examinada no contexto geral das entidades de ensino superior no país e, de outro, difícil se torna o diagnóstico da sua posição frente ao momento atual.

Não se pode dizer, de início, que se trata de instituição em crise, até por que segue normalmente em sua trilha de formação de pessoal habilitado para o exercício de funções próprias da carreira jurídica, distinguindo-se ademais pela obra de seus filhos em diferentes setores da vida nacional.

Mas sofre, sem dúvida, face à inserção no contexto da Universidade, os problemas já apontados, em especial, os de insuficiência de verbas, que tolhe atividades de pesquisas; impede a concessão de bolsas de estudos; e de inadequação da política de remuneração de seus colaboradores, que desestimula o ingresso e a manutenção na atividade docente, dificultando, assim, o acolhimento de estudiosos e de especialistas que são atraídos pela iniciativa privada, ou pelo serviço público, impedindo-se, assim a sua integração, ao respectivo quadro, até para atender aos cursos normais.

Essas questões tem sido postas nos congressos internos da Faculdade – prática, aliás, adotada, há algum tempo, em nossas Universidades, para uma auto-avaliação periódica – a par de outros, em especial de caráter metodológico e curricular, que vem atormentando os espíritos preocupados com a situação atual do ensino jurídico.

Medidas urgentes devem, a propósito, ser tomadas, imprimindo-se novas dimensões à Faculdade, dignas de sua tradição e de sua grandeza.

Sanadas as deficiências gerais apontadas, e mais, simplificada a estrutura administrativa e disciplinada mais realísticamente a carreira docente, poderia a Faculdade – assim como as demais unidades da instituição (algumas, aliás, já bem atuantes nesse sentido) – ampliar o elenco de serviços prestados à comunidade, inclusive internamente, colaborando mais decisivamente para o progresso geral do país, a fim de não estreitar a sua atividade à de transmissão de conhecimentos.

Com efeito, aparelhada sob essa nova visão, poderia pensar-se em: criar Institutos e centros de pesquisas nos diferentes Departamentos para a realização de trabalhos remunerados de interesse para a comunidade, inclusive com a participação de alunos; realizar mais cursos de extensão e de aperfeiçoamento, em função a demanda do mercado; pôr em prática estágios profissionalmente

orientados nas áreas de interesse do mercado; instituir prêmios e concursos internos para os alunos do bacharelado; conceder bolsas de estudos a alunos interessados; promover, sistematicamente, intercâmbio cultural e de serviços com outras instituições nacionais e internacionais, e, mesmo órgãos governamentais; manter convênios com empresas para estágios e para prestação de serviços e outras atividades compatíveis com seus objetivos.

Sugerimos, pois, sejam tais pontos estudados e, com brevidade, instituídos os programas possíveis, que muito contribuirão para os fins expostos.

Observa-se, pois, que muito poderia, ainda, a Faculdade fazer em prol da comunidade, seja interna, seja externamente, daí porque o diagnóstico de sua posição – que sofre os reflexos, em especial, do defasado sistema de remuneração do corpo docente – no momento não nos oferece, dentro do espírito citado, uma visão alentadora.

Acresce anotar, ainda, que interessantes seriam: a instituição de programa de preparação e de orientação do corpo docente, quanto aos novos objetivos; mecanismos de integração dos alunos às novas tarefas; reexame dos atuais programas das disciplinas, com ligação entre si e ajustamento às necessidades atuais; e adoção de metodologia coerente com as novas realidades do país.

Isso significa que, em nosso entender, também na Faculdade de Direito da USP, não é apenas curricular o problema. Vale dizer: não se resume a revisão de currículo qualquer proposta tendente a dela extrair postura mais positiva para a eliminação da decantada crise do ensino jurídico. Há que se preparar, devidamente, para a assunção de nova posição sugerida.

Isso inobstante, também com respeito à disposição curricular, aperfeiçoamentos poderiam ser introduzidos, a fim de ajustá-la à já mencionada orientação realística, como adiante apontaremos.

3.5. Orientação atual do ensino jurídico: a posição do currículo da nossa Faculdade.

Com efeito, passando ao ensino propriamente dito, temos a anotar, de início que, durante largo tempo e inobstante a sempre presente atuação da Faculdade, prosperou em seu contexto uma orientação teórica, distribuindo-se e ensinando-se as matérias com espírito puramente intelectual, constando que, em 1908, na Bahia, se fez ouvir a primeira voz que, legislativamente, propunha reforma no ensino superior tendente a imprimir cunho prático aos cursos de Direito.

Destacavam-se então as lições altamente eruditas e grandes dotes de oratória dos mestres, que, aliás, deliciaram a juventude estudante por muitas e muitas gerações!...

A persistência de cursos teóricos e de preleção discursivas levou, mais tarde, a par de outras manifestações, o Congresso de Ensino Jurídico de 1927 a preconizar modificações que viessem a ajustá-lo às necessidades da vida profissional.

Com a criação da Universidade de São Paulo (Dec. 6.283, de 25.1.1934), foi traçada a filosofia que deveria nortear a vida acadêmica entre nós, destacando-se em seu conteúdo, a ênfase para desenvolvimento do espírito de iniciativa, de trabalho e de pesquisa, ideais esses que também inspiraram o seu Regimento Geral (Dec. 52.906, de 27.3.62).

Esses mesmos pontos serviram de base para a definição, a nível nacional, de política específica para o setor, plasmada depois da denominada “**Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**” (Lei 4.024, de 20.12.61), onde se declarou por expresse que são “objeto do ensino superior a pesquisa, o desenvolvimento da ciência, letras e artes e a formação de profissionais de nível universitário” (art. 66) (reproduzido pela Lei 5.540, de 28.11.68, art. 2º) (interessantes são a propósito da reforma: o trabalho de KEITH S. ROSENN, de 1969, denominado “The reform of legal education in Brazil”, in “Journal of Legal Education”, v. 21, nº 3, p. 251 e segs.; e o de DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA, “A reforma do ensino superior”, in “Problemas Brasileiros”, 1973, nº 114, p. 3 e segs.).

Nesse contexto vem assumindo importante papel o Conselho Federal de Educação, órgão que cuida da referida política, definindo, por meio de Resoluções, orientações e critérios que vem disciplinando os cursos superiores no país.

Em função da orientação que vem fixando, o sistema atual de ensino superior encontra-se, em suas linhas gerais, estruturando em consonância com normas que, na linha tradicional, refletem a preocupação precípua de formação, mesclada a certa profissionalização, em função da diretriz imposta pela reforma.

O curso deve dividir-se em semestres, lastreado no mecanismo de créditos, sendo distribuído em ciclos, a saber: o básico, destinado a formação cultural (dois semestres) e o institucional, composto de matérias obrigatórias, com disciplinas básicas e profissionais, e algumas opcionais (seis semestres) e, por fim, o ciclo de especialização, ou de conhecimento específico (último ano do curso) (Resolução 03, de 26.2.72).

Abraçou-se, assim, oficialmente, a referida orientação teórico-prática, prendendo-se os ciclos à preparação do aluno (formação) nos primeiros semestres, para, nos últimos anos ministrar-lhe conhecimentos específicos e profissionalizantes (informação) nas áreas eleitas.

Ora, esse esquema foi implantado em nossa Faculdade, passando, portanto, a influenciar o respectivo ensino que, paulatinamente, se foi afastando do teorismo dominante, conjugando-se teoria e prática em sua esquematização e, mesmo, em sua ministração.

Mas, de outro lado, tem predominado, na configuração curricular, disciplinas eminentemente jurídicas, com algumas poucas exceções, apresentando-se, portanto, cunhado de forte sentido técnico, dentro da diretriz apontada.

3.6. Críticas ao sistema e a busca de novas fórmulas curriculares.

Discorrendo sobre a reforma e com vistas ao currículo da Faculdade, explicava OSCAR BARRETO FILHO que a par de matérias **“que visam precipuamente à formação profissional do advogado, são previstas algumas matérias básicas, de caráter geral, que tem por objetivo preparar o bacharel para a sua missão e melhor integrá-lo na comunidade”**, além de **“matérias práticas para completar o currículo”**.

E, depois de enunciar as disciplinas inseridas, manifesta a sua concordância com a especialização, lembrando que áreas especializadas, com opções para escolha do aluno, já existiam nos Estados Unidos da América do Norte (**“Plano de reforma do currículo do Curso de Graduação em Direito”**, in **“Revista da Faculdade de Direito”**, 1972, v. LXVII pp. 117, 118, 120 e 121).

Mas, como em outros países, os resultados deste sistema, entre nós, tem sido muito discutidos, existindo inúmeras vozes destoantes, a ponto de ecoar essa insatisfação no seio do citado Conselho, que desenvolveu, a par de outras entidades, amplos estudos a respeito.

Assim, após o parecer 614/80, em que se constatou como se encontrava o ensino do Direito no país, foi aprovada, em seu interior, proposta de reformulação, tendo, para tanto, sido nomeada Comissão de especialistas.

De seu trabalho resultou um anteprojeto, oferecido em 1982, para debate nacional, prevendo-se nova **“grade curricular”**, com disciplinas eletivas e a criação de **“laboratório jurídico”** nas Faculdades. As matérias foram divididas em: obrigatórias de formação básica e de formação geral, para os primeiros semestres, seguindo-se as de formação profissional e, por fim, as de habilitações específicas (por áreas, para os últimos semestres).

Críticas gerais – inclusive quanto a improcedência terminológica e a inadequação à realidade – mostraram logo a impropriedade da nova concepção, que acabou por não prosperar.

Persiste, pois, o modelo enunciado, abraçado pelas Universidades oficiais e por inúmeras instituições privadas, dentre as quais algumas ainda se acham submetidas à simples seriação.

Dessa forma, em termos gerais, nossa Faculdade se encontra integrada ao modelo oficial.

De fato, examinando-se o seu currículo, constata-se que, efetivamente, se ajusta ao esquema tradicional, assumindo, em sua diagramação, a divisão do curso em ciclos básico e institucional (oito semestres), e de especialização (dois semestres).

Assim é que, com a introdução do sistema de divisão em ciclos, a seriação que sempre obedeceu à ordem inversa do grau de generalização – perfeitamente apenas nos cursos básico e institucional, distribuindo-se, outrossim, o ciclo de especialização em áreas, a saber: **“Direito Público, Administrativo e Financeiro; Direito Penal e Criminologia; Direito Privado e Processo Civil; Direito de Empresas; Direito de Trabalho e da Segurança Social, com disciplinas obrigatórias e optativas** (estas de maior especificidade ainda).

Outrossim, como se observa do exame das matérias existentes, apartadas as disciplinas básicas inseridas nos dois primeiros semestres, povoam o curso da Faculdade apenas matérias jurídicas, orientação que prevalece no de especialização, com poucas exceções.

Vale dizer: a estruturação adotada na Faculdade é, em sua filosofia e em sua diagramação, a da reforma citada.

Mas, preocupada com o aperfeiçoamento do curso e depois de reflexões sobre a experiência obtida com a realização, a nível de pós-graduação, do curso de especialização, decidiu a Congregação da Faculdade, em sessão de 5.6.85, alterar o **“ciclo de especialização”** do bacharelado (semestres IX e X), com fulcro em proposta oferecida pela Comissão encarregada de estudar o assunto.

Fixou-se, como principal diretriz, a de não mais se conceber como de especialização o último ciclo do curso de bacharelado, ficando aquela reservada para o programa de pós-graduação; com isso, passou o citado ciclo a denominar-se “complementar”, definindo-se como **“fase de flexibilização do ensino”**, os dois últimos semestres do ciclo profissional. Em consequência, conferiu-se ao aluno liberdade total de escolha das disciplinas até completar-se o número de créditos necessários, respeitadas as condicionantes de horário e de espaço da

Faculdade e ressalvada ao interessado a possibilidade da obtenção de habilitação específica nas áreas então existentes.

Observa-se, pois, quanto ao ponto principal da reformulação – que está sendo aplicada – que o último ciclo, agora com a denominação coimbrã, não mais se compõe de áreas, ficando a critério do interessado a escolha e a conjugação de disciplinas dentro do leque oferecido pela Faculdade, mantido, outrossim, à opção do interessado, o esquema oficial de habilitação.

Entendeu-se, pois, frente a dificuldades verificadas na escolha, pelo aluno, dentro do sistema de definição de áreas, que, com a abertura, o interessado constituirá o próprio currículo, a exemplo do que ocorre no curso de pós-graduação, com a diferença de que, no último, existe prévia orientação dos professores credenciados que, no bacharelado, se tem por facultativa.

A experiência dirá melhor quanto aos resultados, mas, com a devida vênia, ainda se nos afigura necessária reformulação da própria concepção do ciclo em questão, à luz das premissas expostas.

3.7. Sugestões para o aperfeiçoamento de nosso currículo.

De fato, aqueles que se encontram, como nós, em contato íntimo com a Faculdade, sentem, ainda, a necessidade de ajustes no currículo, a fim de que se possam alcançar os objetivos retro-mencionados.

Nos debates e nas proposições do VI Congresso da FADUSP (de que também participamos e cujos resultados, foram publicados pelo jornal **“Onze de Agosto”**, edição especial de novembro de 1985), ficou evidente que cumpre, de imediato, fazer-se revisão de conceitos e de fórmulas, no ensino jurídico, sentindo-se, quanto à questão curricular, a inevitável conclusão de que se deve buscar a adequação do curso de bacharelado à realidade de nossos dias, ainda em consonância com as finalidades enunciadas.

Maior participação ao aluno na Faculdade e sua integração às atividades da vida se constituem na tônica das proposições oferecidas, que pautam por uma postura menos teórica na ministração do curso.

Além disso, cumpre anotar que Congressos outros – que, inclusive, no seio das entidades de classe, se realizaram – tem insistido, nesse pontos, com trabalhos de diferentes intelectuais preocupados com a crise presente, destacando-se, por sua objetividade, os de ADA PELLEGRINI GRINOVER e OSCAR BARRETO FILHO (cit.).

Cabe-nos então indagar, frente à situação existente, se a estrutura curricular de nossa Faculdade atende às necessidades e aos objetivos enunciados, discutidos os modelos oficiais e a variante adotada pela D. Congregação.

Ora, inobstante estejam coerentes com a diretriz básica já debatida, a verdade é que comportam ambos certas modificações, que lhes conferirão melhor correspondência à realidade presente. Assim, permitímo-nos traçar algumas sugestões que, aliadas às providências já referidas, farão com que o currículo de nossa Faculdade possa servir, com mais eficiência, às finalidades propostas.

Carecem eles, em nosso entender, do espírito integrador citado, residindo sua principal deficiência no ciclo complementar, que se nos afigura mais adequado, de um lado, com a divisão em áreas, mas não do Direito, e sim da realidade, a saber: política, econômica, social e jurídica, e, de outro, com a sujeição da escolha das áreas à orientação dos professores face à naturais dificuldades dos estudantes. Matérias de integração do estudo, como Política, Filosofia, Finanças e outros, deverão figurar no currículo complementar, distribuídas por setores correspondentes do Direito (D. Civil; D. Comercial; D. do Trabalho e outros).

Exemplificando: na área econômica, noções de Economia, Finanças, Direito Econômico, Direito Societário; Direito Tributário; Direito do Trabalho; na área jurídico-penal: Sociologia; Criminologia; na área política: Ciência Política; Direito do Estado; Direito da Administração; Relações internacionais, dentre outras matérias, consoante estudo específico a ser desenvolvido.

Assinale-se, para efeito de elucidação, que em nada se confunde o referido ciclo com o de especialização oferecido em pós-graduação, este voltado a bacháreis e com programas de aprofundamento em áreas de estudos visado, tendentes a produção de trabalhos científicos.

Assim, defendemos, respeitadas as disposições regulamentares competentes: a permanência dos ciclos, inclusive o “**complementar**”, este concebido como estudo crítico da realidade e voltado à profissionalização; a divisão deste em **áreas**, a saber: **jurídica, econômica, social e política**, conforme o campo de atuação preferido pelo interessado, prevendo-se sub-áreas, conforme as funções possíveis ao bacharel (diplomacia, administração pública ou privada; política, exercício da advocacia ou atividade afim), estabelecendo-se a esquematização de disciplinas compatíveis, obrigatórias e opcionais, conforme os setores do Direito (por exemplo, D. Civil, D. Comercial, D. do Trabalho, D. Tributário, D. Administrativo); a inserção de disciplinas integrativas no ciclo complementar (tais como: D. Comparado, Filosofia do Direito, Administração, Política, Economia, Finanças, Computação, Contabilidade e outros, sempre em conexão

com as necessidades reais do bacharel); e a escolha orientada das áreas e das disciplinas, ou seja, com a participação dos professores correspondentes.

Parece-nos, outrossim, que a estruturação dos ciclos básico e institucional atendem, de um modo geral, às diretrizes definidas, podendo fazer-se revisão tendente a verificar-se, em especial, se as disciplinas básicas se inserem dentro da filosofia exposta e a recompor-se, quando necessária, a distribuição de matérias, em caso de modificação do ciclo complementar.

Ajustes nos programas complementarão o quadro de providências que nos parecem pertinentes para a nova concepção.

Postura prática do professor e direcionamento dos alunos para pesquisas sobre fatos da vida real são elementos indispensáveis na orientação preconizada, dentro do espírito pioneiro que nesta casa, a partir de 1938, desenvolveu CESARINO JUNIOR.

Assim se poderá chegar à integração acenada, mantendo-se, então, em nossa Faculdade, de início, a preocupação básica de formação humanística e, depois o aquçamento do senso de profissionalização, mas sob diretriz integradora do estudante ao mundo exterior em que, como bacharel, atuará.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, José Pinto: "A pedra fundamental da nova Faculdade de Direito na Cidade Universitária", in "A Revista da Faculdade de Direito", 1973, v. LXVIII, 2º fasc, p. 404.
- ANTUNHA, Heládio Cesar Gonçalves: "A Universidade de São Paulo, 45 anos depois", in "O Estado de S.Paulo", de 28.1.79, p. 129.
- BARRETO FILHO, Oscar: "Novos métodos do ensino do Direito. A experiência norte-americana", in RF. 229/352. "Plano de reforma do currículo do Curso de Graduação em Direito", in "Revista da Faculdade de Direito", 1972, v. LXVII, p. 115 e segs.
- BARROS JR., Cássio de Mesquita e TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello: "Estágio e formação profissional do advogado", SP, RT. 1980.
- BERNARDO, Hugo Gueiros: "Sobre a metodologia do ensino jurídico", in "Revista de Informação Legislativa", 32/83.
- BEVILAQUA, Clovis: "História da Faculdade de Direito de Recife", Rio, Francisco Alves, 1927.
- BITTAR, Carlos Alberto: "Novas técnicas de comunicação no âmbito universitário e seus reflexos na comunidade", in "Revista de Informação Legislativa", 86/331.
- BUZAID, Alfredo: "A missão da Faculdade de Direito na conjuntura política atual", in "Revista da Faculdade de Direito", 1968, v. LXIII, p. 71 e segs.

- CAETANO, Marcelo: "A reforma dos estudos jurídicos em Portugal", in RF, 227/365.
- CESARINO JR, ANTONIO FERREIRA: "O jurista na era tecnocrática", in "Revista da Faculdade de Direito", 1969, v. LXIV, ps. 189 e ss.
- COSTA, Philomeno Joaquim da: "A instalação dos cursos de pós-graduação a Onze de Agosto", in "Revista da Faculdade de Direito", 1976, v. LXVII, p. 343 e segs.
- DALLARI, Dalmo de Abreu: "As Arcadas na política brasileira", in "Suplemento Cultural" de "O Estado de S.Paulo", de 7.8.77, nº 43, p. 6.
- FACULDADE DE EDUCAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL: "Planejamento e organização do ensino", Porto Alegre, Editora Globo, 1975.
- FALCÃO, Joaquim de Almeida: "O ensino jurídico e o currículo mínimo", in "Reforma do Ensino Jurídico", ("Cadernos da PUC/RJ, 1974, nº 17, p. 97 e segs.).
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio: "Reforma do ensino Jurídico: reformar o currículo ou o modelo", in "Reforma do Ensino Jurídico", ("Cadernos da PUC/RJ, 1974, nº 17, p. 126 e segs.").
- FROSINI, Vittorio: "La Universidad desintegrada: la situación italiana", in "Anales de la Catedra Francisco Suarez", 1980/81, v. 20/21, p. 219 e segs.
- GARRIDO, Manuel Jesus Garcia: "La universidad en la reforma educativa española", in "Revista da Faculdade de Direito", 1974, v. LXIX, fasc. 2, p. 193 e segs.
- GATI, Jacqueline e GLETZAL, Jean Jacques: "La enseñanza del derecho y la formación de las capas dirigentes en Francia", in "Anales de la Catedra Francisco Suarez", 1980/81, v. 20/21, p. 159 e segs.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: "O advogado e a formação jurídica", in "Revista da Faculdade de Direito", 1978, v. LXXIII, p. 103 e segs.
- GUIMARÃES, Moacyr Expedito Vaz M.: "Universidade e comunidade: integração inadiável", in "Problemas brasileiros", 1980, nº 193, p. 4 e segs.
- HUNSAKER, DAVID M.: "Law, humanism and communication: suggestions for limited curriculum reform", in "Journal of Legal Education", 1980, v. 30, p. 417 e segs.
- LEX EDITORA: "Altar da glória" (Homenagem ao sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil), SP 1977.
- MACDONALD, RODERICK A.: "Curricular development in the 1980s: a perspective", in "Journal of Legal Education", 1982, nº 32, p. 571 e segs.
- MELO Filho, Álvaro: "Metodologia do ensino jurídico", Rio, Forense, 1979.
- MONBEIG, Pierre: "Obra de clarividência e de paixão", in "O Estado de S. Paulo", de 28.1.79, p. 129.
- MONTEIRO, Washington de Barros: "Sesquicentenário da Faculdade de Direito", in "Problemas Brasileiros", 1977, nº 166, p. 2 e segs.

- MONTORO, André Franco: “Objetivos e método do ensino do Direito”, in “Revista de Informação Legislativa”, 42/63 e “Revista da PUC”, 1976 nº 98, p. 3 e segs.
- OLIVA, Waldyr Muniz: “A contribuição da USP à sociedade”, in “O Estado de S. Paulo”, de 28.1.79, p. 129.
- PAUL, Wolf: “Formación del jurista entre teoria y praxis”, in “Analises de la Catedra Francisco Suarez”, 1980/81, v. 20/21, p. 115.
- PORTO, L. de A. Nogueira: “A criação dos cursos jurídicos”, in “Suplemento Cultural” de “O Estado de S. Paulo”, de 7.8.77, nº 43, p. 3.
- RAMOS, José Nabantino: “O Ensino do Direito”, in RT 490/249.
- REALE, Miguel: “A Faculdade de Direito de São Paulo na cultura brasileira”, in “Revista da Faculdade de Direito”, 1976, v. LXXI, p. 227 e segs. “A Faculdade de Direito e a história das idéias no Brasil”, in “Suplemento Cultural” de “O Estado de S. Paulo”, de 7.8.77, nº 43, p. 5.
- REZENDE, Carlos Penteadó de: “Algumas páginas sobre a velha Academia de Direito de S. Paulo”, in “Revista da Faculdade de Direito”, 1977, 1º fasc., v. LXXII, p. 31 e segs.
- ROSENN, Keith S.: “The reform of legal education in Brasil”, in “Journal of Legal Education”, 1969, nº 21, p. 251 e segs.
- SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL: “O Poder Legislativo e a criação dos cursos jurídicos”, Brasília, 1977.
- TÁCITO, Caio: “O desafio do ensino do Direito”, in RF 233/327.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo: “O ensino jurídico e o exercício profissional da advocacia nos Estados Unidos”, in “Sciencia Jurídica”, 1980, t. XXIX, p. 113 e segs.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO: “Catálogo geral dos cursos de graduação”, SP, ECA, 1976 e “Informações acadêmicas”, SP, 1982.
- VIEIRA, Dorival Teixeira: “A reforma do ensino superior”, in “Problemas Brasileiros”, 1973, nº 114, p. 3 e segs.

Programas e Compêndios de Direito

Ruy Barbosa Nogueira

Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro e presidente do IBDT/USP

RESUMO: O ex-Diretor da Faculdade de Direito e atual titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro, constantemente convidado a solucionar processos de transferências de alunos para outras faculdades, faz uma explanação sobre a desarmonia existente nas programações dos diversos estabelecimentos de ensino jurídico no País, prejudicando, desta maneira, alunos e candidatos que têm a obrigação de longas adaptações. Preocupado com os problemas, o autor tem realizado constantes debates no Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), entidade complementar à Universidade de São Paulo, do qual é seu presidente.

Durante quarenta anos de trabalho no ensino jurídico e experiência não só profissional, mas na chefia do Departamento de Direito Econômico e Financeiro, na Diretoria da Faculdade, na presidência da Comissão de Legislação e Recursos da USP, na responsabilidade por tantos cursos extracurriculares, de extensão, de graduação, de especialização, de mestrado como de doutorado, constantemente temos sido chamado a solucionar processos de transferências de alunos, de uma para outra faculdade, como ainda de revalidação de diplomas ou de reconhecimentos de títulos obtidos ou de cursos realizados em diferentes estabelecimentos de ensino jurídico do Brasil ou de outros países.

Este trabalho nos tem permitido conhecer, em extensão e profundidade, a desarmonia das programações dos diversos estabelecimentos de ensino jurídico. O que mais nos tem preocupado no desencontro de programas é o quanto isto tem prejudicado aos alunos e candidatos, pois ficam obrigados a longas adaptações ou não conseguem reconhecimento de seus estudos, pela deficiência ou marcantes divergências entre os respectivos programas.

Eis um problema que, a nosso ver, somente a ciência, consciência, companheirismo e altruística ou máxima doação da melhor intencionalidade dos professores universitários de cada ramo do Direito pode, até certo ponto, humana e humanisticamente solucionar.

Há cerca de vinte anos, quando tivemos a idéia de reunir em nossa casa os primeiros colegas de ensino universitário, de profissão e alunos e que, após implementadas estas reuniões as levamos para a Universidade, a título de Mesa

Semanal de Debates, dando origem à mais abrangente e, quiçá mais duradoura instituição, que é o INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO (entidade complementar à USP), sempre tivemos esse objetivo de convergência, não só do aprendizado para todos nós, como da harmonização das programações de ensino.

Se há cerca de 40 anos vínhamos sozinho dando cursos extracurriculares a centenas de alunos e tivemos a ventura de obter a primeira cátedra de Direito Tributário, hoje podemos contar com o companheirismo de muitos colegas deste ensino dentro da Universidade e, já para os últimos cursos de extensão universitária somos cerca de 15 professores voluntários dentro do IBDT/USP, podendo agora ainda contar com os consócios fundadores, associados e sócios honorários deste Instituto, tanto do Brasil quanto do exterior, dentro dessa união de esforços.

Todos estes companheiros, por suas qualificações e dedicação ao estudo e ao ensino da tributária estão igualmente empenhados não só na harmonização, unificação e maior expansão, como aprofundamento gradativo desses estudos.

Acontece que, precisamente neste sentido, acabamos de receber um dos mais notáveis e dedicados professores de Direito Tributário deste orbe, Klaus Tipke, autor dos mais completo e sempre atualizado **compêndio sistematizado de Direito Impositivo** (STEUERRECHT-Ein systematische Grundriss, 10. völlig überarbeitete Auflage, Verlag, Dr. Otto Schmidt KG-Köln, 1985, 710 págs.), no qual o grande Mestre e consócio do IBDT/USP publica um acordo de DIRETRIZES, precisamente neste sentido de harmonização e uniformização da matéria tributária que deve ser objeto de ensino.

O que, sobretudo, é admirável nesse consenso, é que os Mestres da República Federal da Alemanha não se limitaram a convocar apenas seus patrícios, mas também eminentes colegas de vários outros países, dando assim a esse desideratum extensão mundial, a que aderimos.

Vamos traduzir do original e aqui divulgar tais DIRETRIZES, ressaltando que, na parte dos tributos em espécie, procuramos adaptá-las ao quadro dos tributos vigentes no Sistema Tributário Nacional, e portanto o item 4 não é tradução, mas adaptação. Os grifos em relação à conscientização do Estado de Direito e outros também serão dessa tradução parcial, e não incluiremos o item 5 porque ele trata do exame escrito e oral, quando no Brasil **infelizmente**, foi abolido o exame oral.

DIRETRIZES PARA O ENSINO
JURÍDICO-TRIBUTÁRIO
(DIRETRIZES DE DÜRNSTEIN)

Nos programas dos estudos jurídicos e regimentos de exames dos estados da República Federal da Alemanha, atualmente a disciplina “Direito Tributário” é incluída como disciplina de ensino e exames, num contexto especial.

Para **harmonizar e uniformizar** a matéria a ser lecionada com as exigências feitas nos exames desta disciplina, doze professores universitários de direito tributário da República Federal da Alemanha, membros da Sociedade Alemã dos Tributaristas, assessorados por tributaristas da Áustria, da Suíça, dos Países Baixos, do Japão e da Suécia, num seminário em Dürnstein, perto de Viena, ... acordaram as diretrizes abaixo reproduzidas. Outros oito professores universitários de Direito Tributário aderiram.

1. O ensino do direito tributário nas universidades deve introduzir, através de exemplos, no sistema, nos princípios e métodos de aplicação do direito tributário, **tornar consciente as exigências do estado de direito em relação à legislação tributária**, apresentar fins e efeitos da intervenção tributária, dar uma visão geral dos impostos em espécie e do procedimento de tributação, bem como transmitir o conhecimento dos mais importantes tributos em espécie.
Deverá acentuar as correlações do direito tributário com outras partes da ordem jurídica.
2. Objeto de **ensino** do direito tributário são o Direito Tributário Geral e as partes essenciais do Direito Tributário Especial (tributos em espécie).
3. No **Direito Tributário Geral**, devem ser transmitidos conhecimentos sobre as bases constitucionais da tributação, a posição do direito tributário no sistema do direito, a distinção dos impostos dos demais tributos, bem como os fins e efeitos da intervenção tributária e dos incentivos ou benefícios fiscais.
Deve ser feita a introdução nas peculiaridades das fontes do direito tributário e dos métodos de interpretação e aplicação do direito tributário, devendo ser tratadas a estrutura do fato gerador e isenções, bem como a relação jurídico-tributária e as peculiaridades do procedimento de tributação.

4. No Direito Tributário Especial, devem ser tratadas, aprofundadamente, o imposto de renda da pessoa física, o imposto de renda da pessoa jurídica e do ICM.

Além disso, deve ser apresentada a estrutura do ISS e do imposto sobre herança e doações.

O tratamento da tributação das empresas deve formar um ponto principal de exemplo; para compreensão do conceito de lucro, devem ser transmitidos a estrutura de um balanço, bem como os princípios gerais do balanço e da avaliação.

Em relação ao demais tributos, deve ser dada uma visão geral.

Como o leitor poderá constatar de nosso compêndio didático CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, Edição Saraiva, embora seja ele um manual de introdução, desde sua 1ª edição, e talvez porque estivemos sempre em contato com aqueles Mestres, sempre tratamos dessas instituições básicas, sendo que o estudo dos tributos em espécie, fazemos pelo sistema dinâmico dos “casos e problemas”, como indicados no último capítulo, para podemos acompanhar, “pari passu”, as alterações que no Brasil tem sido quase diárias, tanto assim que tivemos a idéia de, com os colegas, fundar a Mesa Semanal de Debates de Casos e Problemas Tributários e publicar seus trabalhos em seguidas coletâneas, precisamente sob a denominação também dinâmica de DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL (Editora Resenha Tributária e IBDT/USP, S. Paulo, já publicado até o vol. 5).

Sem dúvida, os trabalhos de sistematização e harmonização, nesse campo tão casuístico, precisam de maior cooperação de todos e especialmente daqueles que, como Professores desse ensino e organizadores dos respectivos programas ou escritores de compêndios didáticos que procuram explicitar os programas nunca se esqueçam, dentro deste país continental e federativo, de que os alunos também se transferem não só de faculdade para faculdade, como de cidade para cidade e também de Estado para Estado e que a programação precisa ser o quanto possível uniformizada em torno da unidade do Direito.

O Conceito de “Interesse Nacional” e a Responsabilidade de Diplomacia Brasileira

Aula inaugural proferida pelo **Embaixador Lauro Escorel de Moraes**, Diretor do Instituto Rio-Branco, nos cursos noturnos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 3 de março de 1986.

O convite tão honroso que me foi dirigido pelo Sr. Diretor desta Faculdade de Direito, Professor Vicente Marotta Rangel, para que proferisse a Aula Inaugural de seus cursos noturnos, reflete sem dúvida o crescente interesse desta Academia pela temática das relações internacionais e, muito especialmente, pela diplomacia brasileira, cuja preparação e aperfeiçoamento básicos se acham há 40 anos confiados ao Instituto Rio-Branco.

Na qualidade de seu Diretor e de profissional que há várias décadas tem tido o privilégio e a honra de servir e representar o Brasil no campo diplomático, regozijo-me com essa preocupação dos professores e alunos desta Faculdade de aprofundar seus conhecimentos da política internacional em geral e, sobretudo, das modalidades de atuação da diplomacia brasileira, à qual está confiada a promoção e a defesa dos interesses nacionais no cenário mundial.

Pareceu-me, por isso, que poderia ser oportuno e atraente para os estudantes desta Faculdade a análise de um tema, como o que foi por mim proposto para esta dissertação acadêmica, isto é, o conceito de interesse nacional, encarado do ângulo da Ciência política e da prática política, e as responsabilidades da diplomacia brasileira.

Quero crer que o tratamento desse tema, embora numa aproximação que não pretende esgotar todos os seus intrincados aspectos, é susceptível de estimular uma reflexão útil e oportuna sobre a complexidade do problema de definirmos os objetivos da política externa do Brasil, considerando que os mesmos dependem fundamentalmente da compreensão que tivermos da expressão “interesse nacional” ou, como também se usa dizer, “dos interesses nacionais”, sempre invocados para justificar opções e prioridades, muitas vezes discutíveis, no domínio internacional.

Precisamente porque se trata de um conceito tão fundamental, torna-se extremamente importante termos consciência de sua complexidade e ambigüidade, para evitar que o “interesse nacional”, possa ser invocado, de forma leviana ou ilegítima, como justificativa de iniciativas ou reivindicações governamentais, de grupos ou indivíduos, que não reflitam realmente o que melhor convém à própria comunidade, ou que corresponda verdadeiramente aos interesses de toda nação.

Uma vez focalizada o que poderíamos denominar de problemática do interesse nacional, estaremos em condições de compreender a importância fundamental que tem para o Brasil poder contar hoje em dia com instituições políticas que representam o Estado de Direito e o regime democrático, bem como dispor de uma diplomacia bem organizada e competente, à altura de suas responsabilidades de promotora e defensora dos legítimos interesses nacionais no plano internacional. Pois somente através do livre jogo democrático, da participação crescente da sociedade nas decisões governamentais e de uma diplomacia de alto nível institucional e profissional, o Brasil terá condições para resolver as dramáticas equações que o desafiam atualmente, interna e externamente, e de cuja solução depende o seu destino como nação independente.

Recordemos, pois, a história do conceito de “interesse nacional”. Lembremos que, antes de que o mesmo fosse adotado pelos Estados modernos, recorriam os soberanos, para justificar moralmente suas ações internacionais, às expressões da “honra nacional”, “interesse dinástico”, ou o “interesse do Príncipe”. O aparecimento dos estados nacionais e o desenvolvimento das instituições democráticas é que vieram pouco a pouco a opor a idéia do “interesse nacional” à idéia do “interesse do Príncipe”. A nova expressão passou a dominar, utilizada, ademais, pelos governantes democráticos em oposição aos “interesses especiais”, que pretendiam, muitas vezes, invocar indevidamente a condição de “interesses nacionais”.

Foi, porém, somente no nosso século, depois das duas guerras mundiais que os analistas políticos começaram a analisar criticamente o referido conceito, para explicar e avaliar a política externa das nações. O resultado dessa análise científica lançou grandes dúvidas sobre a validade científica do referido conceito. Três correntes principais se distinguiram nessa tarefa de examinar o problema de se caracterizar a significação real daquele conceito: a corrente objetivista, a corrente subjetivista e a corrente dos que optaram por adotar o processo decisório como o melhor modo de se conseguir chegar a uma aproximação do que corresponde, em diferentes conjunturas, ao interesse nacional de uma nação.

Os analistas objetivistas pretenderam que o interesse superior de uma nação constitue uma matéria de realidade objetiva, e que, mediante a descrição da realidade nacional, seria possível ao analista, utilizar o conceito de interesse

nacional como base satisfatória para se avaliar a adequação das políticas adotadas por um determinado país. Segundo essa corrente, as descrições do interesse nacional corresponderiam à situação objetiva da nação, dos diferentes fatores – geográficos, econômicos, militares, psicológicos, que integram o chamado poder nacional.

Entre os cientistas políticos “objetivistas”, destaca-se modernamente a figura de Hans Morgenthau que, na sua condição de professor de política internacional na Universidade de Chicago, exerceu enorme influência no pensamento político norte-americano a partir da década dos quarenta, como representante do chamado “realismo político”.

A teoria realista de Morgenthau se fundamenta no mérito do conceito de “interesse nacional”, que ele proclama como o supremo paradigma da política externa de uma nação, tendo consagrado todo um livro à defesa desse ponto de vista. Afirma ele que “os objetivos de uma política externa devem ser definidos em termos do interesse nacional”, identificado por ele como a regra suprema de moralidade que deve orientar os responsáveis pela condução da diplomacia de uma nação.

Morgenthau considera que “o tipo do interesse que determina a ação política, num determinado período histórico, depende do contexto político e cultural do qual a política externa é formulada”. Acrescenta ele que os fatores contextuais devem ser explicados definindo-se o interesse nacional em termos de poder, o poder compreendido como a capacidade de um Estado de influir na conduta dos demais estados, de acordo com os seus próprios fins. Para o mestre de Chicago, o poder à disposição de uma nação, relativamente ao de outra nação, é, em qualquer momento da história, uma realidade objetiva para a referida nação e, dessa forma, serve para se determinar qual o seu poder relativo.

Vejamos agora o que dizem os analistas “subjetivistas” sobre o nosso tema. Segundo eles, o interesse nacional está longe de constituir uma verdade objetiva singular, facilmente identificável, com um conteúdo real indiscutível, mas representa, ao contrário, um conjunto pluralista de preferências subjetivas que mudam todas às vezes os requerimentos e aspirações da comunidade nacional.

A terceira corrente – a dos cientistas políticos que se baseiam na análise do processo decisório –, observa que o interesse nacional sendo composto de valores (o que as pessoas desejam ou consideram melhor para a nação) não é susceptível de uma medição objetiva mesmo quando definida em termos de poder, e que, em conseqüência, a única maneira de se descobrir o que o povo necessita e deseja, é presumir que seus requerimentos e aspirações se refletem nas decisões adotadas pelos formuladores políticos no processo decisório.

Quer-me parecer que, entre as três correntes que examinamos, os partidários da análise do processo decisório são os que melhor se aproximam da realidade, e têm maiores possibilidades de alcançar uma compreensão mais clara dos fatores e motivações que conduzem à adoção de determinadas decisões na área política externa.

A posição objetivista não parece sustentável, porque está longe de ser evidente o que é melhor para uma nação ou, em outras palavras, porque o interesse nacional não é algo potencialmente identificável como uma verdade objetiva indiscutível. Ao contrário, a experiência política demonstra que, na sociedade nacional, predominam divergências e interesses contraditórios de grupo e de indivíduos, com relação às políticas que devem ser adotadas para promover o interesse nacional. Objetivos e interesses estão, pela sua natureza, carregados de valores, envolvendo preferências subjetivas, de tal modo que a concepção do interesse nacional tende a variar conforme os diferentes esquemas de valor utilizados pelos observadores ou analistas que o definem.

A posição objetivista de considerar que o poder nacional constitui a melhor base para se avaliar o que é melhor para a nação, não se sustenta, se tivermos em mente que o poder é algo ambíguo e incerto tanto quanto o é o conceito de interesse nacional. Os componentes do poder são matéria sujeita a controvérsia. Há componentes do poder que são intangíveis, como o moral de um povo, de difícil avaliação. Mais difícil ainda, senão impossível, é a tarefa de integrar os componentes tangíveis e intangíveis numa única unidade chamada “o poder de uma nação”. Porque não somente a integração de fatores dissemelhantes constitui em si mesmo um difícil problema, mas também requer a introdução de valores. De fato, integrar os componentes de poder pressupõe avaliarmos a relativa importância de cada componente, e uma tal avaliação só pode ser feita com referência aos objetivos que o poder deve servir. Dessa forma, queira ou não queira, o analista terá inevitavelmente que recair num esquema de valores – aqueles em que se originaram os objetivos – se ele pretender definir o interesse nacional em termos de poder.

A posição subjetivista não é menos vulnerável. É certo que, como afirma essa corrente de analistas, o interesse nacional reflete conceitos e interesses diferentes e conflitantes de vários grupos da nação, o que significa que o interesse nacional é um reflexo mais dessas preferências do que de circunstâncias objetivas. Mas o problema está em saber que grupos constituem e representam, verdadeiramente a nação. Quando as nações são heterogêneas abrangendo uma multidão de tipo de grupos étnicos, sociais, culturais, grande e difícil é o problema de se identificar e classificar todos os diferentes e conflitantes interesses que clamam por satisfação numa sociedade nacional.

Não chega a ser satisfatório o argumento dos subjetivistas de que os interesses são equivalentes às exigências e reivindicações que os portadores dos

grupos de pressão articulam e apresentam aos poderes do estado. Na verdade, os grupos sociais com interesses especiais são tão numerosos e diversificados, e tão variadas as políticas em jogo, que as dimensões quantitativas de um tal procedimento o tornam virtualmente inaplicável.

O fracasso de objetivistas e subjetivistas para encontrar bases válidas para caracterizar o que corresponde ao interesse nacional, tem como alternativa possível, como dissemos, o exame do processo decisório, passando-se, dessa forma, de um enfoque substantivo do conteúdo daquele conceito para um enfoque de procedimento, isto é, trata-se de considerar que, no processo decisório de uma sociedade democrática, as metas ou objetivos que a sociedade nacional estabelece para si mesma no que concerne a sua política exterior, resultam de uma negociação entre vários grupos que reivindicam aspirações e necessidades. O conteúdo substantivo do interesse nacional será, assim, nessa perspectiva, aquilo que os formuladores políticos do governo responsável decidam que deve ser, em cada caso, considerado o melhor para a nação.

O procedimento institucional que leva à decisão, ganha, desta forma, uma importância crucial, pois dele dependerá a escolha de meios e fins que correspondam ao interesse real da comunidade. O interesse nacional surge como o resultado terminal do processo decisório.

Na verdade, os agentes decisórios devem partir, em princípio, do pressuposto de que o interesse nacional é algo de superior à simples soma de suas partes, isto é, à variedade e interesses individuais, grupais e setoriais, que invocam sua identificação com o interesse nacional. A grande dificuldade, no caso, está em definir em que consiste o interesse real da nação, qual das suas diferentes interpretações será a mais autêntica e a mais fiel.

Conviria lembrar que a definição dos objetivos da política externa tem uma função dupla: a de manter a segurança de uma determinada estrutura social dentro do sistema nacional, e a de preservar a segurança do sistema nacional contra inimigos externos potenciais. Numerosas e variadas são as divergências e choques de interesses que normalmente ocorrem no momento decisório. Divergências e choques entre os diferentes subsistemas que integram o sistema nacional, representando interesses de indivíduos, de grupos de pressão e de organizações nacionais e multinacionais, que pretendem que seus interesses coincidam com o interesse nacional. Haveria ainda que mencionar, conforme acentua o Professor Morton A. Kaplan, a possibilidade de desacordos que significam tentativas de mudar a própria forma e a estrutura do sistema nacional, alterar suas normas e necessidades essenciais, e mudar as relações de dominação dentro do próprio sistema. São situações em que a divergência quanto a objetivos e meios se referem não tanto ao que é o interesse nacional, mas o que ele **deve ser** do ponto de vista ou de acordo com os interesses do subsistema ou do grupo discordante.

O problema está em saber de que maneira poderão os formuladores políticos definir o que se deve entender por interesses superiores da nação, os quais os autorizem a sobrepor os mesmos aos interesses especiais em jogo nas ocasiões decisórias, em que devem optar por diferentes soluções políticas de dimensão nacional. Acresce que os diferentes agentes governamentais, que têm a responsabilidade do processo decisório numa sociedade democrática, sustentam muitas vezes diferentes concepções do que devem ser as metas políticas do país no campo externo. Suas decisões finais são frequentemente contestadas pelos diferentes partidos políticos, grupos de pressão e órgãos de opinião, que as condenam como contrárias aos interesses nacionais.

Se semelhantes dificuldades se apresentam num regime democrático, pode-se imaginar o que pode ocorrer em sociedades autoritárias, nas quais muitas vezes os governantes assumem graves compromissos à revelia da nação, pretendendo interpretar despoticamente o interesse nacional.

Todas essas dificuldades encontradas pelos cientistas políticos para apreender a substância do conceito de interesse nacional os levaram a abandonar tal expressão como instrumento analítico de compreensão da política externa das nações.

No entanto, precisamente por se tratar de um conceito tão fluido e ambíguo, carregado de emocionalidade, a expressão “interesse nacional” continua a ser utilizada na prática pelos políticos como um recurso eficaz para tentar legitimar suas proposições políticas, tanto no campo da política interna quanto no campo das relações internacionais.

Não seria o caso, portanto, de descartar a expressão ou conceito de interesse nacional, mas de reconhecer que o mesmo, apesar de sua ambigüidade, possui um núcleo irreduzível e legítimo, e que, inevitavelmente, teremos de utilizá-lo como uma referência fundamental na dinâmica do processo decisório.

O interesse nacional, no contexto de uma democracia, deve corresponder essencialmente ao interesse real da população, e não conduzir à santificação de interesses estatais, que não atenda necessariamente às aspirações e interesses legítimos do povo.

Por isso mesmo, as decisões de política externa devem resultar de um amplo e livre debate em que participem todos os segmentos mais representativos da sociedade e se levem em conta os sentimentos e necessidades da comunidade nacional.

Tal tarefa está longe de ser simples e fácil, mas é a única via possível para a formulação de uma política verdadeiramente nacional, que reflita as necessidades e interesses dos diferentes estratos da sociedade civil.

O fundamento de uma tal política há de ser a consciência do que corresponde aos interesses nacionais permanentes da nação: a sobrevivência nacional, a integridade territorial, a independência, a autodeterminação e a segurança nacionais, o bem-estar da população, a defesa da identidade cultural, a preservação dos valores nacionais, etc. Há, normalmente, em torno desses interesses permanentes, que constituem o núcleo irredutível do conceito de interesse nacional um consenso válido, embora, em princípio, até mesmo nesse campo, possam surgir eventualmente discrepâncias e divergências fundamentais. (Exemplo: o problema da reunificação da Alemanha).

Mas é de se ver que o verdadeiro problema, o mais difícil e intrincado, consiste em optar no processo decisório por diferentes linhas políticas e meios de ação, no curso da história de um país, nas suas sucessivas conjunturas nacionais, quando se alteram as condições do sistema internacional e variam os interesses e objetivos nacionais do Estado. É quando se impõe, mais do que nunca, o processo democrático para a tomada das decisões que afetam toda a nação, e que podem comprometer o seu projeto nacional, ou o seu próprio destino como nação independente.

Quando nascerem os Estados nacionais, sob a égide do absolutismo monárquico, era certamente fácil para o soberano definir em nome do “interesse dinástico” ou da “vontade do Príncipe”, o que mais convinha à nação nas suas relações com os demais Estados. Não-somente a sociedade internacional de então era mais homogênea, como também as decisões políticas da sociedade nacional estavam restritas ao círculo do monarca absoluto e de seus conselheiros, livres de pressões internas e da influência de grupos setoriais.

O desenvolvimento das instituições democráticas é que, permitindo uma crescente participação da sociedade civil na condução dos negócios do Estado, veio criar e diversificar o conceito de interesse nacional, conferindo uma dificuldade até então desconhecida à avaliação de cada situação política e ao processo decisório. Poder-se-ia dizer que, se no passado, o “interesse dinástico”, ou a “vontade do Príncipe” eram objetos de uma percepção política relativamente fácil, a idéia do “interesse nacional” nasceria como uma “construção conceitual” de mais difícil definição em razão da própria complexidade e ambigüidade de seu conteúdo.

Se agora passarmos do plano teórico geral para a consideração do nosso tema no plano da política externa do Brasil, teremos que concluir destacando a extrema importância do processo democrático nas decisões que definam os objetivos de nossa ação diplomática, bem como a relevância da qualidade e competência de nossa diplomacia, para promover e defender os interesses nacionais do Brasil.

O processo de institucionalização da democracia em nosso país teve um extraordinário impacto na comunidade nacional. No que se refere à nossa política externa, esse processo afetou substancialmente e qualitativamente os mecanismos decisórios sobre nossa ação externa; afetou ainda o conjunto de valores que orientam a nossa política externa; e afetou finalmente a própria definição de possibilidades da influência brasileira no plano internacional.

Em conferência que pronunciou no ano passado, o Secretário-Geral de Política Exterior do Itamaraty, Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima abordou essa repercussão da instauração democrática na nossa política exterior, e sublinhou a incidência do novo regime na nossa capacidade de formulação do interesse nacional. Disse ele: “é necessário que, além dos traços permanentes e axiomáticos como o da defesa da integridade territorial e da autodeterminação nacional, o interesse nacional seja apurado analítica e politicamente. O interesse nacional não pode ser definido abstratamente, como construção intelectual de um grupo. É o debate aberto, amplo, que lhe dará sentido autêntico. Para que tenha peso político, é necessário que suas implicações externas sejam bem definidas e suas conseqüências bem definidas e bem previstas. É necessário, enfim, que haja um bom e profundo diálogo sobre cada instância da participação brasileira nos assuntos internacionais. Esse diálogo começa hoje a ocorrer e com mais intensidade e profundidade. O ideal é que tenha vários pontos de origem, que reflita perspectivas diferentes sobre a temática internacional”.

Não basta, porém, formular bem os objetivos de uma política externa; é indispensável dispor também de um instrumento eficaz de execução dessa política, tarefa que incumbe primordialmente à diplomacia nacional.

A programação de uma política externa depende, em grande medida, da contribuição da diplomacia, em termos de informações, avaliações de situação e análise das áreas mais sensíveis da cena internacional. O diplomata executa instruções que recebe de seu governo, mas sua função não se limita a implementar decisões geradas na sua Chancelaria; sua capacidade de influir no processo diplomático do país está em razão direta de sua dedicação e competência profissionais.

O planejamento de uma política externa deve abranger:

1) uma consciência dos fatores permanentes que condicionam a ação internacional do Estado, bem como dos fatores variáveis de que dependem as decisões governamentais;

2) uma teoria ou pelo menos uma visão objetiva e lúcida da realidade internacional, da correlação de forças predominantes, das resistências e antagonismos que se apresentam no sistema mundial;

3) uma definição dos objetivos nacionais permanentes e variáveis, em função dos meios disponíveis para alcançá-los;

4) um mecanismo institucional de avaliação dos resultados obtidos e da correção dos métodos e meios utilizados.

A formulação da política externa, é importante frisar, pressupõe também uma escala de valores éticos e de princípios jurídicos, sem os quais não seria possível interpretar o interesse real da comunidade, e compatibilizar os interesses nacionais de um país com os interesses de seus parceiros internacionais. Definir o interesse nacional apenas em termos de poder, como preconizam os partidários do chamado “realismo político”, não é aceitável, pois equivale a admitir que as nações débeis, desprovidas de poder, não têm interesses legítimos a defender, nem direitos a reclamar na comunidade internacional, só lhes restando conformar-se com a condição de meros objetos do jogo internacional das superpotências.

A própria diplomacia, fosse essa a única alternativa para a grande maioria das nações desprovidas de poder, não teria sentido, já que a ação diplomática pressupõe a existência e o reconhecimento, por parte da sociedade internacional, de valores éticos e normas jurídicas superiores, que definem e asseguram os direitos fundamentais dos estados.

Bem sabemos que há autores que negam toda normatividade internacional, e que consideram o direito internacional uma simples expressão ideal da constelação de forças da política internacional. Desde Spinoza até Hans Morgenthau, numerosos são os estudiosos das relações internacionais que proclamam a “irrealidade do direito internacional”, afirmando que o poder constitui o eixo da vida internacional, e que os estados não podem estabelecer entre si uma relação de comunidade jurídica, uma vez que, entre eles, só a força é que decide”.

Não seria possível abordar, nesta oportunidade, a complexa controvérsia entre os que negam o caráter jurídico do que chamamos direito internacional e os que, embora reconhecendo o caráter problemático e o condicionamento político desse ramo do Direito, encontram indícios de uma progressiva constituição e um **ethos** político supranacional ou transnacional, que tende a diminuir a tensão existente entre direito e política na esfera internacional.

Países relativamente desarmados como o Brasil não poderiam atuar diplomaticamente no cenário internacional sem escudar-se no patrimônio jurídico da humanidade e nesse **ethos** supranacional ainda em fase de processamento na consciência mundial, sem o qual estaríamos condenados a permanecer internacionalmente no “estado de natureza” das concepções de Spinoza e de Hobbes.

Não resta dúvida que “o exercício da diplomacia exige cuidadoso e pertinaz realismo na análise e na interpretação da cena internacional”. Mas será necessário ter também em mente que, além disso, a diplomacia de um país como o Brasil, por múltiplas razões insatisfeito com o “status quo” internacional, tem, por seus objetivos, contribuir para a instauração de uma nova ordem internacional, assentada sobre valores e princípios éticos e jurídicos.

Na verdade, poderíamos mesmo dizer que a insatisfação profunda da maioria da humanidade com o estado atual do sistema internacional, constitui uma força moral de crescente influência na evolução do mundo para uma comunidade internacional mais justa, mais pacífica, mais harmoniosa, em suma, mais democrática.

Na medida em que se aprofundar a experiência democrática brasileira, mais força terá o apelo do Brasil pela democratização do sistema internacional, no qual prevalecem atualmente os padrões clássicos da política de Poder.

A missão da diplomacia brasileira se reveste, portanto, atualmente, de extrema transcendência para o nosso país. Seu compromisso institucional de promover e defender os interesses do Brasil e de contribuir simultaneamente para a reforma do sistema internacional, impõe aos diplomatas brasileiros obrigações de contínuo aperfeiçoamento cultural e profissional para cumprir, em nível de alta competência, sua complexa e dignificante missão.

A existência de uma instituição diplomática como o Itamaraty, em condições de, ao mesmo tempo, refletir com fidelidade os interesses permanentes do Brasil e de manter-se isenta e independente da competição política interna da sociedade nacional, contribui para que o processo decisório, no campo da política externa, seja capaz de definir políticas e meios de ação, que verdadeiramente traduzam o interesse nacional. A política exterior de um país é um produto de decisões, e o modo pelo qual as decisões são tomadas podem afetar os seus conteúdos. Por sua vez, o modo de decidir depende da qualidade da instituição e do pessoal profissional incumbido de formular as linhas de ação política e de eleger os meios para alcançar seus objetivos.

Plenamente integrado no contexto democrático de nossa atualidade política, o Itamaraty encara com grande satisfação a participação cada vez maior da sociedade civil nos assuntos internacionais, convencido de que essa participação é essencial para que se possam melhor definir e alcançar com êxito os objetivos nacionais na atual conjuntura internacional.

De minha parte, considero extremamente louvável e gratificante para o Itamaraty verificar o interesse demonstrado ultimamente pela mocidade paulista pelos problemas internacionais e pela diplomacia brasileira. Seria, a meu ver,

de grande valia para o Brasil que os jovens de São Paulo voltassem sua atenção cada vez mais para o profissão diplomática como uma via possível de realização vocacional. A contribuição de São Paulo para a diplomacia brasileira seria por certo altamente valiosa tendo em vista a tradicional capacidade da gente paulista de enfrentar novos desafios e de imprimir dinamismo, eficácia e criatividade às tarefas a que se consagra. Não há dúvida, que a mocidade paulista encontraria na diplomacia um campo profissional rico e diversificado, capaz de lhe propiciar a profunda satisfação que representa para o homem realizar-se pessoalmente com a consciência de estar a serviço de uma causa maior: a causa nacional de seu próprio país.

Código de Boa Prática em Matéria de Publicações Científicas (*)

Zeferino Ferreira Paulo

Diretor do Centro de Documentação Científica do Ministério de Ultramar (Lisboa)

A Comissão conjunta FID-ICSU-IFLA-ISO ⁽¹⁾, criada e reunida para examinar os meios de promover uma ação internacional eficaz no sentido de melhorar a atual situação da informação científica, considera que

a falta de disciplina, livremente consentida, em matéria de redação e de publicação de informações científicas, é uma das principais causas do aumento inútil do volume de documentos publicados, das despesas feitas para os imprimir, para os resumir, para os referenciar e para os encontrar.

Em consequência disso, a Comissão, por proposta do secretário do Departamento de Análises do ICSU, redigiu sob uma forma tão breve quanto possível um texto estabelecendo as regras que deverão constituir uma lógica obrigação moral a seguir por todos os autores de publicações científicas e a aplicar por todos os redatores (e editores) de periódicos científicos.

O texto, que se aplica, especialmente, às ciências exatas e naturais e à tecnologia, compõe-se de quatro partes:

- 1 – A primeira estabelece que um resumo corretamente redigido, e de que o autor é o próprio responsável, deve preceder toda a memória científica.

(*) – Tradução, por Zeferino Ferreira Paulo, autorizada pela UNESCO, do "Code du bon usage en matière de publications scientifiques". Bull. UNESCO Bibl. (Paris) 17 (1): 30-34, 1963. Publicada na revista *Garcia de Orta* (Lisboa), vol. 12, nº 1, págs. 177-182, 1964.

(1) – FID: Fédération Internationale de Documentation; ICSU: International Council of Scientific Unions; INFLA: International Federation of Library Associations; ISO: International Organization for Standardization.

- 2 – A segunda define três categorias de textos científicos originais: (memória científica original; comunicação provisória ou nota preliminar; revisões de conjunto ou atualização). Além disso, demonstra o que os distingue e sugere a obrigação de todo o autor de indicar a qual destas três categorias pertence o texto que se propõe publicar.
- 3 – A terceira parte refere-se à redação dos textos científicos e estabelece, especialmente, a obrigação moral para todo o autor de assinalar qualquer duplicação ou qualquer omissão nas partes significativas do texto publicado.

Por diversas vezes, nestas três primeiras partes, se lembra que é de primordial importância para o futuro da documentação científica a adoção de normas internacionais uniformes, universais que permitirão conseguir:

um método único de redação dos resumos de autor;
 um código único para abreviação dos títulos dos periódicos científicos;
 um código único para a maneira e a ordem por que devem ser feitas as citações bibliográficas numéricas;
 um código único de símbolos e abreviaturas de termos técnicos;
 um código único para a transliteração dos caracteres de um alfabeto para outro;
 regras comuns para a preparação de vocabulários técnicos e para a sua equivalência multilíngüe.

A Comissão está convencida de que o sucesso destas normalizações será a única maneira de tornar possível o emprego de processos automáticos para a classificação das informações e das publicações científicas e para as pesquisas que permitam estabelecer rapidamente bibliografias retrospectivas.

Foi para dar exemplo de colaboração e para acabar com a dispersão de esforços (a começar pelos textos internacionais múltiplos e por vezes contraditórios) que a Comissão foi criada, elaborou o texto em questão e que confia à ISO, em cooperação íntima com todos os outros organismos que ela representa, o cuidado de promover a conclusão rápida daquelas normas ⁽²⁾ para as quais um acordo geral não foi ainda conseguido.

- 4 – A quarta parte do texto visa os redatores-chefes de periódicos e publicações científicas e considera sua obrigação moral verificar se os autores conhecem e respeitam as disposições que lhe dizem respeito. Recomenda, também, a estes redatores-chefes a autorização da re-

(2) – Ver, na pág. 180, da revista Garcia de Orta, a lista das “Recomendações” pertinentes da ISO.

produção livre dos resumos dos autores. A Comissão não considerou necessário lembrar-lhes, pormenorizadamente, as recomendações da normalização internacional relativas, especialmente, à apresentação dos periódicos e livros, pois elas constituem um dos elementos-base dos seus conhecimentos profissionais.

O texto adotado, unanimemente, pela Comissão foi submetido à Comissão Consultiva Internacional de Bibliografia, Documentação e Terminologia da UNESCO, por ocasião da sua primeira reunião em Paris, de 25 a 29 de setembro de 1961. Esta Comissão, que o aprovou igualmente, foi de opinião que o Código, concebido para as ciências exatas e naturais e para a tecnologia, não poderia ser aplicado às ciências sociais e às ciências humanas sem prévio exame pelas organizações internacionais não governamentais especializadas em tais domínios.

A UNESCO publica e difunde o “Código de boa prática em matéria de publicações científicas”, persuadida como está de que o acatamento das regras deste Código:

- a) permitirá acelerar a correção da desordem da documentação científica;
- b) aumentará o valor das informações que ela contém;
- c) e reduzirá as enormes despesas suportadas pelos centros de documentação científica e técnica de todos os países.

Código de boa prática em matéria de Publicações Científicas.

I – O resumo.

1 – Todo o texto de carácter original destinado a ser publicado num jornal ou periódico científico ou técnico deve ser acompanhado de um resumo cuja redação incumbe ao próprio autor.

2 – Enquanto se aguarda uma normalização internacional, o resumo deve ser redigido de acordo com as regras e conselhos reunidos no “Guia para a redação dos resumos de autor”, elaborado, impresso, distribuído e periodicamente revisto pela UNESCO (documento NS-37. D 10 a) ⁽³⁾.

II – Natureza do texto.

3 – O autor, ao remeter o manuscrito ou o original do seu texto à redação do periódico onde o deseja publicar, deverá concretizar, em toda a medida pos-

(3) – Este “Guia”, que foi oficialmente adotado pelo ICSU, é reproduzido adiante (pág. 180). [O Centro de Documentação Científica Ultramarina fez a tradução deste “Guia” (refer. D97)].

sível, em qual das categorias de literatura científica original esse texto deve ser classificado:

- a) Memória científica original;
- b) Comunicação provisória ou nota preliminar;
- c) Revisão de conjunto ou atualização.

4 – Um texto pertence à categoria de “memórias científicas originais” quando é redigido de tal modo que um investigador qualificado, suficientemente especializado no mesmo ramo da ciência, seja capaz, a partir somente das indicações fornecidas:

de reproduzir as experiências e obter os resultados que ele descreve com erros iguais ou inferiores ao limite superior especificado pelo autor;

de repetir as observações e formar opinião sobre as conclusões do autor;

de verificar a exatidão das análises e inferências que levaram o autor a essas conclusões.

5 – Um texto pertence à categoria de “comunicações provisórias ou notas preliminares” quando a sua redação não permite aos leitores verificar essas informações nas condições indicadas no parágrafo 4, embora contribua com uma ou várias novas informações científicas.

6 – A “revisão de conjunto ou de atualização” não é destinada à publicação de informações originais; reúne, analisa e discute informações já publicadas respeitantes a um determinado assunto.

III – Redação de texto.

7 – A introdução histórica ou crítica, muitas vezes útil deve ser tão breve quanto possível: o autor evitará redigir uma “memória científica” como se se tratasse de uma “revisão de atualização”.

8 – A sintaxe será tão simples quanto possível. As palavras poderão ser encontradas num dicionário corrente. Quando esta exigência não puder ser satisfeita, o autor deverá verificar que os neologismos utilizados pertencem ao vocabulário científico e técnico internacional ⁽⁴⁾.

(4) – Recomenda-se a indicação da origem dos neologismos utilizados. No caso de o autor ter sido forçado a criá-los, por si próprio, deverá descrever o processo de formação do neologismo, dando a sua etimologia e definição. Em suma, o autor deverá velar pela não deformação do sentido dos termos respeitantes ao vocabulário específico do domínio científico de que se ocupa.

9 – Na redação do texto, evitar-se-á a omissão total ou parcial dos métodos empregados ou de resultados significativos. Se, por considerações de propriedade industrial ou de segurança, o autor é levado a limitar as informações científicas que ele deseja publicar sobre o tema de que se ocupa, deverá então o texto ser apresentado como pertencendo à categoria b) “comunicação provisória ou nota preliminar”, e não como uma “memória”. Isto deve constituir para o autor científico uma obrigação moral absoluta ⁽⁵⁾.

10 – Será feita uma referência explícita a todo o trabalho anteriormente publicado pelo mesmo autor ou por qualquer outro, quando o conhecimento desses trabalhos for essencial para situar o texto apresentado na evolução científica do assunto. Indicar-se-á se essas publicações anteriores constituem duplicação total ou parcial em relação ao texto apresentado.

11 – Em nenhum caso se utilizarão comunicações privadas ou publicações de carácter secreto ou de difusão restrita para fornecer argumentos ou provas ⁽⁶⁾.

12 – O autor na redação do seu texto respeitará as normas internacionais relativas:

- à abreviação dos títulos dos periódicos;
- à ordem dos elementos das referências bibliográficas;
- aos símbolos;
- às abreviaturas;
- à transliteração;
- à terminologia;
- à apresentação dos artigos.

Utilizará um sistema coerente de unidades de medidas, que deverá especificar claramente.

IV – Recomendações aos redatores-chefes e editores de periódicos científicos.

13 – Ao aceitar, para fins de publicação, um artigo científico, o redator-chefe deverá conseguir que o próprio autor indique se o seu texto pertence à

(5) – Admite-se que é evidente para todos que em nenhuma publicação se deverá, conscientemente, deformatar a descrição dos fatos observados ou dos métodos empregados.

(6) – Não é caso para impedir a alusão a conversas ou a comunicações privadas, mas salienta-se que não se afigura legítimo formular uma afirmação ou chegar a uma conclusão reportando-se a uma simples conversa não verificada. Consideram-se publicações de difusão restrita as que não são acessíveis ao público científico em geral, seja a título gratuito, seja a título oneroso.

categoria a) “memórias científicas originais”, b) “comunicações provisórias ou notas preliminares” ou c) “revisões de conjunto ou atualizações”.

14 – Ao imprimir o texto aceito, o redator-chefe mencionará antes do resumo prévio em qual das três categorias o texto deve ser considerado.

15 – Ao aceitar o texto científico para publicação e enquanto se aguarda a normalização internacional, o redator-chefe assegurar-se-á que o resumo do autor, que deve acompanhar obrigatoriamente o texto, foi redigido de acordo com as indicações dadas no “Guia para a redação dos resumos dos autores” (cf. recomendação 1ª parte, 2. e comentários).

16 – Para assegurar, por toda a parte e em todo o tempo, a reprodução livre dos resumos dos autores, deve declarar-se expressamente nas páginas editoriais que é autorizada a sua reprodução.

Lista das Recomendações da ISO respeitantes a Publicações Científicas.

ISO-R 4 – Código internacional para abreviação dos títulos de periódicos.

ISO-R 8 – Apresentação de periódicos.

ISO-R 9 – Sistema internacional para a transliteração dos caracteres cirílicos.

ISO-R 18 – Sumário de periódicos ou de outros documentos.

ISO-R 30 – Legenda bibliográfica.

ISO-R 77 – Referências bibliográficas. Elementos essenciais.

ISO-R 214 – Análises bibliográficas e resumos dos autores.

ISO-R 215 – Apresentação de artigos em periódicos.

ISO-R 233 – Sistema internacional para a transliteração dos caracteres árabes.

Projeto ISO nº 315 – Transliteração dos caracteres gregos em caracteres latinos.

Projeto ISO nº 379 – Transliteração do hebreu.

Guia para redação dos resumos dos autores.

1 – Por “resumo do autor” compreende-se o resumo de um trabalho científico, redigido pelo próprio autor e publicado ao mesmo tempo que o tra-

balho, depois de a sua apresentação ter sido examinada pela redação do periódico que o faz aparecer ⁽⁷⁾.

2 – O objetivo dos resumos dos autores não é somente facilitar a consulta do periódico que os publica, mas também tornar o trabalho das redações dos periódicos analíticos menos oneroso e mais rápido e contribuir, assim, para o melhoramento geral dos serviços de documentação científica.

3 – O resumo do autor deve recapitular sucintamente os fatos contidos no trabalho e suas conclusões e chamar a atenção para os novos dados do problema, indicando a sua importância. Deve permitir ao leitor apressado ajuizar, melhor do que somente pelo título, se o trabalho interessa ou não.

4 – Por consequência, pede-se aos autores de todos os trabalhos que forneçam igualmente um resumo de acordo com as diretrizes seguintes.

Redação.

5 – É preferível usar frases inteiras em vez de uma simples seqüência de títulos: O autor do trabalho deve ser mencionado sempre na 3ª pessoa. Devem empregãr-se termos geralmente aceitos, e não apenas os de uso particular. As contrações inúteis devem ser evitadas. Presumir-se-á que o leitor tem algum conhecimento do assunto, mas não leu ainda o trabalho. O resumo deve, portanto, ser compreensível por si próprio em que seja necessário reportar-se ao trabalho. (Nunca citará, por exemplo, parágrafos ou ilustrações pelo número que apresentam no texto).

Conteúdo.

6 – Como o título do trabalho é em geral lido como se fizesse parte do resumo do autor, deve evitar-se que a primeira frase o repita. Se, todavia, o título não é suficientemente explícito, a primeira frase indicará o assunto tratado. Regra geral, o início do resumo do autor deve revelar o objeto das pesquisas.

7 – Por vezes é útil indicar a maneira como o assunto foi tratado, por termos tais como: de um modo sucinto, aprofundado, teórico, etc.

8 – O resumo do autor deve indicar os fatos novos observados, as conclusões tiradas de uma experiência ou de um argumento e, se possível, as novas linhas essenciais das teorias, técnicas, processos, aparelhos, etc.

(7) – Em inglês, o termo synopsis foi adotado pela Royal Society de Londres (segundo a recomendação da Conferência de Documentação Científica efetuada em 1948 sob os auspícios) e pela Conferência Internacional sobre Análises Documentais Científicas promovida pela UNESCO em 1949.

9 – Deve conter o nome de todo o novo composto, minério, etc., assim como de todos os novos dados numéricos, tais como uma constante física, etc.; se isso não for possível, deve chamar a atenção sobre o assunto. É importante mencionar os fatos e observações novas, mesmo que não digam respeito ao assunto principal do trabalho, senão acessoriamente, pois, caso contrário, estas informações poderão passar despercebidas apesar do seu valor eventual.

10 – Quando o resumo do autor dá resultados, deve indicar o método empregado. Para os métodos novos, o princípio básico, o domínio de aplicação e o grau de exatidão devem ser expressos com justeza.

Remissivas, referências bibliográficas.

11 – Se no resumo do autor for necessário fazer uma referência para uma publicação anterior, esta referência deve ser sempre redigida da mesma maneira que no trabalho original. Caso contrário as referências devem ser omitidas.

12 – As referencias bibliográficas relativas a periódicos científicos devem ser redigidas conforme o uso estabelecido pelo periódico no qual o trabalho aparece. (A Conferência Internacional sobre as Análises Documentais Científicas recomendou as regras propostas pela Organização Internacional de Normalização, Comissão Técnica 46, sendo os títulos dos periódicos abreviados da mesma maneira que na **World List of Scientific Periodicals**).

Extensão.

13 – O resumo do autor deve ser tão conciso quanto possível. Só excepcionalmente deve exceder 200 palavras, de forma a poder ser cortado, uma vez impresso, e colado sobre fichas de formato 7,5 cm x 12,5 cm.

Publicação, Línguas e formato.

14 – A Conferência Internacional sobre Análises Documentais Científicas recomendou que os resumos dos autores fossem publicados numa língua de grande expansão, seja qual for a língua do trabalho original, a fim de facilitar a sua compreensão internacional.

15 – A Conferência Internacional sobre Análises Documentais Científicas recomendou igualmente o uso, seguido por certos periódicos, de reunir todos os resumos de um mesmo fascículo no verso da capa ou em páginas cujo verso corresponda a publicidade, de forma que se possam cortar e colar sobre fichas sem mutilar as páginas do próprio periódico. Para este efeito, os resumos dos autores são impressos com uma mancha de 10 cm, no máximo, a fim de poderem ser colados em fichas do formato 7,5 cm x 12,5 cm.

O Aval - Parte II

VI. SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Newton de Lucca

Professor-Adjunto do Departamento de Direito Comercial

MARIO MATTEUCCI ⁽⁴⁾ dividiu as legislações em três espécies:

“1ª países que só admitem o aval no próprio título. Fora do título o aval seria apenas uma fiança extracambiária. Ex.: Alemanha, Áustria, Brasil, Itália e Suíça;

2ª países que admitem o aval no próprio título ou em instrumento separado, ainda que, nesse último caso, não produza os mesmos efeitos da primeira hipótese. Ex.: França, Bélgica, Holanda, Espanha, Portugal, Argentina, Honduras, Guatemala, Costa Rica, México e Peru;

3ª países que desconhecem o instituto do aval tal como se acha regulado no chamado direito continental. Ex.: Inglaterra e Estados Unidos.

Não parece de todo adequado que a distinção entre o sistema francês e o germânico seja feita a partir da possibilidade de ser o aval prestado em documento separado, como acontece no primeiro país.

A diferença existe, é verdade, sendo de todos conhecida a posição da delegação francesa na Convenção de Genebra, graças à qual foi editada a reserva do art. 13 do Anexo II, segundo a qual as Altas Partes Contratantes teriam a faculdade de admitir a possibilidade de ser dado um aval no seu território por ato separado em que se indique o lugar onde foi feito.

Mas a peculiaridade do sistema francês, a par da originalidade apontada no aspecto formal, é de natureza substancial e consiste em vislumbrar no instituto do aval uma espécie do gênero fiança, ainda que seja uma fiança “cambiária” ou uma fiança “sui generis”.

(4) “Banca, Borsa i Titoli di Credito”, parte prima, fasc. 3, págs. 142 a 154, 1934.

A conseqüência de uma tal posição é que o aval passa a ter um caráter inteiramente acessório em relação à obrigação avalizada, não tendo a autonomia substancial consagrada nos sistemas alemão e italiano e adotada expressamente pela Lei Uniforme, conforme já tivemos a oportunidade de nos referir nas linhas introdutórias da presente exposição.

De resto, parece oportuna a classificação mencionada.

No que se refere ao direito anglo-americano, as garantias pessoais são admitidas, mas de maneira diversa da que costumamos conceber.

Tanto a **suretyship** quanto a **guaranty** podem ser aplicadas às obrigações cartulares, mas somente a primeira poderia, tal como acontece com o nosso aval, subsistir na hipótese de nulidade da obrigação objeto da garantia prestada. A **guaranty** ao revés, permitindo que possam ser opostas as exceções próprias do devedor principal, aproxima-se do esquema francês, retromencionado.

A análise de tais institutos do direito anglo-americano revelará, contudo, numerosas nuances que, numa aproximação com o chamado direito continental, nem sempre encontram correspondência imediata.

O conceito da “consideration”, por exemplo, não é exatamente traduzível em termos continentais, como anotou oportunamente ASCARELLI ⁽¹⁾, tendo havido nítida tendência de assimilá-lo ao conceito de “causa” o que levou juristas anglo-saxões a acusarem de “simplificação dogmática” tal tentativa ⁽²⁾.

A Suretyship é definida pelo “Restatement of the law of security” como a relação existente quando alguém assume a obrigação de um terceiro que continua responsável perante o credor, devendo o pagamento ser feito de preferência por um dos obrigados, podendo o credor cobrar-se apenas uma vez.

SILVA PINTO, em precioso estudo ⁽³⁾, mostra que

“há dois sentidos, um amplo e um restrito, para a Suretyship. Em sentido amplo, a Suretyship seria um contrato do qual uma pessoa (surety) assume a obrigação de uma outra pessoa (principal), em atenção a esta. Sob tal prisma, envolvendo várias formas

(1) “Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, Saraiva, 1943, ob. cit., pág. 103, nota de rodapé nº 5 da página anterior.

(2) Cfr. MARIO ALBERTO BONFANTI e JOSÉ ALBERTO GARRONE, o. cit., pág. 140 e nosso ligeiro estudo “Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, Pioneira, 1979, págs. 41 e seguintes.

(3) “Direito Cambiário”, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1948, capítulo V, págs. 149 e seguintes.

de garantia, a Suretyship abrange não apenas as garantias pessoais como também as reais.

Scrito sensu – segundo o mencionado autor – suretyship é o contrato pelo qual um terceiro (surety) assume responsabilidade pelo débito, culpa ou delito de outra pessoa, obrigando-se por eles como o próprio obrigado principal”.

O Dicionário da Barsa ⁽⁴⁾ traduz Suretyship por “fiança”, “garantia”. Mas não deveremos tomar a palavra fiança no sentido técnico jurídico de nosso direito continental, embora sejam notórias as semelhanças entre os dois institutos.

Uma diferença está em que o **surety**, perante o credor da obrigação, é um devedor primário tal qual o devedor principal. Não lhe assiste o benefício de ordem existente na fiança, embora existam certas modalidades em que o **surety** somente poderá ser acionado se ocorrer o inadimplemento do devedor principal.

Outra diferença estaria no caráter não acessório da Suretyship.

No caso da nossa fiança, como é sabido, a nulidade da obrigação afiançada afeta visceralmente a própria garantia, nos termos da lei civil.

Na Suretyship, no entanto, pelo menos em certos casos a obrigação do **surety** subsistiria mesmo que inexistente a obrigação principal.

A Guaranty, por seu turno, consistiria fundamentalmente numa promessa de pagar, caso o obrigado principal esteja impossibilitado de fazê-lo.

Segundo o ensinamento de SILVA PINTO⁽¹⁾ e numa tentativa de aproximação com o direito continental, poder-se-ia dizer que

“a guaranty teria maior correspondência com a nossa fiança civil, respeitado o benefício de ordem, enquanto que a Suretyship (sentido estrito) se aproximaria da fiança solidária, na qual o fiador abre mão dos benefícios e como é norma em direito comercial (2)”.

No que toca ao direito alemão e italiano, já foi mostrada a principal diferença em relação ao sistema clássico francês.

(4) Verbete citado, pág. 539, volume I, “The New Barsa Dictionary of the English and Portuguese Languages”.

(1) Ob. cit., pág. 154.

(2) Cfr. art. 258 do Código Comercial Brasileiro.

De resto, toda a presente exposição estará a discorrer sobre o sistema ao qual se filia o nosso país.

VII. DISCIPLINA JURÍDICA

Após a longa polêmica que se estabelecera em nosso país sobre a vigência das Leis Uniformes, o Supremo Tribunal Federal, primeiramente pelo R. E. nº 70.356, do qual foi relator o Ministro BILAC PINTO, e posteriormente pelo R. E. nº 71.154, relatado pelo Ministro OSVALDO TRIGUEIRO, tornou pacífica, pelo menos sob o ponto de vista prático, a real integração, em nosso direito interno, daqueles diplomas legislativos.

Referidas Leis Uniformes foram introduzidas em nosso meio mediante a promulgação dos Decretos nºs 56.663 e 57.595, de 24 e 7 de janeiro de 1966, respectivamente, o primeiro sobre letras de câmbio e notas promissórias e o segundo relativo aos cheques.

Pelo Decreto nº 57.663, o nosso governo promulgou a Convenção para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, com as reservas previstas nos artigos 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10º, 13º, 15º, 16º, 17º, 19º e 20º do Anexo II.

Como esclareceu, com propriedade, MERCADO JR ⁽¹⁾,

“a matéria objeto dessas reservas, ou já está regulada em nossas leis, ou não o está. No primeiro caso, as normas vigentes subsistirão, como disposições extravagantes, não derogadas pela Lei Uniforme, em virtude mesmo das reservas. No segundo caso, a eventual lacuna de nosso direito subsistirá enquanto não editadas normas que a supram”.

Nenhuma das reservas subscritas pelo Brasil diz respeito à matéria de aval. Em consequência, a disciplina do aval estabelecida pela nossa legislação anterior (Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908) ficou toda derogada pelo advento da Lei Uniforme, exceção feita, apenas, à possibilidade de

(1) “Nova Lei Cambial e Nova Lei do Cheque”, edição Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 1968. pág. 133.

assinatura de mandatário especial, disposição que parece subsistir em razão da reserva do art. 2º do Anexo II, adotada pelo Brasil ⁽¹⁾.

Diante do exposto, não há dúvida de que o direito vigente em nosso país, em matéria de aval, é o que está disciplinado pelos arts. 30 e 32 da Lei Uniforme.

Já tivemos a ocasião de estudar, em linhas anteriores, o significado dos arts. 31 e 32, com suas importantes conseqüências.

Assim, sobra-nos nesse momento apenas o art. 30, assim redigido:

**“O pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval.
Esta garantia é dada por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra”.**

A primeira parte do artigo, como se vê, estabelece a possibilidade de ser o aval prestado parcialmente.

Nosso Decreto nº 2.044 era omissivo a respeito e, na doutrina, variavam as opiniões no tocante a tal possibilidade. Na prática, porém, não parece ter sido o aval parcial acolhido pela vida negocial. O instituto, com efeito, oferece algumas dificuldades no seu aspecto funcional.

O avalista que pagasse a soma parcial pela qual se obrigara teria a necessidade de obter de volta o título para agir regressivamente contra o devedor principal. Por outro lado, o portador do título, tendo interesse em receber o restante do valor do título, também teria necessidade de conservar o título em seu poder para fazer valer os seus direitos.

Como resolver-se o problema?

(1) O artigo 2º do Anexo II diz o seguinte.

“qualquer das Altas Partes Contratantes tem, pelo que respeita às obrigações contraídas em matéria de letras no seu território, a faculdade de determinar de que maneira pode ser suprida a falta de assinatura, desde que por uma declaração autêntica escrita na letra se possa constatar a vontade daquele que deveria ter assinado”.

Cumpra anotar, portanto, que o nosso Decreto nº 2.044, previa a assinatura do mandatário especial do sacador (art. 1º, inciso V), do endossador (art. 8º, segunda alínea), do aceitante (art. 11º e, como frisamos no texto, do avalista (art. 14º).

Parece que a única solução seria a de anotar-se no próprio título o pagamento parcial efetuado pelo avalista, extraindo-se as certidões do mesmo por oficial público, nos termos do art. 365 do Código de Processo Civil Brasileiro. Trata-se, porém, de solução buscada fora do Direito Cambiário, sem base científica.

A segunda parte do artigo estabeleceu a possibilidade de ser o aval prestado tanto por um terceiro como por um dos signatários do título.

Cumprе anotar-se que, em nosso direito anterior, não havia disposição expressa no Decreto nº 2.044. Alguns autores entenderam não ser possível o aval por quem já se obrigara no título.

SARAIVA ⁽¹⁾ por exemplo, argumentava que

“o coobrigado não pode intervir como avalista por lhe não ser facultado agravar sua responsabilidade além dos limites fixados por lei”.

CARVALHO DE MENDONÇA ⁽²⁾ também doutrinava que

“o avalista não deveria ser um dos coobrigados do título, uma vez que a sua responsabilidade em nada mudaria com o fato de prestar o aval”.

A opinião desses dois grande autores não logrou prevalecer na doutrina.

EUNÁPIO BORGES ⁽³⁾, em relação à afirmação de SARAIVA, contra-argumenta:

“É verdade que nenhum obrigado pode restringir ou agravar sua responsabilidade além dos limites fixados por lei (art. 44, 4º), mas a autonomia e independência das obrigações cambiais (pense-se na possibilidade de homonímia; o título não permite afirmar, logo, se se trata do mesmo obrigado ou de outro) autoriza qualquer coobrigado a assumir outra obrigação, independente da primeira, cuja responsabilidade nem se restringe, nem se agrava”.

(1) “A Cambial”, § 93.

(2) “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, nº 753.

(3) Ob. cit., págs. 48 e 49.

E contra o argumento de CARVALHO DE MENDONÇA sobre a inutilidade do aval prestado por quem já é obrigado no título, pondera o ilustre professor mineiro:

“O endossador que avaliza, equiparando-se ao aceitante, ao sacador, a um dos endossantes anteriores, exceção do que imediatamente o precede, robustece a garantia de pagamento com que contam todos os obrigados intermediários entre o endossador-avalista e aquele a que se equiparou”.

A Lei Uniforme, conforme vimos, encerrou de vez a discussão, permitindo que o aval possa ser prestado tanto por um terceiro como por qualquer um dos signatários da letra.

Restaria mencionar, finalmente, a existência de um problema relativo ao aval não previsto em nenhum dos três artigos aqui examinados. Trata-se da questão, oportunamente lembrada por MERCADO JR ⁽¹⁾, do cancelamento do aval.

No regime do Decreto nº 2.044 nenhuma dúvida existia. O § 1º do art. 44 estabelecia que o endosso ou aval cancelado era considerado não escrito para os efeitos cambiais.

A Lei Uniforme previu, no art. 16, primeira alínea, o cancelamento do endosso. Previu, igualmente, no art. 29, o cancelamento do aceite, antes de restituída a letra pelo aceitante. Silenciou inteiramente, porém, quanto à possibilidade de cancelamento de aval.

Diante da omissão subsiste a dúvida: pode o aval ser cancelado?

VIII. ELABORAÇÃO DOUTRINÁRIA DO AVAL

O grande problema doutrinário do qual decorrem numerosas discussões é, sem dúvida, o relativo à autonomia da obrigação do aval e a sua exata posição em relação à cambial.

ROSSI ⁽¹⁾ afirmou, com inteiro acerto, que

“a grande parte das questões que surgem em matéria de aval é resolvida normalmente pela doutrina e pela jurisprudência com base

(1) Ob. cit., pág. 160.

(1) Ob. cit., pág. 23.

na atribuição, freqüentemente apriorística, do caráter de autonomia ou de acessoriedade que se reconhece na obrigação do avalista no confronto com a obrigação do avalizado”.

É de notar-se, desde logo, que os conceitos de autonomia e de acessoriedade, além de não serem unívocos, se prestam a freqüentes divergências no que toca ao seu verdadeiro sentido e alcance, gerando opiniões que, por estarem excessivamente presas à posição terminológica, acabam por determinar conseqüências jurídicas inaceitáveis.

Conexo com o retromencionado, embora dele diverso, põe-se o problema das relações entre o aval e a fidejussão.

Também aqui, como se verá, reconhecido o caráter de “acessoriedade” do aval à fidejussão, dilataram-se as discussões em torno da aplicação subsidiária das normas da segunda ao primeiro, partindo-se de um outro conceito unívoco que é o de “garantia” pessoal.

Sendo possíveis vários critérios no exame da elaboração doutrinária, nacional e alienígena, sobre a matéria do aval, parece interessante perquirir-se o pensamento da doutrina na medida em que se editavam, nos diferentes países, os grandes diplomas legislativos.

Desde logo, porém – e de forma declaradamente deliberada – deixaremos de lado a discussão, de ranço totalmente acadêmico, relativa à natureza jurídica do aval ⁽¹⁾, tão a gosto do enciclopedismo estéril, bizarro e alienante, viciado por um “essencialismo” cego, que julga tudo resolver em relação à pesquisa jurídica.

O que verdadeiramente importa, em matéria de aval, é determinar o exato conteúdo da obrigação do avalista, daí extraindo-se todas as conseqüências importantes no que toca à subsistência dessa mesma obrigação em que pese a nulidade da obrigação do avalizado.

Importa, ainda, saber até que ponto essa subsistência vai gerar a inoponibilidade das exceções, por parte do avalista, porventura existentes em favor do avalizado.

(1) Cfr., a propósito, a penetrante análise crítica feita por ALEGRIA (ob. cit., págs. 51 e seguintes) a propósito do conceito de “natureza jurídica”, e particularmente no que se refere à natureza jurídica do aval.

Importa, finalmente, saber se a obrigação do avalista é a **mesma** da avalizado ou se é simplesmente da **mesma natureza**, sem ser exatamente a **mesma** obrigação. Mister esclarecer, enfim, o significado preciso da expressão legal “o dador do aval é responsável da **mesma maneira** que a pessoa por ele afiançada”.

Ora, a “categorização” jurídica do aval, por si só, não responderá adequadamente a tais perguntas, sendo muito sábia a advertência de SILVA PINTO⁽²⁾ no sentido de que será sempre indispensável um exame da elaboração doutrinária do aval,

“sem que, no entanto, nos deixemos envolver pelo emaranhado sedutor das fórmulas vazias e das fúteis sutilezas que a dialética jurídica às vezes engendra, com esquecimento dos fatos e do verdadeiro objetivo da ciência do Direito”.

Passemos ao exame das principais legislações e das interpretações doutrinárias a respeito.

O primeiro texto legislativo que disciplinou o instituto do aval foi a “Ordonnance du Commerce”, de 1673.

Nada se disse, nesse texto, a respeito da acessoriedade do aval em relação à obrigação do avalizado. A doutrina francesa, porém, logo se pronunciou no sentido de que a natureza jurídica do aval era a de uma fidejussão, daí decorrendo, evidentemente, que a obrigação decorrente do aval somente seria válida na medida em que válida fosse a obrigação avalizada.

(2) “Ob. cit., pág. 196. O mesmo pensamento poderemos encontrar em EUNÁPIO BORGES (ob. cit., pág. 38):

“A discussão puramente doutrinária em torno de natureza jurídica do aval, sobretudo o problema de saber-se se essa garantia cambiária é ou não uma fiança, parece-nos hoje desprovida de qualquer utilidade, não apresentando nenhum interesse prático. Sob esse ponto de vista, o que interessa é o estudo das disposições positivas com que determinada legislação regula os efeitos que lhe atribui, a extensão da obrigação que nele se contém, porque às indagações exclusivamente teóricas e doutrinárias sobre o instituto assentaria a observação de ARMINJON & CARRY: ‘Et l’on peut se demander si c’est la peine d’édifier des théories dont l’utilité pratique est douteuse, et qu’on ne peut maintenir en équilibre qu’en faisant appel aux règles particulières dont il s’agit justement de définir la nature’ ”.

SAVARY ⁽¹⁾, provavelmente o mais destacado analista do mencionado diploma, considerou o aval como fiança, sendo a responsabilidade do avalista semelhante e solidária à do fiador.

Explica-nos SILVA PINTO ⁽¹⁾ que:

“tal solidariedade, expressa no art. 33 do título V da Ordonnance, já tinha sido reconhecida pela jurisprudência em Gênova e Paris. Mas, a doutrina e a jurisprudência até então dominantes – prossegue o citado autor – não permitiam a limitação da garantia a uma determinada firma, ao contrário do que ficou depois estatuído no Code de Commerce”.

Já na *Wechselordnung* alemã o aval não era especificamente disciplinado, limitando-se o art. 81 a fixar uma regra segundo a qual estaria obrigado cambialmente todo aquele que subscrever o saque, o aceite ou o endosso, embora apenas como garantia ⁽²⁾.

A opinião prevalecente na doutrina parecia corresponder à posição que seria adotada pela Lei Uniforme de Genebra segundo a qual, como vimos, existe a autonomia substancial do aval e, ao mesmo tempo, acessoriedade formal.

Assim, era o aval considerado autônomo no sentido de que sua validade não seria afetada por eventuais vícios da obrigação garantida.

Mas, de outro lado, tal como logrou prevalecer até os dias atuais, existia uma dependência formal que se expressava, na época, ao que parece, na necessidade de aposição simultânea das firmas do avalista e do avalizado.

(1) “L’aval que l’on met sur les lettres et billets de change, et les autres sortes de billets concûs en la manière cidevant exprimée, n’est autre chose qu’une souscription que fait une personne qui s’oblige de payer, en cas que la lettre ne soit payée par celui sur qui elle est tirée, ou la somme portée par le billet, en cas que celui qui l’a fait ne l’acquitte aussi dans le temps échú: Ce mot d’Aval signifie faire valoir la lettre ou le billet c’est-à-dire, les payer en cas qu’ils ne soient acquittés; c’est proprement une caution, car il n’est pas le principal preneur, n’y ayant que celui qui tire la lettre, ou qui fait le billet au profit d’une autre personne qui recoit les deniers; de sorte que ceux qui souscrivent ou donnent leur aval sur les lettres et billets, sont obligés avec les tireurs et faiseurs de billets”, JACQUES SAVARY, 1 “Le Parfait Négociant”, Genebra, 1752, 109.

(1) Ob. cit., pág. 192.

(2) Apud EUNÁPIO BORGES, ob. cit., pág. 21.

De forma que, na doutrina alemã, nem vingou a tese que filia o aval aos princípios da fiança ⁽³⁾ nem tampouco a de que o mesmo era completamente autônomo, correspondendo a um novo saque, a um novo aceite ou a um novo endosso ⁽⁴⁾.

É curioso observar o significado que tem, para a doutrina universal, o pensamento dos autores alemães. VIVANTE ⁽⁵⁾ afirmava que a disciplina jurídica do aval era uma das mais controvertidas,

“seja porque nos falta o subsídio da legislação e da doutrina alemã, onde é quase desconhecido esse instituto, seja porque ele tem dois aspectos jurídicos diversos, segundo consideremos o avalista perante o possuidor da cambial ou perante o avalizado...”

No direito italiano, inicialmente, propendia a doutrina francamente no sentido de considerar o aval como fiança comercial, considerando a obrigação do avalista como dependente da obrigação do avalizado.

“Chi dice avallo, dice fideiussione”, escrevia VIDARI ⁽¹⁾, provavelmente influenciado pela doutrina francesa que, como vimos, vislumbrava no aval uma simples fiança.

Decisivamente contrário a tal concepção se postava BONELLI ⁽²⁾ para quem

“chiamar fidejussione una obbligazione che può nascere e persistere senza obbligazione principale è abusar delle parole: ciò che non è lecito al giurista, come a nessuno che voglia ragionare scientificamente”.

Tomando por base a 1^a alínea do art. 274 do Código Comercial de 1882, segundo a qual **“o pagamento da cambial pode ser garantido por aval”**, entendia BONELLI que a obrigação do avalista seria inteiramente autônoma, **per se stante** como qualquer obrigação cambiária, pois o que se garante é o pagamento

(3) Cfr. WIELAND e MEYER, apud ROSSI, ob. cit., pág. 26.

(4) KUNTZE, BÖHLAU e BEYER, apud ROSSI, ob. cit., pág. 26.

(5) Ob. cit., pág. 318. Tal afirmação de VIVANTE foi vivamente contestada, entretanto, por ROSSI (Ob. cit., pág. 1, nota de rodapé n^o 1) que a considerou injustificada e mesmo inexistente.

(1) “Lettera di cambio”, Firenze, 1869, pág. 333.

(2) “Sulla Natura giuridica dell’avallo”, Revista di Diritto Commerciale, vol. 9, 2^a parte, págs. 116 e seguintes.

da cambial e não o cumprimento da obrigação de determinado signatário do título (3).

Finalmente, sustentou-se uma posição intermediária, segundo a qual o aval subsistiria como obrigação cambiária autônoma, independente da validade da obrigação garantida, mas subordinada à existência e validade desta última sob o ponto de vista formal, uma vez que, como asseverava VIVANTE (4),

“non si capisce la garanzia di un’obbligazione che non esiste, perche non si garantisce il nulla”.

Esclarece ROSSI (1) que VIVANTE não teria tomado uma posição precisa sobre a natureza jurídica do aval.

É verdade que VIVANTE não se pronunciou especificamente sobre o problema da “natureza jurídica”, mas parece segura a interpretação de seu pensamento no sentido da autonomia substancial e, ao mesmo tempo, da acessoriedade formal do aval, posição que corresponde, como vimos, à doutrina prevalente na Alemanha e a que foi acolhida pelo Direito Uniforme.

Relembre-se, em primeiro lugar, que VIVANTE criticara a qualificação de “garantia objetiva” feita por BOLAFFIO e adotada por autores como BONELLI e MESSINEO (2), apresentando razões “decisivas” para condenar tal expressão.

Em segundo lugar, essa interpretação parece defluir naturalmente do trecho retromencionado, que para maior alcance e clareza, passamos a reproduzir:

“L’avallante deve dichiarare per chi oresta l’avallo ed è libero nella scelta, purchè lo dia per un obbligato cambiario. Può darlo anche per una persona la cui forma non figura ancora sulla cambiale, e sarà un’obbligazione subordinata all’esistenza futura della firma principale (n.1111). Ma se la persona per cui à dato l’avallo non vi appone la firma, o ne l’appone con un segno di croce o in una forma non amessa dal diritto cambiario, l’avallo deve ritenersi inefficace. Si obietterà che le obbligazioni cambiarie sono autonome. Certo lo sono quando esistono, ma se manca una condizione essenziale per la loro esistenza non è più il caso di autonomia,

(3) Apud SILVA PINTO, ob. cit., pág. 201.

(4) Ob. cit., § 1225, pág. 321.

(1) Ob. cit., pág. 29, nota de rodapé nº 15.

(2) Conforme exposto anteriormente no item III.

perchè ciò che non esiste non può essere autonomo o non autonomo. Anche la firma dell'accettante è autonoma, ma essa è inetta a produrre effetti cambiari se al titolo manca la firma principale del traente: così è dell'avallo se, quando si vorrebbe farlo valere, manca la firma principale dell'avallato, necessaria alla sua esistenza. Si obietterà che la legge dice valida l'obbligazione dell'avallante ancorchè non lo sia quella dell'avallato. Ma altro è invalido, altro è inesistente; si capisce la garanzia di un'obbligazione non valida, ad es., per vizio di capacità, o di consenso, perchè l'obbligazione invalida esiste finchè non sia annullata, e quindi può essere garantita contro i suoi vizi; non si capisce la garanzia di un'obbligazione che non esiste, perchè non si garantisce il nulla”.

Outro grande autor italiano cujo pensamento parece claro no mesmo sentido é NAVARRINI.

Para esse autor, o aval é

“uma garantia e, como tal, formalmente acessório, requerendo a existência de uma cambial válida e perfeita em sua aparência. O aval seria uma forma e garantia que teria resultado de uma profunda transformação da fiança no que diz respeito à substância da relação. O avalista, ao firmar a cambial, assume uma obrigação autônoma e abstrata, atributos essenciais da obrigação cambiária que predominam em matéria de aval. A acessoriedade – atributo fundamental da fiança – não existiria quanto à matéria, mas subsistiria no tocante à validade formal da obrigação do avalizado”⁽¹⁾.

Passemos, finalmente, à doutrina nacional, a respeito da qual algo já foi dito no item III, retro.

Informa-nos SARAIVA ⁽²⁾ que o nosso Código Comercial não disciplinou o aval, apenas fazendo referência ao “abono”, no art. 380, que facultava ao portador, no caso de protesto pela falta de pagamento da letra de câmbio aceita, o exercício da ação contra os abonadores do aceitante. Pelo art. 422 do mesmo Código, era estabelecida a responsabilidade solidária dos abonadores.

(1) Apud SILVA PINTO, ob. cit., pág. 203.

(2) Ob. cit., § 91, págs. 269 e 270.

Concluía o ilustre jurista pátrio que

“do sistema do nosso código, podemos com segurança inferir que o abono cambial era fiança solidária, que inibia ao abonador executado prevalecer-se do benefício de oferecer à penhora os bens do abonado”.

“Sem embargo, porém, da solidariedade – arremata o jurista – o abono cambial conservava a feição de vínculo acessório, que, para a sua subsistência legal, reclamava a existência e a validade da obrigação do abonado”.

Tal como fora regulado, o “abono” se apresentava como fiança mercantil solidária, de natureza muito semelhante à do aval, tal como se delinear a esse instituto na França, de quem o nosso país recebera influência até o advento do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908.

Não havia, porém, uma conceituação pacífica em torno do “abono”, sendo certo, por um lado, como assinalou CARVALHO DE MENDONÇA ⁽¹⁾, que a jurisprudência, “apesar das obscuridades e contradições nos seus julgados”, o distinguia da fiança, enquanto outros julgados, de outro lado, empregaram a expressão **aval** como equivalente a abono ⁽²⁾.

Aos 31 de dezembro de 1908, de “ascendência sabidamente germânica” no dizer de EUNÁPIO BORGES ⁽³⁾, oriunda do projeto elaborado por SARAIVA, era editada uma nova lei cambial brasileira: o Decreto 2.044 que veio alterar profundamente o nosso sistema cambial.

Eram três os artigos do texto legal direta ou indiretamente relacionados com o aval: o art. 14, o art. 15 e o art. 43, a seguir transcritos.

“Art. 14 – 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 assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, no verso ou no anverso da letra”.

“Art. 15 – O avalista é equiparado àquele, cujo nome indicar, na falta de indicação, àquele abaixo de cuja assinatura lançar a sua; fora desses casos, ao aceitante e, não estando aceita a letra, ao sacador”.

(1) Ob. cit., pág. 348, continuação da nota de rodapé nº 1 iniciada na pág. 347.

(2) Ob. cit., pág. 222. Quanto à utilização da expressão “abonar” como sinônima de avaliar, cfr. com a áspera crítica de EUNÁPIO BORGES (ob. cit., págs. 39 e 40).

(3) Ob. cit., pág. 40.

“Art. 43 – As obrigações cambiais são autômas e independentes umas das outras. O signatário da declaração cambial fica, por ela, vinculado e solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura”.

Autor do projeto que culminou com o advento do Decreto 2.044, assim se expressou SARAIVA ⁽¹⁾:

“A nossa legislação é a que melhor disciplina o instituto do aval. Simples, harmônico e perfeito, é o sistema adotado. A lei cambial brasileira desconhece obrigações acessórias; cada uma delas é autônoma, e independente das outras, para o efeito da garantia completa do direito creditório do portador. O signatário do aval, cambialmente vinculado, fica solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento do título, sem embargo da falsidade, ou da falsificação, ou da nulidade de qualquer outra assinatura (art. 43). Abstrata como é a obrigação cambial, influência alguma pode exercitar a causa da intervenção do avalista. Ele fica vinculado pela declaração unilateral da vontade expressa em título destinado à circulação. Para que a cambial circule com facilidade e segurança, o legislador brasileiro veda o exame da causa do vínculo e das relações jurídicas preexistentes no saque, no endosso, no aceite, na intervenção e no aval”.

Vê-se, portanto, que o ilustre jurista tinha posição bastante radical e diametralmente oposta ao conceito francês do aval-fiança.

Equívocou-se naturalmente JOÃO ARRUDA ⁽¹⁾ ao interpretar a posição de SARAIVA no mesmo sentido da de VIDARI, segundo a qual seria o aval uma espécie do gênero fiança ⁽²⁾.

Ora, como se não bastasse o trecho já transcrito, afirmava SARAIVA ⁽³⁾:

“Por haver subscrito o saque, o avalista fica vinculado com o sacador, e equiparado ao co-sacador.

(1) Ob. cit., § 96, págs. 283 e 284.

(1) Decreto 2.044, I volume, Escolas Profissionais Salesianas, 1914, São Paulo, pág. 65.

(2) Sobre o equívoco de ARRUDA, cfr. EUNÁPIO BORGES (ob. cit., pág. 41).

(3) Ob. cit., págs. 284 e 285.

Por haver subscrito o endosso, o avalista fica vinculado como o endossador, e equiparado ao co-endossador.

Por haver subscrito o aceite, o avalista fica vinculado como o aceitante, e equiparado ao co-aceitante.

Por haver subscrito a intervenção, o avalista fica vinculado como o interveniente, e equiparado ao co-interveniente reclamado ou voluntário (art. 1).

Por não haver declarado qual a firma honrada, pela presunção juris et de jure de haver querido honrar todas as firmas, o avalista fica vinculado como o aceitante, ou como o emitente, conforme a hipótese, e equiparado ao co-aceitante, ou ao co-sacador da letra de câmbio, ou ao co-emitente da nota promissória.

Estabelecidas estas normas, facilíma será a solução dos casos ocorrentes; conforme a hipótese, para os efeitos cambiais, o avalista é o sacador da letra de câmbio, ou o emitente da nota promissória, ou o endossador, ou o aceitante ou o interveniente”.

Essa posição de SARAIVA parece ter sido acompanhada pela maioria de nossos doutrinadores, pronunciando-se claramente no mesmo sentido, entre outros, CARVALHO DE MENDONÇA e EUNÁPIO BORGES.

Quanto ao primeiro, assim se expressou o grande jurista ⁽⁴⁾:

“Não obstante o seu escopo seja fortalecer o crédito de uma das firmas signatárias da letra de câmbio, é o aval, na sua essência, obrigação cambial, e portanto:

- a) obrigação formal, decorrendo da simples assinatura do avalista, pouco importando a sua causa ou origem;**
- b) obrigação autônoma e independente das outras, que figuram na letra, e como tal vincula solidariamente o avalista pelo pagamento da letra de câmbio e produz efeito sem embargo de falsidade, da falsificação ou da nulidade da assinatura da pessoa avaliada; e finalmente;**
- c) obrigação pessoal e direta do avalista para com o portador da letra. O avalista, tomando-se codevedor, chama sobre si todos os direitos e obrigações da firma que garante”.**

Em seguida conclui CARVALHO DE MENDONÇA:

“Para bem caracterizar a natureza do aval, a lei 2.044, de 1908, no art. 15, declarou que o avalista seria equiparado ao devedor,

(4) “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, Vol. V, Parte II, Rio de Janeiro, 1922, § 748, págs. 348 e 349.

cujo nome indicasse, e, na falta de indicação, aquele abaixo de cuja assinatura lançasse a sua, e, fora desses casos, ao aceitante, e, não estando aceita a letra, ao sacador”.

E remata:

“A lei quis, nestes termos, dizer que o avalista representa novo sacador, novo aceitante, novo endossador, conforme prestasse o aval a favor de algum desses obrigados na letra de câmbio”.

EUNÁPIO BORGES ⁽¹⁾, na mesma linha de pensamento, afirmou categóricamente:

“De acordo, pois, com os termos claros de nossa Lei Cambial (arts. 14, 15 e 43), com os ensinamentos de SARAIVA, CARVALHO DE MENDONÇA E WHITAKER, conceituo o aval como garantia cambial típica, cuja finalidade exclusiva é garantir o pagamento da letra de câmbio ou da nota promissória, do mesmo modo que o garantiria o coobrigado cambial, ao qual se equipara, se perfeitamente válida fosse a obrigação deste, à qual a do avalista não se subordina por nenhum vínculo de acessoriedade, quer material, quer formal”.

Não há dúvida de que a lição de SARAIVA, acompanhada pelos autores que acabamos de citar, representou contribuição doutrinária de relevo para retirar-se o instituto do aval dos acanhados limites que lhe traçou a concepção francesa, atrelando-o à fiança.

Por outro lado, como afirma com precisão SILVA PINTO ⁽¹⁾, essa teoria “está eivada de exagerado objetivismo”, circunstância que levou SARAIVA “a negar a existência de qualquer coisa de comum entre aval e fiança, e a afirmar a absoluta autonomia formal e substancial do aval em direito brasileiro”.

Vimos, linhas atrás, a referência de EUNÁPIO BORGES ao Decreto 2.044, no que toca à “ascendência sabidamente germânica” desse último.

Sucede que, nesse particular, não parece de rigor científico se equiparar a posição do Decreto 2.044 à concepção germânica ⁽²⁾, a menos que por esta última se tome a posição de KUNTZE, de BÖHLAU e de

(1) Ob. cit., pág. 44.

(1) Ob. cit., pág. 224.

(2) A afirmação do Prof. EUNÁPIO BORGES (ob. cit., pág. 40) é feita exclusivamente a propósito do conceito de SARAIVA sobre o aval.

BEYER, o que, como vimos anteriormente, corresponde a uma parte da doutrina alemã e não à doutrina que logrou prevalecer naquele país.

Aliás, o próprio Prof. EUNÁPIO BORGES, à pág. 28, é preciso na explicação da doutrina alemã:

“Para a doutrina alemã dominante, o aval é ato substancialmente autônomo e independente da obrigação garantida, da qual é apenas formalmente dependente”. (grifos nossos).

Tanto SARAIVA, quanto CARVALHO DE MENDONÇA e EUNÁPIO BORGES, na verdade, se afastam da doutrina alemã dominante, posto não reconhecerem a acessoriedade formal do aval.

SILVA PINTO⁽¹⁾, de outro lado, afirmava não ver razões para não se adotar, em face da lei brasileira, a doutrina que pareceu acertada em face da Lei Uniforme, concluindo logo adiante:

“Afirmar a possibilidade de subsistência da obrigação do avalista mesmo em caso de inexistência formal da obrigação avalizada parece-nos contrariar a natureza das coisas, pois importa em permitir que a garantia se efetive quando lhe falte, não o objeto, que é o pagamento da soma cambiária, mas o apoio material no título, o elo a que se prende a garantia e que lhe atribui, por equiparação de posições, limites precisos, estabelecendo os direitos e deveres do avalista”.

A introdução da Lei Uniforme em nosso direito tornou inteiramente superada a presente discussão uma vez que, conforme foi visto já nas linhas introdutórias da presente exposição, os termos do artigo 32 são absolutamente decisivos quanto à autonomia substancial e quanto à acessoriedade formal do aval⁽²⁾.

(1) Ob. cit., pág. 226.

(2) O próprio EUNÁPIO BORGES (ob. cit., pág. 45) esclarece, com precisão, que a Lei Uniforme consagra posição diferente da sua, calcada no Decreto 2.044:

“Isso-fique bem claro-em face da nossa lei nº 2.044.

Na Lei Uniforme não é assim, uma vez que seu art. 32, de modo expresse, consagrou, ao lado da autonomia substancial do aval, sua acessoriedade formal em relação à obrigação avalizada”.

ASCARELLI, a nosso ver, expôs com propriedade o caráter de dependência existente no aval ⁽³⁾:

“A acessoriedade do aval revela-se na sua dependência da validade extrínseca da obrigação do avalizado e no direito cambiário do avalista para com o avalizado, e para com aqueles que responderiam perante este; a sua autonomia revela-se na sua independência da validade intrínseca da obrigação do avalizado (art. 37 da lei cambiária).

A função de garantia dessas obrigações não importa na subtração aos princípios das obrigações cambiárias; elas também são assumidas em virtude de uma relação fundamental, diferente nas várias hipóteses concretas; representam obrigações autônomas, abstratas, constituídas objetivamente a favor do portador do título”.

Cumpra registrar, por fim, que a consagração do princípio da autonomia substancial e da acessoriedade formal do aval pela Lei Uniforme, aliás correspondente à prevalecente posição da doutrina italiana e alemã sobre a matéria, não significa a solução de todos os problemas práticos.

A disciplina das exceções continua a oferecer percalços para a doutrina e para a jurisprudência, parecendo plenamente procedente aquela afirmação de ASCARELLI ⁽¹⁾ segundo a qual **“talvez seja justamente o aval a obrigação cuja natureza cambiária se evidenciou com maior dificuldade”.**

Passemos, agora, às linhas conclusivas de nossa tarefa, onde tentaremos, justamente, responder às indagações levantadas ao longo do trabalho e que dizem respeito à autonomia substancial do aval, plenamente reconhecida no plano legislativo, doutrinário e jurisprudencial, conforme se verificou, sem que se estimasse, entretanto, a exata conseqüência da adoção desse princípio no tocante à completa desvinculação da obrigação do avalista em relação à obrigação do avalizado.

IX. CONCLUSÃO FINAL

A natureza cambiária da obrigação do avalista – evidenciada com dificuldade na doutrina, como afirmou ASCARELLI – está a ensejar, ainda, certas incompreensões relativamente à extensão e ao alcance da autonomia substancial do aval.

(3) “Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, Saraiva, 1943, pág. 220, nota de rodapé nº 1, 2º e 3º parágrafos.

(1) Ob. cit., pág. 127, nota de rodapé nº 1, último parágrafo.

Se as conclusões a que chegamos nos capítulos anteriores nos autorizariam a afirmar que se achariam circunscritas a certos pontos determinados as controvérsias existentes, parecendo mesmo que os princípios da autonomia substancial e o da acessoriedade formal, acolhidos pela Lei Uniforme, não estariam a suscitar maiores perplexidades – tirante aquelas que a doutrina terá se esmerado em sublinhar e que, de forma sumária, relatamos ao longo do presente estudo – vez por outra desponta ainda, em nossa jurisprudência, indisfarçável hesitação quanto à aplicação daqueles princípios próprios do Direito Cambiário, quiçá pela dúvida que se coloca no espírito do julgador de que referida aplicação não corresponda à intuição que ele tem do que seja justo, na apreciação daquele caso concreto.

A autonomia substancial do aval, que tão importantes conseqüências acarreta, a ponto de fazer com que subsista a obrigação do avalista ainda que **nula** a obrigação do avalizado (a não ser que tal nulidade decorra de vício de forma), foi consagrada, evidentemente, tendo em vista a prevalência do interesse do credor de um título de crédito e, por via da conseqüência, a predominância do interesse geral da coletividade no sentido de que as riquezas pudessem circular com a maior facilidade possível.

Essa circulação da riqueza, que corresponde a uma exigência econômica dos tempos modernos, só pôde ser eficazmente atingida graças à “densa rede” dos títulos de crédito, ilustrada está em páginas decisivas pelo gênio exuberante de ASCARELLI.

Não será exagerado afirmar, por certo, que a função predominantemente circulatória dos títulos de crédito (que terá levado juristas como WINIZKY a preferir à expressão tradicional “títulos de crédito” a de “títulos circulatórios”) serve, só por si, para explicar o papel que é desempenhado pelo aval nesse terreno, conforme a oportuna explicação de ALEGRIA.

Se é certo, assim, que o aval representa um reforço de garantia que, sob o ponto de vista da realidade econômica, colabora na função de circulação inerente aos títulos de crédito, não se poderá deixar em nível secundário a consideração de que, colocada no primeiro plano de prioridades essa mesma função, não deverá ela ser arredada, apenas, pela invocação de um vago sentido de equidade ou pela mera intuição de que o caso concreto deva merecer outra solução.

A hesitação que naturalmente envolve o julgador na aplicação de certos princípios cambiários, justificáveis e até desejáveis sob certo ângulo da análise, não poderá, porém, ter prevalência sobre aquele interesse que foi juridicamente mais protegido pela lei, por ser ele identificado como um valor prioritário da comunidade.

Se é verdade que a nossa mais alta Corte de Justiça logrou resolver, com acerto, vários problemas relativos ao aval (como, por exemplo, os do avais em branco e superpostos, resolvido pela Súmula 189 e, de maneira geral, o da própria autonomia do aval, conforme se mostrará a seguir), ainda se nota certa resistência, em alguns julgados, no tocante à autonomia substancial do aval.

Exemplo de tal posição recalcitante nos é dado, presentemente, pela recente decisão da Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que, por votação unânime, decidiu que “a dívida do avalista não pode ser maior do que a do avalizado”.

Indispensável, ao que parece, a transcrição do seguinte trecho do aludido ARESTO:

“Embora a responsabilidade por aval seja autônoma e independente da responsabilidade do avalizado, sua responsabilidade é ‘da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada’ (art. 32 da Lei Uniforme).

Por outro lado, a responsabilidade do avalista é solidária à do aceitante da cambial seu avalizado, em relação ao portador (art. 47 da Lei Uniforme).

Assim, se a responsabilidade é da mesma maneira que a do avalizado, e é solidária, pressupõe que a dívida tenha o mesmo valor tanto para o avalista como para o avalizado.

Ora, a dívida do avalizado, no caso dos autos, por ter sido contraída em moeda estrangeira, deve ser convertida à moeda nacional, à taxa cambial do dia da declaração da falência do avalizado, devedor principal. E a dívida do avalizado deve ser essa mesma dívida contraída em moeda estrangeira convertida à moeda nacional à data da declaração da falência do avalizado.

A dívida do avalista não pode ser maior do que a do avalizado.

Ademais se o avalista não pode se habilitar na falência do avalizado pela dívida em moeda estrangeira convertida à data do pagamento, porque deve habilitar-se com a dívida em moeda estrangeira convertida à data da declaração da falência do avalizado, haveria a vulneração do art. 49 da Lei Uniforme que declara que a pessoa que pagou uma letra pode reclamar dos seus garantes a soma integral que pagou.

Seria um contrasenso o avalista estar obrigado a pagar dívida em moeda estrangeira convertida à data do vencimento ou do pagamento, e só poder receber do avalizado essa mesma dívida convertida à data da declaração da falência do avalizado”.

Verifica-se, destarte, que a fundamentação do Acórdão está centrada em dois pontos básicos: o primeiro, que procura extrair da expressão “**mesma maneira**” (art. 32 da Lei Uniforme) e da solidariedade existente entre avalista e avalizado (art. 47 da Lei Uniforme) pressuposição de que a dívida, em consequência, deva ter o **mesmo valor**, e o segundo, embasado no art. 49 da Lei Uniforme, que caracterizaria um “contrasenso”, segundo os termos do ARESTO, estar o avalista obrigado a pagar a dívida em moeda estrangeira convertida à data do vencimento ou do pagamento, mas só poder receber do avalizado essa mesma dívida convertida à data da declaração da falência do avalizado.

Vejamos o primeiro ponto.

A argumentação de que a expressão “**da mesma maneira**” faz pressupor que a dívida deva ser **do mesmo valor** é, deveras, claudicante.

Quando a Lei Uniforme usou a expressão “da mesma maneira” quis referir-se, evidentemente, à mesma natureza cambiária da obrigação do avalista e do emitente. Qualquer outra interpretação conduziria à total contradição entre a primeira e a segunda parte do artigo. Se a mesma Lei Uniforme, logo a seguir, diz que a obrigação do aval mantém-se ainda que nula a obrigação do avalizado, não poderia ter dito antes que a **mesma maneira** significaria o **mesmo valor**, sob pena de, olvidando rudimentos da Lógica, estar contraditória consigo mesma, já que obrigação **nula**, traduzida em termos quantitativos, equivale a **zero** e **zero** é necessariamente diferente, como é óbvio, de qualquer valor, seja este dez, cem ou mil.

A reboque de tão esqualida construção, arrola-se a tênue argumentação de que existe, no caso, a solidariedade. “Se a responsabilidade é da mesma maneira que à do avalizado, e é solidária” – diz o Acórdão – haveria de pressupor-se “que a dívida tenha o mesmo valor tanto para o avalista como para o avalizado”.

Ora, a conclusão é inexata. O fato de a obrigação do avalista ser solidária à do devedor principal – ninguém o negará que o seja – não lhe retira a característica de obrigação **autônoma**, tanto que o avalista poderá ser executado isoladamente pelo credor exequente. Se ocorrente tal hipótese, não poderá ele, à evidência, pretender valer-se de eventuais circunstâncias que limitem a dívida do emitente do título.

Ligeiramente melhor – mas igualmente frágil e sem qualquer base científica – é o outro ponto sobre o qual está baseada o ARESTO, ou seja, o “contrasenso”, segundo diz o julgado, de estar o avalista obrigado a pagar a dívida em moeda estrangeira convertida à data do vencimento ou do pagamento, mas só

poder receber do avalizado essa mesma dívida convertida à data da declaração da falência do avalizado.

Tal argumentação não poderá prosperar, segundo entendemos, por duas ordens de razões.

Não poderá prosperar, em primeiro lugar, porquanto a obrigação do avalista não ficará alterada em sua substância ainda que impossibilidade haja de poder ele, nos termos do art. 49, recuperar a soma integral do que pagou. Poder-se-ia lamentar que, no caso, estaria havendo iniquidade em relação ao avalista que sofre o prejuízo, mas não haveria embasamento jurídico, conforme se verificará a seguir, para sustentar que o avalista não deveria suportar tal prejuízo.

Não poderá prosperar, em segundo lugar, porque se tais argumentos utilizados pelo Acórdão fossem suficientemente fortes para subordinar-se a obrigação do avalista às condições da obrigação do avalizado, estaria esboroadada toda a construção da autonomia substancial do aval, sempre acolhida em nosso Direito, quer no regime anterior, do Decreto nº 2.044, quer na disciplina da Lei Uniforme.

Analisemos, então, esse segundo ponto sobre o qual se terá baseado o Acórdão à luz das duas considerações retro-aludidas.

A primeira ponderação que apresentamos diz respeito ao direito do avalista de voltar-se contra o seu avalizado.

O direito de regresso do dador do aval contra o seu avalizado é, em princípio, sempre possível, tanto na hipótese de falência quanto na hipótese de concordata do emite do título. E isso ocorre, evidentemente, seja por força do art. 49 da Lei Uniforme, seja pelo fato de que o avalista não se beneficia pelo advento da concordata do emite.

Lembre-se, a propósito, que o art. 148 da Lei de Falências estabeleceu que:

“A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso”.

O Supremo Tribunal Federal, absolutamente consciente da autonomia substancial do aval, decidiu, com inteiro acerto, que o credor exequente, que havia recebido parte de seu crédito na concordata do emitente, tinha o direito de cobrar do avalista o restante de seu crédito cambiário.

“Admitir-se o contrário” – diz o ARESTO – “isto é, que satisfeito o pagamento do título, em 75% pelo concordatário, estaria liberado o avalista da obrigação de pagar os 25% restantes do débito, seria nulificar o aval, que exatamente existe, para cobrir o risco da insolvência do devedor”.

Vale isto dizer que o “contrasenso” a que se refere o R. Acórdão, na verdade, é relativo. Esse direito que tem o avalista de voltar-se contra o avalizado pela totalidade do que pagou, permanece, na essência, inalterado, seja porque ele poderá, na hipótese de concordata, sub-rogado que está nos direitos do credor satisfeito, habilitar-se pelo valor do que pagou, seja porque, na hipótese de falência, habilitar-se-á, igualmente, pela totalidade do que pagou, ainda que não venha a receber a soma integral do que terá desembolsado.

O argumento de que, na concordata, o avalista sub-rogado nos direitos do credor, irá receber apenas a percentagem fixada, ou que, na falência, terá o seu crédito estancado pela inexistência da correção monetária (a prevalecer essa tese nos tribunais, atualmente bastante divididos), não poderá alterar o conteúdo de sua própria obrigação, ainda que ele venha a arcar, efetivamente, com tal prejuízo.

Nesse sentido, inteira procedência tem a lição de MIRANDA VALVERDE (Comentários à Lei de Falências, vol. II, pág. 247), oportunamente invocada pelo julgado do S. T. F.. Comentando o retromencionado art. 148 da Lei Falimentar, asseverava VALVERDE que

“Se o credor recebe a percentagem da concordata, volta-se contra o coobrigado para obter o restante do crédito, que completará o seu pagamento integral. Se resolve agir imediatamente contra o coobrigado e dele consegue o pagamento integral, ficará o coobrigado sub-rogado nos direitos do credor satisfeito e receberá do concordatário, exclusivamente, a percentagem, sofrendo o prejuízo do restante”.

CARVALHO DE MENDONÇA (“Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, vol. 8, 1971, § 1161, págs. 398 e 399), comentando o art. 114 da anterior Lei nº 2.024, praticamente do mesmo teor do atual art. 148, da Lei Falimentar, pouco atrás transcrito, prelecionava:

“Foi justamente temendo não ser pago integralmente que o credor exigiu coobrigados ou fiadores; o credor forçado pelas circunstâncias a aceitar a concordata, presume-se ter feito o que a prudência lhe recomendava e ter obrado em boa fé. Perdessem os credores os direitos que tinham contra os coobrigados, condenado estaria o instituto da concordata, pois tanto importaria excluir tais

credores das deliberações concordatárias, e esta exclusão tornaria na maioria dos casos irrealizável a concordata.

O fiador ou o coobrigado, que paga ao credor o restante da dívida, não pode exigir do concordatário a quantia que pagou, nem mesmo a porcentagem da concordata sobre a mesma quantia, pois, se assim fosse, a remissão obtida pelo devedor ficaria completamente ilusória; dava-se uma troca de pessoas, mas a situação continuaria a mesma. Em vez de pagar ao credor direto, teria de pagar ao coobrigado ou ao fiador.

O concordatário tem apenas obrigação natural de satisfazer ao coobrigado ou ao fiador quanto estes por ele pagaram”.

O pensamento dos dois grandes juristas mencionados convergem no mesmo sentido: **ambos entendem que o coobrigado responde pelo restante da dívida**, mas que não terá direito de cobrar do concordatário mais do que este devia na concordata sob pena de deixar de ter sentido a remissão por ele obtida.

É exatamente nesse ponto que reside o equívoco em que incorreu o Acórdão: não é o fato de não ser possível ao avalista recuperar a soma integral do que pagou, pela circunstância mesma da concordata, que ele terá, por isso, a cessação de sua responsabilidade perante o 3º credor.

Não se pode inverter a verdadeira ordem das coisas. A irrecuperabilidade da quantia total desembolsada pelo avalista não poderá ter o condão, como quer a tese do Acórdão, de desmanchar a sua responsabilidade perante o 3º credor, definida como obrigação autônoma, que subsiste mesmo no caso de ser nula a obrigação por ele avalizada.

No direito francês, por exemplo, vamos encontrar igualmente norma expressa no mesmo sentido, já que o art. 545 do Código de Comércio atual estabeleceu que:

“Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli”.

Antes da lei de 1838, vigoravam naquele país as disposições do famoso Code de Commerce de 1807, cuja solução, para o presente caso, era menos favorável à manutenção da garantia. Anteriormente, como nos esclarece PERCE-ROU (“Faillites, Banqueroutes et Liquidations Judiciaires”, in “Traité Général de Droit Commercial”, vol. II, Paris, Rousseau Editeur, 1913, pág. 469)

“les remises profitaient au codébiteur, et elles le libéraient dans la même proportion que le failli concordataire, mais seulement lorsque le créancier avait pris part au concordat et en avait voté les clauses; dans le cas contraire, le créancier conservait son action intégrale contre le coobligé”.

Veja-se, pois, que a norma do Código de 1807 (que só reservava ao credor o direito de voltar-se integralmente contra o coobrigado quando ele não tivesse tomado parte na concordata, nem votado as cláusulas desta) foi substituída, **desde 1838**, por outra que deu ao credor proteção muito maior.

Segundo a redação retrotranscrita do art. 545 do Código Comercial, dúvida não parece existir, nem na doutrina, nem na jurisprudência, quanto ao direito que tem o credor de voltar-se integralmente contra aquele que prestou a garantia.

Diz-nos PERCEROU a esse respeito:

“Que l’on suppose par exemple une créance de 100, garantie par une caution qui reste solvable, le débiteur principal tombant en faillite.

Le créancier produit à cette faillite pour le montant nominal de son droit, soit 100, écartant ainsi la production parallèle de la caution (art. 543 C. Com.) Puis un concordat judiciaire (auquel le créancier participe ou non, peu importe) intervient et fait au failli une remise de 75%. Le droit du créancier vis-à-vis du débiteur principal tombe ainsi à 25. Mais cette remise ne profite pas à la caution, qui reste tenue pour le tout, c’est-à-dire pour 100”.

As explicações do grande jurista francês servem para mostrar, de maneira incontestada, que a solução preconizada pelo julgado de nosso Tribunal a respeito de tal matéria, **já não teria condições de prevalecer, nos tribunais franceses, desde 1838**, sendo a mesma situação para os codevedores solidários do falido, igualmente não liberados pela concordata, conforme esclarece o autor em nota de rodapé com jurisprudência tranqüila a respeito do assunto.

Na Itália, para ficar apenas em mais um exemplo em termos de direito comparado, esclareceu BONELLI que (“Del fallimento”, vol. II, 1938, págs. 495 e 496):

É naturale che non resti impedita dal concordato l’azione verso i coobbligati. Se anche il concordatario è debitore principale, resta integra l’azione contro il fidejussore; integra per l’intero importo del debito, finchè nulla siasi riscosso dal concordatario; integra per la parte residuale, quando siasi incominciato ad incassare e dopo incassato il dividendo. E così resta integra l’azione ipotecaria contro il fidejussore reale, sebbene non personalmente coobbligato, ed anche contro il terzo possessore”.

Após esclarecer a subsistência integral da responsabilidade do coobrigado do concordatário, mostra o grande autor peninsular que ele se sub-roga nos

direitos do credor satisfeito pela quantia paga, mas apenas até o limite do que for pago na concordata, não tendo ação alguma para cobrar o que terá pago a mais.

“Il coobligato o fidejussore che paga subentra” – Diz-nos BONELLI – “per la somma pagata, nel diritto del creditore sul dividendo; ma esaurito questo, nemmeno il fidejussore ha più diritto di far valere verso il concordatario alcuna azione per ciò che ha pagato in più dell’importo del dividendo. Non già che non s’operi anche in questo caso il subingresso legale, la surrogazione del fidejussore nei diritti e nella posizione del creditore; magli è che manca appunto anche al creditore, per effetto del concordato, l’azione per la parte rimessa, e nemo plus juris in alium transferre potest quan ipse habet. Nè il fidejussore può imputargli a colpa questa menomazione di diritti, che non procede dal fatto di lui, ma bensì della massa, cioè di un ente collettivo, di cui egli stesso, fidejussore, fa parte.

Claro está, portanto, que a circunstância de vir o avalista sofrer um prejuízo, decorrente da irrecuperabilidade da quantia total que desembolsou, não poderá, como parece ser de comezinho senso jurídico, fazer esboroar todo o princípio da autonomia substancial do aval.

Passemos, agora, ao exame da segunda razão pela qual julgamos não ser possível a prevalência da tese do Acórdão de que se cuida. Referimo-nos, especificamente, à questão relativa às funções do instituto do aval.

As expressões do julgado do S. T. F., invocado por nós linhas atrás, (“que exatamente existe para cobrir o risco da insolvência do devedor”) revelam a preocupação dos julgadores com a **função** do instituto, sobre a qual tivemos a ocasião de discorrer anteriormente (Parte II). Se o aval representa um **reforço de garantia**, se se destina a conferir ao credor cambiário a maior segurança possível quanto ao recebimento do valor da soma cambiária, como entender-se que a obrigação do avalista não possa ser maior do que a do avalizado, se, na verdade, não foi a do avalista quem cresceu, mas sim a do avalizado que diminuiu?

Caberia lembrar, de passagem, que o próprio Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, em Acórdão de sua 6ª Câmara, num caso que envolvia a subsistência da responsabilidade do avalista perante o banco credor, não obstante a concordata da empresa emitente do título, decidiu que o recurso interposto pelo avalista “careceria do menor fundamento jurídico”.

Transcreva-se o teor do ARESTO pela sua extrema pertinência com o problema da autonomia substancial do aval:

“Cumpra sublinhar, de início, que o apelante é avalista, estando a sua responsabilidade definida no título e no contrato de fls. 6-7. Assim, lhe não é lícito arguir as exceções próprias envolvendo matéria extracartular como pretende. Sua responsabilidade, decorrente do aval, é solidária ao da devedora principal, sendo, outrossim, autônoma em relação ao credor que podera executá-lo isoladamente. É o que vem sendo proclamado em inúmeros precedentes (cf. “Revista dos Tribunais”, vol. 498/219; idem, vol. 509/269, entre outros).

De outra parte, a questão agitada referente à concordata, em nada prejudica a execução ajuizada pelo Banco credor, uma vez que o apelante é avalista da firma concordatária.

O privilégio outorgado aos concordatários não atinge os avalistas subsistindo as cláusulas do contrato assinado. É também o que tem sido proclamado (cf. “Revista do Tribunais”, vol. 506/90; Revista dos “Julgados”, ed. LEX, vol. 59/165)“.

Verificamos que, pelos julgados retromencionados, embora estejamos diante do instituto da concordata e não no da falência, a responsabilidade do avalista não sofre alterações em virtude de ter-se alterado a responsabilidade do avalizado concordatário. Não se trata, como já se disse, de ser a obrigação dele **maior** do que a do avalizado. Ela simplesmente permanece **íntegra**, não se modificando em virtude de circunstâncias que favoreçam o avalizado, vez que se trata de obrigação **autônoma**.

Compreende-se, por certo, o espírito que terá orientado a posição dos Eméritos Julgadores no caso de que se cuida. Parece ferir o nosso senso de equidade lidar com a idéia de que o avalista, provavelmente alheio ao próprio destino do mútuo efetuado em favor do emitente, ainda tenha que ficar em posição desvantajosa, em relação a este, por não ser destinatário das disposições legais protetoras da atividade deste último.

É perfeitamente compreensível que, nessa ordem de considerações, procure-se justificar, no plano dogmático, a identidade da dívida, alegando-se que a autonomia não poderá ir ao ponto de tirar do avalista o direito de opor as defesas pessoais que são próprias do avalizado, como o quer PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, tomo XXXIV, pág. 385), invocando pelo Acórdão.

Essa posição do grande jurista, entretanto, além de inaceitável, é praticamente isolada no contexto da doutrina do aval, tanto aqui como alhures.

SILVA PINTO (Ob. cit., pág. 227) chega mesmo a afirmar que a lição de PONTES sobre a natureza jurídica do aval é “extremamente original e peculiar, porque não obstante admitir e a possibilidade de oposição, pelo avalista, das

exceções pessoais do avalizado, afirma que aval não é garantia, mas mera **obrigação equiparada**, contrariando a natureza das coisas e opondo-se ao texto expresso do art. 14 da lei cambiária brasileira”.

Retornando-se à questão relativa ao resultado iníquo a que se pode chegar em decorrência da autonomia substancial do aval, cumpre sejam acrescentadas algumas considerações.

Em primeiro lugar, não deve ser considerado relevante o caráter gratuito ou oneroso do aval, pois embora ele seja normalmente gratuito, não teria a eventual onerosidade o condão de alterar-lhe a natureza. Como salienta SILVA PINTO (ob. cit., pág. 237) e como, de resto, a doutrina e a jurisprudência italianas já haviam precisado, estamos diante de um **ato neutro**, “que pode adquirir a coloração de gratuidade ou de onerosidade de acordo com as circunstâncias em que é prestado”⁽¹⁾.

Não se poderá, assim, por mais que as circunstâncias do caso concreto possam carregar nas cores da desventura sofrida por aquele avalista que, sem nada ter recebido para praticar o ato e sem nada ter a ver com a transação, se vê compelido a pagar **mais** do que o próprio avalizado, deixar de reconhecer que a sua obrigação, espontaneamente assumida no título de crédito, engaja-se na própria função econômica da circulação da riqueza de tal espécie de título.

Se se devesse levar em consideração, em matéria de títulos de crédito, a equidade ou inequidade das obrigações assumidas em cada caso concreto, provavelmente teríamos de renunciar ao resultado tão incansavelmente perseguido pela doutrina na sistematização de certos princípios jurídicos que, independentemente de eventuais vícios da relação de emissão, puderam garantir, para o 3º portador de boa-fé, a plena aquisição do direito mencionado no título de crédito.

Embora tal assertiva já terá sido feita ao longo do presente trabalho, caberia insistir, ainda uma vez, na caracterização do aval como garantia cambiária típica, de conformidade com a doutrina mais recente a respeito da matéria.

Não iremos reproduzir, evidentemente, tudo aquilo que já se disse nos capítulos precedentes respeito da evolução histórica do instituto do aval e de todo o debate que em torno dele se travou.

Relembre-se, apenas, que, em matéria de aval, não é possível tirar-se esta ou aquela conclusão com base exclusiva no pensamento de um punhado de autores, por mais brilhantes que sejam.

(1) Apud SILVA PINTO, ob. cit., pág. 237.

É preciso captar o atual estágio da doutrina dentro de um contínuo histórico. Não haveria mais sentido, hoje, em falar-se, por exemplo, na doutrina do aval-fiança. Assim como também não teria mais sentido, desde a Lei Uniforme, insistir-se na tese diametralmente oposta, sustentada por parte da doutrina alemã e na Itália por BONELLI, no sentido de que a autonomia do aval dar-se-ia, também, no plano formal, embora, na nossa lei de duplicatas, o aval esteja disciplinado de maneira mais próxima desta doutrina do que em relação à Lei Uniforme.

Pouco adianta hoje, igualmente, insistir-se na “objetivação” do aval, se não se esclarece o sentido preciso dessa expressão, que é o de desvincular o ato do aval da firma garantida, mas não a ponto de prescindir da **existência** dela, vale dizer, objetiva-se o aval como garantia **substancialmente** autônoma, mas, apesar dessa objetivação, continuaria ela **formalmente** acessória.

Foi na tentativa de superar essas dificuldades todas, a nosso ver, que a doutrina mais recente propendeu para caracterizar o aval como garantia cambiária típica, podendo ser considerados como partidários de tal corrente autores como: ROSSI, ALEGRIA, MOSSA, além de outros que, com maiores ou menores matizes, a adotam. Poder-se-ia acrescentar, também, que os autores que simultaneamente defendem a acessoriedade formal e a noção de garantia “objetiva”, enquadram-se, de maneira mais ou menos adequada, nessa mesma corrente.

Em síntese – que a esta altura não poderia deixar de ser grosseira – diríamos que a caracterização do aval como garantia cambiária típica significa considerar, sobretudo, que se trata de obrigação distinta da obrigação do avalizado, revestida de literalidade e autonomia, sendo certo que essa última característica se dá de maneira absoluta no plano substancial, e de maneira apenas relativa no plano formal.

Assim, não se pode deixar de reconhecer, quer em face do texto da Lei Uniforme, quer no regime do nosso anterior 2.044 (que era, a nosso ver, melhor do que a Lei Uniforme), quer em relação à doutrina mais recente sobre a matéria, que a tese esposada pelo R. ARESTO, infelizmente, não poderá deixar de ser recebida com grande perplexidade – e mesmo estarrecimento – por todos aqueles que tem por missão pensar o Direito e, se vier a prevalecer na nossa mais alta Corte de Justiça, o que não acreditamos, representará doloroso retrocesso do direito cambiário em nosso país.

BIBLIOGRAFIA

MESSINEO, Francesco, “Manuale di Diritto Civile e Commerciale”, Giuffrè, , Milano, 1972, págs. 367 e seguintes.

- ASQUINI, Alberto, "Titoli di Credito", Cedam, Padova, 1966, págs. 256 e seguintes.
- VIVANTE, Cesare, "Trattato di Diritto Commerciale", Francesco Vallardi, Milano, 1935, Vol. III § 94, nºs 1221 e 1240, págs. 317 e seguintes.
- ALEGRIA, Héctor, "El aval – Tratamiento completo de su problemática jurídica", Astrea, Buenos Aires, 1975.
- DE SEMO, Giorgio, "Trattato di Diritto Cambiario", Cedam, Padova, 1963, nºs 479 a 498, págs. 450 e seguintes.
- BANFANTI, Mario Alberto & GARRONE, José Alberto, "De los Títulos de Crédito", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, nºs 208 a 235, págs. 401 e seguintes.
- REQUIÃO, Rubens, "Curso de Direito Comercial", Saraiva, 1980, 2º volume, págs. 345 e seguintes.
- ROBLOT, René "Les Effets de Commerce", Sirey, Paris, 1975, págs. 204 e seguintes.
- RODIÈRE, René, "Droit Commercial", Dalloz, 1975, págs. 69 e seguintes.
- MUÑOZ, Luiz, "Títulos-Valores", Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, págs. 451 e seguintes.
- EUNÁPIO BORGES, João, "Do Aval", Forense, 4ª edição, 1975.
- MAGARINOS TORRES, "Nota Promissória", Saraiva, 1943, 5ª Edição, págs. 211 e seguintes.
- LACERDA, Paulo Maria de, "A Cambial no Direito Brasileiro", Ed. Leite Ribeiro & Maurillo, Rio de Janeiro, 1921, págs. 149 e seguintes.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Livr. Freitas Bastos, 1922, Rio de Janeiro, vl. V, 2ª parte, §§ 747 e seguintes, 346 e seguintes.
- PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Cambiário" – Letra de Câmbio – Max Limonad, 1954, 2ª edição, vol. I, págs. 245 e seguintes.
- ROSSI, Guido, "L'Avallo come Garanzia Cambiaria Tipica", Giuffrè, Milano, 1962.
- GUALTIERI, Giuseppe, "I Titoli di Credito", Ed. Torinese, Torino. 1953, págs. 214 e seguintes.
- SALANDRA, Vittorio. "Curso de Derecho Mercantil", Ed. Jus, México. 1949. Trad. Jorge Barrera Graf. págs. 277 e seguintes.
- SOLMI, Arrigo. "Sulla origine della voce 'avallo' ", in Rivista Di Diritto Commerciale, vol. 8, I, págs. 720 a 724.
- BONELLI, Gustavo. "Sulla natura giuridica dell'avallo", Rivista Di Diritto Commerciale, vol.9, II parte, págs. 116 e seguintes.

- MATTEUCCI, Mario, "La forma dell'avallo e il regolamento cambiario uniforme", in Rivista "Banca, Borsa e Titoli di Credito", 1ª parte, fasc. 3, 1934, págs. 142 a 154.
- ASCARELLI, Tullio. "Teoria Geral dos Títulos de Crédito", Saraiva, 1943.
- JOÃO ARRUDA. "Decreto nº 2.044", I Volume, Escolas Profissionais Salesianas, 1914, São Paulo, págs. 65 e seguintes.
- SARAIVA, José. "A Cambial", §§ 90 a 97, págs. 265 a 287.
- MARTORANO, Federico. "I Titoli di Credito", Ed. Morano, 1970, Nápoles, págs. 492 e seguintes.
- RUBIO, Jesus. "Derecho Cambiario", Gráficas Hergon, Madrid, 1973, págs. 313 e seguintes.
- GAVALDA Christian & STOUFFLET Jean. "Droit Commercial", Presses Universitaires de France, Paris, 1978, págs. 194 e seguintes.
- DE LUCCA Newton. "Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito", Pioneira, 1979.
- SILVA PINTO, Paulo J. "Direito Cambiário", Capítulos V e VI, págs. 149 a 187 e 188 a 257.

Proteção do “Software” pelo Direito do de Autor

Adriana Camargo Rodrigues Casella

Aluna de Pós-Graduação da FDUSP

RESUMO: I. A Informatização da Sociedade – a. O desenvolvimento da Informática e seu impacto na sociedade; b. A importância do software. II. O Software – a. O que é software; b. Partes componentes; c. Principais problemas. III. A Proteção Jurídica do Software – a. Etapas seguidas; b. Tratamento do tema no exterior; c. Tratamento do tema no Brasil. IV. O Software no Direito de Autor – a. Campo de atuação do Direito do Autor; b. Requisitos para a proteção; c. Argumentos contrários; d. Argumentos favoráveis. V. Legislação Especial – a. Base no Direito de Autor; b. Atenção aos principais problemas.

RESUMÉ: I. L'informatisation de la société – a. Le développement de l'informatique et sa répercussion dans la société; b. L'importance du logiciel – II. Le logiciel – a. La définition de logiciel; b. Les composants; c. Les principaux problèmes – III. La protection juridique du logiciel – a. Les étapes suivies; b. Le traitement du sujet à l'étranger; c. Le traitement du sujet au Brésil – IV. Le logiciel dans le cadre du droit d'auteur – a. Le domaine du droit d'auteur; b. Les conditions de protection; c. Les arguments contraires; d. Les arguments favorables – V. La législation spéciale – a. Le fondement sur le droit d'auteur; b. Les principales difficultés.

UNITERMO

INFORMATIZAÇÃO – processo de desenvolvimento fundado em técnicas informáticas;

SOFTWARE – programa de computador;

SOFTWARE DE BASE – refere-se ao modo de funcionamento dos computadores;

SOFTWARE APLICATIVO – permite aos computadores a obtenção de resultados específicos;

HARDWARE – conjunto de elementos mecânicos e eletrônicos de um computador.

I. A INFORMATIZAÇÃO DA SOCIEDADE

Contrariamente ao que muitos pensam, a informática não é a tecnologia do futuro; é a tecnologia do presente e que está alterando o panorama da socie-

dade contemporânea. Hoje, já podemos falar numa terceira onda de desenvolvimento ⁽¹⁾, já podemos falar num processo de informatização da sociedade ⁽²⁾.

a. O desenvolvimento da informática e seu impacto na sociedade

A partir da década de 70, com a invenção dos microprocessadores, a informática disseminou-se por todos os campos da vida social. Desde as tarefas mais simples (como um mero jogo de diversão) até às mais complexas (planejamento de uma estratégia militar), o homem sujeita-se à utilização de meios informáticos. Este fato incontestável é propiciado pelo desenvolvimento das técnicas informáticas, o qual, por sua vez, conduz o uso da informática em campos cada vez mais abrangentes; por outro lado, concorrem para este fenômeno, a rapidez, a economia e a certeza destas técnicas.

Contudo, este processo não se desenrola pacificamente. Inúmeras questões têm aflorado em todos os campos da vida humana, dentre as quais, adquirem maior relevância, as seguintes: a privacidade do indivíduo, o transbordo de dados, a automação industrial e a proteção jurídica do software, entre outras. Esta última questão adquire especial importância, em razão do papel desempenhado pelo software neste processo de informatização.

b. A importância do software neste processo

O software surge como a grande chave que desencadeia esta terceira onda; atrás de toda a informatização há um computador, sem o qual aquela não seria possível.

O computador é uma máquina que concentra suas atividades básicas nos seguintes momentos: criação, processamento e armazenamento ⁽³⁾. No momento da criação são elaborados os programas e os planos a serem aplicados no mo-

(1) Alvin Toffler descreve com muita clareza as três ondas de desenvolvimento da humanidade: a primeira seria a revolução agrícola; a segunda seria a revolução industrial; já a terceira onda está sendo provocada pelo aparecimento de novas tecnologias. É interessante observar que estas ondas se sobrepõem, no tempo "(A Terceira Onda". Rio de Janeiro. Record. 1985. 11ª Edição).

(2) A informatização da sociedade é termo que já vem sendo utilizado pelos franceses, para designar as modificações que a informática está introduzindo na sociedade. Este termo se tornou difundido graças ao trabalho de Alain Minc e Simon Nora, em seu relatório realizado a pedido do governo francês. ("L'Informatisation de la Société". Paris, La Documentation Française. 1978).

(3) Seguimos a clara descrição que nos faz Carlos Alberto Bittar, em artigo recente, publicado na Revista dos Tribunais, nº 565, pág. 12.

mento do processamento, para a obtenção dos resultados procurados, os quais serão, posteriormente, acumulados de modo ordenado pela máquina. Mas, é preciso salientar que, sem os programas, não seria possível ao computador atuar: o programa de computador – software, na terminologia informática – é essencial.

Sem o software, não é possível a informática; daí a importância de lhe conceder um tratamento jurídico adequado, de forma a proporcionar um processo de informatização linear, equitativo às exigências sociais. Todavia, a definição de um regime jurídico de proteção não é possível sem a análise das dificuldades colocadas pelo objeto desta proteção.

II. SOFTWARE

A abordagem do software como objeto de proteção jurídica suscita uma outra abordagem inicial. É preciso analisá-lo como um produto técnico, isto é, devemos descrevê-lo, indicando as formas por que se apresenta, as suas partes componentes e seus principais problemas.

a. O que é software

Vulgarmente, o software é conhecido como sendo o programa de um computador. Na verdade, ele é muito mais do que isto. Tentativas tem sido feitas para defini-lo, mas nenhuma com muito sucesso. A definição que nos parece mais adequada está nas disposições – tipo sobre a Proteção Software ⁽⁴⁾. Trata do art. 1º da definição do software.

Deve-se entender por software os seguintes objetos:

– o programa de computador, que é “o conjunto das instruções que, uma vez transferidas a um suporte legível da máquina, faz desenvolver uma função, realizar uma conta ou obter um resultado particular, por meio de uma máquina para a elaboração das informações”;

– a descrição do programa, que é “a apresentação completa das operações, em forma verbal, esquemática ou outra qualquer, suficientemente detalhada para determinar o conjunto de instruções constitutivas do respectivo programa de computador”;

– a documentação auxiliar, que é “qualquer outra documentação diversa do programa de computador e da descrição do programa colocada para facilitar a compreensão ou a aplicação do programa do computador, como, por exemplo, descrições de problemas ou instruções para o uso dos utentes”.

(4) As Disposições – tipo sobre a Proteção do Software, datam de 1978 e foram elaboradas pela Organização Mundial da Propriedade Industrial, em Genebra.

Assim definido, notamos a existência de dois tipos distintos de software, ou seja, o software de base e o software aplicativo. O software de base, ou de controle, refere-se exclusivamente aos modos de funcionamento dos computadores, como máquinas, e que lhes permite desenvolver, simultaneamente, diversas operações.

Por sua vez, o software aplicativo é aquele que, utilizando informações específicas fornecidas pelo operador, permite ao computador obter, em pouquíssimo tempo, resultados específicos, seja de ordem cognoscitiva (como a elaboração de uma informação) seja de ordem prática (como a sincronização do movimento das diversas partes de uma máquina).

b. Partes componentes

A definição elaborada pelo O.M.P.I., a par da distinção entre software de base e software aplicativo, nos permite identificar as partes componentes do software.

O software, nada mais é do que uma série de instruções consubstanciadas num suporte técnico. Assim, possui um elemento imaterial, e um elemento material.

O elemento imaterial corresponde ao programa propriamente dito, tal como acima descrito. Todavia, o programa, enquanto tal, só existe na idéia de seu criador e, conseqüentemente, não pode ser utilizado na máquina. Assim, necessário à um elemento material, no qual a idéia se corporifique e possa ser transmitida à máquina. Sem este componente o programa não existe no mundo real.

Porém, é preciso salientar que o componente imaterial tem evolução diversa e independente do material, de forma que um novo programa se utiliza de um suporte já antigo, sem que isto altere em nada sua situação. Por outro lado, nada impede que novos suportes sejam criados e que os programas se utilizem de vários deles.

É desta dicotomia que nasce a discutida controvérsia acerca da natureza do software. Ele é bem material ou imaterial? Entendemos que estes dois componentes são inseparáveis, embora distintos; estão numa relação de dependência recíproca, pois um não faz sentido sem o outro.

c. Principais problemas

A penetração da tecnologia informática em âmbitos sociais sempre mais vastos, criou uma demanda maciça de software, a qual não encontra articulação

com oferta do mesmo. Por ser um produto de extrema vulnerabilidade, facilmente reproduzível e ilimitadamente utilizável, o software tem sido objeto constante dos fenômenos de pirataria e plágio. Há quem afirme que, aproximadamente, a metade do faturamento do mercado de software é proveniente de software “roubado” de seu produtor e de seu legítimo titular.

Ao lado das medidas técnicas, é preciso tomar medidas para a proteção jurídica do software. Surgem então diversos problemas de difícil solução.

Ocorre que o software tem uma natureza híbrida (componente material e imaterial); é um produto que só existe se corpodificado num suporte e que faz uso de uma linguagem convencional. Tem uma função complexa, pois em si mesmo não apresenta utilidade; está só surge no momento em que ele é introduzido na máquina, permitindo a realização das operações desejadas. O software existe em função de uma máquina. Decorre, também, desta natureza híbrida, a dificuldade de determinar-se o momento da criação intelectual, bem como o objeto desta mesma criação.

Paralelamente a estes problemas que poderíamos chamar de intrínsecos ao software, há os problemas de ordem extrínseca. A disparidade econômica entre os produtores de software tem papel preponderantes, pois do lado de uma IBM, por exemplo, há o pequeno produtor, o qual trabalha num esquema quase que artesanal. A cópia pirata para estes últimos, na maioria dos casos, significa a falência. Há ainda disparidade entre os próprios programas. Um pequeno programa exige menor conhecimento técnico para ser copiado, enquanto que o grande programa raramente sofre pirataria, mesmo porque o seu mercado consumidor é mais reduzido.

Assim, estas são apenas algumas das dificuldades do estabelecimento de um sistema de proteção jurídica eficaz para o software.

III. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE

A proteção jurídica do software foi um problema pouco relevante, no início: em parte por razões objetivas, relativas ao limitado desenvolvimento da indústria de software, desproporcionalmente pequena face à indústria de hardware; em parte por razões subjetivas, visto haver monopólio de fato no setor, os pouquíssimos produtores temiam que qualquer forma de proteção jurídica pudesse frear o seu crescimento ⁽⁵⁾.

(5) Ao tratar da proteção jurídica do software, Costantino Ciampi levanta estas duas razões para explicar o desinteresse em torno deste problema (“*Ol Problema della Protegibilità del Software nell’ Ordinamento Giuridico Italiano e Straniero*”, in *Informática e Diritto*, anno IX, fascicolo terzo, Firenze. Le Monnier. 1983. pág. 109).

Todavia, a informatização da sociedade demonstrou a necessidade de uma regulamentação do software, para o seu próprio desenvolvimento. A pirataria e o plágio crescentes passaram a ser preocupação constante.

Desta forma, foram surgindo leis para a proteção do software. Porém ainda há debate quanto ao tipo de proteção adequado.

a. Etapas seguidas

A contribuição que os juristas deram, até o presente momento, para um eficaz sistema de tutela do software pode ser articulada e distinguida cronologicamente em três fases: princípios gerais do direito, direitos intelectuais autônomos.

O enquadramento das medidas protetoras no âmbito princípios gerais de direito se dá por meio do recurso à responsabilidade civil, e penal, à concorrência desleal e ao segredo industrial e profissional. Assim foi nos primórdios do desenvolvimento da indústria de informática, quando os juristas achavam que as normas para a proteção do software poderiam ser as mesmas previstas, pela lei, para a tutela dos interesses econômicos do indivíduo e da empresa.

Já em anos mais recentes, a evolução técnica do software mudou o cenário dos interesses econômicos em jogo. Os juristas passaram a classificar o software como um bem pertencente à esfera dos direitos intelectuais. Surge, então, uma divergência: seria o software protegido pelo direito da propriedade industrial ou pelo direito do autor? Encontramos soluções legislativas num e noutro sentido, os quais, dentro de uma comparação, apresentam as seguintes vantagens e desvantagens: o direito da propriedade protege o conteúdo do software contra a reprodução e contra o uso do programa, se indissociável de um objeto material, através de um procedimento especial, sendo que a duração da proteção é curta e com extensão apenas sobre o território nacional; por sua vez o direito de autor protege de maneira direta, apenas a forma do programa contra reprodução, mas não quanto ao uso, não requerendo procedimento especial e com longa duração, não tendo limitações territoriais.

A proteção pelo direito de propriedade industrial foi a forma escolhida num primeiro momento, mas a Convenção de Mônaco estabeleceu expressamente no art. 52, que não é considerada invenção protegida pelo direito de propriedade industrial o programa de computador enquanto tal, deixando a possibilidade de invocar esta proteção para os processos produtivos que implicam na utilização de um programa eletrônico.

Num segundo momento, orientaram-se os juristas para a proteção oferecida pelo direito de autor, a qual é mais condizente com os interesses em jogo e

com a natureza do software. Entendem eles que o elenco das obras protegidas, tanto na Convenção de Berna, quanto na de Genebra, é exemplificativo e não taxativo; o software não aparece, apenas por razões históricas. O fato é que esta corrente ganhou força e é hoje predominante.

Todavia, o direito de autor é insuficiente para a proteção do software. Assim, caminhamos, hoje, para um regime específico de proteção legislativa do software. Há propostas de uma disciplina com base no direito de autor, como o recente Projeto de Lei nº 6.121/85; e, há propostas para uma regulamentação própria, tal como a elaborada pela Organização Mundial da Propriedade Industrial (na verdade, trata-se de uma fusão das diversas formas de proteção já existentes).

Contudo, devemos salientar que estas três fases de Proteção, longe de serem excludentes, se completam. A proteção eficaz seria a que, incluindo o software dentro dos direitos intelectuais, o fizesse por meio de lei específica e, sem abandonar os demais instrumentos oferecidos pelo direito; naturalmente, tal lei específica é fruto da evolução do tratamento jurídico do tema.

b. Tratamento do tema no exterior

No exterior houve também uma evolução do tratamento jurídico do tema.

A proteção pelo direito de propriedade industrial não vingou. É o que nos prova a lei francesa nº 742/78, a lei alemã nº 1/81, a lei italiana nº 338/79 e o Patents Act inglês de 77. Resultantes dos princípios estabelecidos pela Convenção de Mônaco, estas leis declaram expressamente a não patenteabilidade do software. Na jurisprudência está é a posição adotada. A Suprema Corte de Cassação italiana, na sentença nº 3.169, de 14 de maio de 1981, afirmou o princípio da patenteabilidade do software, mas trata-se de uma decisão isolada. Por sua vez a Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos de *Diamond contra Diehr* e de *Diamond contra Bradley*, respectivamente de março a abril de 1981, chegou a conclusões análogas às da Convenção de Mônaco, colocando fim às discussões sobre se o órgão federal encarregado do registro de patentes deveria ou não negar a patenteação do software (tal órgão já a negava por motivos de ordem prática).

Desta forma, abriu-se caminho para o direito de autor, hoje dominante. Todos os países que seguem as Convenções de Berna e a de Genebra adotaram as suas diretivas para a proteção do software. Nos Estados Unidos a *Commission on New Technological Uses of Copyright Works (CONTU)* afirmou que o direito do autor é o modo mais conveniente de proteção; o mesmo se deu com o *Whitford Report* de março de 1977, na Inglaterra. Numerosas decisões jurisprudenciais estão afirmando esta tese: nos Estados Unidos (*Apple Computer contra*

Franklin Computer, agosto de 1983), na França (Tribunal de Comércio de Paris, novembro de 1980, Babolat contra Maillot Witt), na Alemanha (Oberlandsgerichts de Karlsruhe, fevereiro de 1983) e também no Japão (Corte Distrital de Tokio, dezembro de 1982).

Devido à insuficiência da legislação sobre direito de autor, surge a necessidade de uma norma específica. Geralmente, tem-se dado proteção específica dentro do direito de autor, tal como o Computer Software Act de 1980, nos Estados Unidos. Nos países europeus ainda não há legislação específica, mas tão-somente comissões que estudam esta possibilidade, a exemplo da já mencionada Comissão Withford e da Comissão formada dentro da Comunidade Econômica Européia.

c. Tratamento do tema no Brasil

Por motivos óbvios, o tema só passou a ser discutido entre nós quando já tinha tido uma razoável disciplina no exterior.⁽⁶⁾

O Código de Propriedade Industrial exclui expressamente a patenteação do software, na letra h, do art. 9º. Logo recorreu-se ao direito de autor, assim como o fizeram os países estrangeiros.

A criação da Secretaria Especial da Informática veio dar novo impulso, conduzindo à elaboração de leis especiais, no Brasil. Talvez o projeto mais recente seja o Projeto de Lei nº 6.121/85, que prevê a proteção do software com base no direito de autor. Há também projetos com um sistema híbrido de proteção, tal como os projetos elaborados pela Assespro e pela Sucesu.

A discussão do tema já atingiu, até agora, a doutrina e a legislação. O Poder Judiciário ainda não teve oportunidade de se manifestar a respeito.⁽⁷⁾

Resta-nos, ainda, salientar que a proteção do software por uma lei própria não significa a exclusão dos demais mecanismos existentes, ou seja, a concorrência desleal, a responsabilidade civil e o sigilo profissional, dentre outros.

(6) Na verdade a tutela jurídica do software só tomou com as atividades da Secretaria Especial da Informática e sobretudo, após a criação da Política Nacional de Informática (Lei nº 7.232/84).

(7) Não temos nenhuma notícia sobre manifestação da jurisprudência acerca deste tema. Fizemos um levantamento da jurisprudência, nos últimos cinco anos, junto à Revista dos Tribunais e à Revista Trimestral de Jurisprudência, porém nada encontramos. Contudo temos conhecimento de uma proposta pela IBM contra a SACCO, fundada em venda de programas copiados.

IV. O SOFTWARE NO DIREITO DE AUTOR

Conforme observamos, tanto no exterior, quanto no Brasil, há uma tendência dominante de estender a proteção do direito de autor ao software. Vejamos, então, como isto é possível e em que medida resolve os problemas que acompanham o software.

Primeiramente, é preciso verificar qual é o campo de atuação do direito de autor, e quais os requisitos necessários para a proteção. Num segundo momento devemos avaliar esta proteção, analisando os argumentos contrários e favoráveis. Este caminho nos permite chegar a conclusões sobre a protegibilidade do software por este ramo dos direitos intelectuais.

a. Campo de atuação do direito de autor

“O direito de autor disciplina as relações decorrentes da criação de obra intelectual, pertencente aos domínios literário, artístico e científico e expressa em uma das múltiplas formas possíveis”.⁽⁸⁾

É o ramo dos chamados direitos intelectuais, pois nem toda obra intelectual interessa ao direito de autor; a ele só interessam as obras em si dotadas de utilidade intelectual, ou seja, as obras que têm objetivos estéticos, não importando a intenção do autor ou a sua utilização.

Visa o direito de autor a proteção de autor, seja defendendo o direito da paternidade da obra e a integridade desta, seja defendendo o direito aos resultados econômicos decorrentes da utilização.

A enunciação das obras protegidas surgiu com a Convenção de Berna, e a partir daí passou a ser uma constante nos textos legais por ela influenciados. A Convenção passou por diversas revisões, sendo o texto em vigor aquele resultante da revisão de Paris, de 24 de Julho de 1971. Assim, todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou forma de expressão, são protegidas pelo direito de autor (art. 2º). Em seguida, há uma enumeração de obras, porém é unânime o entendimento de que esta remuneração é meramente exemplificativa.⁽⁹⁾

(8) Sobre o assunto, ver o interessante trabalho de Carlos Alberto Bittar, intitulado “Direito de Autor na Obra Publicitária” (São Paulo. Revista dos Tribunais 1981. p. 23).

(9) A Convenção de Berna foi homologada, no Brasil, pelo Decreto nº 79.905/75.

A Convenção de Genebra também dispõe genericamente sobre o assunto.⁽¹⁰⁾

No Brasil, a lei atual de direito de autor, inspirada pelas diretrizes de Berna, elenca uma série de obras a título de exemplificação (art. 6º).

Isto posto, seria então possível estender a proteção do direito de autor ao software? Para responder esta questão devemos verificar se o software atende os requisitos para tal proteção.

b. Requisitos para a proteção

Dois requisitos básicos podem ser levantados: a atividade do criador e a originalidade.

Entende a doutrina que o autor de obra intelectual é o seu criador. O autor, por meio de atividade intelectual própria, deve dar uma contribuição que acrescente algo novo à realidade existente: a obra deve resultar da atividade do criador. Porém, não basta que a obra seja concebida na mente do autor; ela deve ser corporificada num suporte físico. Contudo, este suporte com ela não se confunde, de forma que não é necessário que ele também seja resultado da criação do autor. Para o direito de autor importa apenas o produto intelectual, sendo irrelevante a forma do suporte.

A atividade do criador deve acrescentar algo novo do mundo exterior. A obra criada deve ser original, isto é, conter elementos que a distingam das outras. Na verdade, todo criador se utiliza do acervo da humanidade, logo, neste sentido, nenhuma obra é inteiramente nova. Assim, a originalidade deve ser entendida restritivamente, ou seja, como uma contribuição nova do autor a este acervo de conhecimentos, de modo a distinguir sua criação das demais.

Com o desenvolvimento da tecnologia surgiu um grande debate acerca das idéias de criação e de originalidade. Ainda hoje discutem-se estas questões. Na verdade, é bastante difícil saber em que medida a atividade do criador se utiliza de processos técnicos inventados por outros, como no caso da música eletrônica, por exemplo: ou então saber se sua contribuição é realmente original. Se formos por uma linha radical, acabaremos por decidir que não há atividade do criador nem originalidade nestas hipóteses. Na realidade, tal solução é falsa. A tecnologia sempre permite novas combinações, o que dá ao criador uma margem para atuar e inovar, dados esses fundamentais ao próprio desenvolvimento

(10) A Convenção Universal de Genebra foi homologada, no Brasil, pelo Decreto nº 48.458/60.

da tecnologia. Se isto não fosse verdadeiro, a inserção da fotografia no campo de direito de autor teria sido impossível.

c. Argumentos contrários

A esta altura, já é possível analisar os argumentos contrários e favoráveis à inserção do software no campo da tutela do direito de autor.

Começaremos pelos argumentos contrários, cuja análise nos abre duas perspectivas: ou demonstra a impossibilidade da proteção pelo direito do autor ou, vem reforçar esta possibilidade. Diversos são os argumentos dos opositores, de modo que nos ateremos apenas aos mais relevantes.

Muitos acham que o software não pode ser comparado a uma obra literária, artística ou científica, porque o objetivo do programa não tem nenhuma destas características. Porém, o software é, fundamentalmente informação, e como tal só pode ser obra do intelecto. Há muito a doutrina e a jurisprudência abandonaram o entendimento de que a obra protegida deve necessariamente ser de caráter estético. Quando exteriorizadas sob forma literária, tais obras têm sido protegidas, a exemplo do conhecimento “Guia Quatro Rodas”. O juízo estético é subjetivo, assim importa a criação intelectual. Há hoje quem afirme que os programas de computador possuem características de obra literária, o que não deixa de ser correto; afinal, uma obra literária não precisa ter como suporte necessário a impressão de seu conteúdo em papel. É bastante curioso observar que as importações de software têm sido feitas sob a designação de importações de livros: a maior parte do software que entra no Brasil, chega como se fosse livro.

Outra crítica que se faz é o que o software não se destina a uma comunicação entre os homens, porque não é inteligível e nem tem a finalidade de comunicar qualquer coisa. Com efeito, toda obra do engenho para ser protegida deve ter como finalidade a comunicação de algo. O software seria, então, inteligível porque se vale de códigos e de uma linguagem convencional que não são destinados à comunicação. O software é produto para ser utilizado em uma máquina. Este argumento carece de fundamento na medida em que toda linguagem é convencional. O que é o idioma português senão uma série de combinações entre símbolos (letras do alfabeto) e os significados (palavras, frases) que lhe são atribuídos? As diferentes linguagens informáticas, tais como o Cobol, a Fortran e a Basic, entre as mais difundidas, são uma linguagem como qualquer outra. Têm a finalidade de comunicar algo para aqueles que a conhecem, da mesma forma que o africano só é compreendido por aqueles que vivem na África do Sul – e, nem por isto deixa de ser linguagem. O software vale-se de uma linguagem inteligível, cuja finalidade é comunicar um saber, pouco importando a natureza deste saber.

Os opositoristas apontam que o software não pode ser protegido por lhe faltar o requisito da materialidade. O software é uma informação, apesar do indispensável suporte físico. O direito de autor não protege a idéia enquanto tal, mas a partir do momento em que ela se transfere para um corpo mecânico, ela se torna uma obra protegida. Em nosso entender, o mesmo ocorre com o software. Por certo, é impossível tutelar a informação, mas, uma vez inserida num suporte físico (disquete, fita magnética, etc...) não há como lhe negar esta tutela. Frise-se bem que a tutela do conteúdo do suporte físico, não implica na necessária tutela deste. Negar-se a proteção do direito de autor com base neste argumento seria o mesmo que negar proteção à obra musical: a música existe no intelecto, mas se corporifica na partitura.

Entendem alguns opositoristas que a tutela oferecida pelo direito de autor é insuficiente por duas razões: cobre somente a forma e, não a substância da idéia; veda a reprodução e a comercialização, mas não a utilização. Em relação ao primeiro argumento podemos dizer que a substância da idéia é o algoritmo de solução, porém o algoritmo em si não apresenta nenhum valor. Os programas de computador são seqüências de comandos para que a corrente elétrica percorra sucessivamente diversos percursos, para executar as tarefas desejadas. Logo, o que interessa proteger não é o algoritmo de solução, e sim a solução em si, isto é, a forma pela qual os algoritmos são combinados. Deste modo, a tutela invocada é suficiente.

Quanto ao segundo argumento, este também não encontra fundamento. O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra que produziu; os direitos patrimoniais abrangem o direito de utilizar, fruir e dispor da obra, tornando dependente da autorização do autor qualquer forma de sua utilização. O direito de autor veda não apenas a reprodução e a comercialização não autorizadas, bem como qualquer utilização nestas condições. O problema não está na utilização ilícita que não estaria sendo vedada – e sim no controle efetivo, porém esta é uma outra questão. Se fôssemos seguir este caminho, acabaríamos por ter de admitir que o direito de autor não impede a utilização de livros e de música: qualquer pessoa pode ir a uma biblioteca, ler um livro e, a partir daí, desenvolver outras idéias; grande é o número de lojas que utilizam música para atrair seus fregueses e que não pagam nada por esta utilização devido à falta de controle efetivo. Como vemos, o direito de autor protege o software contra toda e qualquer forma de utilização.

Todos sabemos que o segredo é da essência do mercado software. Assim sendo, os opositoristas veem no registro uma ocasião de evasão de informação. Por certo, tem ocorrido com freqüência no Brasil. Contudo este argumento não resiste à crítica. Trata-se de um problema técnico, que nada tem a ver com a tutela do direito do autor. O registro é necessário e este problema poderia ser facilmente sanado com a criação de um registro próprio. Se admitíssemos a

validade deste argumento, teríamos que desistir de todo e qualquer registro. A função do registro é essencialmente de publicidade e, neste caso, o autor de um livro que o registrasse antes de editá-lo, faria com que ele perdesse a característica de inédito, o que não é verdade. Logo, o registro não implica na perda do sigilo, sobretudo na medida em que for especialmente concebido para esta finalidade. Por outro lado, a utilização da obra já significa a quebra do sigilo, pois é extremamente fácil copiar o software aplicativo e não de todo impossível copiar o software de base. Portanto, aqueles que invocam o registro como argumento contrário, e fazem sem conhecimento de causa.

Critica-se também a inadequação da tutela do direito de autor em virtude de sua longa duração e dos interesses envolvidos. O software é a chave da sociedade informática; é de interesse social que ele seja um bem público, mesmo porque o pagamento de direitos pode retardar o processo de desenvolvimento do setor e, conseqüentemente, da sociedade como um todo. O enquadramento do software no campo do direito de autor foge às questões de ordem política, pois qualquer tratamento que lhe seja dado não modifica a substância da relação entre o autor e a obra: o software continua a ser resultado da atividade criativa do autor, que por sua vez continua, conceitualmente, a ser direito de autor. Invocar o longo prazo de duração para o afastamento do direito de autor revela, no mínimo, desconhecimento do assunto. A natureza, o conteúdo do direito de autor não se modifica em razão de um longo ou curto prazo de proteção. Nada impede que a tutela do direito de autor seja exercida por um pequeno prazo, inclusive porque os direitos morais subsistem a qualquer prazo. Por outro lado, rejeitar o direito de autor com fundamento no interesse público seria no mínimo uma injustiça. O software é extremamente dispendioso e exige um grande esforço, de modo que, se não for protegido, trará prejuízo direto para o criador, e indireto para a sociedade, pois seria um desestímulo à atividade criadora. A proteção do software pelo direito autoral atende aos interesses sociais e propicia um desenvolvimento eqüitativo ao setor de informática.

Entre os argumentos que os opositoristas sustentam, talvez o mais interessante seja o relativo à originalidade. Segundo eles, o software se utiliza de outros softwares, de uma linguagem convencional e de esquemas lógicos anteriormente já existentes. A atividade do criador não é original. Ora, isto é grande falácia. Toda atividade criadora pressupõe um acúmulo de informações anteriores que a possibilitaram; negar isto seria o mesmo que afirmar: nenhuma criação é original. Assim como um pintor se utiliza do acervo da humanidade, o criador de um software também dele se vale, mas ninguém diria que o quadro do pintor não é original. Então, por que dizer que o software criado nas mesmas condições não é original? O software é um produto novo. A sua novidade intrínseca (originalidade) e extrínseca (jamais conhecida antes) são de difícil avaliação para o leigo em matéria de informática. O autor deve dar uma contribuição que acrescente algo novo à realidade existente, de modo que ao

direito de autor interessa a novidade intrínseca apenas. Basta que o bem, em si, seja novo, original, sendo irrelevante o fato de ser totalmente desconhecido. É impossível negar a originalidade do software. Portanto, este argumento não tem bases sólidas.

Após a análise de algumas das críticas que se faz à inserção do software no direito de autor, podemos concluir que, longe de demonstrar a impossibilidade desta proteção, os opositoristas só vêm reforçá-la. Seus argumentos não resistem às críticas e, conseqüentemente, só comprovam a verdade de quem as faz.

d. Argumentos favoráveis

Vejamos, agora, quais são os argumentos que corroboram para a tutela de software pelo direito de autor. Basicamente, estes argumentos são inferidos das críticas a esta tutela, ou seja, dos argumentos contrários extraímos argumentos favoráveis e, não obstáculos.

O software é uma obra do intelecto, qualquer que seja a significação que lhes seja dada. Provém da idéia de seu criador; ainda que não equiparada, segundo alguns, a uma obra científica, literária ou artística, o software resulta da atividade criadora, a qual é eminentemente intelectual. Pode ocorrer, como vimos, que um programa, não seja inteiramente novo, porém o autor sempre terá um mínimo de atuação. Assim, o criador pode se valer da descrição e da documentação auxiliar de um outro programa para colocar em funcionamento o seu programa, de modo que uma parte do software será sempre fruto de atividade criadora, mesmo porque a simples reorganização que permita novos usos já implica em criatividade.

Estreitamente ligada à criação está a característica de originalidade. Retomando o mesmo exemplo, vemos que uma parte do software será sempre original, toda vez que acrescentar algo novo do mundo real. Não é preciso que o software seja revolucionário para poder receber a tutela do direito de autor. Se fosse assim, pouquíssimas obras poderiam estar sob esta tutela. Por certo, pode ocorrer que o software não tenha nada de original. Neste caso, não será protegido pelo direito de autor, da mesma forma que não o serão todas as obras que não forem originais.

Como o direito de autor não protege toda e qualquer criação intelectual dotada de originalidade, recorre-se ao senso do estético. Porém esta característica já foi declinada de sua essencialidade. E, no caso do software provavelmente ela é de difícil percepção. Contudo, o software tem utilidade intelectual e não material. Daí a sua inserção no campo do direito do autor.

Prova de sua utilidade intelectual é o software destinar-se à comunicação entre os homens, ainda que tal comunicação se destine à transmissão de um saber técnico. Acharmos difícil ver num manual de engenharia eletrônica, por exemplo, um caráter estético, porém este manual tem uma finalidade intelectual, que é a transmissão de um saber técnico, que por sua vez é incompreensível para o leigo no assunto. O mesmo se passa com o software, e não há como negar o fato tão evidente.

O software atende os requisitos do direito de autor: há atividade do criador e há originalidade. Entretanto, reconhecemos algumas dificuldades técnicas que daí resultam, tais como o longo prazo e o sigilo no registro. Em termos conceituais não há como fugir a esta tutela. As pequenas dificuldades podem ser facilmente sanadas através de uma legislação ad hoc, que poderia, entre outras coisas, disciplinar as novas formas de utilização, não previstas na lei de direitos autorais, a exemplo do pagamento de direitos pela consulta por computador a um outro computador. A tutela atual, numa primeira fase, já solucionaria a situação caótica em que se encontram os produtos de software; num segundo momento, pode ser aprimorada a atender a todas as necessidades.

Devemos, também salientar que a ausência de procedimentos complicados para o registro propiciam a tutela pelo direito de autor, pois atua como um incentivo para esta modalidade de proteção. Num mercado onde a rapidez da atividade criadora é essencial, não faz sentido perder o tempo ganho na criação com questões burocráticas. Todavia, reafirmamos a necessidade do registro, no sentido de que a certeza e a segurança por ele oferecidas, só viria colaborar para o desenvolvimento do setor de informática, e não prejudicá-lo.

Um outro argumento favorável, já mencionado anteriormente, é a enumeração exemplificada das obras protegidas. Se esta fosse taxativa, a inserção do software no rol das obras protegidas seria legalmente impossível e talvez, fosse até necessária a revisão da legislação. Este é um dado que impulsiona, favoravelmente, o software para o direito de autor.

Muitos outros argumentos favoráveis poderiam ser levantados, mas em nosso entender não se trata de pesar prós e contras e de decidir-se pelo que tiver maior número. Em verdade, a escolha do tipo de proteção decorre da natureza, da essência do bem a ser protegido. O software é em sua essência um bem intelectual dotado de originalidade; a relação que o prende ao seu criador é nitidamente de direito de autor. Logo, o argumento que invocamos já é suficiente para justificar a tutela do software pelo direito de autor. Não há como escapar desta realidade. Este é o único argumento básico e genuíno, pois no mundo, como já dizia Shakespeare, ser ou não ser é a questão; de modo que forçar o enquadramento do software numa outra categoria de bens e de relações jurídicas, é forçar o não ser a ser, o que é impossível.

A proteção jurídica do software só pode ter como fundamento o direito de autor.

V. LEGISLAÇÃO ESPECIAL

Após uma breve análise dos principais problemas que envolvem o software e, do seu posicionamento face ao direito de autor, podemos chegar a uma única conclusão: o software deve ser disciplinado pelo direito, mas em lei especial, de modo a atender suas particularidades. Note-se bem que não estamos propondo uma legislação *sui generis*, a meio caminho entre o direito de autor e o direito de propriedade industrial. Propomos sim, uma legislação especial no sentido de ser específica para o software, sem o afastamento do direito de autor.

a. Base no direito de autor

Conforme tivemos oportunidade de observar, o software apresenta certas particularidades que tornam difícil a operacionalização da lei de direitos autorais. Contudo, isto não modifica sua natureza, daí a sua regulamentação seguir os conceitos de direito de autor.

Em lei especial, a relação jurídica entre o software e seu autor deve ser de direito autoral. Conseqüentemente, todos os princípios e conceitos devem também ser de direito autoral. Parece-nos que esta é a tendência dominante entre os criadores de software e a doutrina jurídica. Seguindo esta orientação, há um projeto no Congresso Nacional – Projeto de Lei nº 6.121/85 – de autoria do Deputado Francisco Amaral, no sentido de estender as disposições da lei de direitos autorais ao software.

Um regime específico pode ser assegurado com modificações das normas que disciplinam o direito de autor, no plano nacional, ou com protocolos anexos às Convenções de Berna e de Genebra, no plano internacional. Porém, mais adequado nos parece introduzir uma legislação específica no sistema vigente e celebrar um novo tratado ou um nova convenção que discipline autonomamente o software. Aqui, vale então retornar os exemplos dos Estados Unidos, que contam com um Computer Software Copyright Act de 1980 e com um Copyright Act de 1976⁽¹¹⁾.

b. Atenção aos principais problemas

A legislação especial deve atender às características particularíssimas do software sobretudo no que diz respeito ao tempo e à extensão da proteção, ao

(11) A lei brasileira sobre direito de autor em vigor, é a Lei nº 5.988/73.

registro e ao sigilo, à disparidade entre os tipos de software, e à especial posição do criador empregado.

Quanto à duração da proteção, parece ser adequado um prazo entre cinco e vinte anos, segundo a complexidade do programa e os custos nele envolvidos. Isto propiciaria ao autor usufruir de sua obra e à sociedade aproveitar-se de sua criação para o seu desenvolvimento.

A extensão territorial desta tutela deve necessariamente ser assegurada num plano internacional. Uma proteção territorialmente limitada seria desastrosa. Hoje, é possível transferir um programa de um país para outro, ou então usar por computador um programa estrangeiro. Haveria daí, a criação de verdadeiros paraísos informáticos, com graves prejuízos para a comunidade internacional.

Apesar de muito criticados, somos favoráveis à instituição de um sistema próprio de registro para o software. O sigilo no mercado de software é muito importante – é mesmo regra constante, de modo que é muito difícil que o nome do criador se torne público, sobretudo quando o software é industrializado e comercializado por outrem. O registro oferece segurança e certeza ao autor do software e não implica na necessária publicidade do conteúdo do programa, basta que seja criado um procedimento especial de registro. Sem o registro, será muito difícil o controle do software.

Por outro lado, não nos parece razoável proteger-se o software de base do mesmo modo que o software aplicativo. A gama de interesses envolvidos num e noutro são diferentes, seja em relação ao custo envolvido na criação, seja em relação às modalidades e à frequência de utilização, seja ainda em relação aos interesses sociais envolvidos (a importância de que desfrutam é diferente). Logo, uma lei específica deve estar atenta a esta questão, disciplinando, individualmente, cada tipo de software. Paralelamente, deve-se fazer atenção à diferença que existe entre o programa, a sua descrição e a sua documentação auxiliar, pois o software é a unidade destes três dados, mas cada um deles é independentemente dos demais.

A posição do empregado criador de software deve ser igualmente disciplinada pela lei especial. A pessoa contratada para criar software deve contar com uma proteção ampla contra os abusos que normalmente ocorrer. Por certo o empresário tem o título sobre a obra, e conseqüentemente, sobre os direitos patrimoniais respectivos. Contudo esta solução não nos parece justa. Ao criador deveria ser pago, no mínimo, um percentual sobre a utilização da obra, já que grande é o esforço envolvido e relevante é sua contribuição para a sociedade.

Para a operacionalização desta tutela seria bastante interessante a criação de um órgão específico, o qual teria como finalidade, entre outras, realizar o

registro do software, fiscalizar o efetivo cumprimento das disposições legais e arrecadar e distribuir os direitos autorais. Poder-se-ia, inclusive, conceder-lhe competência para solucionar questões relativas ao software, já que o processo administrativo é sempre mais célebre e sigiloso do que o processo judiciário.

Em relação ao processo judiciário, a lei especial poderia criar um procedimento especial que atendesse às exigências de rapidez e de segredo do mercado de software. Uma demanda judicial pode ser desastrosa para a imagem de uma empresa, sem falar nos prejuízos que seriam causados pela revelação do segredo do software e pela demora da decisão. Se pelas peculiaridades características do usucapião criou-se um procedimento especial, por que não fazer o mesmo para o software?

Um outro ponto que a lei deve explicitar muito bem refere-se aos objetivos da proteção. Não basta vetar a cópia para fins comerciais, deve-se também impedir a tradução do programa de uma linguagem para outra, a utilização do conteúdo da informação em outro programa, o remanejamento, a modificação ou a inserção em outro programa e a utilização fora dos casos autorizados, entre uma série de outros pontos relevantes. Contudo, tais objetivos não devem ser descritos de forma taxativa, pois isto produziria o envelhecimento precoce da lei.

Temos, ainda duas observações a fazer. A criação de uma lei especial não significa, de forma alguma, a exclusão de outras medidas protetoras previstas pela legislação, em geral, tal como a responsabilidade civil e a violação no segredo industrial.

Finalmente, devemos chamar a atenção para o fato de ser necessária a colaboração entre o jurista e o informático. Sem este intercâmbio de perspectivas jamais chegaremos a produzir uma legislação eficaz e plástica, capaz de atender às exigências presente e futuras do setor de informática e da própria sociedade.

A questão da informática é essencialmente política⁽¹²⁾. Assim não é impossível que vejamos amanhã o software sendo tutelado por normas totalmente novas. Contudo, a solução juridicamente correta é a proteção do software pelo direito de autor. O recurso a um outro tipo qualquer de solução significa a institucionalização do software pirata.

(12) Por ser extremamente importante para todos os segmentos sociais, a informática tornou-se uma questão política. Este é um ponto tão sensível, que chegamos a ver os partidos políticos de esquerda se unirem aos de direita, viabilizando a aprovação da reserva de mercado e ainda, a criação de novos requisitos para a definição da nacionalidade das empresas de informática (Lei nº 7.232/81).

BIBLIOGRAFIA

- BITTAR, Carlos Alberto – “Direitos Autorais nas Criações Publicitárias”, in *Revista de Informação Legislativa* nº 83, págs. 427:440. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. 1984.
- BITTAR, Carlos Alberto – “Computação e Direito”, in *Revista dos Tribunais* nº 565, págs. 9:20. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1982.
- BITTAR, Carlos Alberto – “Direito de Autor na Obra Publicitária”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*. 1981.
- BITTAR, Carlos Alberto – “Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda”. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1977.
- CIAMPI, Costantino – “Il Problema della Protegibilità del Software e Diritto, anno IX, fascicolo terzo, págs. 109:140. Firenze. Le Monnier. 1983.
- CORONA, Eduardo Galán – “En torno a la Protección Jurídica del Soporte Lógico”, in *Informática e Diritto*, anno IX, fascicolo terzo, págs. 109:140. Firenze. Le Monnier. 1983.
- FROSINI, Vittorio – “Il Diritto nella Società Tecnologica”. Milano. Giuffrè. 1981.
- GIANNANTONIO, Ettore – “Introduzione All’Informatica Giuridica”. Milano. Giuffrè. 1984.
- GOMES, Orlando et al. – “A Proteção Jurídica do Software”. Rio de Janeiro. Forense. 1985.
- LEITE, Julio César do Prado – “Proteção legal para o Software”, in *Revista de Informação Legislativa* nº 83, págs. 441:450. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. 1984.
- MANSO, Eduardo Vieira – “A Informática e os Direitos Intelectuais”. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1985.
- NORA, Simon & MINC, Alain – “L’Informatisation de la Société”. Paris. Da Documentation Française. 1978.
- SIMITIS, Spiros et al. – “Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz”. Baden Baden. Nomos. 1981. 3. Auflage.
- SOARES, José Carlos Tinoco – “Proteção para os Programas de Computadores”, in *Revista de Direito Mercantil* nº 17, págs. 39:44. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1975.
- TOFFLER, Alvin – “A Terceira Onda”. Rio de Janeiro. Record. 1985. 11ª Edição.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo – “Raccolte Elettroniche di Dati e Diritto d’Autore: Prime Riflessioni”, in *La Tutela Giuridica del Software – Diritto dell’Informática 2*, Collana diretta da Guido Alpa. Milano. Giuffrè. 1984.

VERKADE, D. W. F. – “Legal Protection of Computer Programs: Towards the Copyright Approach”, in *Annuaire de l’A.A.A.*, volume 45/46, págs. 75:83. La Haye. A.A.A. 1975/76.

A Nulidade Parcial

Daisy Gogliano

Mestre (Docente Voluntário) em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

RESUMO: Noções Introdutórias: 1. Os atos nulos e anuláveis; 1.1. O ato anulável – a) no direito francês. b) no direito alemão. c) no direito italiano. 1.3. Síntese conclusiva; 1.4. Exceções nas características dos negócios nulos. 2. conceito de nulidade parcial. 2.1. A nulidade parcial nas diversas espécies de negócios. 2.1.1. Negócios típicos e atípicos; 2.1.2. Negócios simples e complexos; 2.1.3. Negócios jurídicos unilaterais: **inter vivos** e **mortis causa**; 2.1.4. Negócios patrimoniais e não patrimoniais; 2.1.5. Negócios familiares. 3. O princípio da conservação. 4. A nulidade parcial em nosso ordenamento. 5. A nulidade parcial – características. 6. Conclusões.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS:

1. Os atos nulos e anuláveis:

Para que possamos falar da nulidade parcial na teoria geral dos negócios, necessário se faz tecer algumas considerações preliminares a respeito dos atos nulos e anuláveis, que se inserem no plano da validade, à luz do magistério de Antonio Junqueira de Azevedo, em sua lapidar monografia – Negócio Jurídico – existência, validade e eficácia – ⁽¹⁾, demonstrando que a clássica distinção entre nulo e anulável não pode ser encarada sob um prisma rígido e imutável, como pode parecer, uma vez que, em seu mecanismo técnico e sensível as variações de ordem histórica e social.

1.1. O ato nulo:

Na linguagem de PONTES DE MIRANDA, “O nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico”.

O ato jurídico nulo não se confunde com o ato existente, pois “o ato jurídico nulo entrou no mundo jurídico: se assim não fosse, nulo seria igual a existente? não haveria distinção entre ser e o ser nulamente. Já no suporte fático está o déficit, o ato penetrou no mundo jurídico, embora nulamente,

(1) Antonio Junqueira de Azevedo. Negócio Jurídico. p. 63.

exposto, de regra, como ato jurídico de suporte fático gravemente deficitário, a ataques fáceis e de quem quer que tenha interesse. Não nasceu morto, o que seria não nascer; não nasceu impróprio à vida, por sua extrema debilidade”, conforme PONTES DE MIRANDA ⁽²⁾.

Temos como princípio comum no direito, que o ato nulo é aquele que não produz efeitos e que não pode nunca ser convalidável ou sanável.

1.2. O ato anulável:

É aquele que produz efeitos provisoriamente, e, portanto, pode ser sanável e convalidável.

Conforme EMILIO BETTI: “A anulabilidade corresponde, de acordo com tudo que dissemos, à deficiências do negócio consideradas menos graves do que aquelas que produzem a sua nulidade, segundo uma avaliação contingente, feita pela lei, dos interesses a tutelar. De um modo geral, pode dizer-se que há anulabilidade quando falte um **pressuposto de validade**, ou quando um elemento essencial do negócio esteja simplesmente viciado; ao passo que só existe nulidade, quando falta um elemento constitutivo do negócio, ou este se apresenta deficiente na configuração exigida pela lei”⁽³⁾.

Na teoria das nulidades, as posições variam segundo a doutrina de cada país. Assim, para que possamos ter uma visão mais aprofundada dos sistemas das nulidades, necessário se faz remeter às posições mantidas por várias legislações. É o que nos propomos, com fundamento no trabalho desenvolvido por GUGGENHEIN ⁽⁴⁾.

a) no direito francês:

De acordo com as várias posições tomadas pelos autores franceses, temos que:

Segundo DEMOLOMBE e COLMET DE SANTERRE, sectários da teoria dos atos existentes, “o ato é nulo quando a lei o priva dos efeitos sem que haja necessidade de o fazer anular por julgamento”.

Para AUBRY e RAU, “a ineficácia de um ato, independe de qualquer declaração judiciária; pertence a todo juiz reconhecê-la, mesmo de ofício. Não é

(2) PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. V. IV – p. 28.

(3) EMILIO BETTI. Teoria Geral do Negócio Jurídico, t. III, p. 21.

(4) DANIEL GUGGENHEIM. L’Invalidité des actes juridiques, p. 12.

possível caso de nulidade, porque não é possível anular o que não existe” (no caso do ato inexistente).

Quanto ao ato nulo, a nulidade jamais pode ser de pleno direito em virtude da lei; mesmo nos casos em que a lei qualifica de nulidade de pleno direito, ela deve ser pronunciada pelo juiz.

Em conclusão as posições podem ser assim assumidas:

a) O ato não pode ser assim declarado de pleno direito. A nulidade deve ser invocada pela parte, por via de ação ou por via de execução, devendo, por conseguinte, ser pronunciada pelo juiz, pois é a declaração de nulidade que dará à existência do ato;

b) Em princípio a nulidade não pode ser invocada, a não ser pelas pessoas em favor das quais foi estatuída. Para isto, os autores buscam o interesse privado ou público. Quando ocorre o interesse privado, a nulidade é relativa; se público, a nulidade é absoluta. A nulidade absoluta é aberta a qualquer um, no sentido de demonstrar um interesse para que se pronuncie a nulidade do ato a nulidade relativa, cabe somente à pessoa que pode demonstrar que ela foi estatuída em seu favor. Sob o ponto de vista passivo, a nulidade pode ser invocada contra qualquer pessoa;

c) É possível a validade de um ato, em princípio válido, afetado de um vício originário. O ato pode ser confirmado, através de prescrição da ação, que é considerada como uma confirmação tácita.

b) no direito alemão:

No direito alemão, o ato pode ser nulo ou anulável. O ato nulo, é aquele que não produz todo o efeito jurídico designado como querido. Como se observa, a doutrina alemã se refere aos efeitos como queridos, sem levar em conta outros efeitos que o ato pudesse produzir. Por outro lado, a nulidade opera de pleno direito, sem a necessidade de uma declaração judicial provocada por intermédio das partes, e o juiz deverá reconhecê-la de ofício, toda vez que a conhecer.

Ainda, o ato nulo, não será válido, nem pela confirmação, como pela prescrição ou pelo desaparecimento da causa da nulidade.

Quanto ao ato anulável, este se aproxima do ato válido, por ser um ato que produz todos os seus efeitos. Diferentemente do direito francês, o ato poderá ser declarado anulável, em razão da simples declaração da parte. Toda pessoa que tenha conhecimento do vício, poderá invocar a anulação do ato.

Assim, se durante um espaço de tempo não for declarado anulável, haverá a confirmação, que corresponde ao direito de renúncia ao direito de anulação.

c) no direito italiano:

O direito italiano, no mesmo passo do direito alemão distingue os atos em nulos e anuláveis. O ato nulo, será nulo de pleno direito e sua nulidade poderá ser invocada e o juiz poderá declará-la de ofício. Como ato nulo, este não poderá ser convalidado. Exclue-se em princípio a confirmação e a prescrição da ação.

Já o ato anulável, como no direito alemão é aquele que em princípio produz todos seus efeitos; sendo provisoriamente válido, só determinadas pessoas, de acordo com as determinações da lei, poderão invocar a nulidade do ato.

Contrariamente ao direito alemão, não existe uma declaração unilateral de vontade, no sentido de torná-lo e mefeito no julgamento de tal estado.

O critério distintivo entre o ato nulo e o anulável, está em que, o ato é nulo quando falta um elemento essencial; e anulável quando os seus elementos se encontram viciados.

Mas, este princípio não é totalmente seguido, pois, como informa CARIOTA FERRARA, muitas vezes, um ato na falta de um e seus elementos essenciais, não é considerado eivado de nulidade, como acontece no erro essencial e na incapacidade natural, dando lugar a uma simples anulação. Por outro lado, um simples vício de um elemento, pode não acarretar a anulação.

1.3. Síntese Conclusiva:

Para BETTI distinção entre nulidade e anulabilidade, indicam, ao mesmo tempo, uma pradação da invalidade e um critério para delimitar as respectivas esferas de aplicação ⁽⁵⁾.

Para o jurista italiano, é NULO o negócio que, por falta de algum elemento essencial, corresponde à configuração exigida, seja inidôneo para dar vida àquela nova situação jurídica que o direito liga ao respectivo tipo legal, em conformidade com a função econômico-social que o caracteriza: é nulo, embora possa, eventualmente, produzir alguns efeitos que lhes correspondem ou outros diferentes, de caráter negativo ou aberrante (pois que, de outro modo, seria antes de qualificar como inexistente)⁽⁶⁾.

(5) BETTI – op. cit. tomo III – pg. 21.

(6) BETTI – op. cit. tomo III – pg. 22.

Portanto, a distinção entre nulo e anulável deve, outros sim, ser encarada sob o prisma do mecanismo técnico posto pela lei, e este não é imutável, mas sensível às variações das condições históricas.

Para BETTI, o ponto decisivo da diferenciação entre nulo e anulável e que, “nos casos em que a ordem jurídica, em concordância com a consciência social, é levada a considerar o ato de autonomia privada como afetado por uma deficiência intrínseca, é sempre crer que o problema do tratamento seja resolvido no sentido da nulidade”⁽⁷⁾.

Um exemplo: É o que se dá ao critério da repartição entre nulidade e anulabilidade no caso do testamento: orientam o tratamento no sentido da nulidade aquelas inobservâncias que comprometem a função ratificadora do documento e ponham em perigo a proveniência da declaração do testador; orientam no sentido da anulabilidade as inobservâncias que, em excluir a certeza da proveniência fazem surgir dúvidas sobre a certeza, ex., da atendibilidade do documento.⁽⁸⁾

PONTES DE MIRANDA diz que os atos jurídicos **strictosensu** nulos ou os negócios jurídicos nulos são os que foram criados com vício grave tal, que:

- a) são insanáveis as suas invalidades e irratificáveis, tanto que, a rigor, não há confirmação de atos ou negócios nulos; há firmação nova, **ex nunc**, de forma alguma confirmação;
- b) qualquer interessado, e não só o figurante pode alegar e fazer ser pronunciada a nulidade, dita, então deficiência absoluta;
- c) o juiz pode decretá-la de ofício;
- d) não necessita de ação própria e até “incidenter” é suscetível;
- e) nao corre prescrição da pretensão à nulidade;
- f) é sem efeito.

No que se refere à anulabilidade, entende Betti por **ANULÁVEL**, o negócio em que ainda não lhe faltam os elementos essenciais do tipo, e embora dando vida precária à nova situação jurídica que o direito refere ao tipo legal possa, após reação da parte interessada, ser removido como preceito, com efeitos retroativos, e considerado como se nunca tivesse existido. A anulabilidade corresponde a deficiências do negócio consideradas menos graves do que aquelas que produzem a sua nulidade, segundo uma avaliação contingente feita pela lei, dos interesses a considerar.⁽⁹⁾

(7) BETTI – idem – ibidem – p. 26.

(8) BETTI – idem – ibidem – pg. 27.

(9) BETTI – op. cit. – pág. 22.

Assim, pode dizer-se que “há anulabilidade quando falta um pressuposto de validade, ou quando um elemento essencial do negócio esteja simplesmente viciado, como são os casos de: falta de capacidade ou de legitimação; já, a nulidade existe quando falta um elemento constitutivo do negócio, ou este se apresenta deficiente na configuração exigida pela lei; assim deriva nulidade, a falta da forma prescrita pela lei; a falta de acordo no contrato; a ausência ou ilicitude da causa; a inidoneidade do objeto.

Lembramos que é importante frisar que a nulidade e a anulabilidade, se referem às qualidades dos elementos, segundo a lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO; Não há falta de elemento; o que há é simplesmente a falta ou deficiência das qualidades dos elementos do ato, no plano da **validade**.

Quanto à anulabilidade, esta pode ser requerida pela parte legitimada no negócio e que tem interesse. Quando anulável, o negócio, produz efeitos, mesmo precários, até que a iniciativa destinada a anulá-lo tenha obtido êxito.

A anulabilidade, segundo BETTI, é a figura da invalidade que mais se aproxima da ineficácia superveniente, após reação dos interessados.⁽¹⁰⁾

O negócio anulável é sempre suscetível de revalidação, que não faz nascer novo regulamento de interesses, mas, apenas confirma e reforça aqueles mesmos interesses.

A anulabilidade, por sua vez, é prescritível.

PONTES DE MIRANDA assinala que o conceito de anulabilidade se compôs do direito comum, não sem grandes confusões com o de ineficácia; nulo, segundo ele, é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também, entrou, e menos débel no mundo jurídico, o suporte fático do negócio anulável. A distinção é intensa, no plano da validade, baseada em maior ou menor gravidade do defeito. E acrescenta PONTES: “Nada adianta aduzir-se que a anulabilidade é mais próxima da ineficácia superveniente; nem é suportável ao espírito científico o distinguirem-se existente e nulo, e falar-se de declaração de um e de outro, pois a decisão declarativa supõe existência ou inexistência, e nunca pode subir ao plano da validade. Nesse, a distinção entre nulidade e anulabilidade é criação técnica, que determina tratamentos diferentes, um dos quais é o da **imprescritibilidade** das ações de nulidade, ligada a sua irrenunciabilidade”.

“Seja como for, é técnica legislativa que toca discriminar as causas de nulidade e as de anulabilidade para que se observem os dois regimes, internos

(10) BETTI – op. cit., – pág. 24.

ao plano de validade, atendidas modificações que se entendam, na lei, indispensáveis. Quase sempre, essas modificações de limites entre as duas espécies de invalidade provêm de causas históricas, de pedaços de sistemas jurídicos diferentes (e. g., o romano, o germânico, o canônico, o faroleiro), que perduram no sistema jurídico vigente”⁽¹¹⁾.

Conforme a opinião de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, na teoria clássica, o ato anulável é como a criança que nasce fraca, com problema orgânico, que se destina a alguns momentos de vida, mas que provavelmente morrerá. O ato anulável, ao contrário do nulo, que já nasce morto, vem a falecer depois, com a decretação da anulabilidade.

Assim, diz-se do ato anulável:

- a) que produz efeitos até ser anulado;
- b) que é prescritível;
- c) que é ratificável, convalidável;
- d) precisa de ação específica para ser anulado;
- e) o seu defeito é interesse particular.

Apresentadas as características mais comuns dos atos nulos e anuláveis, com base na doutrina clássica, cuja “summa divisio”, como veremos é das nulidades absolutas e relativas, passaremos às questões de maior importância, relativas aos chamados EFEITOS DO NULO.

Após o aparecimento da teoria da INEXISTÊNCIA, o bem delineado quadro da teoria clássica ficou abalado, dando-lhe JAPIOT o golpe mortal, em seu tratado sobre as nulidades, onde demonstra que a nulidade dividida entre atos nulos e anuláveis não é da natureza ou estado do ato, mas, como vimos, é **sanção**, que o legislador atribui, devendo examinar-se cada artigo de lei que trata de nulidades, para saber qual o sentido, qual a interpretação a ser dada. Não se deve atribuir uma qualidade ao ato, mas deve-se perquirir qual a consequência que o legislador prevê para certas faltas.

Temos, pois, um verdadeiro direito de crítica aos negócios jurídicos: se o legislador deu direito de crítica a todas as pessoas, temos a nulidade absoluta; caso contrário, encontramos-nos diante das nulidades relativas.

(11) PONTES DE MIRANDA – Tratado – vol. IV – pág. 30.

1.4. EXCEÇÕES NAS CARACTERÍSTICAS DOS NEGÓCIOS NULOS:

A) **insanibilidade do nulo**: o art. 208 do Código Civil é exceção à regra de que o ato é insanável. Referindo-se à nulidade a qual pode ser sanada com o tempo, mostra a possibilidade de o nulo produzir efeitos.

PONTES DE MIRANDA, afirma que o art. 208 é uma aberração dentro do sistema do nosso código, é reminiscência histórica do desprezo do velho direito canônico às formas ⁽¹²⁾.

Relativamente aos artigos 211 e 215 entende serem casos de anulabilidade e não de nulidade, comentando PONTES, que a ratificabilidade existiria (art. 148), ainda se não houvesse incluído o art.211. Dá-se o mesmo quanto ao art. 215. E acrescenta: “O conteúdo de negócio jurídico nulo é ligado ao de insanabilidade; a sanatória do nulo é **contradictio in terminis**; dissemos. A espécie do art. 208 grita, no sistema jurídico; como outros resíduos de séculos mortos, porém não de todo extintos por alguns espíritos, ocasionalmente encarregados de redigir leis. A exigibilidade da ação ordinária (art. 222) para a decretação da nulidade do casamento, não; não; não nos causa ela tal perplexidade; porque, para a aplicação do direito objetivo, o Estado é livre (para exigir esse ou aquele rito ou forma, sem cair, em **contradictio in terminis**; o conceito de nulidade nada tem de necessariamente ligado à decretabilidade de ofício; e pode haver, e há espécies, em que a cognição do magistrado, em processo regular, é necessária, ou, pelo menos, útil. É de lamentar-se que, a respeito, muitos juristas ainda estejam saturados do romanismo, ou em estado de confusão, devido aos dois conceitos, o romano de **nullus** e o moderno de “nulo” ⁽¹³⁾.

b) **o ato nulo é imprescindível**: Atualmente, por força das decisões jurisprudenciais, admite-se a prescritibilidade do ato nulo em matéria patrimonial. E em alguns casos a prescritibilidade em ações pessoais;

c) **o ato nulo não produz efeitos**: Casos há, como tivemos oportunidade de ver, em que o nulo produz efeitos. São os exemplos: o casamento putativo; o casamento no caso em que a mulher não deixou transcorrer o prazo de 300 dias; no direito do trabalho os contratos de trabalhos nulos que produzem efeitos enquanto cumpridos pelas partes; em matéria de sociedade limitada, contrato social, que mesmo nulo, vigora em relação a terceiros que tenham contrato com a sociedade;

Em várias legislações, quando o negócio jurídico é nulo em virtude do erro, ou quando a parte que realizou o ato agiu sem seriedade, deve pagar o **interesse negativo**. Como acontece na doutrina alemã e suíça.

(12) PONTES DE MIRANDA – Tratado – vol. IV – pág. 47.

(13) PONTES DE MIRANDA – Tratado – vol. IV – pág. 47/48.

d) **o ato nulo não necessita de ação específica para que seja declarada a nulidade:** Segundo o art. 222 do C. Civil, a nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, com a nomeação do curador; ainda, para intentar a ação, o autor tem que estar legitimamente constituído; o que destrói a afirmação de que a nulidade pode ser arguida por qualquer pessoa.

Salientamos a opinião de PONTES DE MIRANDA, que entende não existir qualquer perplexidade quanto ao art. 222, pois para a aplicação do direito objetivo, o Estado é livre para exigir qualquer forma ou rito, sem que haja contradição. E o conceito de nulidade, nada tem de haver com a decretabilidade de ofício.

e) **os atos nulos dizem respeito à ordem pública;** O que nem sempre acontece, pois, o conceito de ordem pública, ainda não está claramente definido, e, em nosso sistema, os casos de incapacidade, ora são colocados como nulos, ora como anuláveis, o que estaria a indicar que os casos em que existe a menoridade abaixo de 15 anos, seria ordem pública; enquanto a capacidade relativa, interessaria à ordem particular.

Por exemplo, no caso da simulação, a qual é considerada no campo da anulabilidade. Com o Projeto/75, a simulação passou a ser considerada entre os atos nulos, interessando, daí, à ordem pública. Portanto é vago o conceito de ordem pública, como critério distintivo entre nulo e anulável.

Pois bem. Todos esses pontos, acima colocados, fazem com que se possa afirmar que a clássica dicotomia entre as nulidades absolutas e relativas, não pode ser aceita de maneira rígida e inflexível.

Passaremos, agora, a estudar o cerne da questão relativa ao presente estudo – a nulidade parcial –, levando em conta todas as colocações anteriormente delineadas, as quais têm íntima relação com o nosso tema a seguir.

2. Conceito de nulidade parcial.

Na definição de CRISCUOLI considera-se nulidade “a máxima sanção civil com a qual e ordenamente jurídica afeta uma parte de uma ‘fattispecie’ negocial que resulta contrária aos limites impostos à autonomia privada, negando-lhe reconhecimento e tutela jurídica”⁽¹⁴⁾

CRISCUOLI considera a nulidade, tanto a total, como a parcial, como sanções dogmaticamente consideradas. A nulidade de parcial ocorre quando os preceitos ditados e emanados pelas partes apareça ilícito, imoral ou ilegal, con-

(14) GIOVANNI CRISCUOLI. La Nullità Parziale del Negozio Giuridico, p. 130.

trário ao ordenamento, surgindo uma contradição entre os preceitos editados pelas partes com a norma de direito objetivo e a parte da **fattispecie** então criada.

Como tivemos oportunidade de ver em Emili BE,S).eT.

Como tivemos oportunidade de ver em EMILIO BETTI, o negócio jurídico “é ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo.”

Mas, a autonomia privada, segundo BETTI, “quando é chamada a atuar no plano social, encontra, antes de mais nada, limites e obedece a exigências que provém da sua própria lógica: limites e exigências, que antecedem, neste sentido, o próprio reconhecimento jurídico. Em virtude desse reconhecimento, ela encontra, depois, outros limites e obedece a ulteriores exigências dela derivadas, na medida em que é chamada a atuar no plano de direito e segundo a lógica deste. O reconhecimento jurídico confirma, aceita e, quando necessário, modifica limites e exigências naturais da autonomia privada”⁽¹⁵⁾.

Quando o negócio jurídico atende todos os limites e todas as exigências impostas pela ordem jurídica, como “recompensa” passa a ser reconhecida, valendo como preceito normativo entre as partes, conferindo, ainda, ao suporte fático, o crisma da juridicidade com todos os seus atributos da ordem prática.

Adverte CRISCUOLI que o ordenamento jurídico reconhece a plena liberdade negocial, podendo o particular regular os seus próprios interesses da melhor maneira possível, mas se um sujeito decide regular através de um preceito os seus interesses é preciso que seja conforme a ordem jurídica, de acordo com os preceitos de direito objetivo, pois não se pode dizer que a relação de uma **fattispecie** contra **jus** possa permanecer indiferente ao direito e que não importa uma reação sua.

A nulidade, já salientamos, consiste numa sanção, é um ônus, o qual deve ser observado, pois quando não se respeita os limites legais, importando em uma transgressão, a sanção será a nulidade do ato ou negócio jurídico.

Em caso de transgressão será imposta a sanção da nulidade. Assim, quando o ato ou negócio, em sua parte de suporte fático, não está conforme ao ordenamento, existe uma sanção de ordenamento civil, imposta pela lei, que é a de declarar parcialmente nulo o ato ou negócio.

(15) BETTI, op. cit., p. 107: 199/200.

Diz CRISCUOLI: “A nulidade é a forma mais grave de invalidade enquanto uma reação que corresponde a uma posição de inidoneidade absoluta de todo ou parte do negócio, ao passo que a anulabilidade, é uma forma de invalidade, menos grave, como sanção em razão do defeito do negócio no todo ou em parte”⁽¹⁶⁾.

No mesmo passo, como salienta STOLFI: “A nulidade e a anulabilidade do negócio constituem sanções objetivas, no sentido de que o único pressuposto de sua admissibilidade está na violação da lei, sem que se possam fazer valer em contrário considerações de índole subjetiva”⁽¹⁷⁾.

Do mesmo modo que a nulidade total é considerada como sanção, a parcial apresenta as mesmas características. A parte negocial nula não produz efeitos, não pode ser convalidada e, como também, sua ação não é passível de prescrição, como princípios gerais.

BETTI ao cuidar da nulidade parcial, ou melhor, da invalidade parcial, uma vez que o negócio pode ser nulo e anulável parcialmente, explica que “quando o negócio esteja viciado apenas numa parte do seu conteúdo preceptivo, entendido o vocábulo “parte” como referido ao âmbito daquele conteúdo ou apenas quanto a uma das diversas disposições de que consta, é abstratamente possível tanto a solução segundo a qual a invalidade se mantém, precisamente, **parcial**, isto é, circunscrita àquela disposição ou àquela porção do conteúdo preceptivo do negócio (**utile per inutile non vitiatur**), como a solução contrária, no sentido de que o vício da parte se comunica ao resto”, submetendo ao regime de **invalidade total do negócio**, quando a parte sã é afetada⁽¹⁸⁾.

O direito italiano adota como princípio a primeira orientação, no sentido de que só parte viciada é que se mantém nula, ou melhor, inválida. Já, no direito alemão, sucede justamente o contrário, quando a parte sã se torna afetada, invalidando todo o negócio, ao adotar o critério da invalidade total.

2.1. A NULIDADE PARCIAL NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE NEGÓCIOS:

2.1.1. Negócios típicos e atípicos.

Segundo CRISCUOLI não existem diferenças entre o tratamento a ser dado nessas duas espécies de negócios. Típico ou atípico, e negócio se insere na regra geral do art. 1419 do código Civil italiano, **in verbis**:

(16) CRISCUOLI, op. cit., p. 136.

(17) GIUSEPPE STOLFI. Teoria del Negocio Jurídico, p. 110

(18) BETTI, op. cit., tomo III, p. 42.

“A nulidade parcial de um contrato ou a nulidade de cláusulas singulares, importa em nulidade do contrato inteiro se resultar que os contraentes não o teriam concluído sem aquela parte de seu conteúdo que foi ferida de nulidade”.

Por sua vez, “nulidade das cláusulas singulares não importa em nulidade do contrato quando as cláusulas nulas forem substituídas, de pleno direito, por normas imperativas.”

2.1.2. Negócios simples e complexos.

Na conceituação dada por BETTI, negócios **simples** são aqueles que consistem num único ato (declaração ou comportamento). Já, os **negócios complexos**, são aqueles que resultam da fusão orgânica e incidível de diversos atos, sem eficácia cada um de persi.

Conforme sua classificação, o negócio complexo apresenta dois aspectos: objetivo e subjetivo.

A complexidade será **objetiva**, quando o negócio conste de várias declarações destinadas a regular a mesma matéria, as quais, pelo menor implicitamente, se referem umas às outras; e em todos as declarações de que consta, ele é obra do mesmo sujeito. Por exemplo: “Pense-se numa disposição testamentária, ou numa proposta contratual, que constem de uma pluraridade de cláusulas, talvez cronologicamente distantes umas das outras (testamento e codicilo; proposta inicial e fatura; cláusula compromissória acrescentada ao texto convenicionado do contrato), onde considera-se essencial a esta forma de complexidade, a identidade, tanto do sujeito como do objeto do negócio.”

Por outro lado, a complexidade será **subjetiva**, “quando consta de declarações ou comportamentos homogêneos, concernentes ao mesmo objeto, e que são obra de dois ou mais sujeitos diferentes”.

Esclarece BETTI: “Sempre que num negócio participem vários sujeitos, só por isso ele é constituído, também, por uma multiplicidade de declarações ou comportamentos reciprocamente complementares, e, por conseguinte, é um negócio complexo, e quando aqueles são cronologicamente distintos entre si, configura, logo, uma **fattispécie** de formação sucessiva⁽¹⁹⁾.”

O negócio de formação sucessiva é aquele consistente em vários atos sucessivos, que se qualifica em sentido amplo de **processo**, com vários atos jurídicos sucessivos, dirigidos à mesma finalidade, dos quais cada ato que se segue

(19) BETTI, op. cit., tomo II, p. 190.

pressupõe, necessariamente, o precedente, e prepara e preanuncia o subsequente. Ex. a relação entre a autorização e o autorizado, no qual existe uma ligação entre a autorização da autoridade e o negócio autorizado.

CRISCUOLI como exemplo de negócio objetivamente complexo, do mesmo modo que BETTI, dá o exemplo do testamento, no qual consta uma pluralidade de disposições ou convenções dirigidas a regular uma mesma matéria, com uma mesma causa objetiva, ou um contrato de compra e venda no qual se acresce uma cláusula penal.

Para CRISCUOLI, o negócio subjetivamente complexo é denominado pluripessoal; (objetivamente complexo) quando formado de várias pessoas, seja unilateral ou plurilateral; será unipessoal, quando a manifestação de vontade promana de uma única pessoa.

E adverte que a complexidade subjetiva e objetiva podem concorrer num mesmo negócio.

Quando a nulidade parcial no negócio subjetivamente complexo (quando consta de declarações ou comportamentos homogêneos, concernentes ao mesmo objeto, por obra de dois ou mais sujeitos diferentes), assim se apresenta: “O negócio consta de uma ou mais partes, em que a participação de uma delas se apresenta nula”. Neste caso, dá-se a invalidade, que ocorre quando na sua constituição, um dos seus elementos não tenha os requisitos, ou, as qualidades exigidas pela lei.

2.1.3. Negócios jurídicos unilaterais: *inter vivos* e *mortis causa*.

Na definição de EMILIO BETTI, o negócio unilateral é aquele realizado apenas por uma parte, em virtude de uma única ou idêntica legitimação para o negócio, os quais se dividem em:

a) **negócios subjetivamente simples:** É aquele com um único autor. Um negócio desta espécie só pode ser unilateral, quando, não obstante a declaração deva dirigir-se a um determinado destinatário, este não se torna parte do negócio, não sendo chamado a concorrer para ele com o seu consento ⁽²⁰⁾.

b) **negócio subjetivamente complexos:** Assim se considera, “quando a participação de várias pessoas num mesmo negócio se dá em virtude de uma comum e igual legitimação, para a tutela de um mesmo interesse, e portanto, de maneira que elas estejam todas do mesmo lado. É o que se dá nos **atos colegiais** em sentido lato; isto é, nos atos e negócios realizados por diversas pessoas,

(20) BETTI, op. cit., tomo II, p. 194.

como: a) componentes do mesmo organismo, ou b) contemporaneamente investidas da representação de uma mesma pessoa, ou d) por qualquer outro modo cooperantes para a realização do interesse desta”, nas palavras de BETTI.⁽²¹⁾

Os negócios **entre vivos**, por sua vez, não são “aqueles cuja função econômico-social corresponde à prática da vida nas suas diversas exigências e destinados a desenvolver-se nela sem ter em conta a morte de seus autores”.

Já, os negócios **mortis causa**, segundo EMILIO BETTI, são aqueles em que “a morte é prevista, não arbitrariamente, como qualquer outro evento, estranho à estrutura do negócio, mas necessariamente, como elemento característico da própria causa do negócio. Em relação ao negócio, e evento da morte funciona como elemento característico da própria causa, como **condicic iuris**, e é juntamente com o negócio, um elemento constitutivo daquele **fattispécic** complexa que tem por efeito a aquisição ou a sucessão **mortis causa**, visto que o negócio, só por si, não produz ainda, enquanto não sobrevier aquele evento, nenhum dos efeitos jurídicos que a lei liga ao seu tipo”⁽²²⁾.

“Observadas as disposições da lei em contrário, as normas que regulam os contratos são aplicáveis, desde que compatíveis aos atos ‘inter vivos’ unilaterais que têm conteúdo patrimonial”.

Duas observações devem ser postas: A primeira, é a de que o Código italiano não apresenta uma norma de caráter geral que regule os atos unilaterais, pois trata apenas das normas que são compatíveis com os atos ‘inter vivos’ de conteúdo patrimonial; em segundo a referência à incompatibilidade é vaga e imprecisa.

Por outro lado, quanto aos atos unilaterais **causa mortis**, não existe no diploma italiano uma norma aplicável, tal qual para os atos “inter vivos”. No caso do testamento, que é a figura típica, representativa dos atos “mortis causa”, e seu tratamento é dado à parte, de acordo com o instituto.

O fato é que o testamento contém uma pluralidade de disposições absolutamente independentes e por sua natureza faz com que a vontade do testador seja respeitada o mais possível, procurando-se a conservação do testamento parcialmente nulo. Dada a especialidade do negócio, no testamento, aplica-se o princípio da prevalência da vontade do testador.

Como assinala CRISCUOLI: “... la particolare incapacità a testare dell’infermo demente, anche se nos interdetto, per esempio; la revoca della dispo-

(21) idem, ibidem, p. 194.

(22) BETTI, op. cit., tomo II, p. 210.

ne per alienazione della coza legata; la possibilità di impugnativa per semplice errore sul motivo; il divieto del testamento per rappresentanza e del testamento cumulativo e reciproce; nonchè tutta la serie di prescrizioni formali imposte dalla legge a garanzia della certeza della volontà del sponente, dimostrano chiaramente quanta importanza abbia questa nel negozio testamentario”.

E acrescenta: “Per quanto riguarda, pei, il principiodell’ economia giuridica, la conservação del testamento parzialmente nullo treva maggiore giustificazione nella considerazione della impossibilità della rinnevação dell’atto da parte del testatore ⁽²³⁾.”

O testamento parzialmente nulo, de fato, em razão da importância do instituto, na qual a vontade do testador deve ser tutelada, faz com que, diante do princípio de economia jurídica, deva ser conservado, em virtude da impossibilidade de renovação do ato pelo testador.

Afirma BETTI que o testamento “é um ato que pode conter diversas disposições, cada uma das quais tem, por si, valer de negócio: instituição de herdeiro, legado, partilha de ascendente, nomeação de executor testamentário, reconhecimento de filho natural. Portanto, mais do que como um negócio, o testamento apresenta-se como uma forma apta para recolher uma pluralidade de negócios, tendo a morte por causa” ⁽²⁴⁾.

Portanto, o regime da nulidade parcial adotado para os negócios **inter vivos**, vale para os negócios **mortis causa**, mas com a especialidade de que, o testamento, por princípio de economia jurídica, e em razão da natureza e da estrutura do ato, deve-se resguardar o mais possível a vontade do testador, em face de sua maior significação, como foi visto por CRISCUOLI.

No testamento, como ato unilateral, não há necessidade do conhecimento de terceiro para que seja perfeito, pois, não se constitui entre o **de cujus** e o destinatário da declaração; mas se se constituísse entre terceira pessoa, esta não estaria obrigada a um determinado comportamento diante do testador; não surgindo, ainda, nenhuma necessidade de se tutelar a boa fé, como assevera CRISCUOLI; o que o torna um ato especialíssimo.

EMILIO BETTI, do mesmo modo, exige para o testamento um tratamento diverso, não só pela unilateralidade, como pela causa.

(23) CRISCUOLI, op. cit., p. 149.

(24) BETTI, op. cit., p. 211.

2.1.4. negócios patrimoniais e não patrimoniais.

Segundo o **conteúdo** dos negócios jurídicos, estes se classificam em: patrimoniais e não patrimoniais.

O conteúdo preceptivo do negócio é o novo arranjo que as partes dão aos seus interesses, nas relações entre elas: esse conteúdo varia, portanto, conforme a natureza dos interesses em jogo e das relações que se têm em vista com o negócio ⁽²⁵⁾.

Os negócios patrimoniais, como ensina BETTI, em geral, destinam-se a “modificar a existente distribuição dos bens, ou a assegurar formas de cooperação (serviços) entre associados, com vista ao interesse recíproco ou ao interesse de uma só parte, e aos vários tipos de escopos práticos das partes corresponde a constituição, a extinção ou a modificação das relações jurídicas patrimoniais. O conteúdo de tais negócios é, portanto, na consciência das partes, uma **atribuição patrimonial**, em sentido lato: ou seja, nas relações entre os interessados, uma mudança patrimonial, social e juridicamente relevante”.

BETTI distingue ainda, os chamados negócios de **segundo grau**, que não se confundem com os negócios de atribuição patrimonial, como é o caso do reconhecimento, da transação, do compromisso e da arbitragem. Estes negócios visam “a um arranjo de interesses com base na situação existente (statu que), por conseguinte ao **acertamento** das relações preexistentes e reflexamente uma atribuição patrimonial, que pode resultar, é de modo indireto e não necessariamente intencional.

Quanto aos negócios de **atribuição patrimonial**, estes se dividem em duas espécies: **negócios de disposição** e **negócio de obrigação**.

Os **negócios de disposição** são aqueles que importam uma diminuição jurídica do patrimônio, isto é, importam a perda, limitação ou destinação **mortis causa** de direitos patrimoniais. A Disposição pode ser translativa (constitutiva) ou meramente abdicativa: alienação (cessão) ou renúncia.

Os **negócios de obrigação**, por sua vez são aqueles que se contrapõem aos de disposição, dado que o regulamento de interesse que eles realizam não é, pelo menos imediatamente, uma modificação da posição dos sujeitos em relação aos bens, e portanto uma nova distribuição destes, mas sim uma forma de cooperação entre consociados, coordenada com os interesses recíprocos ou com o interesse unilateral de um deles. Todavia, os negócios de obrigação não pro-

(25) BETTI, op. cit., p. 169.

duzem uma diminuição **atual** e **imediate** do patrimonio (quem assume uma obrigação não se despeja, na altura, de nenhum direito): e isso distingue-os dos atos de disposição que, ao invés, determinam uma diminuição imediata, ou pelo menos, ficam na dependência do evento morte ⁽²⁶⁾.

O Código Civil italiano, nos arts. 1419 e 1324 que tratam dos casos de nulidade parcial e dos atos unilaterais, como já tivemos oportunidade de demonstrar, referem-se aos atos ou negócios de conteúdo patrimonial, com as ressalvas dadas ao testamento, o qual, diante do princípio da economia jurídica, enquadra-se nos parâmetros da conservação.

2.1.5. Os negócios familiares.

Os negócios familiares são os que regulam interesses de família. “São os atos onde a autonomia individual está vinculada a uma instância superior, que transcende o indivíduo como tal: o interesse de núcleo familiar” ⁽²⁷⁾.

Como EMILIO BETTI, CRISCUOLI os designa com atos do **poder familiar**, isto é, que têm causa por causa o interesse familiar. Nesses atos, o que se procura, em virtude do interesse que resguarda, é a conservação, dentro do princípio **utile per inutile non vitiatur**, do ato inválido.

Pois, como assinala CRISCUOLI, o regime da nulidade parcial dos atos familiares é particularmente diverso dos negócios patrimoniais: a nulidade parcial do ato, que vai de encontro a conservação coativa da sua parte válida, resulta do critério da imediatividade devido a exigência superior advinda do direito de família. Nestes está em jogo o interesse familiar, que é o interesse do Estado mesmo ⁽²⁸⁾.

Por exemplo, nos casos em que se apõe uma cláusula condicional ou um termo, nos atos matrimoniais, estas serão consideradas como não escritas, permanecendo válido o casamento. Do mesmo modo, o reconhecimento de filho, ao qual não se pode apor termo ou condição, uma vez que ao genitor não é dado estabelecer eventual limitação e eficácia ao ato. Nestes aspectos, a vontade individual é limitada, em razão de que o comportamento do sujeito deve se circunscrever às normas legais, impostas e coativas, na limitação da liberdade individual, sob pena de nulidade da cláusula limitativa contrária.

Portanto, estas disposições limitativas, nulas, ter-se-ão como não escritas, conservando todo o ato como válido, dentro do princípio da conservação.

(26) Idem, ibidem, p. 168/178.

(27) BETTI, op. cit., tomo II, p. 168.

(28) CRISCUOLI, op. cit., p. 150/159.

3. – O princípio da conservação:

Quando o legislador procura conservar a parte não eivada de invalidez de um negócio; quando ocorre a nulidade parcial do ato ou negócio, funda-se no chamado princípio de conservação.

Este princípio faz com que se mantenha a salvo, resguardando o mais possível, os valores criados no mundo jurídico.

A norma do art. 1419 do Código Civil italiano; trata do princípio da conservação dos negócios jurídicos. Com isso, existe a conveniência, baseada no fundamento da economia jurídica, de se manter em vida o negócio parcialmente nulo, na sua parte sã, legitimado o princípio da conservação.

Mas, para que ocorra a prevalência de se manter conservada a parte do negócio, em que é válida, vários pressupostos devem ser observados, pois a aplicação desse princípio não pode ser feita pura e simplesmente.

Funda-se, este princípio, em outros dois princípios, a saber: o da autonomia privada e o da economia jurídica.

O Cãnone da autonomia privada em confronto com a nulidade parcial, segundo CRISCUOLI, pode resumir-se na seguinte fórmula: “O ordenamento jurídico não pode ‘invalidare e rendere nulo’ quando seja produto direto da autonomia privada, pois isso, em linhas gerais, dá ‘reiconoscimento, ove non esista-no ragioni per cui siffato prodotto non possa essere riconsciuto come tale, ma come frutto di essa deve necessariamente tendere”⁽²⁹⁾.

A autonomia privada é reconhecida pela doutrina como a faculdade ou o poder atribuído pela lei para a regulamentação particular e concreta de um interesse. É o poder de se criar preceitos vinculantes em conformidade com os princípios fixados pelo direito objetivo. O preceito legal é o pressuposto de seu reconhecimento jurídico.

Disto, resulta que: ou se reconhece que o ordenamento jurídico deve reconhecer válido tudo quanto resulta criado com base na autonomia de vontade; ou, se deverá admitir que a lei sancione de nulidade o que seja criado em conformidade com os seus princípios e sobre um poder atribuído por ela mesma.

Observa CRISCUOLI que a autonomia privada, diante de sua própria etimologia, apresenta um duplo sentido: de um modo amplo e geral, como a facul-

(29) CRISCUOLI, op. cit., pág. 106.

dade de regular os próprios interesses de maneira mais livre possível; e num sentido mais restrito e particular, como poder de dar um regulamento aos próprios interesses em conformidade aos preceitos assinalados pelo “ordenamento jurídico.”⁽³⁰⁾.

Destas duas fórmulas, a primeira deve ser totalmente descartada, uma vez que não corresponde “à realidade e em particular, não respeita a função do indivíduo na sociedade”.

Dentro da melhor doutrina, a autonomia privada é reconhecida como um **poder** diretamente derivado do ordenamento jurídico. “Il rilievo scaturisce, anzitutto, dall'essenza stessa dell'autonomia, non presupponendo essa “nè un originario potere statutario, nè una autorizzazione all'autoregolamento dei rapporti, come nel campo del diritto amministrativo per gli enti local”⁽³¹⁾.

Mui acertadamente CRISCUOLI diz que “agir com base na autonomia privada é um agir **secundum ius**, enquanto se está afeto ao exercício de um poder legitimamente atribuído”.

Quando criada uma **fattispécie** negocial, esta pode estar perfeitamente conforme os limites assinalados pelo direito. Neste caso, tratando-se de preceito **secundum ius**, ele será vinculante entre as partes, reconhecido pela ordem jurídica.

Ora, quando ocorre a nulidade parcial, quer dizer que uma parte do negócio está conforme o ordenamento jurídico, válida, reconhecida, como verdadeiro regulamento de interesses. Seria sem razão considerar inválida a parte válida, constituindo uma grave injustiça, como diz CRISCUOLI, “una palese contraddizione porre, da un canto, dei limiti all'autonomia privata e riconoscere, dall'altro, come possibile il loro superamento ed inoltre attribuire alle parti il potere di creare negozi giuridici nell'ambito della legge e riconoscere, poi, come giuridico quanto creato in forza di uno sviamento di questo potere”.

A conclusão é que a garantia parcial do negócio jurídico se harmoniza com o princípio da autonomia privada.

Resulta que a conservação do negócio jurídico parcialmente, quando não resulta essencial a sua parte inválida, repousa sobre uma presunção de ordem lógica e prática, em conformidade ao princípio da economia jurídica.

(30) CRISCUOLI, op. cit., pág. 107.

(31) Idem, ibidem, pág. 109.

Pois, a regra – **utile per inutile non vitiatur** – devida aos glosadores, teve as suas origens desde o direito romano, em que a nulidade parcial de um negócio não importava a nulidade total, quando a parte nula do negócio não fosse a principal, mas simplesmente acessória em relação à parte válida, de modo que, considerando inválida a parte insanável, o negócio podia perfeitamente produzir os seus efeitos.

Os romanos, inicialmente, não conheceram um conceito abstrato de nulidade parcial. As suas origens, na realidade, foram compilatórias. Mas, alguns autores, como CRISCUOLI, admitem que os clássicos conheceram, de certa forma, a nulidade parcial. Tanto que, em casos de testamento, em muitas hipóteses se admitiu a nulidade testamentária parcial. Na verdade, não havia um conceito abstrato de nulidade parcial, pois, somente com Justiniano, é que se conheceu o instituto.

E assim, a regra **utile per inutile non vitiatur** foi firmada pelos glosadores, dadas as interpolações dos textos, quando a nulidade parcial passou a ser reconhecida. O fato é que os romanos, tanto no direito clássico, como pós-clássico, não conheceram a nulidade parcial como instituto. Só mais tarde, com o grande relevo dado aos negócios e à manifestação de vontade, diante da própria complexidade dos mesmos, é que foi possível tratar da cisão do negócio, principalmente quando este apresentava diversos objetos e conteúdos.

4. – A nulidade parcial em nosso ordenamento:

(51). PONTES DE MIRANDA ao tratar da nulidade total e parcial, inicialmente, fala daquilo que a nulidade atinge. Para o jurista, é o ato jurídico que é nulo. Nunca os efeitos. “Quando se diz ‘crédito nulo’, ‘obrigação nula’, em verdade se usa de *elipse*: crédito oriundo de ato jurídico nulo (ou de parte nula do ato jurídico)”, obrigação oriunda de ato jurídico nulo (ou de parte nula de ato jurídico). Crédito e obrigação, são efeitos; efeitos são ou não são, existem ou não existem; efeitos não são válidos ou inválidos. O que é nulo é o negócio jurídico.

PONTES DE MIRANDA assevera que não se pode pensar em nulidade parcial, sem se pensar em negócio jurídico complexo. Todas as causas de nulidade são possíveis causas de nulidade parcial. “Se a parte nula é essencial a todo o negócio jurídico, nulo é todo ele. Não há contrato, se é nula a oferta, ou se é nula a aceitação. A inseparabilidade resulta da natureza do negócio ou do ato jurídico **stricto sensu**, ou da subordinação do todo à parte nula, no caso de saberem os que manifestaram a vontade, ou de o saber o que a manifestou, que seria nula a parte. Isto é: qual teria sido a conduta deles, ou dele, quanto ao resto. Certo, quem quis o ato jurídico o quis todo, mas as circunstâncias podem mostrar que se quis o resto, ainda sem a parte. Assim se chega à discriminação

do suporte fático em mínimo que seria de admitir-se (desejar-se) e máximo que seria atingível pela nulidade sem que se excluísse o resto”⁽³²⁾.

O princípio de nosso ordenamento está consignado no art. 153, nestes termos: “A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

Para PONTES DE MIRANDAZ, este princípio resulta da “**unidade** do ato jurídico, a despeito da sua complexidade; as exceções emanam dessa complexidade, quando se afrouxa o laço interno a ponto de se terem por separáveis as partes dele. Por isso mesmo, se há pluralidade de atos jurídicos, o princípio primeiro é o **princípio da não-contagiação** e só excepcionalmente da dependência íntima entre eles, ou parte deles, permite que se abra brecha ao princípio, em que uma das pessoas figurantes é menor de dezesseis anos, e por ele foi vendida casa em que cada pessoa tinha parte indivisa, primeiro se há entender que é nulo todo ele, e não só parte do menor, cabendo ao adquirente alegar e provar a validade do negócio jurídico no tocante às partes não alienadas pelo menor. A solução do direito comum – lógica, no sistema que ele adotara – seria a nulidade só da parte do negócio jurídico concernente ao menor, salvo aos interessados a alegação e prova da contagiação”⁽³³⁾.

No direito alemão a regra é inversa; Dispõe o § 139 do BGB: “Se uma parte de um negócio jurídico for nula, será todo o negócio jurídico senão deve ser admitido que, mesmo sem a parte nula, havia de ser ele realizado”.

Ensina VON THUR que para “aplicar-se esta disposição, o juiz deve colocar-se no lugar das partes e perguntar-se que haveriam estabelecido elas em caso de saber que a cláusula proibitiva carecia de eficácia. Não se trata de interpretar a sua vontade, pois, na realidade, (inclusive o elemento nulo) os contratantes quiseram todo o negócio, inclusive o elemento nulo, a não ser na hipótese que incumbe ao juiz estabelecer, e que tem por objeto imaginar como se haveria configurado a vontade das partes em caso de apresentar certas circunstâncias. O ponto de partida, como diz VON THUR, é que as partes medem e regulamentam razoavelmente os seus interesses. Do que se depreende que o elemento do negócio que não está afetado pela nulidade é válido quando, segundo o ponto de vista da parte – ou das partes, em caso de negócio plurilateral –, constitui o principal ou, ao menos, o mínimo desejável com relação a todo o negócio assim como estava projetado”⁽³⁴⁾.

(32) PONTES DE MIRANDA – Tratado – vol. IV – pág. 51/2.

(33) PONTES DE MIRANDA – Tratado – pág. 52 – tomo IV

(34) ANDREAS VON THUR – Derecho Civil – vol. III/I., pág. 314/5.

Observa-se aqui, que PONTES DE MIRANDA adota os princípios formulados por ANDREAS VON THUR, ao determinar a aplicação de que é nulo todo negócio, mandando, ainda, que as partes devem manifestar-se quanto à parte desejável.

O nosso sistema difere do sistema alemão. Entre nós, a regra geral é que a nulidade total deve ser provada. E o ônus da prova incumbe a quem assume a nulidade total.

Do mesmo modo, na doutrina italiana, como diz STOLF: “A regra só não é aplicável, quando resulta que os contratantes não teriam realizado o ato sem aquela parte de seu conteúdo que é inválida. Isto significa que entre as duas partes do ato pode estabelecer-se uma relação de principal e acessória e distinguir conforme a nulidade afete a principal ou a secundária; na primeira hipótese a nulidade parcial equivale à total, e, por conseguinte, a ineficácia da disposição principal se estende as que dela dependem; na segunda hipótese a nulidade parcial afeta unicamente a disposição acessória e deixa intacta a principal”⁽³⁵⁾.

Em conclusão, podemos afirmar que em razão da invalidade de uma parte do negócio jurídico, esta restará inválida. No caso da nulidade, segue os mesmos pressupostos da mesma, em sua extensão.

A parte declarada nula, como inválida que é, não entrará no plano de eficácia, pois a porção nula do conteúdo preceptivo do negócio é destituída de validade. Muitos autores, entre eles, CRISCUOLI, diz que “é destituída de nenhum efeito jurídico”.

¹ Com base nos três planos distintos em que atua o negócio jurídico, na lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO consideramos inválida a parte que não apresenta os requisitos, as qualidades exigidas pela lei para permanecer no mundo jurídico. Quer dizer que, os elementos contidos naquela parte, sejam gerais, sejam categorias ou particulares, restarão destituídos de qualidades.

Na introdução do presente estudo, mostramos que muitas vezes, a invalidade do negócio, muitas vezes, se subsume na inexistência, em razão da proximidade dos dois planos, e do seu paralelismo, em razão da proximidade dos dois planos, e do seus paralelismo. Então, não podemos dizer que a parte nula é destituída de efeitos, mas, inválida, isto é, destituída de qualidades que a fazem estar de acordo com as regras jurídicas. Pois, muitas vezes, pode ocorrer que a parte nula, apresente-se eficaz, o que ocorre nos casos em que advenha um fator de eficácia.

(35) STOLFI – op. cit., pág. 81.

Por outro lado, pode acontecer que a parte dita válida, seja ineficaz, por falta de um fator de eficácia.

É o que veremos, com maior cuidado, a seguir, quando tratarmos das conseqüências da nulidade parcial.

5. – A nulidade parcial – características:–

Para que ocorra a nulidade parcial é preciso que haja separabilidade das partes. Como diz PONTES DE MIRANDA: “tem o juiz de verificar se o objeto do ato jurídico permitirá que se separassem as partes dele, correspondentes aos diferentes figurantes. Somente após a resposta quanto à possibilidade da separação, é que se há de inquirir do que quiseram as pessoas, e se teriam querido o mesmo, se soubessem que a parte ou partes do ato jurídico seriam tidas por nulas. Naturalmente, já se não cogita da pessoa ou das pessoas que derem causa à nulidade. A mesma atitude se deve assumir em face das outras nulidades: se proveio de infração de regra jurídica sobre forma, ou se ilícito ou impossível o objeto, ou se foi preterida alguma solenidade, que a lei considere essencial à validade, ou se há regra jurídica especial sobre a nulidade (art. 145, II-V)”⁽³⁶⁾.

A nulidade parcial, como assevera CRISCUOLI, é uma sanção que corresponde a um **estado de não ser jurídico** (stato di non essere giurídico) da parte negocial inválida.

Sabemos que uma das características essenciais da nulidade é a sua insanabilidade. Mas, vimos que muitas vezes, por exceção a essa regra geral, é possível a sua sanabilidade. Vimos, também, que o nulo pode produzir efeitos, o que faz com que na nulidade parcial, na obsta a que estas exceções surjam, de modo que todo o ato possa ser considerado válido, para efeitos de penetrar no mundo da eficácia.

Conforme as palavras de CRISCUOLI: “Se il dichiarante o i contraenti hanno intezione di diteneere gli effetti della parte negoziale nulla, unitamente a quelli della parte valida, devono o ripetere il negozio, eliminando (a quelli della parte la causa della nullità parziale, ovvero accettare, intanto, gli effetti del negozio per la parte valida e contemporaneamente creare **ex novo** un altro negozio avente lo stesso oggetto della pattuizione nulla, ma purificato dalla sua causa di nullità, collegandolo al precedente per i rraggiugimento dell’effetto generale originariamente disato”⁽³⁷⁾.

Outra particularidade, é aquela apontada por PONTES DE MIRANDA, de que o art. 153 não incide sobre os atos de disposição: pois, precisa-se rein-

(36) PONTES DE MIRANDA – Tratado – vol. IV, pág. 53.

(37) CRISCUOLI – op. cit., pág. 261.

vidicar a coisa, pois a disposição tem de ser desfeita pela restituição. “A sentença por exemplo, quanto à nulidade do contrato de compra e venda somente descontinua esse contrato: não vai à disposição, que foi cumprimento. Razão por que se há de pedir a restituição. O juiz que determinasse a volta da coisa entregue, julgaria **ultra petita**: em ação constitutiva, negativa, executória”.

Outra característica é a de que, em se tratando de ato parcialmente nulo, o juiz pode decretar de ofício, “para além do alegado; ou se julgar provada a nulidade da parte separável. A exigência da alegação só concerne à anulabilidade; quanto à nulidade, somente a regra jurídica especial pode excluir a decretação de ofício. Donde se conclui que a diferença é **a priori** e se prende aos dois conceitos de nulidade e anulabilidade. No mesmo negócio jurídico, é de ocorrer que uma parte seja nula, e outra, anulável. Então, se separáveis, cada uma se rege por seus princípios próprios. Se há três partes e uma delas nem é nula, nem anulável, a separabilidade permite que a terceira fique a coberto pela regra “**Utile per inutile vitiatur**”⁽³⁸⁾.

Postas essas características primordiais, passaremos às conclusões de nosso estudo, adiantando desde já, que em razão da profundidade do tema e dos inúmeros problemas que envolve, não nos foi possível tecer maiores considerações a respeito da várias espécies de aplicabilidade da nulidade parcial.

6. – Conclusões:—

Em nossas noções introdutórias mostramos os três planos apresentados por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, nos “quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém a plena realização”.

Vimos que para que um negócio seja válido, precisa existir, e que quando inválido, permanece apenas no plano da existência, uma vez que não se pode confundir os dois planos em que se projeta o negócio. Isto tem a sua razão de ser, pois a maioria dos doutrinadores confundem a invalidade do negócio com a sua ineficácia, o que não pode ser aceito.

No plano da validade, o que se busca são as qualidades de que se reveste o negócio, qualidades essas consideradas requisitos, que são os caracteres exigidos pela lei, para a sua conformidade legal. Diante do princípio da autonomia da vontade, em que os efeitos do negócio devem ser aqueles que estão na dependência dos **efeitos manifestados como queridos**, os que os diferencia como uma espécie de fatos jurídicos, lei impõe limites a essa autonomia, ao conteúdo

(38) PONTES DE MIRANDA – op. cit., pág. 51.

preceptivo do negócio que deve respeitar os requisitos requeridos pelo ordenamento.

Isto tem a sua importância, pois quando se dá a nulidade parcial, ou melhor, a invalidade parcial, o que se tem em vista, é não-regularidade do ato ou negócio, a falta de qualidades após aos elementos, sejam eles, gerais, constitutivos ou particulares, que se configuram no plano da existência. Assim, não se pode considerar a nulidade como a falta de produção de efeitos do ato, mas, sim, como falta de regularidade que faz com que seja insusceptível de entrar no plano da eficácia, e completar a sua realização.

Outra característica apontada é a de que, um ato pode ser considerado inválido, mas mesmo assim, produzir os efeitos, e isto, se aplica ao nosso tema, a nulidade parcial, pois um ato parcialmente inválido, pode, por sua vez, ser eficaz.

A nulidade, diante das palavras de BETTI e de CRISCUOLI é considerada a sanção mais grave imposta pela lei, e com ela, o ato torna-se impossível de convalidação.

Em JAPIOT, o critério da distinção é o interesse público ou privado, abolindo a dicotomia entre atos nulos e anuláveis, levando em consideração que a invalidade corresponde a uma sanção. Desse modo, a invalidade se fundamenta no direto de crítica dirigido contra o ato, cujo escopo é prático, no sentido de suprir o fato objetivo que é a consequência do ato. Assim, criticando a doutrina clássica, para JAPIOT a invalidade não se considera um estado do ato. Desse modo, não se pode considerar o ato nulo, como aquele desprovido de efeitos, como é corrente na doutrina.

Quanto a classificação das nulidades em absoluta e relativa, LUTZESCO demonstra que “a teoria das nulidades não está estruturada sobre princípio imutáveis; quer se trate de nulidades absolutas ou relativas, em um como em outro caso, só existem lineamentos gerais. Por isso, o legislador estabeleceu a regra, dando a entender que a noção de ordem pública está protegida pela nulidade absoluta”. Questiona LUTZESCO, se através das disposições destinadas à proteção de um interesse privado não existem os elementos de ordem pública. Responde o autor, com a sua negativa, mostrando que as renúncias antecipadas a tal proteção seriam a melhor prova para desmentirmos. O fato é que, “enquanto a nulidade absoluta tem por missão assegurar **diretamente** a salvaguarda do interesse geral, a nulidade relativa tem por fim direito e imediato defender o interesse privado, vale dizer, o interesse protegido (do particular), mas indiretamente também obra em proveito do interesse geral, pois através de seus efeitos sempre é o interesse público o protegido. Ao condenar o dolo e a fraude,

pergunta, não se trata de realizar o máximo de moralidade nas relações jurídicas de carácter contratual?”

Mas, não deixa de assinalar LUTZESCO os numerosos aspectos da noção de ordem pública. E por outro lado, a nulidade deve modelar-se segundo a natureza das relações sociais que cada dia mudam. Assim, em se tratando da teoria das nulidades, não se pode esperar uma consagração rígida e abstrata de algumas regras inflexíveis face às necessidades sociais. Nada mais falso. Tratando-se de nulidades absolutas ou relativas, “solo habrá, lo repetimos, directrices de ordem más o menos teórico, directrices que deben necesariamente, dar pueba de cierta flexibilidad frente a las dificultades provocadas por las contingencias del medio”⁽³⁹⁾.

Acrescenta, ainda, LUTZESCO, que “este é todo o segredo da sanção, condenando ou que é contrário à lei, não deve destruir o que não o é. É esta também a razão do aparecimento da nulidade absoluta que carrega a ineficácia total, ou a ineficácia parcial do ato ilícito. Mas, esta flexibilidade não se obterá, pesando, à maneira clássica, os vícios ou enfermidades que tenham afetado o ato jurídico. Não será somente pela apreciação do aspecto de validade do ato de vontade, mas colocando a intenção das partes contratantes frente a frente com o fim social; a nulidade se derivará em certa forma, da natureza do interesse que tenha predominado na opinião do legislador, sem que se possa ignorar o fundo do ato de vontade. Em todo caso, se se quiser conhecer a nulidade que haverá de aplicar-se, é necessário investigar, antes de tudo, se neste conflito a lei tratou de proteger o interesse público ou o interesse privado, em outros termos, a solução será dada pelo fim da lei”⁽⁴⁰⁾.

É de suma importância, para as conclusões e nosso estudo as palavras acima formuladas por LUTZESCO. Pois, em se tratando de nulidade parcial, fim a informar será o interesse público ou privado, levando em consideração, sempre que possível, o velho e antigo brocardo */utile per inutile non vitiatur/* que informa todo o princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, pois estes devem, antes de tudo, procurar ser conservados o mais possível, aproveitando-se ao máximo as partes dos atos que podem ser convalidadas. Além disso, o princípio da economia jurídica, e o pressuposto necessário, o qual fornece o cânone do “*utile per inutile*”, numa base concreta. Pois, “la conservazione del negozio parzialmente nullo, quando non risulti essenziale la sua parte inválida, riposa, quindi, si una presunzione di ordine lógico e práctico rigorosissima, conforme perfettamenteemente al principio della economia giuridica”, como afirma CRISCUOLI.

(39) GEORGES, Lutzesco. Teoria y Practica de Las Nulidades, p. 242.

(40) LUTZESCO – op. cit., p. 242.

Assim, chega-se à conclusão de que o que deve informar a nulidade parcial é este princípio, em razão do fato de que a clássica distinção entre nulidades absolutas e relativas, não pode mais prevalecer, em virtude do fato de que, como sanção, o seu caráter é envolvido pelo interesse privado ou público, previamente determinado pelo legislador e que sofrem variações no meio social mudando conforme a época.

Uma vez que em nossos sistemas, tal qual o italiano, o princípio da nulidade parcial é regra, e a total a exceção, faz com que quem a invoca tenha o ônus que ela tem o seu fundamento na particular intenção prática das partes, diferentemente do tratamento dado pelo Código alemão, em que o ônus da prova incumbe a quem invoca a nulidade parcial.

Assim, de acordo com que propõe BETTI, “o tratamento no sentido da invalidade parcial pressupõe, como é evidente, que a cláusula inválida pode cindir-se em duas disposições distintas, susceptíveis uma de se manter e a outra de ser eliminada, ou, respectivamente, que as várias disposições de que consta o negócio, podem ser tratadas como independentes umas das outras, de modo que a invalidade de uma, ou de algumas, possa circunscrever-se a elas e não tenha influência sobre a validade das outras, e seja com elas compatível. Porém, quando a disposição inválida é aquela que seria, de per si, válida, estejam, pelo contrário, conjugadas entre elas por um vínculo de unidade ou de subordinação, a regra “*utile per inutile non vitiatur*” já não tem fundamento”.

Mas, para a aplicação desses princípios todos, necessário se faz que se leve em conta, da melhor maneira possível, o princípio da conservação, tendo como pressuposto e fundamento a idéia de que a clássica classificação das nulidades em absolutas e relativas, já não pode mais permanecer, pois é o interesse público ou privado, que faz que o legislador as leve em conta, como sanção ao preceito da autonomia privada.

BIBLIOGRAFIA

- CORREIA, Ferrara – Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico, 2ª ed., Atlântida, Coimbra, 1968.
- ALONSO, Eduardo Serrano – La Confirmacion de Los Negocios Jurídicos, Tecnos, Madrid, 1976.
- LARENZ, Karl – Base del Negocio Juridico y Cumplimiento de Los Contratos – Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1956, trad. Carlos Fernandez Rodriguez.
- LARENZ, Karl – Base del Negocio Juridico y Cumplimiento de Los Contratos – Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1956, trad. Carlos Fernandez Rodriguez.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de – Negócio Jurídico – existência, validade e eficácia – Saraiva, S. Paulo, 1974.
- VON THUR, Andreas – Derecho Civil – Teoria General – Vol. II, parte 1, Depalma, Buenos Aires, 1947, trad. direta do alemão p/Tito Ravá.

- ENNECCERUS, LUDWIG-NIPPERDEY, HANS CARL – Derecho Civil – Parte General – vol.2, Bosch. Barcelona, 2ª ed., 1950 – trad. da 39ª ed. alemã p/Blas Perez Gonzalez e José Alguer.
- ALBALADEJO, Manuel – El Negocio Jurídico – Bosch. Barcelona, 1958.
- GROSSI, Emidio – Nullità del Negozi Giuridici – Genova, Ed. Angelo Lombardo, 1916.
- LUTZESCO, Georges – Teoria y Practica de Las Nulidades, Porrúa S/A., México, 1975, trad. de Manuel Romero Sánchez e Julio Lopez de la Cerda.
- STOLFI, Giuseppe – Teoria del Negocio Jurídico – Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959, trad. e notas p/Jaime Santos Briz.
- CRISCUOLI, Giovanni – La Nullità Parziale del Negocio Giuridico, Giuffrè, Milão, 1959.
- FERRI, Luigi – L'Autonomia Privata – Giuffrè, Milão, 1959.
- GIORGIANI, Michele – La Causa del Negozio Giuridico, Giuffrè, Milão, 1974.
- IRTI, Natalino – La Ripetizione del Negozio Giuridico, Giuffrè, 1970, Milão.
- GARCEZ, Martinho – Nulidades dos Actos Juridicos – vols. 1 e 2, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1910, 2ª ed.
- MIRANDA, Pontes de – Tratado de Direito Privado – Borsoi, Rio de Janeiro, 1965 – vol. IV
Idem, ibidem – tomo V.
- SOCONAMIGLIO, Renato – Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico, 2ª ed., Dott. Eugenio Jovente, 1969, Nápoles.
- BEVILAQUA, Clóvis – Teoria Geral do Direito Civil – 2ª ed., Francisco Alves, Rev. e atualizada por Caio Mario da Silva Pereira, Rio de Janeiro, 1976.
- GUGGENHEIM, Daniel – L'Invalidité des Actes Juridiques – Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970.
- BETTI, Emílio – Teoria Geral do Negócio Jurídico – Vols. I, II e III, Coimbra, Ed. Coimbra, 1969, trad. de Fernando de Miranda.
- GAUDEMET, Eugene – Théorie Générale des Obligations – pub. p/H. Desbois e J. Goudemet-Sirey, Paris, 1965, reimpressão da ed. de 1937.
- WINDSCHEID, Bernardo – Diritto delle Pandette – Trad. Fadda e Bensa, Torinese, Turim, 1925, vol. I.
- DERNEBURG, Arigo – Pandette – vol. I – parte 1ª, trad. da 6ª ed. alemã p/Francesco Bernardino Ciccala, Fratelli Bocca ed., Turim, 1906.
- CARVALHO, Francisco Pedreira de Bulhões – Ineficácia do Ato Jurídico e a Reforma do Código Civil – Rio de Janeiro, 1966.

Relação das teses defendidas na Faculdade de Direito em 86

DISSERTAÇÕES E TESES

1. Área: Direito Processual
Autor: Jorge Luiz de Almeida
Dissertação: “EFICÁCIA DO JULGADO PENAL SOBRE O INTERESSE CIVIL”
Orientador: Cândido Rangel Dinamarco
Defendida em: 01/4/1986
2. Área: Direito Processual
Autor: José Raul Gavião de Almeida
Dissertação: “DA LEGITIMIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA”
Orientador: Cândido Rangel Dinamarco
Defendida em: 02/4/1986
3. Área: Direito Civil
Autor: José Roberto Pacheco Di Francesco
Dissertação: “DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE PARENTES”
Orientador: Antonio Junqueira de Azevedo
Defendida em: 09/4/1986
4. Área: Direito Processual
Autor: Nelson Hanada
Tese: “AS AÇÕES DE DEPÓSITO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO”
Orientador: Cândido Rangel Dinamarco
Defendida em: 14/4/1986
5. Área: Direito do Estado
Autor: Anna Britto da Rocha Acker
Dissertação: “PODER NORMATIVO E REGIME DEMOCRÁTICO”
Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
Defendida em: 18/4/1986

6. Área: Direito Processual
Autor: José Rogério Cruz e Tucci
Dissertação: “DA SUPPLICATIO AO AGRAVO ORDINÁRIO”
Defendida em: 23/5/1986

7. Área: Direito do Estado
Autor: Ronaldo Lindimar José Marton
Tese: “O REGULAMENTO E OS ATOS NORMATIVOS INFRA-REGULAMENTARES NA PRÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO”
Orientador: Antonio Carlos de Araújo Cintra
Defendida em: 27/5/1986

8. Área: Direito Econômico e Financeiro
Autor: Mário Jorge Góis Lopes
Tese: “REGIONALISMO E REGIONALIZAÇÃO ECONÔMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO”
Orientador: Eros Roberto Grau
Defendida em: 09/6/1986

9. Área: Direito Processual
Autor: José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino
Dissertação: “PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL”
Orientador: Rogério Lauria Tucci
Defendida em: 30/6/1986

10. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito
Autor: Clareci Mezzomo
Dissertação: “CONTROLE SOCIAL PELA SANÇÃO”
Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior
Defendida em: 11/9/1986

11. Área: Direito Internacional
Autor: Paulo Borba Casella
Tese: “APODERAMENTO ILÍCITO DE AERONAVES”
Orientador: Irineu Strenger
Defendida em: 12/9/1986

12. Área: Direito Civil
Autor: José Carlos Rocha de Carvalho
Tese: “HONRA E VERDADE NA INFORMAÇÃO”
Orientador: Walter Moraes
Defendida em: 17/9/1986

13. Área: Direito Civil
Autor: Renata Helena Petri Gobbet
Dissertação: “ASPECTOS DOCTRINÁRIOS DA INVALIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO PRIVADO”
Orientador: Antonio Junqueira de Azevedo
Defendida em: 07/10/1986
14. Área: Direito do Estado
Autor: Alaor Caffé Alves
Tese: “ESTADO, APARÊNCIA E REALIDADE”
Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
Defendida em: 09/10/1986
19. Área: Direito Comercial
Autor: Mauro Rodrigues Penteadó
Tese: “AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO”
Orientador: Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Defendida em: 24/10/1986
20. Área: Direito Civil
Autor: José Luiz Gavião de Almeida
Dissertação: “FILIAÇÃO INCESTUOSA – RECONHECIMENTO”
Orientador: Alvaro Villaça Azevedo
Defendida em: 29/10/1986
21. Área: Direito Comercial
Autor: Marcos Paulo de Almeida Salles
Dissertação: “UMA CONTRIBUIÇÃO À ANÁLISE DOS DEBÊNTURES”
Orientador: Mauro Brandão Lopes
Defendida em: 31/10/1986
22. Área: Direito Civil
Autor: Ivani Martins Ferreira Giuliani
Dissertação: “CASAMENTO INEXISTENTE”
Orientador: Walter Moraes
Defendida em: 3/11/1986

23. Área: Direito Comercial
Autor: Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto
Dissertação: “ASPECTOS JURÍDICOS DA EMISSÃO DE
DEBÊNTURES CONVERTÍVEIS EM AÇÕES”
Orientador: Mauro Brandão Lopes
Defendida em: 6/11/1986
24. Área: Direito Civil
Autor: Daisy Gogliano
Tese: “O DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS”
Orientador: Rubens Limongi França
Defendida em: 18/11/1986
25. Área: Direito Internacional
Autor: Regina Barbara Nigro Mazon
Dissertação: “FREI FRANCISCO DE VITÓRIA: SUA CONTRIBUIÇÃO
AO CONCERNENTE À “RELECCIO DE INDIS”
E “RELECCIO DE JURE BELLI”
Orientador: Vicente Marotta Rangel
Defendida em: 19/11/1986
26. Área: Direito Civil
Autor: Eugênio Facchini Neto
Dissertação: “RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DE
OUTREM”
Orientador: Yussef Said Cahali
Defendida em: 28/11/1986
27. Área: Direito do Estado
Autor: Norberto Guarinello
Dissertação: “DO DECRETO-LEI”
Orientador: José Cretella Junior
Defendida em: 1/12/1986
28. Área: Direito Internacional
Autor: Wanda Vilardo de Mello
Dissertação: “REGIME JURÍDICO DAS ILHAS OCEÂNICAS
BRASILEIRAS”
Orientador: Vicente Marotta Rangel
Defendida em: 02/12/1986

29. Área: Direito Penal
Autor: Augusto Martinez Perez
Dissertação: “REABILITAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO”
Orientador: Paulo José da Costa Junior
Defendida em: 05/12/1986

30. Área: Direito Civil
Autor: Jaira Grandisoli Parreira
Dissertação: “ASPECTOS LEGAIS DA ESTERILIZAÇÃO
VOLUNTÁRIA DO HOMEM E DA MULHER”
Orientador: Alvaro Villaça Azevedo
Defendida em: 05/12/1986

31. Área: Direito Civil
Autor: Helio Borghi
Dissertação: “A LESÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO”
Orientador: Fabio Maria de Mattia
Defendida em: 19/12/1986

32. Área: Direito Econômico e Financeiro
Autor: Geraldo Facó Vidigal
Tese: “MACROINTERESSES-UM TEMA DE DIREITO ECONÔMICO”
Orientador: Fábio Nusdeo
Defendida em: 04/6/1987

33. Área: Direito do Estado
Autor: Dirceo Torrecillas Ramos
Dissertação: “TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL ESPANHOLA -
(1975-1978)”
Orientador: Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Defendida em: 12/6/1987

O Novo Diretor da Faculdade de Direito: Professor Doutor Dalmo de Abreu Dallari

No dia 14 de julho de 1986 foi empossado o novo Diretor da Faculdade de Direito, Professor Doutor DALMO DE ABREU DALLARI.

Nascido em Serra Negra, no Estado de São Paulo, em 31 de dezembro de 1931, filho de Bruno Aguinaldo Dallari e de D. Áurea de Abreu Dallari, foi aluno, naquela cidade, do Externato Sagrada Família e do Grupo Escolar Lourenço Franco de Oliveira, onde concluiu o curso primário. No ano de 1947 a família transferiu-se para São Paulo, com o objetivo de proporcionar aos filhos a possibilidade de prosseguirem nos estudos.

Tendo-se mudado para São Paulo em 1947, o Professor Dalmo de Abreu Dallari foi aluno do Colégio Estadual Presidente Roosevelt, onde concluiu o curso clássico em 1952. No início do ano seguinte ingressou na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, mediante aprovação nos exames vestibulares, tendo concluído o curso de bacharel em ciências jurídicas e sociais no ano de 1957.

Durante o período em que foi aluno do curso de bacharelado sua atividade acadêmica foi muito intensa, tendo sido presidente da Academia de Letras da Faculdade e redator-chefe do jornal e da revista XI de Agosto, sendo premiado pelo Ministério de Educação e Cultura pela publicação do melhor órgão de imprensa estudantil do Brasil. Teve também ativa militância política, chegando a ocupar a presidência do Partido Acadêmico Libertador, pelo qual concorreu à presidência do Centro Acadêmico XI de Agosto no ano de 1956.

Ainda como estudante foi selecionado para integrar a representação paulista no V Congresso Jurídico Estudantil Brasileiro, realizado em Belo Horizonte no ano de 1955. Foram seus companheiros, nessa oportunidade, os acadêmicos José Afonso da Silva, que hoje é também Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Luiz Vicente Cernichiaro, agora Professor da Universidade de Brasília, Mário Chamie, poeta e jornalista que foi Secretário

da Cultura no Município de São Paulo, Donaldo Armelin, atualmente Procurador do Estado de São Paulo e Ronald Caputo, tributarista e empresário, radicado em Santa Catarina.

Após a conclusão do curso de bacharelado o Professor Dalmo de Abreu Dallari realizou vários cursos de Especialização na Faculdade de Direito da USP, os quais eram dados em nível de pós-graduação, antes da criação dos cursos de Mestrado e Doutorado no Brasil. Fez também um curso de Língua e Civilização Francesas, no Instituto Católico de Paris.

Desde o curso de Especialização iniciou colaboração informal, visando o ingresso na carreira docente, com o Professor José Carlos de Ataliba Nogueira, sob cuja influência decidiu especializar-se em Teoria Geral do Estado. No ano de 1963 prestou concurso para a Livre Docência dessa disciplina, na própria Faculdade de Direito da USP, obtendo aprovação e passando a integrar o quadro de docentes da Faculdade a partir de março de 1964. Desenvolveu, então, intensa colaboração com o Professor Ataliba Nogueira, que o tomou como assistente e lhe deu a incumbência de reger a disciplina no curso noturno.

Poucos meses depois, tendo o Professor Ataliba Nogueira assumido o cargo de Secretário da Educação do Estado de São Paulo, o Professor Dalmo de Abreu Dallari ficou encarregado da regência do curso de tipos de Estudos Modernos, em nível de Mestrado. Inicia-se aí uma fase de intensas atividades universitárias, ao mesmo tempo em que são dados os primeiros passos para a resistência às ofensas aos direitos fundamentais dos brasileiros, decorrentes da deposição do presidente constitucional João Goulart e restauração de um governo militar.

Desde então o Professor Dalmo de Abreu Dallari passou a ocupar posição destacada na denúncia de violação de direitos e na exigência de restauração da normalidade democrática. Por meio de conferências, proferidas em muitos pontos do Brasil, sobretudo a convite de organizações estudantis, comunitárias e profissionais, bem como através de entrevistas freqüentes e da publicação de artigos no jornal 'Folha de S. Paulo', sua presença foi marcante, na exigência de respeito à dignidade e aos direitos dos perseguidos políticos. Suas denúncias tiveram grande repercussão no Brasil e no exterior, sobretudo a partir de 1972, quando ajudou a organizar a Comissão Pontifícia Justiça e Paz, da Arquidiocese de São Paulo, da qual foi o primeiro Presidente, colaborando estreitamente com o Cardeal-Arcebispo de São Paulo, D. Paulo Evaristo Arns, um dos mais corajosos e eficientes defensores dos Direitos Humanos nesse período.

Em função de suas atividades universitárias e de sua participação em grupos e entidades defensoras de pessoas e segmentos sociais marginalizados,



escreveu inúmeros trabalhos e participou de muitos cursos, congressos e seminários no Brasil e no exterior, retirando diretamente de sua prática os elementos para uma produção teórica realista e atualizada.

No ano de 1974 foi o vencedor de concurso público para Professor Titular de Teoria Geral do Estado, apresentando tese denominada "O Futuro do Estado". Prosseguindo em suas atividades universitárias o Professor Dalmo de Abreu Dallari vem ministrando cursos em nível de graduação e pós-graduação, além de promover cursos extracurriculares e de colaborar com instituições de apoio à pesquisa. Por tudo isso e por ter estado sempre à frente de movimentos de defesa da democracia e dos Direitos Humanos foi o nome que recebeu maior votação dos professores, estudantes e funcionários da Faculdade de Direito em consulta informal para escolha do novo Diretor da Faculdade. Depois disso foi incluído em lista triplíce organizada pela Congregação da Faculdade e, finalmente, escolhido pelo Magnífico Reitor José Goldemberg para Diretor da velha Academia do Largo de São Francisco.

O Professor Dalmo de Abreu Dallari foi casado em primeira núpcias com a Dr^ª Martha Bohomoletz de Abreu Dallari, já falecida, tendo desse casamento os filhos, Pedro, Martha Maria, Bruno, Maria Paula, Mônica e Renata. É casado atualmente com a Dr^ª Sueli Gandolfi Dallari, acrescentando-se aos seus filhos, por esse casamento, mais uma filha, Maria Beatriz. Tem um neto, Paulo, filho do Dr. Pedro Dallari.

DISCURSO DE POSSE COMO DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

11 de Agosto de 1986.

Dalmo de Abreu Dallari

Na sabedoria milenar da Bíblia, diz o livro do Eclesiastes: “todas as coisas têm seu tempo, e para cada ocupação chega a sua hora debaixo do céu”. É chegado o meu tempo de ser Diretor desta Faculdade de Direito e creio que chego no tempo certo.

A caminhada até aqui foi trabalhosa e cheia de obstáculos, alguns resultantes de minhas limitações, outros decorrentes da ordem de desiguais em que vivem os brasileiros e outros ainda colocados pelos que detestavam a minha busca. Mas foi um período de aprendizado, de amadurecimento, de preparação, de estímulo à persistência e de recomendação à tolerância, de crescimento intelectual e social, sem deixar de ouvir as advertências da humildade.

Hoje sei o que são as coisas, sei discernir o homem do homem, sei o que posso e devo ousar, sei da existência das renúncias inevitáveis, sei que há ganhos definitivos e perdas irreparáveis. Hoje sei quando é tempo de semear e sei o que posso esperar da minha sementeira.

Meu ponto de partida foi uma pequena e modesta cidade, oculta nos contrafortes da Mantiqueira: Serra Negra, cidade que não tinha mais do que o Grupo Escolar para a formação intelectual de seus filhos. Meu ponto de partida foi uma família modesta, mas fortalecida pela fé, pelo amor ao trabalho, pela crença na supremacia do espírito, por uma consciência reta, haurida no cristianismo, e por um firme compromisso com a justiça.

Mais tarde, impulsionado por aspirações que moviam todo o grupo familiar, vim a São Paulo e acabei entrando para o sonhado ambiente das Arcadas do Largo de São Francisco. Aqui cheguei entrando pela porta estreita da competição aparentemente igual entre os desiguais. As regras eram as mesmas para todos, mas as oportunidades de preparação tinham sido diferentes desde o ponto de partida. Aqui conheci grandes amigos e companheiros, mas também tive a lição da hipocrisia, da deslealdade e do oportunismo. Aprendi a venerar a tradição enquanto ela representa um testemunho, um repositório de contribui-

ções afetivas e culturais e aprendi também a repudiar a falsa tradição, a maliciosa alegação do precedente histórico para justificar privilégios e iniquidades, ou a tradição como simples exterioridade, ritual pomposo e vazio desprovido de espiritualidade.

Aqui acompanhei o crescimento de pessoas notáveis pela integridade moral, pela cultura cada vez mais vasta e sólida, pelo amor à Justiça e pela crença inabalável no Direito como o meio de realizá-la, mas vi também que alguns foram passando à primeira fila por talentos muito menos respeitáveis e sem as bênçãos da Justiça.

A sociedade brasileira também me proporcionou um aprendizado de extraordinária riqueza. Trabalhei e estudei sem descanso, vi e ouvi com olhos do ver e ouvidos de ouvir, lutei e prossegui, sem jamais me considerar derrotado, pois minha busca não admitia retrocessos ou estagnação. E prossegui sempre, apesar de tudo. Sem me desprender das origens fui passando por diferentes estágios intelectuais e sociais, fui testemunho das injustiças contidas nas marginalizações e nas premiações sem correspondência com o mérito e o esforço. Vi que muitos adotam a prepotência como norma, a satisfação de sua vaidade como objetivo, o atendimento de suas ambições e conveniências como lei suprema. Essa foi a visão que tive da ordem jurídica e social brasileira.

Tudo isso me fez ver que a chamada “ordem jurídica” pode ser aquilo que num grito de angústia e de revolta foi denunciado pelo notável escritor e líder negro James Baldwin como “uma forma legal de promover injustiças”.

Assim é chegado o meu tempo de ser Diretor desta Faculdade de Direito, para realizar alguma coisa que deveria ser realizada neste tempo. Recolho em minha consciência e minha experiência as indicações sobre os fins que deverei perseguir e os meios que deverei usar. Sei que esta Academia de Direito não começa comigo e não terminará em mim. Mais de um século e meio de vida não se acumulam como obra do acaso e muitas das experiências aqui vividas deixaram contribuições para os séculos futuros. Sei também que nada realizarei sozinho, pela natureza e amplitude das tarefas que assumo, como pela simples circunstância de que nenhum ser humano pode prescindir de outros, tanto para sua realização individual quanto para a consecução de objetivos sociais.

Por esses motivos, num apelo veemente à ajuda de todos, para a realização de tarefas que são de nosso interesse comum, passo a enunciar uma síntese do que pretendo fazer para justificar minha passagem pela Diretoria da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Parto da consideração de que todo o sistema jurídico brasileiro necessita de profunda renovação. E tenho a convicção de que esta Faculdade, por sua

experiência e por seu prestígio no campo jurídico brasileiro tem especial responsabilidade nessa obra renovadora.

O Brasil é hoje um exemplo eloqüente de legalidade injusta, de ordem jurídica desordenada, de legalismo formalista usado para justificar situações estabelecidas por conveniência de segmentos sociais dominantes, à margem do direito ou contra ele. Em lugar de se fazer alguma coisa porque é legal transforma-se em legal aquilo que se fez ou que se quer fazer. Muito longe de ser “a relação necessária que deriva da natureza das coisas”, conforme a doutrina de Montesquieu, a lei é, quase sempre, apenas expressão arbitrária da vontade dos que têm supremacia econômica, social, ou política ou dos que dispõem da força militar.

O resultado disso é uma sociedade injusta, que procura ocultar suas injustiças numa legalidade de conveniência, que é a negação do Direito e da Justiça. Em notável estudo sobre a relação entre a Justiça Social e o Direito, Marcello Lavenère Machado, advogado e mestre de Direito de Alagoas, assinala que “o direito não se esgota em seu elemento lógico normativo – a lei – mas se compõe também e essencialmente de conteúdo ético que o fundamenta”. Reconhecendo que “não se atingiu ainda, e talvez não seja possível historicamente, a realização de uma justiça material, motivo pelo qual a busca de um direito justo é atividade contínua da comunidade jurídica”, conclui o mestre alagoano: “a perseguição deste objetivo supõe tanto um ensino jurídico quanto uma postura diante da lei, de caráter crítico, e não uma posição meramente legalista”.

É com base nesses pressupostos que me proponho a estimular a acentuação e introdução de características de ensino e pesquisa do Direito, que possam transmitir aos alunos desta escola duas condições que são básicas na formação do profissional de Direito: consciência e competência.

Para aquisição da consciência jurídica é necessário o estudo dos mestres da teoria jurídica, sobretudo daqueles que conseguiram enxergar além dos artigos da lei, mas também é indispensável o contato íntimo dos estudantes com a realidade jurídica, aquela que se encontra na vida social e que não raro tem muito pouco a ver com a “ordem legal”. Através da utilização dos mais variados campos de estágio, bem como por metodologia que supere a monotomia e o monólogo das conferências, enfadonhas para alunos e professores.

Essa formação conscientizadora já contribui para a obtenção de profissionais competentes, mas é preciso e é possível ir também a aspectos materiais. Uma das angústias desta Faculdade é a insuficiência de espaço, agravada pela distribuição dos espaços existentes. Para solução desse problema deverá ser buscada a construção de um anexo, no terreno já disponível e que fica atrás da Faculdade, cabendo-me a satisfação de anunciar que a compreensão e a boa

vontade do Magnífico Reitor José Goldemberg e dos ilustres professores que integram o Fundo de Construções da USP já abriram perspectivas muito favoráveis para consecução desse objetivo.

A par disso, esta Faculdade de Direito deverá introduzir a informática em seu equipamento de ensino, pesquisa e administração. Tanto os professores quanto os pesquisadores e estudantes dos níveis de Graduação e Pós-Graduação deverão familiarizar-se com o uso de computadores, como auxiliares de seu trabalho intelectual.

Com essas e outras inovações a Faculdade passará a usar os meios mais modernos que hoje estão disponíveis, para se integrar na realidade social e influir sobre ela. Vamos trabalhar para a juventude, com a juventude e o Brasil sairá ganhando.

Aí está uma síntese, sincera e franca, do que sou, do que penso e do que considero minha tarefa como Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a escola de Direito mais antiga e mais prestigiosa do país.

Não posso encerrar estas palavras sem um agradecimento caloroso e um apelo veemente. Agradeço a todos os parentes e amigos, que em diferentes situações e em diversas épocas, me acompanharam com sua presença positiva. Agradeço de modo especial aos estudantes desta Casa, generosos, determinados e objetivos, que sempre me foram verdadeiramente amigos e companheiros, espiritualmente identificados comigo e confiantes na minha fidelidade aos propósitos enunciados. Agradeço aos meus colegas professores que me privilegiaram com a ajuda de seu talento e o conforto de sua amizade e que abriram o caminho para que eu fosse seu Diretor. Agradeço também aos funcionários desta Faculdade, que tenho encontrado durante os trinta e três anos de permanência nestas Arcadas e com os quais tenham mantido a boa convivência de amigos e colegas que se respeitam.

Quero, afinal, externar um agradecimento especial ao Magnífico Reitor, Professor Doutor José Goldemberg, que inspirado em nossa identificação de propósitos e de princípios, colocou mais alto do que qualquer outra razão, o interesse maior da Universidade e me honrou com sua escolha. Deixo expresso nesta oportunidade que o Reitor José Goldemberg nada exigiu de mim, não me impôs condições, não negociou comigo: apenas manifestou sua confiança e assim me infundiu a maior das responsabilidades.

Com a mesma sinceridade e a mesma determinação que marcaram até hoje minha vida, começo esta nova etapa, certo de que não me faltarão apoios e de que, a partir desta Faculdade de Direito, iremos juntos trabalhar por uma sociedade em que todos possam ser livre, em que a igualdade perante a lei se justifi-

que pela igualdade de oportunidades e em que, vivendo com espírito de fraternidade, possamos conquistar a PAZ.

Discurso de Posse. Homenagem prestada, em nome da Congregação, pelo Professor José Ignácio Botelho de Mesquita

Excelentíssimo Senhor Professor Dalmo de Abreu Dallari, novo Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da velha Academia do Largo de São Francisco. Em 1974, tomou posse Vossa Excelência do cargo de Professor Titular de Teoria Geral do Estado nesta Faculdade. Contava então Vossa Excelência 42 anos. Quarenta e dois anos de uma vida árdua, que lhe impôs um duro aprendizado antes de o consagrar como professor. É no livro da vida que aprendemos o que devemos ensinar. Boa parte desse aprendizado foi feita aqui, nesta Faculdade. Primeiro como aluno do curso de bacharelado, a partir de 1953. Depois, entre 1960 e 1963, como aluno dos cursos de pós-graduação. Por fim, entre 1963 e 1974, como livre-docente. Em 1974 Vossa Excelência havia dedicado a metade de sua vida a aprender nesta Faculdade o que há de fundamental para a formação do jurista e do professor de Direito.

Expressou-o bem o compromisso que Vossa Excelência assumiu para consigo mesmo, ao tomar posse do cargo de Professor Titular. Disse então:

“Nesta oportunidade, que marca o início de nova etapa de minha existência, assumo também um compromisso: o de respeitar as tradições desta Casa, agindo coerentemente com elas, fazendo por transmití-las mais enriquecidas aos que me sucederem.

Vejo essas tradições – acrescentou Vossa Excelência – numa tríplice perspectiva: a tradição de vanguarda jurídica; a tradição de cultura humanística; e a tradição de lutas em defesa dos valores fundamentais da pessoa humana”

Iniciou-se assim, meu caro professor e amigo, Dalmo de Abreu Dallari, iniciou-se assim o caminho que o elevaria, mais cedo ou mais tarde, mas inexoravelmente, pela força insuperável de sua comunhão com os ideais desta Faculdade, à condição de seu Diretor.

Convém relembrar que em 1974 não era fácil assumir aquele compromisso. E mais difícil ainda que assumi-lo, era dar-lhe o desejado cumprimento. Às

nossas tradições, opunha-se a vigência do Ato Institucional nº 5, expressão do autoritarismo que já nos vitimara antes, em 1932 e em 1937. Em 1932, sufocando a Revolução Constitucionalista e em 1937 golpeando a Constituição de 1934. Era impensável em 1974, que pudesse Vossa Excelência ser então Diretor desta Faculdade.

Quem quer, porém, que se detenha para contemplar a nossa história, a história da Academia, sabe que os regimes autoritários passam e ela permanece. Ela é constante nos seus ideais e no seu ensinamento. A constância é a qualidade daquilo que é impermeável ao tempo e aos tempos. É por isso que se pode falar aqui em tradição. Tradição é isto: é a constância no culto a valores que se creem fundamentais e que só ganha corpo e força na medida em que sobreviva, esse culto, às investidas de seus adversários.

Assumir o compromisso de respeitar uma tradição destas, é prometer assumir riscos, assumir sacrifícios, morder vezes sem contar o pó da derrota, é prometer levantar-se outra vez, contando como único ponto de apoio com a impossibilidade congênita, visceral, de agir de outro modo.

Os seus títulos, senhor professor, e a sua obra de jurista, são marcos fincados ao longo de sua trajetória, que atestam a fidelidade ao compromisso solenemente assumido. Assim são os títulos de Vice-Presidente da Associação Internacional de Juristas Democratas, de Presidente da Associação Brasileira de Juristas Democratas, de Presidente da Comissão Pontifícia de Justiça e Paz, de membro honorário da Associação dos Advogados de São Paulo. E assim também seus livros: *O Renascer do Direito*, *Constituição e Constituinte*, *Que são Direitos da Pessoa*, *Que é Participação Política*, *Vier em Sociedade*.

São títulos e obras que espelham exatamente aquela tríplice perspectiva das tradições da Academia: a vanguarda do direito, o humanismo e a defesa intrasigente dos valores fundamentais da pessoa humana.

Essa conformidade com as tradições desta Academia constitui uma garantia perene de sobrevivência a qualquer regime autoritário. É esta a grande lição, que a Faculdade nos ensina.

E não é difícil entendê-la. Todo regime autoritário repousa sempre sobre uma mentira: a de que prosperidade material do povo e segurança do estado são mais importantes que os direitos fundamentais da pessoa humana. Essa mentira, como todas as demais, não resiste ao confronto com a verdade. No caso, com a verdade elementar de que, onde esses direitos não sejam respeitados, só haverá prosperidade e segurança para alguns, a custa do empobrecimento e da insegurança de todos os demais. Em contacto com a verdade, a autodestruição dos regimes autoritários é uma questão de tempo. Daí a necessidade sempre sentida por todos os governos autoritários com que já lidamos, de silenciar as tradições

desta Casa. O fato é, porém, que nunca o conseguiram, ou nunca o conseguirão de todo. E o resultado é que os regimes autoritários se corrompem e passam, enquanto que as nossas tradições se fortalecem e ficam.

Por isso, se em 1974 era impensável que se tornasse Vossa Excelência, então, Diretor desta Faculdade, era de outro lado perfeitamente previsível que, guardando as tradições da Faculdade, certamente viria a ser seu Diretor no futuro. E o futuro, é hoje.

Saboreie esta vitória, Dalmo de Abreu Dallari. Ela é sua, como é também de todos aqueles que ousaram não calar.

Como sempre, porém, ao vencedor, os amigos recomendam cautela.

A sua vitória representa um grande passo na perspectiva da sua existência, é bem verdade, mas um passo muito pequeno na perspectiva da história de nossas instituições. Não fica menor por isso, mas também não nos dispensa do cuidado de considerar as suas verdadeiras dimensões em face dos dias presentes e dos dias que nos aguardam no futuro próximo.

Vista nesta perspectiva, essa vitória não significa ainda que o autoritarismo tenha enfim sucumbido à própria mentira. Significa apenas que se acha momentaneamente enfraquecido. Malgrado meu, não vejo nos horizontes da Pátria nenhum sinal de que os maus tempos tenham ido embora. No centro dos ciclones – dizem os entendidos – no olho do furacão, não há vento, reina sempre uma silenciosa calma. É nesse momento, que os mais avisados restauram suas forças, recompõem seu abrigo e se aprestam para enfrentar o resto da tempestade.

Não é a primeira vez na nossa história que um regime autoritário, pressionado pelo sentimento de liberdade do povo, nos promete uma nova Constituição. Esmagada a Revolução Constitucionalista de 1932, não tardou Getúlio Vargas em estender-nos o ramo de oliveira, convocando eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, que se reuniu em 15 de novembro de 1933. Derrotada no Congresso a emenda Dante de Oliveira, depositária do clamor nacional pelo direito elementar de voto, não tardou o sistema em nos conceder a possibilidade da convocação de outra Assembléia Nacional Constituinte, como recompensa pela submissão ultrajante ao Colégio Eleitoral e às demais instituições criadas pelo movimento de março de 1964.

Também não é a primeira vez na nossa história que uma Assembléia Constituinte é convocada pelo Chefe de um governo autoritário e se reúne sob um regime de exceção. Em 1933, como Chefe do Governo Provisório instituído por decreto de 11 de novembro de 1930, governava Getúlio Vargas com plenos

poderes, tanto executivos como legislativos. Em 1986, o País é governado por decretos-leis pelo Presidente da República que, mercê do nosso regime constitucional, continua sendo, não só o Comandante Supremo das Forças Armadas, mas também o representante institucional do movimento de março de 1964. (*)

Também não é a primeira vez na nossa história que uma Assembléia Nacional Constituinte se reúne em meio de um profundo enfraquecimento de todas as forças políticas em atividade no País. Em 1933, o constitucionalismo-liberal radicado em São Paulo ainda não conseguira reerguer-se da derrota que o vitiara; e o reformismo nacionalista e autoritário do tenentismo se achava eclipsado por um novo ativismo político, representado, na Europa, pelo facismo e, aqui, pelo Integralismo. No vazio criado à sua volta, organizou-se, a partir de uma facção do Partido Comunista, a Aliança Nacional Libertadora (ALN); e a esquerda começou a tomar corpo, reunindo elementos progressistas da classe média aos sindicatos trabalhistas militantes para apoiar um movimento radical. Em 1986, os grandes partidos de situação e de oposição se encontram destruídos pelos acordos a que chegaram para a eleição de Tancredo Neves e José Sarney pelo Colégio Eleitoral, que pouco antes era denominado de “espúrio”. As forças que, em São Paulo, deram sustentação à eleição de Franco Montoro e ao movimento pela “Diretas Já”, se desacreditaram ao ponto de permitirem a eleição de Jânio Quadros para Prefeito da Capital. Nesse vazio, esquerda e direita voltam a tender para a radicalização. Criam-se entidades não partidárias, cujas metas se assentam ineludivelmente na disposição de sobrepor o próprio poder a quaisquer considerações de ordem jurídica. Alimenta essa radicalismo, por igual, tanto a desilusão causada pela ida ao Colégio Eleitoral e a subsequente redução da Constituinte autônoma à Constituinte congressional, como, de outro lado, o desastre econômico e moral em que desembocou o regime militar. Diante desse quadro, o organismo estatal tende naturalmente a enrijecer-se, a fazer-se paternalista e mais autoritário.

Há indícios claros, por isso, de que a Constituição a ser votada em 1987, se o for, correrá o risco de repetir o destino da Constituição de 1934. As tendências políticas em ascensão na Europa e nos Estados Unidos, fortemente conservadoras, conforme se vê na política de Reagan, de Thatcher, e no declínio de Mitterand, projetam numa imagem de fortalecimento dos movimentos orientados para a direita. Compõem, no plano internacional, o pano de fundo que, em 1937, autorizou Getúlio Vargas a dirigir-se à Nação dizendo não haver para nós outra alternativa senão “um regime forte, de paz, justiça e trabalho para reajustar o organismo político às necessidades econômicas do país”.

(*) cf. nosso artigo in Visão 16.10.85, nº 41, págs.22/23

Quem de nós, senhor Diretor, não se tem cansado de ouvir nos dias de hoje essas mesmas palavras, ditas e reditas como se fossem algo mais que um disfarce para submeter a ordem jurídica a interesses particulares?

Quem de nós não está ouvindo hoje essas mesmas palavras dita por todos os que se colocam tanto à esquerda como à direita da ordem democrática?

Quanto de nós, porém, ainda são incapazes de ver nestas palavras uma pérfida, velha e solene mentira!

Eis aí, senhor Diretor, o que nos mostra a história de nosso país, de que sempre foi parte a história desta Faculdade. Ela nos mostra que vivemos um momento, talvez breve, de retração das tendências autoritárias. A democracia ainda está longe.

Neste momento não podemos nos esquecer do passado, sob pena de voltarmos repetí-lo. É hora de nos concentrarmos em torno dos valores fundamentais da ordem jurídica e dar combate decidido a todas as tendências que, em nome da justiça, da paz, do trabalho, da segurança e da prosperidade econômica, ignoram solenemente e menosprezam as instituições jurídicas; que não vêem nas leis mais que a solução de suas necessidades particulares, em desacordo com as necessidades de todos.

É hora de fortalecermos a Faculdade, unindo os seus professores, os seus alunos e os seus funcionários em torno da consciência dos imperativos que este momento nos impõe.

Temos que estar organizados e confiantes de nós mesmos. Temos que ser competentes e responsáveis. Temos que ser eficientes. Temos que ser leais à nossa missão histórica de formar e aperfeiçoar a consciência jurídica da nação. Temos que resistir à tentação da popularidade imediata e trabalhar por uma respeitabilidade permanente diante dos olhos de nosso povo. Temos que ser grandes para que, no momento em que se faça necessário, possamos ser vistos em meio da tempestade e possa, a nossa voz, ser ouvida acima do ulular dos ventos.

É solene este momento, Senhor Diretor, e grave, como o que antecedia nos templos da antiguidade a oferenda dos sacrifícios.

Está porém à altura de suas forças, de sua capacidade, de sua inteligência e de sua comprovada generosidade.

Em nome da E. Congregação e no meu próprio, desejo a Vossa Excelência que o seu trabalho seja coroado de êxito, para o seu bem e felicidade de todos nós.

Discurso proferido na Faculdade de Direito, em 11.08.1986.

Solenidade de Posse dos Professores Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra

Ada Pellegrini Grinover

O momento é solene. A Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, evocando as mais líndimas tradições desta Casa, reúne-se com toda a pompa para receber seus novos Professores Titulares. No fasto austero do Salão Nobre, repete-se o antigo ritual com os mesmos personagens de fundo: os professores em suas vestes talaras, os estudantes em sua descontração, a comunidade jurídica com seu respeito, os familiares e amigos com emoção.

Também o objetivo da solenidade é sempre o mesmo. Não se trata apenas de dar posse, em cargo público, a funcionário do mais alto nível. Trata-se, isso sim, de sua inserção integral e definitiva, pela conquista do posto mais elevado da carreira, em uma instituição secular. Instituição, como realidade jurídica permanente e estável, mas dinâmica e mutável. É uma instituição como esta, vigorosa e altaneira, que tem entre seus valores fundantes e perenes os melhores valores da própria sociedade: o humanismo, a coragem das idéias, a luta pelo direito, pela justiça, pela liberdade.

Mas, se são iguais o cenário e o objetivo da cerimônia, há sempre nela alguma coisa de novo e de diverso, de peculiar e de único, que prende as atenções, que desperta a imaginação, que cria uma atmosfera de expectativa. É uma peça antiga e sempre nova. É uma "obra aberta", como diriam Haroldo de Campos e Umberto Eco. Uma obra que cada expectador recebe consoante os seus critérios, interpreta a seu modo, rege como diretor, recria conferindo-lhe seu próprio significado.

Investida pela Douta Congregação do honroso mandato de dar as boas vindas aos novos Professores Titulares, eu só posso transmitir, conquanto em nome da instituição, aqueles que a mim se apresentam como os significados particulares dessa acolhida. E a tarefa se me afigura simples e complexa, porque simples e complexos são os protagonistas, o momento, as circunstâncias.

Recebemos hoje os novos Professores Titulares Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra. Tão diferentes e tão iguais.

Nascíveis na ainda pacata São Paulo de Piratininga, Prof. Araújo Cintra. Nada vos prenunciava a vocação para o direito, criado que fostes em tradicional família desvinculada dos estudos jurídicos. Tudo vos encaminhava para a engenharia. Mas vossa predileção pela leitura, que cultivastes, criança, entre os livros do avô paterno e, depois, nas bibliotecas de que vos tornastes freqüentador assíduo, descortinou-vos o mundo dos clássicos e dos modernos, revelando vossos verdadeiros pendores e inclinações.

Essa mesma predileção que vos levaria, com Joyce, a Dublin, em busca dos marcos do “Bloomsday” e com Proust, quem sabe, “à la recherche du temps perdu”, a esta Casa, onde ingressastes em 1952.

Diversa foi vossa infância de menino interiorano, Prof. Dinamarco. Entre vossa querida Guaratinguetá e a cidadezinha de Cunha, criado no campo, desenvolvestes o amor à terra e às suas coisas simples e profundas.

Ligado desde cedo ao direito, por intermédio do Promotor Público Belmiro Dinamarco Filho, vosso pai e até hoje vosso melhor amigo, tudo indicava que lhe sugeríeis o exemplo. Assim se fez, e a esta casa chegastes, com vossa inclinação telúrica para a Justiça, em 1955.

Nada ainda vos parecia aproximar, meus caros Professores. Nem mesmo a inclinação para o processo, que para o moço Cândido foi imediata, enquanto para Antônio Carlos se revelaria de forma curiosa. Uma única “dependência” tivestes em vosso curso, e justamente em processo civil. Mas esta dependência vos conduziu a refazer a matéria na minha turma, a turma de 1957, com o Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal. E foi este grande Mestre, Mestre por autonomia, que vos despertou o amor pelo processo, que tomaríeis desde então como centro de vossas atenções científicas, ao lado do direito administrativo.

Formado em 1956, Prof. Araújo Cintra, iniciastes as intensas atividades advocatícias que desenvolveríeis até ingressar, em 1984, pelo quinto constitucional, no Tribunal de Alçada de São Paulo. E vós, Prof. Dinamarco, concluído o curso de bacharelado em 1959, vos preparastes para o concurso de ingresso no Ministério Público e, com a classificação em 1º lugar na carreira, em 1962, voltastes ao interior tão amado, nas comarcas de Piratininga, Jales e Araçatuba. Procurador de Justiça em 1980, também ingressaríeis, no mesmo ano, no Tribunal de São Paulo, onde hoje sois Desembargador.

Mas a partir da colação de grau o denominador comum de vossas vidas, que havia sido Mestre Vidigal, foi vos aproximando cada vez mais até confluir

no elemento unívoco e direcionado que vos conduziria, contemporaneamente, a este doutoral, trinta anos depois: os profundos estudos de especialização, mestrado e doutorado, acompanhados pela vocação, também comum, pelo ensino.

E assim é que Araújo Cintra, dividindo suas atenções entre o direito processual e o direito administrativo, vai aprofundar seus conhecimentos nas Universidades de Princeton e de Nova Iorque, onde obtém o título de “Master of Comparative Jurisprudence”, enquanto Dinamarco estagia na Universidade de Milão, sob a orientação de Enrico Tullio Liebman, seguindo o curso do Mestre e mais os de direito constitucional de Biscaretti di Ruffia, de processo penal de Pisapia e de processo falimentar de Ricci.

Regressando a esta Casa, os dois jovens estudiosos iniciam sua carreira universitária: pelo doutorado do Prof. Araújo Cintra, em 1968, com uma tese precursora sobre tema inteiramente virgem no direito processual – o litisconsórcio unitário – em que pela primeira vez se traça a perfeita distinção entre este e o litisconsórcio necessário; e pelo doutorado do Prof. Dinamarco, em 1970, com a profunda tese “Reflexões sobre direito e processo” na qual se colocam as bases para a construção de um sistema processual, todo ele visto de ângulo externo, como instrumental ao direito material.

A seguir, vêm as livres-docências. a primeira, de Antônio Carlos, com outro trabalho pioneiro sobre o chamamento à autoria no sistema do código de 1939, mas antecipando as reformas que viriam em 1973; depois, a de Cândido sobre a execução civil, em quem, também pela primeira vez, o processo de execução é examinado à luz da teoria geral do processo. E, finalmente, a segunda livre-docência do Prof. Araújo Cintra, que também conquista o título em direito administrativo, com um trabalho sobre motivo e motivação em que, a nível verdadeiramente interdisciplinar, é esmiuçada a teoria do controle jurisdicional do ato administrativo e de seus motivos. Virão depois os títulos de Professor Adjunto do Departamento de Direito Processual, para os dois docentes, que durante todo esse período ainda se ocupam intensamente com o ensino nas Arcadas a nível de graduação e de pós-graduação; organizam e regem cursos de especialização e de difusão cultural em diversas faculdades, empenham-se em inúmeras conferências, preparam comunicações para congressos nacionais e internacionais, colaboram em projetos legislativos, assessoram órgãos públicos e editam diversas obras, todas configurando verdadeiros marcos nas letras jurídicas nacionais. Entre tantas, somente para mencionar algumas, não se podem deixar de recordar, de Antônio Carlos, os estudos sobre a substituição processual, a ação para cobrança de duplicata, o juízo arbitral, a educação jurídica (publicado na Itália), o abandono de causa, a prova no direito estrangeiro, os aspectos processuais da lei das sociedades anônimas, o princípio da igualdade processual e a introdução à publicação italiana do código de processo civil brasileiro, pelo “Consiglio Nazionale delle Ricerche”. Nos Estados Unidos da

América, publica o Prof. Araújo Cintra, entre outros, trabalhos sobre patentes e licenças, investimentos estrangeiros no Brasil, a formação das sociedades anônima e limitada, a defesa do investidor brasileiro, etc. Igualmente densa é a produção científica de Dinamarco: vêm a lume, sucessivamente, os livros sobre “Direito processual civil”, “Litisconsórcio”, “Fundamentos do processo civil moderno”, “Manual das Pequenas Causas”, a tradução e as notas do “Manual de direito processual civil” de Enrico Tullio Liebman. Além de incontáveis artigos publicados no Brasil e na Itália, dentre os quais lembraria a legitimação do terceiro responsável na execução provisória de mandado de segurança, o julgamento antecipado da lide após a perícia, a intervenção de terceiro no processo cautelar, inflação e processo, os problemas institucionais da justiça na Europa e o princípio do contraditório. E, na Itália, as “Linee della riforma del processo civile brasiliano” e “Sui recenti sviluppi del diritto processuale in Brasile”.

Como se não bastassem essa comunhão de propósitos e essa afinidade intelectual, a congregarem intimamente os dois jovens Professores, reúnem-se eles, ao longo do ano de 1973, para elaborar, junto com quem vos fala, a “Teoria Geral do Processo”, publicada pela primeira vez em 1974, e cuja 6ª edição já está se esgotando; aquela Teoria Geral que, porque não dizê-lo, constituiria um marco significativo nos estudos processuais, irradiando desta para outras universidades a concepção dos institutos do direito processual, examinados em um plano transcendental à dogmática jurídica e elevados, pelo método indutivo, a categorias integrantes de um sistema de conceitos e princípios gerais abrangentes das diversas disciplinas processuais, sempre examinadas à luz de suas raízes constitucionais.

E assim, entre outras inúmeras atividades – pareceres, votos, apresentação de trabalhos em comissões de que participam ativamente, integração de bancas examinadoras, orientação de alunos de Mestrado e Doutorado – chegam os dois candidatos à cátedra, ao cabo de memorável concurso, sem dúvida dos mais brilhantes e elevados a que se assistiu nesta Casa. E consagram-se eles Professores Titulares com dois trabalhos primorosos: o primeiro, sobre a “Instrumentalidade do Processo”, verdadeira obra de síntese de um processualista, Prof. Cândido Dinamarco, que, a partir da visão técnico-científica, construistes um sistema aderente à realidade sócio-jurídica e a esta instrumental. O segundo, sobre “Os limites objetivos da apelação” em que, para além da técnica jurídica, também apontastes, Prof. Antônio Carlos de Araújo Cintra, a importância da praticidade e da efetividade do processo como instrumento de realização concreta da justiça.

Tão diferentes éreis e tão iguais sois vós. E o que sobretudo vos assemelha, no momento em que tomais assento definitivo neste doutoral, é a dedicação ao ensino e à pesquisa, e é a preocupação com um processo que, longe afastar-

se da vida real, é por vós pensado e repensado para servir a seus problemas e as suas necessidades.

Consagrai-vos Professores Titulares, sim, e com todos os méritos. Mas, no momento em que vos saúdo, seja-me consentido um breve parêntese, para enaltecer também as virtudes e a obra de vosso leal concorrente, o Eminente Professor Adjunto Vicente Greco Filho, a quem rendo minhas homenagens: porque, se ainda não atingiu o posto mais elevado da carreira, foi apenas pela insuficiência de vagas. E porque tanto contribuiu, com o nível de sua participação, com a lisura de seu comportamento, com a fidalguia de seu trato, para tornar mais significativa a conquista dos novos Titulares.

Assim vos recebemos, meus caros Professores. E por isso este é, antes de tudo, um momento de alegria.

Alegria para a D. Congregação, que vê reforçado seu corpo docente com dois novos Professores, dedicados e brilhantes, simples e eruditos, internacionalmente respeitados, depositários das melhores tradições e das mais legítimas expectativas desta Casa.

Alegria para os estudantes, que acompanharam as provas do concurso com curiosidade e reverência, que estimularam os concorrentes com seu apoio e sua solidariedade, que assistiram a uma contenda toda travada no mais alto nível, quer no plano pessoal quer no plano intelectual, e que se rejubilam hoje com a merecida conquista de seus mestres, cujo preparo, aptidão didática e seriedade de propósitos aprenderam a respeitar.

Alegria para a comunidade jurídica de São Paulo, que vê reconhecidos os méritos desses dois lídimos expoentes da cultura nacional, entronizados em lugar de honra na restrita galeria dos verdadeiros juristas, dos juristas de escol.

Alegria para os funcionários desta Casa, que em grande parte vêm acompanhando de longa data os passos dos novos Professores, e que de longa data aprenderam a respeitá-los e amá-los, por tudo quanto representam de humanidade, cavalheirismo e cordialidade.

Alegria para os familiares e amigos, que com eles enfrentaram a tormenta do concurso, com eles atravessaram as águas revoltas da competição, com eles chegaram às plácidas margens da afirmação e da conquista.

E alegria para mim – seja-me consentido dizê-lo. Alegria pela honra de ter sido escolhida pela Douta Congregação para saudar os novos Professores. Alegria pessoal, no momento em que vejo solenemente introduzidos no Doutoral Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, a quem me sinto particularmente ligada por vínculos científicos e afetivos. Dividi convos-

co, Cândido Dinamarco, a laboriosa preparação do concurso a livre-docência, que prestamos juntos, convosco repartindo as tensões do desafio e a satisfação da conquista, sem que jamais o espírito de emulação viesse ofuscar nossa integral solidariedade. Antônio Carlos de Araújo Cintra, partilhei convosco do privilégio de termos sido contemporaneamente Assessores do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em um trabalho estimulante e profícuo, voltado sempre para o interesse público, afinado com a postura do então Vice-Governador do Estado. Convosco, Cândido e Antônio Carlos, fui aluna do Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, este grande mestre de ciência e de vida, de quem haurimos as lições de direito processual que nos conduziram à cátedra e o exemplo de disciplina, abnegação e dedicação, indispensáveis à pesquisa e à docência. E convosco compartilho da postura metodológica, da orientação doutrinária, dos interesses científicos, da inquietação intelectual que, cimentando nossas afinidades, nos conduziram a tantas atividades comuns – ciclos de estudos, pesquisas, cursos, conferências, propostas legislativas – e sobretudo à empreitada conjunta de escrevermos nossa “Teoria Geral do Processo”, que agora pretendemos rever, para uma 7ª edição totalmente reformulada.

Mas, Douta Congregação, Senhoras e Senhores, se este é um momento de alegria, também é um momento de tristeza. Ainda paira, sobre todos nós, a dor pelo desaparecimento de Enrico Tullio Liebman. Há exatamente um mês, no dia 8 de setembro, falecia em Milão aquele que sempre restará o fundador da “Escola Processual de São Paulo”, a que nos orgulhamos de pertencer. Nos seis anos que aqui estive, admitido nesta Congregação como Professor visitante, transformou-se Liebman no portador da moderna ciência européia de direito processual transmitindo as idéias do grande Chiovenda, seu mestre, divulgando o pensamento italiano da época e sobretudo o genial Carnelutti, comentando as obras dos germânicos, que conhecia profundamente. E mais, transformou-se ele no elemento que aglutinou, em torno de um método científico, os jovens processualistas dos anos quarenta – Alfredo Buzaid, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Benvindo Aires, Bruno Affonso de André – os discípulos da primeira hora, que se reuniam em sua casa em colóquios e debates.

Foi em torno dessa unidade de pensamento que aqui se iniciou o movimento científico de renovação do direito processual, o qual se espraiaria depois por todos os rincões do Brasil. De Liebman à escola processual de São Paulo; desta à moderna processualística brasileira, numa continuidade de pensamento que é hoje reconhecida em toda a América Latina, na Europa e sobretudo na Itália.

Mas é desse modo, Senhores, que do momento de melancolia imediatamente se passa ao momento sucessivo e final, que é ao mesmo tempo de consolidação de resultados e de sua projeção para o futuro.

Consolidação de resultados, na medida em que a conquista das cátedras de Mestre Celso Neves, sucessor de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, por Cândido Rangel Dinamarco, e de Mestre Alfredo Buzaid, por Antônio Carlos de Araújo Cintra, assegura a continuidade do pensamento dos discípulos de Liebman. E os quatro Professores, hoje Titulares do Departamento, todos alunos de Vidigal e de Buzaid, inserindo-se na tradição da Escola processual de São Paulo, garantem o respeito às conquistas definitivamente adquiridas pela ciência processual: a rigorosa coerência interna do sistema, a construção de suas categorias dogmáticas, a elevação destas a princípios gerais, o método técnico-científico, tudo quanto levou ao extraordinário progresso da disciplina.

Mas o momento é também de projeção desses resultados para o futuro, com a formação daquela que se poderia denominar de “Nova Escola Processual de São Paulo”. Nova escola, sim, cujos propósitos renovados se delineiam com clareza: os estudos constitucionais do processo, em que as atenções se voltam para o dado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; a transformação do processo, de instrumento puramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade; a plena e total aderência do processo à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais. É assim que o eixo dos estudos dos novos processualistas das Arcadas se desloca para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um deles.

Na Itália, de Chiovenda a Liebman e Calamandrei, e destes para seus respectivos discípulos, a evolução se fez em duas linhas paralelas: de um lado, o pensamento e o método técnico-científicos, com seus atuais representantes, Tarzia, Ricci, Mandrioli, Colesanti, Cerino Canova, Monteleone e tantos outros. De outro lado, o pensamento e o método sociológico, com seus maiores expoentes, Cappelletti, Denti, Vigoriti, Taruffo, Comoglio.

No Brasil, a nova escola processual de São Paulo concilia e funde as duas tendências. E, aglutinando processualistas civis e penais, a partir de uma teoria geral, praticamente construída nesta Casa, debruça-se sobre os problemas atuais do processo, que analisa levando em conta suas conquistas científicas. É a essa nova escola que Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra trazem agora, como Professores Titulares, a contribuição notável de seus talentos e de suas particulares inclinações. E é no seio dessa nova escola que se reúne uma plêiade de jovens processualistas, a assegurarem a continuidade do pensamento e do método de Liebman, de Buzaid, de Vidigal, de Celso Neves e de seus discípulos, hoje Professores Titulares da Casa. Ao lado destes, abertos

à recepção, no sistema processual, dos valores tutelados pela ordem político-constitucional e pelo sistema jurídico-material, voltam seus estudos aos amplos horizontes descortinados pelos problemas da efetividade do processo, de sua aderência à realidade sócio-jurídica subjacente, do acesso à justiça, da informação e da participação popular no processo e pelo processo. Tudo, dentro dos mais rigorosos cânones científicos, escrupulosamente usando a técnica processual para atingir os diversos escopos da jurisdição.

Dessas preocupações e desse labor já surgiram resultados palpáveis, que desembocaram na recente lei da denominada ação civil pública para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, na lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e em volume prestes a ser publicado, sobre o Processo de Execução Penal. Enquanto isso, novos projetos de pesquisas conjuntas estão em andamento, como o que envolve a questão da participação popular no processo civil e penal.

São esses, Douta Congregação, Senhoras e Senhores, os significados que eu vejo nesta solenidade de posse. Outros, certamente, seriam os destacados por cada um de vós, na decodificação dos sinais que compõem esta maravilhosa “obra aberta”, que é o recebimento dos novos Professores Titulares. Mas certamente os meus significados, os vossos significados convergem, confluem e ao unísono ressoam numa saudação final: sede bemvidos, Professores Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra. Sede bemvidos, meus fraternais amigos. E que vossa conquista não seja um ponto de chegada, mas uma pausa breve e merecida para vòos ainda mais altos. Um ponto de partida para a vossa maior glória e para a glória da ciência, do ensino e das Arcadas. Que Deus vos acompanhe.

Arcadas, 8 de outubro de 1986

Discurso de Posse do Professor Cândido Rangel Dinamarco

Cândido Rangel Dinamarco

“Somos passado e futuro,
presente de indagações,
pedra de sonhos crescendo
no Largo de São Francisco.”

A primeira palavra de um filho destas Arcadas, ao ascender à tribuna da cátedra, por dever do coração há de ser uma palavra de amor ao berço de suas primeiras curiosidades e primeiras visões deste intrincado mundo da ciência do direito. Com o poeta Paulo Bonfim, quero dizer que me sinto neste momento um produto das heranças e memórias do meu próprio passado nas Arcadas e do passado histórico que elas retratam e representam, em direção ao futuro dos ideais gerados aqui e aqui desenvolvidos e conscientizados. O presente é um ponto de tensão entre o passado e o futuro e nós de São Francisco somos sempre e seremos condicionados pelo orgulho do passado de glórias e devotamento dos nossos antepassados, pelo próprio direito, pela justiça e pela liberdade. Que o futuro de cada um de nós seja uma autêntica projeção dos sonhos e dos ideais vindos do passado e transmitidos de geração em geração, nas salas de aula, no convívio do pátio, à sombra das Arcadas.

Este é o momento mais importante, de toda a minha vida nestas Arcadas de São Francisco. É o resultado almejado de dezesseis anos de vida profissional e de sonhos acalentados na atividade docente na Academia. E, chegando à culminância da carreira ainda antes de completar meio século na minha existência, fico benevolente a indagar se Deus não foi demasiadamente e dadivoso comigo e me pergunto o que fiz para merecer toda essa alegria. A resposta que encontro está no amor tão grande que devoto a essa minha missão de professor, a essa vida entre as Arcadas tradicionais e à juventude que vem aqui em busca de preparação para a vida profissional. Quero de público dizer que o que pratico aqui é menos o aprimoramento de idéias e muito mais a dedicação a esses jovens, que são a razão de ser de toda a nossa atividade e em razão dos quais a própria Faculdade existe. É deles, antes de tudo, o sucesso que acabo de obter.

E quero também dizer que este momento solene e muito importante de minha vida de professor representa, para mim, ao mesmo tempo, um ponto de chegada e um ponto de partida.

Que seja um ponto de chegada, é fácil de compreender e praticamente intuitivo. Chego à cátedra de São Francisco carregado de entusiasmo por ela e animado por sonhos que vêm da juventude. E não chego sozinho. Chegam comigo todos aqueles que, por modos diferentes, me impeliram até o ponto a que consegui chegar. É deles a minha vitória. E vão desfilando, na minha lembrança, os vultos das pessoas em que fui me apoiando, desde a remota infância em Guaratinguetá. Vejo o meu velho avô, que sempre acreditou em mim e com desvelo quis tudo me dar para que eu progredisse e pudesse ser feliz. Vejo o meu pai, promotor público idealista pela justiça e pela liberdade, espelho de ideais também desenvolvidos aqui em São Francisco e modelo na minha formação de jurista e de homem. Vejo o vulto de minha mãe, dedicada com abnegação, nos momentos mais difíceis. Vejo os irmãos, os amigos de então e de agora, vejo a presença paciente e solidária da Laís e vejo os meus três filhos Fábio, Cândido e Pedro, num convívio perene que alimenta e fortalece. Vejo os meus dezoito anos no Ministério Público de São Paulo, ninho de autênticos ideais e berço de uma sólida formação voltada ao interesse público e à preocupação pelo bem-estar social. Vejo essa minha intensa participação nos rumos da Justiça de São Paulo, entre os magistrados que são meus amigos e companheiros e que constituem o esteio maior dos verdadeiros princípios jurídicos e democráticos do Estado-de-direito brasileiro. A sombra dos promotores de justiça e dos juízes de São Paulo, com os quais convivo e entre os quais me incluo desde os primórdios de minha vida profissional, constitui inestimável fonte de entusiasmo e segurança, sem a qual o progresso universitário não teria sido possível. E, neste momento de chegada, chegam comigo, em posição destacada, os vultos dos generosos patronos desses meus sonhos e da minha carreira. Aqui estão, lado a lado comigo, aquele que desde os tempos acadêmicos foi o grande incentivador de uma carreira que depois acompanhou e incentivou com o devotamento de autêntico mestre, verdadeiro pai, e a quem, reverenciando com toda a gratidão, nunca estarei reverenciando suficientemente; e aquele que, depois, além do Oceano, me recebeu generosamente e com os braços abertos, desenvolvendo em mim uma vocação e alimentando-me com lições que me acompanham em toda a minha carreira. Esses dois patronos e incentivadores, que agora aqui chegam comigo, sabem todos os meus amigos que são Luís Eulálio de Bueno Vidigal, aqui presente para minha alegria, e Enrico Tullio Liebman, que hoje é uma saudade vivamente acalentada na memória de todos os processualistas brasileiros.

Ninguém pensa sozinho, nem o que pensa é fruto exclusivo de sua mente e de sua criatividade. Todos somos frutos de uma civilização e depositários de um acervo cultural formado por gerações. O que penso, o que sei, o que escre-

vo e ensino, nada disso é meu. Num momento, encontram-se neste cérebro, nesta voz, nesta pena, nesta pessoa, encontram-se e combinam-se, idéias que vêm de quadrantes diferentes e que de alguma forma se acomodam e determinada forma vão tomando. É assim que me sinto, como portador das idéias que transmito. Considero-me integrado nesse conjunto de idéias e princípios que identificam uma escola de juristas. É a nova Escola Processual de São Paulo, a mesma que Liebman fundou e que hoje reaparece com forças novas e renovado ideal. O pensamento processual formado nestas Arcadas e desenvolvido entre os jovens mestres dos anos quarenta, expandiu-se e deixou de ser patrimônio dos paulistas, para ser então um verdadeiro pensamento processual brasileiro. Mais que de São Paulo, passou a identificar-se uma Escola Processual Brasileira. E, agora, novo alento aqui vem bater, novos rumos toma a Escola Paulista. É o pensamento moderno aqui instalado e desenvolvido, voltado à perspectiva instrumentalista do processo como meio de participação política e de satisfação dos fins sociais do próprio Estado. Já se encontra nas sepulturas do passado remoto a visão sincrética do processo como mero apêndice do direito privado. E, entre nós, vai ficando superado também o pensamento que foi responsável pela superação dessa idéia e que, afirmando a autonomia do processo, foi capaz de proporcionar, neste século, o fino aprimoramento dos conceitos em direito processual. Na Escola Processual de São Paulo, vamos vigorosamente afirmando que os conceitos que temos já são mais do que suficientes para o que deles queremos; que o processo não é valor em si mesmo, mas instrumento do Estado para a realização de objetivos preestabelecidos. Desenvolvemos a idéia de que tudo há de ser feito, neste quadrante metodológico da ciência processual, para tornar efetiva a utilidade desse instrumento e para que a promessa de justiça não seja mera promessa mal cumprida e para que a Justiça seja realmente aberta a todos e a todas as suas causas, qualquer que seja a sua natureza e por menor que seja sua dimensão econômica. Essa é a nova Escola Processual de São Paulo, da qual participo orgulhosamente, compartilhando com Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe desses ideais instrumentalistas que constituem os novos ventos da moderna ciência do direito processual.

No desenvolvimento dessas idéias, muito resta ainda por fazer. E por isso é que disse que este momento de chegada ao ápice de minha carreira universitária constitui também, para mim, um ponto de partida. Quero neste momento, solenemente, fazer a promessa de voltar-me para a Academia, com o fruto e minhas indagações e produto do que aqui venho pensando e aprendendo, para aos nossos estudantes levar esse novo pensamento que enriquece e dignifica o direito processual. Quero desenvolver com eles, nos bancos do curso de formação e nos debates de pós-graduação, essa perspectiva contemporânea que em si mesma constitui a grande esperança de aprimoramento do sistema. Falta ainda muito para termos um processo verdadeiramente aberto para todos os valores da sociedade, acessível a todos, um processo rápido e eficaz, um processo verdadeiramente justo. Com imenso idealismo, proponho-me a voltar-me aos meus

estudantes com propostas e idéias destinadas à descoberta dos rumos corretos a imprimir ao nosso sistema processual, na esperança de que, juntos, algo possamos fazer por uma Justiça mais justa.

E quero dizer, por fim, que, sendo mero porta-voz de um pensamento que não é meu mas integra o ideário de uma Escola a que pertenço; no que prometo não vejo mais do que o cumprimento de um dever inerente à minha condição de professor e de cidadão. O que testemunho na minha diuturna experiência de magistrado, o que sinto nas angústicas das partes sobre cujos destinos influo ao julgar, o que aprendo dos nossos mestres, tudo isso que em minha mente se processa e vai tomando a forma que sou capaz de criar –, tudo isso pertence legitimamente aos meus estudantes, que são a razão de ser de todo esse labor e cuja formação é a razão maior da nossa Academia. Quero ser sempre e somente uma voz dessa idéias e uma peça destas Arcadas, que foram de meu pai, que são minhas e também são e serão dos meus filhos. Quero ser sempre um filho desta Academia e com o poeta dar nossas tradições acadêmicas, cantar os seus ideais e a sua glória, que não são minhas e de ninguém porque são de todos nós e não são do passado, presente ou futuro, porque são eternas:

“Pela memória da terra,
pelos segredos do pátio,
pela prece das Arcadas,
pela aurora das paredes,
pelo mistério das salas,
pelo grito das estátuas,
pela voz da escadaria,
pela clareira do Largo,
pela bênção dos telhados,
pela alma dos poetas,
pelo martírio de heróis,
por tudo que é São Francisco,
por tudo que é mocidade,
seja nossa vossa causa,
seja vossa nossa luta,
e por paixão, rebeldia,
sede de amor, de justiça,
viva em nós a rosa agreste
e escreva com seus espinhos
e grave com nosso sangue,
em muros, mares e ventos
a palavra liberdade!”

Discurso de Posse do Professor Antonio Carlos de Araujo Cintra

Professor Dalmo de Abreu Dallari, Diretor da Faculdade de Direito.

Professora Ada Pellegrini Grinover, cujas formosas palavras bem refletem a grandeza e a generosidade de seu espírito.

Douta Congregação, que ora me acolhe com fidalguia incedível.

Meus queridos alunos, de tantas gerações das Arcadas imortais.

Caros funcionários, cuja amável colaboração nunca me faltou.

Minhas senhoras e meus senhores:

Noutras circunstâncias, seria inescusável ousadia pretender falar-vos, pois não recebi o dom da eloquência que adorna o verbo inspirado dos oradores desta manhã de primavera.

Hoje, porém, não me é dado calar.

Para mim, é um dia de plenitude e de festa, o coroamento de longo e prolongados esforços, de estudos, pesquisas, meditação e trabalho a que me dediquei, no correr de anos, com sempre renovado entusiasmo, estimulado pelo esplêndido convívio com a mocidade acadêmica e pelo constante apoio e conselho dos Mestres desta Casa. Por isso, quero partilhar com todos a alegria desta hora singular, agradecendo, profundamente, a cada um que me tenha ajudado na caminhada para que ela se tornasse possível.

Volto meus olhos para o futuro.

Assumindo o honroso cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, “alma matér”, prometo consagrar a maior energia e a diligência de que for capaz ao desempenho da grata missão que lhe é inerente. Prometo prosseguir, com o mesmo ardor do

noviciado, no cumprimento do ofício docente, com o fito maior de despertar a chama da consciência jurídica dos jovens estudantes, lançando em campo fértil a semente dos valores fundamentais do direito, que se alicerçam na transcendente dignidade da pessoa humana. Prometo lutar, na medida das minhas forças, pela continuidade das tradições da Velha Academia pois, plasmadas nos bancos escolares e nas cátedras, em torno dos ideais vivificantes de liberdade e de justiça, elas a mantêm sempre nova e atual.

Tudo farei para corresponder à confiança em mim depositada.

Muito obrigado.

PROF. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Titular de Direito Comercial

O Professor

Luiz Gastão Paes de Barros Leães nasceu nesta Capital aos 19 de abril de 1936. É filho do Dr. João Leães Sobrinho e de Dona Maria Cecília Paes de Barros Leães. São seus avós paternos Salustiano Soares Leães e Catharina Soares Leães, e avós maternos, Joaquim Fernando Paes de Barros Júnior e Ana Blandina de Almeida Prado Paes de Barros.

Fez o curso primário no Externato Meira e o ginásial no Colégio São Luís, nesta Cidade. Mudando-se em 1950 para o Rio de Janeiro, completou o curso científico no Colégio Santo Antônio Maria Zacarias, bacharelando-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, em 1961.

Retornando à São Paulo, ingressa no Curso de Especialização em Direito Comercial, desta Faculdade, concluindo-o em 1964. Em 1967, obtém o título de Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, e, em 1971, o título de Livre Docente, nesta Casa.

No ano letivo de 1973/1974, estagia na Columbia Law School University, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América do Norte, como **visiting scholar in residence**.

Exerce a docência da matéria de sua especialidade, nesta Faculdade, desde 1965.

Ex-Técnico de Migração, do Instituto Nacional de Imigração e Colonização, por concurso realizado pelo DASP, em 14 de novembro de 1961. Desde 1962, é advogado militante na cidade de São Paulo, prestando assessoria jurídica a várias empresas.



Realizou várias conferências, dentro e fora do País, tendo sido por diversas vezes o chefe da delegação brasileira nas reuniões da Commission on International Trade Law das Organizações das Nações Unidas, em Viena e Nova Iorque.

Antigo Titular do Comitê de Questões Legais do International Iron and Steel Institute (IISI), com sede em Bruxelas, é membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado, anexo à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e da International Fiscal Association.

Publicou vários trabalhos, vinculados à matéria de sua especialidade. Além de dezenas de artigos doutrinários, palestras, comentários de jurisprudência e pareceres, são seus livros principais: 1) Ensaio sobre Arbitragens Comerciais, Rev. dos Trib., SP, 1966; 2) Do Direito do Acionista aos Dividendos, ed. Obelisco, SP, 1969; 3) Obrigação Tributária, J. Bushatsky, SP, 1971; 4) Direito Comercial: Textos e Pretextos, J. Bushatsky, SP, 1976; 5) Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 2^o, Saraiva, SP, 1980; 6) Mercado de Capitais & “Insider Trading”, Rev. dos Trib., SP, 2^a ed., 1982; 7) A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto, Saraiva, SP, 1987.

Titularidade e Recepção no Doutoral

Em brilhante concurso de títulos e provas, realizado entre 11 e 16 de março de 1985, o professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães obteve a titularidade de Direito Comercial, vaga com o falecimento do Professor Oscar Barreto Filho.

Em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre, sob a presidência do Senhor Diretor, Professor Vicente Marotta Rangel, foi introduzido no recinto pelos professores Philomeno J. da Costa e Ruy Barbosa Nogueira, e saudado em nome da Congregação pelo Professor Emérito Miguel Reale, que, de improviso, enalteceu a personalidade e a obra do novo titular.

Após a saudação, o Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães proferiu o seu discurso de posse.

Discurso de posse

- Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Doutor Vicente Marotta Rangel,
- Excelentíssimo Senhor Professor Miguel Reale, a quem agradeço desde já as generosas palavras de saudação,
- Senhores Professores, Autoridades presentes,
- Minhas senhoras e meus senhores.

Eu não seria suficiente sincero, se destacasse, nesse momento, apenas a alegria que me invade ao ser recebido como professor titular desta Casa, pois esse contentamento vem acompanhado de um certo desconforto. Os caminhos do coração são insondáveis e os sentimentos não raro formam dentro de nós desenhos cujos significados nem sempre entendemos.

Talvez eu sinta, ao tomar assento definitivo no doutoral, como que ameaçada essa disponibilidade diferentes solicitações, que sempre lutei por preservar. Pois o amargo da vida, como dizia Gide, é que sempre temos de optar, entre caminhos diferentes, por um deles, para conviver com a nostalgia daqueles que foram preteridos.

Por outro lado, ao atingir o grau máximo da carreira docente nesta Faculdade, não consigo afastar a convicção de que poderia ter feito mais e melhor para merecê-lo.

Daí por que sinto que esta cerimônia, mais do que uma amável recepção, fonte de justificado júbilo, deve ser entendida como uma espécie de solene confirmação de voto, através do qual o novo professor revalida, perante seus pares, os compromissos de fidelidade à vocação intelectual, que a sorte lhe reservou, e de dedicação à vida científica, que voluntariamente abraçou.

Na verdade, momentos como este, minhas senhoras e meus senhores, são ocasiões propícias à meditação e ao julgamento de si mesmo. Nessas datas definitivas, naturalmente se impõe uma pausa no tumulto de nossos dias, para concentrarmos a consciência no exame de nosso destino não só do destino cumprido, mas sobretudo do destino a cumprir.

I

Sempre me intrigou a misteriosa mola psicológica que nos anima a manter esse convívio quase promíscuo com a palavra impressa. Por que essa ob-

sessão que nos leva a debruçar sobre escritos alheios? O que nos leva a consumir grande parte de nossas vidas junto a uma mesa, elaborando o nosso discurso em meio dos discursos de terceiros?

Esse hábito tem, aliás, tradição venerável. Ao menos, tal como hoje o concebemos, esse convívio com os livros é contemporâneo àquilo que Burchardt assinalou como característico da Renascença: a descoberta da própria individualidade. Nunca deixou de me comover a conhecida carta de Maquiavel, endereçada a Francesco Vettori, datada de 10 de dezembro de 1513, onde o secretário florentino fala de si mesmo algumas boas décadas antes de Montaigne eleger-se a si próprio como o núcleo de sua obra genial. Mormente a passagem onde, após relatar o seu dia de exilado em São Casciano, registra esse vício impune.

Diz ele: “Chegando à noite, de volta à casa, entro no meu escritório; e na porta dispo as minhas roupas cotidianas, sujas de barro e de lama e visto as roupas da corte ou de cerimônia, e vestido decentemente penetro na antiga convivência dos grandes homens do passado; por eles sou acolhido com bondade, nutro-me daquele que é o único alimento que me é apropriado e para o qual nasci. Não me envergonho de falar com eles e lhes pergunto a razão das suas ações, e eles humanamente me respondem; e não sinto durante quatro horas aborrecimento algum, esqueço os desgostos, não temo a pobreza, não me perturba a morte; transfundo-me neles por completo”.

Descontada uma certa ponta de frivolidade, que, dadas as circunstâncias, seria desumano não revelar, fica a interrogação: Trata-se de uma fuga à realidade? ou da busca de uma realidade mais autêntica? No universo da cultura, ainda profundamente imerso na galáxia gutenberguiana, tudo se dá num jogo de distanciamento e intimidade com o mundo. Os acontecimentos chegam a nós filtrados pelas diversas óticas armadas pelos discursos alheios. Se com isso os

eventos perdem a irradiação direta, ganham por certo com as versões depuradas dos enganos da percepção. Essa mesma pessoa que confessa encontrar refúgio na circunspecção da leitura, toma como lema, para os trabalhos que nessa ocasião escreve, a busca da **verità effettuale della cosa**.

Não se faz necessário acrescentar que, com essa posição, o homem de cultura habita um terreno onde é frequente o risco da alienação. Donde a impe-

riosidade de possuir consciência crítica a fim de manter, em relação a esse universo, não a atitude passiva de beata aceitação, mas a postura metódica de permanente vigilância. Sobretudo deverá manter a flexibilidade de espírito indispensável para submeter as concepções alheias a exame, em função dos dados concretos recolhidos na experiência. Enfim, deve preservar a sua liberdade interior, para, paradoxalmente, nunca se desligar do meio em que vive.

Velha é a tradição da inteligência empenhada com as realidades do seu tempo. Maquiavel é um típico exemplo de engajamento, pois a descoberta do foro íntimo, em sua época, não significava, para ele, a perda do “espaço público” da individualidade. Com efeito, na atmosfera inquieta do Renascimento, a sua obra é dominada por um profundo sentimento nacional.

Até o século XV, desenvolve-se, com a derrocada da economia feudal, o processo de ascensão do capitalismo. Surgem, na Europa Ocidental, os novos estados nacionais. As soberanias locais vão sendo absorvidas pelo fortalecimento das monarquias e pela centralização progressiva das instituições políticas – reflexo das forças expansivas do regime econômico em ascensão. Mas se em França e na Inglaterra o poder monárquico pôde, desde o início, dominar as tendências centrípetas, as florescentes cidades italianas, pelo contrário, atingiram uma independência completa que inibia a unificação.

O secretário florentino, porém, procura os meios próprios para plasmá-la e discute as formas de governo mais apropriadas à sua execução. O seu pequeno e famoso livro, **O Príncipe**, tão exaltado quanto denegrido, considerado sibilino em seus fins, apesar de cristalino na forma, nada mais é do que um instrumento para lograr a unidade política de seu país.

Independentemente porém do que veio a significar, esse pequeno grande livro reflete as condições **nas quais e para os quais** foi escrito: a reforma política, o livre exame dos fatos históricos, o ataque às tradições medievais, a instituição do êxito como única medida do poder do príncipe, enfim, a ruptura do temporal como o espiritual. Mas o que é mais significativo: revela a consciência da **responsabilidade da inteligência**. Tal conclusão é tanto mais curiosa quando se pensa que, com essa obra insólita, o autor conquistou uma fama deplorável. Aliás, justificada, pois a leitura de certas páginas não deixa de produzir calafrios morais, mesmo no leitor mais realista que, admitindo a crueza do mundo político, não abdica da idéia de vinculá-lo a uma atividade dirigida para o bem

comum. Procsitadamente escolhi esse exemplo, que sob certo ângulo é um exemplo terrivelmente perverso, porque gostaria de me demorar sobre esse tópico.

Façamos agora um salto de quatro séculos. Vejamos um texto de 1937. Trata-se da novela *L'Espoir*, de André Malraux, cujo tema central é, como se sabe, a guerra civil espanhola. Nela se confrontaram, numa forma cruenta, as duas Espanhas, uma popular e outra liberal, uma apoiada pelos católicos, catalães e bascos, outra composta pelo clero e pelo exército, apoiada pela Itália fascista e pela Alemanha hitleriana. Foi de certa forma a visão antecipada da tragédia que seria a segunda conflagração mundial. Nesse país banhado de sangue, levitava figura profundamente solitária de Miguel de Unamuno, lente de grego e reitor da Universidade de Salamanca, que reagira, sem complacência, contra as chacinas realizadas por ambas as facções, certo de que é inadmissível qualquer prática que coloque as idéias, essas coisas abstratas, acima da vida humana.

Comentando a solidão de Unamuno, diz o revolucionário Garcia, um dos personagens de romance: “O intelectual (diz ele) é o homem dos matizes, das valorações, da verdade, da complexidade. Por isso é, por definição, antimaniqueu. Ora, todas as formas de ação são maniqueístas, pois toda ação paga seu tributo ao diabo: esse elemento maniqueu é mais intenso ainda quando as massas estão envolvidas. Todo revolucionário é um maniqueu inato, e o mesmo se pode dizer da política, de todo tipo de política”. Difícil não ver essa reflexão feita pela **persona** a figura empírica do artista – escritor de gênio e homem de ação – num momento de insegurança e perplexidade. Pois aí se defrontam duas posições extremas de compromisso: a posição do revolucionário (e a do conselheiro de príncipes), que se empenha na ação política e a posição do espectador e participante, que vê no exercício crítico o seu modo próprio de se empenhar.

Na primeira posição, a postura é determinada pela convicção, altamente suspeita, de que, em política, a consciência e a ação se interpenetram de tal forma, que seria inconcebível uma sem a outra, consubstanciando a tomada de consciência da dimensão política uma ação material: latente, ameaçadora ou ostensiva.

Ora, mesmo que se aceite essa interdependência entre consciência e ação políticas, não quer isso dizer, por certo, que esta deva deixar que suas diretrizes sejam governadas pelas circunstâncias. Nesse ponto, a ação política não se diferencia de qualquer ação prática; a eficiência bruta não justifica que se tergiversasse com o equacionamento moral.

O comentário sardônico do revolucionário Garcia, portanto, não procede, mas inegavelmente lança luz sobre a função política do homem de cultura. Tu-

do somado, a posição crítica de Unamuno não significa inação, visto que a função política do intelectual, **qua talis**, não se explicita na atividade material, mas

no exercício crítico dos fins específicos da ordem política, que pode coexistir ou não com a ação desenvolvida como homem social.

De resto, se fizermos um exame retrospectivo sobre o lugar ocupado pelo homem de cultura em relação à coisa pública, concluiremos que a missão de esclarecimento político sempre se inscreveu no seu estatuto. Ao defenderem Calas e Dreyfus, como já observou alguém, Voltaire e Zola não tiveram que descer à arena: por vocação, já estavam lá.

Na década de 30, época em que apareceu o romance de Malraux, viva era a discussão sobre o dever da inteligência. Num panfleto publicado em 1927, que teve grande repercussão em França, e fora dela, Julien Benda falou sobre a “traição dos clérigos”, i. é, dos intelectuais, que vinham comprometendo a sua missão de depositários e promotores dos valores espirituais, para colocarem-se a serviço dos valores contingentes. É de 1929 a **Ideologie und Utopie**, onde Karl Mannheim atribuía aos intelectuais, considerados como indivíduos desligados de qualquer classe social, o escopo de criar a síntese das ideologias contrapostas e assim promover o avanço da sociedade. E Gramsci em algumas anotações dessa época (**Opere, III, Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura**) fala no “intelectual orgânico” surgido com o novo bloco histórico, que transvia o pensamento em relação à atividade política, consagrando a **concepção substitutiva do tecnocrata**, que eliminaria a responsabilidade política em favor de uma atividade exclusivamente operacional.

Essa discussão, em grande parte anacrônica, mas que recrudesceria surpreendentemente nos anos do pós-guerra, na Europa, e até no **chienlit** de 1968, e que agora modestamente aqui renovo, tem o condão de enfatizar que, no complexo processo geral da experiência humana, a que chamamos cultura, vivem, em íntima correlação, as diversas formas de experiência (artística, econômica, política), sendo impossível isolar **in vitro** cada uma dessas dimensões naturais do ser humano.

Nessa perspectiva, o papel de homem de cultura na sociedade não é determinado numa instância exterior a si mesmo, mas, como diz Raymond Aron, numa opção pessoal, numa decisão existencial sobre si mesmo.

III

Ora, essa decisão, ao longo da história, quem primeiro a tomou, como reconheceu Foucault, foi, de fato, uma figura exemplar: o homem do Direito,

portador da lei e militante da equidade. Pois as grandes lutas políticas, mormente as que se travaram a partir do século XVIII, giraram em torno “daquilo que é justo”. O homem da lei sempre foi visto como aquele que opõe a universalidade da justiça ao arbítrio. Daí porque a possibilidade de um poder político, com doses mínimas de legitimidade, era identificada e compreendida, durante a emergência do constitucionalismo clássico, a partir das **praxis** jurídica.

Na estrutura do liberalismo tradicional, a individualidade compendiava, segundo Jellinek, duas situações: o **status civitatis** e o **status activae civitatis**, vale dizer a de membro autônomo da coletividade e a de membro participante dos destinos políticos da coletividade.

Se assim foi na segunda metade do século XVIII, e no decorrer do século XIX, quando o pensamento iluminista imaginava ser possível o equilíbrio social fundado na racionalização do poder político por via do seu enquadramento jurídico-formal, com maior razão deverá sê-lo no século, onde o fenômeno jurídico se move num espaço de crescente complexidade, acentuado antagonismo de classes e de dissimétricas relações de poder. Nesse contexto, o Direito passa a ser encarado como uma técnica social suscetível de absorver as contradições inerentes a essa sociedade, desde que conte com um ágil poder político, capaz de dar respostas aos problemas sócio-econômicos de nossa época, alimentados por intensas clivagens ideológicas.

Daí o duplo papel do jurista, acentuado por Bobbio: o jurista conservador de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário, e o jurista criador de normas que transformam, integram e inovam o sistema, do qual mais do que o recipiendário, é o colaborador ativo e, sobretudo, crítico. O direito positivo é aí tomado não só na sua função estabilizadora de **controle social**, mas, principalmente, na sua **função promocional**, como instrumento de modificação da realidade social.

Essa função promocional ou funcional do direito não é, por certo, nova: nova é talvez a sua extensão. A experiência jurídica é um processo contínuo e sem fim de adaptações de valores e fatos em estruturas normativas voltadas às necessidades da mudança social. O ordenamento deve, assim, ser articulado a fim de que possa desempenhar o papel de **caixa de ressonância** dos valores dominantes, que politicamente o legitimam.

Nesse contexto, adquire relevo a missão do professor de Direito. No ensino ou na pesquisa, na atuação junto ao espírito jurídico das novas gerações ou na intimidade da biblioteca, a ele cabe o privilégio (e o dever) de enfrentar os desafios do tempo, propondo soluções jurídicas novas. A linha de combate –

o **front** – da luta pelo Direito é historicamente móvel, mas é para ele que deve transportar-se o espírito do jurista, comprometendo, nesse combate, as suas convicções e as suas aspirações mais íntimas. Enfim, o seu “projeto vital”, convencido de que é esse empenho que lhe dá a têmpera das melhores virtudes, pois como diz Jhering, “a luta pelo Direito é a poesia do caráter”.

Homenagem à memória de Waldemar Ferreira no Centenário de seu nascimento

A Congregação desta Faculdade prestou homenagem, em 2 de dezembro, à memória do prof. Waldemar Ferreira. Juntamente com o Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli realizou uma sessão solene. Nesta se outorgaram os prêmios concedidos pelo Instituto, no concurso de monografias de direito mercantil de 1985, ao bacharel Fernando Boiteux e ao livre-docente Manuel de Figueiredo Ferraz.

Estavam presentes professores desta Casa, familiares do homenageado e muitos seus admiradores. Foi orador da sessão o prof. emérito Philomeno J. da Costa, cujo discurso é reproduzido a seguir. Também falou, agradecendo a homenagem, o deputado federal Herbert Levy.

RESUMO: Em 2 de Dezembro de 1985 transcorreu o centenário do nascimento do Prof. Waldemar Ferreira. O Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli fez coincidir nessa data, homenageando a memória do mestre, a entrega dos prêmios aos vencedores do concurso de 1985 de monografias inéditas de direito mercantil.

Foi orador oficial o professor emérito Philomeno Costa e falou também em nome da família do Prof. Waldemar Ferreira, o seu genro, o deputado Herbert Levy.

Foram declarados vencedores do concurso o dr. Fernando Netto Boiteux, com o seu trabalho sobre “Oferta Pública de Aquisição de Controle de Companhia Aberta” e o livre-docente Manuel Martins de Figueiredo Ferraz, sobre “Aspectos Jurídicos do Comércio na Grécia Antiga”.

O culto à memória de Waldemar Ferreira iniciou-se com a análise da sua personalidade como mestre. A labuta do professor foi comparada ao mecanismo da punição de Sísifo de levar sempre uma rocha para o alto da montanha, que durante a noite caía para baixo. Invocou-se a figura ideal do professor universitário traçada por Savigny, em 1832, segundo o testemunho de Franco Casavola; seria utópico o seu alcance, mas Waldemar Ferreira “era assíduo e sabia arrolar os elementos, com que fazia seus alunos compreenderem os institutos sucessivos, acantonados didaticamente num direito mercantil histórico”; “o mestre ensinava mesmo, mas cujo ensino cobrava com exatidão nas provas escolares”. Criou o Instituto de Direito Comercial, que então o homenageava.

O culto à sua memória prosseguiu com a análise da personalidade de Waldemar Ferreira como advogado. “Cáustico na identificação dos fatos, tinha modos de não utilizar argumentos “ad hominem”. Recebeu em 1956, o mais alto galardão do Instituto dos Advogados Brasileiros: o Prêmio Teixeira de Freitas. Em 1958 na 1ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil a sua “Arte de Advogar”; aconselhava: o profissional insurge-se contra os atos dos magistrados, mas jamais contra os magistrados. A profissão do advogado – a mais nobre segundo Voltaire – é como a mulher querida; ela tanto mais se engrandece quanto mais é dignificada.

Waldemar Ferreira como jurista, segundo Levi Carneiro, teve uma produção bibliográfica muito grande, capaz de preencher páginas seguidas da “Revista da Faculdade de Direito”. **I** – Sintetiza-se preliminarmente a questão centenária da autonomia do direito comercial. **II** – O homenageado foi sempre ferrenho defensor da sua autonomia científica. O máximo que tolerou a respeito foi “A elaboração do conceito de empresas para extensão do âmbito do direito comercial” no VI Congresso Jurídico Nacional em 1955. Admitiu que na empresa se podiam aninhar atividades industriais, agrícolas, pecuárias e imobiliárias, mas tudo num campo à parte da vida dos negócios. Mas, com efeito, cada ato negocial se pratica na realidade jurídica do mesmo modo, quer o agente seja empresário ou não. O destaque especial de Waldemar Ferreira como jurista é, seu “Tratado de Direito Comercial” em 15 volumes. Ele divide a história desse direito em três períodos: (1756-1835) = Vida de José Maria Lisboa, (1861-1930) = Vida de José Xavier Carvalho de Mendonça e (1885-1964) = Vida de Waldemar Ferreira.

Finalmente a análise da personalidade como político de Waldemar Ferreira destaca o seu papel de início em prol da instituição entre nós do voto secreto, acabando-se com as atas eleitorais falsas. Sobressaiu-se com a formação sucessiva do Partido Democrático e com o Partido Constitucionalista que dirigiu. No movimento Constitucionalista de 1932 foi secretário do Governador Pedro de Toledo. Desejava-se patrioticamente a extinção do então governo ditatorial de Getúlio Vargas, encerrado pouco tempo depois.

Ainda na Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo não se escreveu tese de doutorado, que pormenorize o belo período do mais puro brasileiroismo dos paulistas entre 1924 e 1964. Implantava-se a verdadeira democracia no Brasil. Ninguém trabalhou tanto para isto como o gigante do saber jurídico e esse patriota incorrigível, que foi Waldemar Ferreira.

1 – Hoje, 2 de dezembro de 1985, transcorre o centenário do nascimento do grande Waldemar Martins Ferreira, cuja memória vamos cultivar. Fizemos coincidir esta data com a outorga dos prêmios aos vencedores do concurso livre de monografias de direito mercantil, que o Instituto de Direito Comercial passou a promover todos os anos. O certame intelectual teve de resto o patrocínio

da família do nosso querido homenageado. Ela entregou o numerário correspondente aos prêmios concedidos.

Estamos reunidos é verdade para aproveitarmos a data centenária de quem foi o melhor e o maior mestre de direito comercial do primeiro século de existência desta nossa “velha sempre nova Academia”. Mas esta reunião solene deste Instituto de Direito Comercial, órgão anexo ao Departamento de Direito Comercial desta Faculdade, tem também o carisma da sua douta Congregação. Esta, com a sua autoridade, fez sua esta comemoração à memória de um dos seus mais ilustres componentes.

Falamos portanto menos como um dos componentes da Comissão Examinadora do concurso e de dirigentes desse órgão anexo ao Departamento de Direito Mercantil. Vamos tentar manter-nos à altura do nível da nossa representação maior.

2 – Numa ordem crescente de alusões a diversos assuntos, que abordaremos, aludiremos de início ao concurso, que neste ano se realizou sob os auspícios do culto à memória de Waldemar Ferreira.

O Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, durante o período normal das aulas nesta Escola, realiza reuniões quinzenais para o debate de assuntos momentosos, conseguindo que especialistas prestem assim a sua colaboração. Com o aparecimento da nova lei do cheque nº 7.357, de 2 de setembro último, vimos mantendo em caráter excepcional reuniões semanais. O dr. George Marcondes Coelho de Souza realiza um trabalho detalhado sobre esse título de crédito bancário, que será publicado na nossa “Revista de Direito Mercantil”. Esta constitui também uma das atividades deste Instituto, coordenada pelo prof. Fábio Konder Comparato. Não faz muito veio à lume o seu nº 57, correspondente ao primeiro trimestre de 1985. Estamos no décimo quinto ano de publicação contínua, após uma interrupção decorrente da morte de Waldemar Ferreira, fundador da revista.

Podemos destarte registrar a particularidade de que os simpatizantes do direito comercial mantêm um culto da sua disciplina, quer pelos seus debates quinzenais dos seus temas mais interessantes, quer pelos escritos na sua revista especializada. E esses simpatizantes do direito dos negócios estabeleceram também o concurso anual de âmbito nacional, para trabalhos jurídicos inéditos, versando qualquer assunto desse campo jurídico negocial das atividades privadas dos cidadãos.

3 – E, como dissemos, devemos dar de início aos resultados do Concurso Waldemar Ferreira.

Foram oferecidas sete monografias. A sua Comissão Examinadora composta do orador, que ora lhes dirige a palavra, do professor titular Luiz Gastão Paes de Barros Leães e do bacharel George Marcondes Coelho de Souza que, durante bastante anos, lecionou com proficiência e disciplina na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Verificou-se que a maioria dos trabalhos carecia de uma exposição contínua, pelo menos média, dos respectivos temas.

Surgiu logo um antagonismo de comportamento para os examinadores dos trabalhos. Eles tinham a faculdade de exigirem um certo rigor nos escritos. Estes deveriam ter uma esquematização dos elementos convergentes no caso específico; seguir-se-ia a referência dos autores e dos julgadores que se manifestaram a respeito; seria a revelação da pesquisa necessária; far-se-ia a sua crítica ou o seu apoio, como a parte substancial do desenvolvimento da tese; no fim, viriam as conclusões respectivas. Era o comportamento que os examinadores esperavam, agindo sob o ponto de vista da exigência de rigor. Este rigor varia e todos concordaram com que ele deveria ser carinhoso.

A outra ponta do antagonismo de comportamento para os examinadores era a conservação do estímulo aos juristas novos. Em lugar de se fazer prova de que teriam sido poucos os escritores, que opinaram sobre a matéria, aquiesceram os três que bastariam análises sumárias de uns poucos. Mas mantinham a esperança de que os candidatos mencionassem jurisprudência sobre o tema do trabalho.

Aconteceu entretanto de um modo geral que a pouca jurisprudência citada se fez pelas transcrições separadas dos acórdãos, engrossando sem razão a aparência do número das páginas escritas e sem a relevância do que o decidido significou. Aconteceu que houve trabalhos, fazendo referência expressa a autores estrangeiros, que eram reprodução de citações feitas por autores nacionais, sem o esclarecimento indispensável de que seriam referências de segunda mão; e essas citações não se conciliavam com o teor do desenvolvimento da matéria. Aconteceu em alguns trabalhos que o autor se desviou para assuntos supostamente paralelos, sem conexão com o encaminhamento do raciocínio para explicações sem conexão.

Resultou que a Comissão Examinadora procurou não só aliviar a exigência de uma certa profundidade de cada tema como também achou que a repetição anualmente dos concursos de direito mercantil devia manter uma brandura encorajadora da produção de novos trabalhos.

As conclusões tinham que ser aquelas que adotou: a) – recusa da atribuição do primeiro prêmio; b) – escolha, como segundo prêmio, de um trabalho sobre a negociação do controle das ações de sociedade anônima de capital aberto; c) – acolher um tema sobre o comércio em épocas remotas, revelador de

conhecimentos pelo seu autor, merecedores de encômios. A fortuidade de se desejar salientar um outro trabalho com nexos e de interesse relevante para a coletividade, mostrou recompensadamente que um estudante de direito fez uma análise jurídica de técnicas úteis; não sendo bacharel, como se exigia no regulamento do concurso, nem pôde receber menção honrosa.

A Comissão Examinadora outorgou enfim o segundo prêmio de Cz\$ 2.000.000 ao tema do advogado Fernando Boiteux, do Rio de Janeiro, versando “Oferta pública de aquisição de controle de companhia aberta”. Concedeu a mesma Comissão menção honrosa ao trabalho do professor livre-docente desta Casa, Manuel Martins de Figueiredo Ferraz, cuidando de “Aspectos jurídicos do comércio na Grécia Antiga”.

O novo direito das sociedades por ações, criado pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, reconheceu entre nós o valor distinto de que pode revestir-se o poder do acionista controlador da companhia. A luta oficial pela sua negociação está na oferta pública da sua aquisição, regulada nos arts. 257 a 263. É sabidamente o “take over bid” originariamente dos ingleses. Trata-se de um capítulo deveras importante da mecânica do controle das companhias de capital aberto.

Sempre existiu o respeito natural pelas lições dadas pelo helenismo, sob a preponderância artística e literária de Atenas, mesmo com a decadência política iniciada com a Guerra do Peloponeso contra Esparta, começada por Péricles no auge do seu poderio, no Sec. IV a.C. Os estrangeiros ambiciosos, que conseguiam fixar-se em Atenas – os metecos – impulsionavam o comércio marítimo e o terrestre, gerando formas contratuais novas, da mesma forma como se passa com os dias de hoje. Vem à mente aquela imagem feliz, comparando a Civilização a uma árvore frondosa. Os seus galhos e as suas folhas só se desenvolvem na medida em que as raízes penetram no solo. A erudição, revendo exemplificativamente os antiquíssimos institutos chamados mais tarde pelos romanos de Lei de Rodes do Alijamento e do Empréstimo Marítimo, colabora na análise das raízes, que mantêm o tronco da empresa moderna, encarada sob o ponto de vista jurídico.

Estão dadas destarte as explicações do comportamento da Comissão Examinadora do Concurso de monografias de direito comercial.

4 – Passamos a cultivar a memória de Waldemar Ferreira. Fazemô-lo inicialmente como o professor. A sucessão contínua das gerações cria a necessidade da transmissão do conhecimento humano pelos mais idosos aos mais jovens. Em todos os dias nascem novos seres e em todos os dias os velhos partem para o além. A economia dos vivos, isto é, o seu sistema de vida, aprimora-se com o aproveitamento das conquistas da Ciência e das aplicações da Tecnologia. Nas lendas gregas há a figura de Sísifo, célebre pelas suas malandragens:

fundador, ao que se diz de Corinto, localizada na nesga de terra que ligava a Grécia propriamente dita ao Peloponeso, Sísifo extorquia os viajantes, que transitavam pelo istmo. Foi afinal morto por Teseu, o herói das mil aventuras da época. Sísifo foi condenado pelos seus crimes a rolar sempre uma rocha enorme até o alto de uma montanha, de onde sempre caía ao chegar ao seu cimo. E o rolar da rocha acima sempre se renovava.

Por aquilo que dissemos, queremos logo comparar o trabalho dos mestres à punição de Sísifo. Na lenda se destaca a política do castigo merecido. Na realidade dos nossos dias há a indispensabilidade do ensino para a sustentação da Ciência e da Tecnologia. Se as transmissões do Conhecimento, pelos que sabem àqueles que aprendem, se interromper, a Civilização recuará. Quando um professor consegue deixar no alto os seus aprendizes, retorna e sempre, aos baixios como novo grupo para levá-lo para cima. A pedra de Sísifo simboliza historicamente a punição do malandro. E, por comparação mecânica, a pedra de Sísifo concretiza o tipo de renovação perene da transmissão do Saber.

A noção de castigo confunde-se pela nossa comparação com a gratificação da virtude. É que o ensino se rodeia de requisitos intelectuais e morais que o eleva à condição de retidão e de probidade. Sua atuação autêntica é uma excelência moral. Se para Sísifo o rolar para cima da rocha foi punição, a elevação dos neófitos para as alturas do Saber constitui uma recompensa. São iguais apenas na constância da labuta de guindagem para o alto das coisas ou dos aprendizes. A rocha é sempre a mesma no caso de Sísifo e ela é cada vez outra sempre que o professor carrega para o alto os seus catecúmenos.

O professor universitário deve ter várias qualidades para concentrar o respeito dos seus colegas e dos seus alunos.

O professor de direito romano Franco Casavola tem uma crônica muito douda sobre história do direito romano. Foi um modo erudito de revelar a **Storia del Diritto Romano**, na sua quarta edição (póstuma) do grande Pietro Bonfante. Essa crônica está em **Labeo**, revista quadrimestral desse ramo do direito, nas págs. 305 a 325 do volume correspondente ao ano de 1959, publicada pela Editora Jovene, de Nápolis. O importante para nós é que Casavola iniciou o seu escrito substancioso, ao destacar a opinião de Savigny, em 1832, traçando a figura ideal do professor universitário.

Franco Casavola escreve logo que Savigny não registrava como méritos principais de um mestre ser autor de descoberta científica, possuir o encanto da eloquência fácil e clara, ter a seriedade e a diligência no desempenho de suas atividades ou possuir a solicitude para incentivar os alunos. Savigny considerava sobremodo que, no seu ver, o professor universitário devia ter uma grande força de comunicação, com toda a sua personalidade e incutir no acadêmico o espírito da ciência. Savigny considerava o professor universitário ideal aquele

que conseguisse penetrar com toda a sua personalidade, no convencimento do discípulo, de tal modo que este se compenetrasse do espírito da ciência que aprendia.

É germanicamente um ideal de perfeição. Seria como se todos os ex-alunos saíssem das faculdades de direito como outros tantos Fredericos Carlos von Savigny ou outros tantos Waldemares Martins Ferreira.

É utópico.

Não fomos alunos do mestre agora homenageado. Mas pela identidade de idéias políticas e pela amizade com seus antigos alunos, e com ele mesmo, pudemos capacitar-nos de que Waldemar Ferreira era assíduo e sabia arrolar os elementos, com que fazia seus alunos compreenderem os institutos sucessivos, acantonados didaticamente num direito mercantil histórico. O testemunho dos seus discípulos foi que o mestre ensinava mesmo, mas cujo ensino cobrava com exatidão nas provas escolares. Isto é ser professor.

Podemos acrescentar, como preito de justiça, que Waldemar Ferreira tinha a facilidade da explicação; ele mantinha a seriedade no ensino da sua matéria que conhecia a fundo; os seus estudantes, diziam na sinceridade dos seus juízos, que o direito mercantil era uma coisa simples, ao contrário de outras disciplinas jurídicas que se lhes afiguravam mais difíceis.

Na homenagem póstuma desta douta Congregação da Faculdade de Direito, neste mesmo Salão Nobre, em 10 de setembro de 1964, Sylvio Marcondes, seu sucessor ilustre na cátedra, escreveu, como se lê na **Revista da Faculdade de Direito**, vol. LX (1965), pág. 52 e como sendo síntese de Waldemar Ferreira professor universitário: “Averiguar sem paixão a verdade, para poder amá-la apaixonadamente. Informar para orientar, propondo sem imposição. Trazer para a luz a lição objetiva da sabedoria, esquecendo na sombra a energia dispensada na sua procura. Não se apegar ao ortodoxo, apenas porque ortodoxo e, ao contrário, favorecer o livre exame das idéias renovadoras. Não expor a ciência como algo esotérico e obscuro e, sim, fazer da palavra o retrato fiel dos conceitos, sem sacrificar pelo rebuscado do verbo, a clareza do pensamento. Animar os pessimistas, trabalhar em otimismo, infundir confiança”.

Não desejamos quebrar o tom respeitoso da nossa homenagem, mas como é que qualquer pessoa, não conhecendo Waldemar Ferreira, poderia identificá-lo com toda a segurança no meio dos professores seus colegas?

Referiam-se os estudantes à “gravatinha borboleta do Waldemar”. Sempre a usou, tal como, posteriormente, o fez o nosso querido Moacyr Amaral Santos. Saiu da moda a gravata de laço borboleta, mas Waldemar Ferreira nunca a

abandonou. E se identificava assim com o seu ar de bonhomia, quando as coisas andavam direitas.

Nós, não possuímos dons carismáticos para convencer os nossos ouvintes, mas lhes apresentamos, como uma das pontas da liberdade de raciocínio de cada um, a versão autêntica de que Waldemar Ferreira foi um grande professor universitário. Foi ele quem criou e dirigiu os primeiros passos deste Instituto Brasileiro de Direito Comercial e Biblioteca Tullio Ascarelli.

5 – Passamos a cultivar em seguida a sua memória como o advogado.

Este é o profissional que começa por viver sentindo dia-e-noite uma chama interna crepitando-lhe o seu íntimo. Tem que senti-la e não pode absolutamente dela dar demonstrações. O advogado tem que ser essencialmente educado. Para tanto deve externamente trajar-se convenientemente; pode muito bem até usar gravata de laço borboleta, revestindo a sua postura de um ar feliz. Chega-se a este estágio depois de se passar um quinquênio, ouvindo aulas de Direito. Para aqueles que se voltarão para o exercício da advocacia, a convivência acadêmica constitui a massa que vai moldando o profissional brioso. Muitos não o são. Paciência. Ficam vegetando nos empregos públicos, obtidos no início como ajuda do aprendizado, que na realidade não se faz. Só é advogado quem lê e quem estuda, além de possuir o espírito de combate, nome diferente da chama interna que o anima.

Ora Waldemar Ferreira era lutador. Briguento educado. Cáustico na identificação dos fatos, tinha modos de não utilizar argumento “ad hominem”. Vimos profissionalmente uma sua interpelação judicial contra um vendedor inadimplente; o preço subiu e o interpelado deixou de entregar a mercadoria, como acontece. A peça advocatícia utilizava palavras-lâminas ou ponteagudas, para caracterizar a inadimplência. Mas quando se dirigia ao inadimplente escrevia que ele saberia compreender as conseqüências da sua falta. Os profissionais, menos elegantes, logo catologam os adversários dos seus clientes com arranhaduras. Waldemar não melindrava o adversário do seu constituinte, o que era um sinal da sua alta classe. Quando o colega contrário não sabia manter a linha, Waldemar então o tratava no processo com o sarcasmo refinado de quem, tendo cultura, desnudava os botes “ex adverso”.

Devemos aludir em particular a dois fatos que indicam o mais alto grau profissional alcançado por Waldemar Ferreira.

Ele recebeu, em 29 de novembro de 1956, o Prêmio Teixeira de Freitas. Era o mais alto galardão que o Instituto dos Advogados Brasileiros outorgava então aos mais destacados colegas.

Devemos salientar que a proposta da outorga do prêmio partiu do grande Levi Carneiro; este, no mesmo dia em que se empossava o premiado no Instituto, tinha a elegância de recordar pelas colunas do vetusto “Jornal do Comércio” que fora o iniciador da recompensa, aceita sôfrega e unanimemente pelos conselheiros do sodalício. Essa recordação tão distinta está reproduzida na **Revista dos Tribunais**, vol. 267, págs. 777 e segs. Dela destacamos trecho da proposição inicial de Levi Carneiro: “O sr. Waldemar Martins Ferreira, há pouco encerrou por jubilação compulsória, motivada pela idade, sua atividade de professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde durante cerca de trinta anos, regeu com a maior competência a cátedra de direito comercial. Ao mesmo tempo, a partir de 1919, até agora, publicou especialmente sobre essa matéria, numerosas e notáveis obras de merecimento – comentários da jurisprudência, pareceres, análises e críticas das instituições, história e comentário da legislação. Pode resumir-se o valor de seu imenso e fecundo labor, nesse setor, dizendo que ele recebeu e avultou a sucessão de José Xavier Carvalho de Mendonça...”. Mais adiante se lê: “Toda essa vasta obra erudita e conscienciosa enche uns cinquenta volumes na “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”. A de nenhum outro jurista brasileiro vivo será mais numerosa e extensa, nem mais benemérita e valiosa. Nenhum terá prestado mais relevantes serviços à difusão e ao fortalecimento da cultura jurídica nacional. Raros se poderão comparar-lhe”.

Foi pela advocacia que ele entrou para o rol dos grandes nomes da ciência jurídica, já que a mais autorizada grei da profissão o reconheceu, o proclamou e o gratificou.

O outro fato do maior relevo, que devemos assinalar em Waldemar Ferreira como advogado, constitui a sua “Arte de Advogar”. Realizou-se em agosto de 1958 a Primeira Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. O segundo tema da sua Segunda Comissão consistiu exatamente na análise do ofício do defender ou de atacar uma causa em juízo. Waldemar Ferreira, como seu relator, produziu “A arte de advogar”, que por sinal está dependendo de uma divulgação maior. Encontra-se na **Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo**, no segundo fascículo do volume 54 (de 1959) págs. 86 e segs. As suas três partes são: **I** – A linguagem Forense e o estilo; **II** – Os argumentos de autoridade e o eruditismo e **III** – A comunicação dialética do advogado com o juiz. **A** – A eloquência é a melhor linguagem forense. **B** – Não se contentando com os seus próprios conhecimentos, o advogado deve ostentar erudição, invocando os argumentos de autoridade. **C** – E se insurja contra os atos dos magistrados, mas jamais contra os magistrados; a dialética desenvolve-se em regime de cortesia, de lealdade, de respeito e sobretudo de dignidade humana. É a síntese da lição tripla da arte de advogar.

A profissão do advogado, a mais nobre no dizer insuspeito de Voltaire, pode ser comparada à mulher querida, linda e companheira; ela tanto mais se

engrandece quanto mais é dignificada. Num ponto os filhos de Adão perdem de longe para as filhas de Eva. Quando estas são respeitadas, elas devolvem o respeito com toneladas esmagadoras de carinho, sublimando o teor da vida dos mortais. Nunca a eloquência do advogado, nunca a sua erudição e nunca o seu respeito aos juízes foram por estes ignorados.

6 – Passamos agora a cultuar a memória de Waldemar Ferreira como jurista. Relembramos aos nossos ouvintes que, ao tratar do nosso homenageado como o advogado, utilizamos palavras de Levi Carneiro, justificando a sua proposta da concessão da medalha de bronze Teixeira de Freitas; ele escreveu que a produção bibliográfica enchia as páginas contemporâneas do órgão oficial da douta Congregação desta Faculdade. Não se devendo fazer análises em detalhe, há a solução razoável do destaque da matéria importante da subsistência do direito comercial, sobre a qual se manifestou oficialmente o grande jurista.

I – Os comercialistas brasileiros da geração atual parece que diminuíram muito o seu interesse pelo problema da autonomia científica do direito comercial^(*) de que o grande Teixeira de Freitas foi pioneiro; e pioneiro antes, muito antes da célebre aula inaugural de Vivante de 1888, em Bolonha e que manteve apesar da sua posterior apostasia, como peça inaugural do seu ainda ótimo **Trattato di Diritto Commerciale**. O mestre italiano mostrou que não se justificava mais a dualidade de um Código Civil e de outro Comercial.

Esta particularidade pode ser explicada em poucas palavras. A força expansionista do direito profissional dos comerciantes invadiu a caracterização do direito dos contratos civis. Há as normas jurídicas, que regulam as combinações particulares dos cidadãos entre si; existe assim uma regulamentação, que constitui no geral o direito civil. Podemos dizer também que existe um outro conjunto de regras entre pessoas, quando se trata de comerciantes ou de negócios que estes praticam entre si. Temos, singelamente, um direito civil de um lado e temos um direito comercial de outro lado. A soma do direito civil mais o direito comercial dá aquilo que se convencionou de chamar de direito privado. Nós ainda possuímos os restos do velho Código de Comércio de 1850. Nós temos um Código Civil, que vige desde 1917. Concluindo a exposição, temos um Código Comercial e temos um Código Civil.

(*) Uma observação, não incluída no texto da saudação ao caro Mestre, consistia em que a predominância dos militares na direção política do País, a partir de 1964, acarretou um seu desenvolvimento econômico acentuado; este repercutiu no aumento marcado de candidatos aos cursos de ensino superior. Essa predominância no campo educacional foi contudo bem infeliz. Improvisaram-se professores para dirigirem mal os estudantes piores preparados. Esses denominados docentes não estimariam achar que não haveria mais um direito comercial... para não perderem o emprego vistoso de "professor universitário"...

A tranqüilidade desta exposição esbarra todavia com a circunstância já revelada de que o expansionismo do direito mercantil invadiu toda a parte das obrigações e contratos do direito civil. Este, sendo invadido por aquele, acabou sendo um direito comum dos dois.

Então se coloca a conclusão decisiva: o direito comercial passou a ser parte do direito civil, ou seja, antes existia a autonomia do direito comercial e agora há a unificação do direito privado.

Engalfinharam-se então os afirmados autonomistas e os referidos não autonomistas. Teixeira de Freitas foi praticamente, como já se disse, o primeiro não autonomista; quando se encontrava no final do seu Projeto de Código Civil, rescindiu o contrato com o Governo Imperial, para a então elaboração de um Código Civil para o Brasil.

Historicamente os antiautonomistas dizem que no fim da Idade Média se criou um direito profissional dos comerciantes. Depois se evoluiu para um direito dos atos comerciais. Era objetivamente comercial o ato assim considerado, embora não praticado por um comerciante; uma viúva, sacando cheque sobre a sua provisão no banco, praticava um ato comercial sem ser comerciante. Os autonomistas passaram a dizer que a generalização dos atos comerciais aos não comerciantes esquecia que sempre existe na vida privada dos negócios uma profissionalização, que se caracteriza por um núcleo de atividades repetitivas com objetivo de lucro. É a empresa, é a constância da atividade mercantil. O comerciante individual ou qualquer sociedade de fins lucrativos atua em torno de certos bens (o estabelecimento), admitindo empregados e fazendo contratos. As pessoas leigas, embora tais, verificam que existem muitos negócios com enorme desenvolvimento e com grandes dimensões. São as empresas pequenas, médias, grandes e sobretudo as multinacionais. O velho direito comercial mantém-se então como sendo o direito da empresa. É o que afirmam os autonomistas.

II – Waldemar Ferreira manteve-se autonomista ferrenho. Consentiu apenas em admitir que o direito mercantil poderia ser um direito especial que, além das empresas comerciais e industriais, abrangeria aquelas agrícolas, as pecuárias e as imobiliárias. O curioso poderá ler o seu douto relatório de 14 de janeiro de 1955, no VI Congresso Jurídico Nacional sobre o tema “A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do direito comercial”. Ele está reproduzido na **Revista Forense** vol. 231, de 1970, págs. 35 e segs. A **Revista de Direito Mercantil** (ano de 1955, nas primeiras 34 páginas) não só o reproduziu como também deu toda a discussão havida na sessão da discussão do tema.

Quando se elaborou pela primeira vez um Código de Comércio, e foi na França, em 1807, já surgiram as empresas comerciais e manufactureiras; o nosso

legislador mercantil de 1850 reproduziu esse aparecimento. Estamos sintetizando o pensamento central de Waldemar Ferreira. A empresa era já instrumento da atividade comercial ou industrial, que se caracterizava na exploração do estabelecimento. Então a empresa seria um segundo círculo concêntrico, em que o primeiro seria o estabelecimento e o terceiro seria o proprietário (comerciante individual ou a sociedade comercial). Waldemar Ferreira, como acentuou Sylvio Marcondes, no seu aludido elogio póstumo (*Rev. Fac. Dir.*, vol. LX—1965 págs. 61-64), pensava essencialmente em isolar a empresa do fenómeno dinâmico da vida dos negócios, em que a sua centralização supera a propriedade civil estática. Com a generalização da empresa, como centro que é de interesses múltiplos, dizemos nós, as práticas antes mercantis passavam a ser utilizadas quer por empresários, quer por todas as pessoas em geral. Não há mais distinções profissionais. Cada ato se prático no campo jurídico do mesmo modo sendo um empresário ou sendo um cidadão qualquer a realizá-lo.

A linguagem técnica não é inteligível numa sua primeira enunciação. Podemos repeti-la sob um ponto de vista diferente. Antigamente se negociava bem mais a varejo do que por atacado. Na idéia do comércio, aproximada bastante de seu conceito em Economia Política, compreendia-se o deslocamento da mercadoria no espaço com o seu transporte. Antigamente se produzia pouco mais do que para o gasto e industrialmente se produzia sob encomenda. O círculo dos profissionais, envolvidos nesse modo da circulação das riquezas, mantinha regras jurídicas próprias. Depois a produção passou a ser em massa; a idéia do transporte das mercadorias perdeu a primitiva importância para a caracterização das atividades dos mercadores da Baixa Idade Média. A regulamentação profissional deles uniformizada pelos usos internacionais de então generalizavam-se aos não-comerciantes; a letra de câmbio, como um exemplo, deixou de ser uma carta (“*lettera*” em italiano) de um banqueiro ao seu colega no estrangeiro para pagar na moeda da praça do destino uma quantia ao portador e que o autor da carta já recebera em moeda da sua praça. A letra de câmbio deixou de ser uma operação de câmbio por banqueiro, para evoluir para a ordem de pagamento, que qualquer cidadão dá contra outrem em favor do terceiro nela indicado (ou do próprio emitente). Os costumes mercantis generalizavam-se aos não comerciantes, envolvendo toda a gente. As regras jurídicas dos profissionais antigos tornaram-se mandamentos comuns.

Mas estes mandamentos se alimentam da atividade dos negócios, persistem os autonomistas.

Eles observam que, se antes eram os mercadores e transportadores que figuravam como os personagens diretamente atuantes nos negócios, com a produção indiscriminada ou em massa, o primitivo estabelecimento comercial agigantou-se pra grandes entrepostos e fábricas com o concurso indispensável de um número grande de empregados. Resultou que aquele pequeno armazém de outrora pode ser e costuma não raro ser um imenso entreposto. Em torno dele

giram operários, devedores, credores e o fisco para cobrar impostos e fiscalizar a mão-de-obra. Um simples depósito quieto agigantou-se para uma atividade plural enorme. Esquece-se até de quem seja o dono. Só se fala com empregados. Começou a generalizar no horizonte da Economia Política uma atividade concêntrica, produtora de riquezas. 'Uma fábrica não vale porque pertença a A ou a B. A fábrica vale pela continuidade da sua produção. É a empresa que conta.

O direito mercantil não seria mais direito comercial, mas continuaria distinto, porque passou a constituir o direito das empresas.

Waldemar Ferreira preferiu considerar esse assunto relevante sob o enfoque da distinção, com que todos estão de acordo, entre estabelecimento, empresa e proprietário da empresa.

Mas a separação do direito comercial do direito civil vingou enquanto os seus súditos mantinham regras distintas de relacionamento entre si e com os profanos, isto é, os não comerciantes. Desde que as regras mercantis se generalizaram, a indagação da classificação dos praticantes não alimenta uma diferenciação entre empresários e não empresários.

O assunto é árido para os ouvintes. Registramos que a nossa primeira tese para concurso para professor de direito comercial nesta Casa cuidou exatamente da denegação da autonomia científica desse direito. Foi natural que desagradasse os nossos cinco fidalgos e doutos examinadores. Continuamos, não obstante, arraigados às nossas idéias, sem que a nossa admiração autêntica, constante e marcada por Waldemar Ferreira pudesse jamais diminuir. Os franceses dizem que "il est avec le ciel des accommodements".

Outra particularidade em Waldemar Ferreira como jurista é o destaque que necessitamos de dar à sua maior obra, que coroou a sua vida tão plena de labuta útil para a coletividade. É o seu monumental **Tratado de Direito Comercial**, com quinze volumes. Iniciou a sua publicação em 1960, que só terminou em 1966, sendo póstumos os três últimos volumes. Confessamos o nosso orgulho de tê-lo completo com a dedicatória espontânea e elevada do querido mestre em cada volume. Os cinco primeiros tratam dos sujeitos de direito mercantil. Os sexto e sétimo volumes ventilam o estatuto do estabelecimento e da empresa mercantil. O oitavo até décimo primeiro analisam os contratos mercantis e os títulos de crédito. Os décimo segundo e décimo terceiro volumes expõem o direito da navegação. E, finalmente, os décimo quarto e décimo quinto volumes enfrentam a falência e a concordata.

Essa obra dividiu a história do direito comercial brasileiro em três períodos: 1º (1756-1835) corresponde à vida de José Maria Lisboa, Visconde de

Cayru; 2º (1861-1930) relativo à vida de José Xavier Carvalho de Mendonça; e 3º (1885-1964) referente à vida de Waldemar Martins Ferreira.

As coisas, que se tornam religiosas, passam a ser apenas indicadas pelo seu nome singelo. O exemplo que mais nos toca é o **Tratado de Direito Comercial**.

7 – E passamos finalmente a cultivar a memória de Waldemar Ferreira como o político.

Moacyr Amaral Santos – o saudoso professor de processo civil e ministro do Supremo Tribunal Federal –, quando, na véspera da jubilação do nosso mestre, em 1º de dezembro de 1955, o Instituto dos Advogados de São Paulo o homenageou, preferiu analisá-lo não como o político mas como o cidadão (**Revista da Ordem dos Advogados de São Paulo**, fasc. de dez. de 1955, nº 100, págs. 28-33). A diferença do trato é contudo apenas aparente. Moacyr extraía da massa aqueles que se posicionavam abstrata e ostensivamente como cultores do patriotismo. São dele estas palavras: “Cidadãos, num país politicamente bem educado, são os indivíduos que cumprem seus deveres cívicos”. Repetia Duran y Ventosa. Nós já encaramos o cidadão por aquilo que fez politicamente.

Vamos dizer algo em poucas palavras, que desagradará talvez muitas pessoas. Não importa.

A Proclamação da República encontrou o povo boquiaberto. Depois que os militares, descontentes com o nosso velho Imperador, forçaram uma república quase sem republicanos, fortificou-se “A Corrupção Eleitoral pelo Suborno”. Leia-se este capítulo de história de direito político colonial escrito por Waldemar Ferreira (**Rev. Fac. de Direito**, vol. LII, ano de 1957, págs. 65-71). As eleições realizavam-se por meio das atas falsas. O grupo, que no Estado de São Paulo dominava oligarquicamente a política, era o Partido Republicano Paulista, cujas iniciais, substantivadas, passou a ser o “perrepismo”. As eleições constituíam uma autêntica vigarice. Quando a Liga Nacionalista de Frederico Vergueiro Steidel desfraldou a bandeira da adoção do voto secreto entre nós, perrepistas, como outros Balthazares, sitiados em Babilônia pelos persas do rei Ciro, riam dos patriotas, que sonhavam com a instalação de fato da república entre nós.

Waldemar Ferreira sobressaiu-se logo como o patriota sincero que com outros formaram o Partido Democrático e depois o Partido Constitucionalista. Foi, em São Paulo, o seu presidente. No Movimento Constitucionalista de 1932, o nosso homenageado foi o Secretário do Governador Pedro de Toledo.

Continua em aberto na Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo a redação de teses de doutorado que pormenorizem o belo período do

mais puro brasileirismo dos paulistas, medeando 1924 a 1964. As muralhas, representadas pela Força Militar de apoio aos perrepistas, ruiu em 1930, acabando-se com os festins de Balthasar. Iniciava-se a luta para a implantação da democracia no Brasil. Vejamos se agora, sem os solavancos do militarismo, conseguiremos à custa de tantas eleições enveredar pelo caminho da democracia autêntica.

Ninguém trabalhou tanto para isto como Waldemar Ferreira!

8 – Encerramos as nossas alongadas palavras. Genuflexos, dirigimos o nosso pensamento a esse gigante do saber jurídico e a esse patriota incorrigível!

Reminiscências: Conselheiro Crispiniano Soares, o primeiro lente de Direito Romano da nossa Academia

Manoel Martins de Figueiredo Ferraz

Professor-adjunto de Direito Romano da Faculdade de Direito da USP

RESUMO: Os cursos jurídicos, criados em 1827, em duas cidades – São Paulo e Olinda – tiveram papel preponderante na formação cultural e política do Brasil, tanto na sua fase monárquica quanto na republicana. A criação da cadeira de Direito Romano, que se deu em 1854, propiciou o estudo do “Corpus Iuris Civilis” e possibilitou a difusão dos princípios da Escola Histórica, alicerçados nas doutrinas de Puchta e Savigny. O primeiro Professor de Direito Romano, na Academia de São Paulo, foi o conselheiro Crispiniano Soares, adepto da Escola Histórica e que teve especial atuação não só como lente, mas como político e administrador. Professor por concurso, foi, durante 35 anos, exemplo de abnegação aos estudos romanísticos.

RÉSUMÉ: Les cours de Droit, créés en 1827, dans deux villes – Saint Paul et Olinda – ont eu un rôle prépondérant dans la formation culturelle et politique du Brésil, soit dans sa phase monarchique soit dans la phase républicaine. La création de la chaire de Droit Romain en 1854, a favorisé l'étude du “Corpus Iuris Civilis”, outre la diffusion des principes de l'École Historique fondés dans les doctrines de Puchta et de Savigny. Admis à l'Académie par concours, et partisan de l'École Historique, le conseiller Crispiniano Soares a été le premier Professeur de Droit Romain de l'Académie de Droit Saint Paul, où, pendant 35 ans, il a donné l'exemple d'abnégation aux études romanistiques. Il a s'occupé non seulement de l'enseignement, mais aussi de la politique et de l'administration.

Ao ensejo das homenagens que esta Casa prestou ao Professor Emérito Alexandre Correia, saudoso catedrático da cadeira de Direito Romano – e as quais juntamos as nossas – fizemos referência de passagem a outra figura ímpar nos anais da Academia, justamente a do primeiro lente de Direito Romano: o Conselheiro Crispiniano Soares.

Na década de 40, a Associação dos Antigos Alunos (AAA) promoveu concurso sobre a vida e a obra de Crispiniano, uma das figuras mais singulares da Academia e como aluno participamos do referido concurso, o que nos permitiu traçar, com as deficiências de acadêmico, o perfil daquele que veio a ser o primeiro lente da cadeira de Direito Romano.

No ano de 1976, pelo Decreto nº 1.134, é que os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda passaram a ser denominados faculdades de Direito; é o que nos informa o mestre desta Casa, Professor José Carlos Moreira Alves, em artigo publicado na revista *Índex*, de junho de 1976, intitulado “Panorama da literatu-

ra romanística do Brasil” e que precisa o ano de 1854 como o da criação da cadeira de Direito Romano nas duas faculdades.

João Crispiniano Soares nasceu em Guarulhos, então Freguesia da Conceição dos Guarulhos, em 1809, um pequeno agrupamento de casas, distando 16 quilômetros da pacata cidade de São Paulo. Era filho natural do major José Soares de Camargo e de Dona Inês Joaquina de Oliveira, “senhora de grande beleza e muito querida pelos dotes de alma e de coração”, cuja fraqueza ao ver do historiador Almeida Nogueira “fora o filho ilustre”.

A família – pai, mãe e filho – passou a residir na Rua do Carmo, nas proximidades do Convento de Anchieta. Crispiniano, rebento de uma família pobre, enfrentando as vicissitudes de uma juventude sem amparo financeiro consegue terminar o curso de preparatórios e se matricula no curso acadêmico do largo de São Francisco.

Para seu sustento, exerce as funções de porteiro do Conselho Geral da Província. Segundo informes que não são trazidos pelo historiador Arthur Mendes, “Crispiniano vinha de obscura camada social e nem desassombradamente usava o nome que trazia. Daí a origem duma desconfiança, o germen duma cólera morando, ambas, em seu espírito, ambas tentando empecer-lhe os movimentos. Contra isso reagia habilmente, procurando envaidecer-se do que havia sido e com quem havia chegado a ser”.

Como se sabe, em 1827 deu-se a criação dos cursos jurídicos no Brasil, acontecimento esse que iria influir extraordinariamente no espírito daquele que, futuramente, teria assento no seu corpo docente.

A cidade de São Paulo, à época, não se expandira, como assinala Spencer Vampré “ficara equilibrada nas pontas dos despenhadeiros, receosa de escorregar pelas ladeiras lamacentas, toda sarapintada de lama”.

Aos 21 anos de idade, matriculou-se Crispiniano na Academia; dentre seus colegas Joaquim Inácio Ramalho, Francisco Bernardino Ribeiro, Padre Ildefonso Xavier Ferreira, João Carlos da Silva Telles, José Ildefonso de Souza Ramos, Joaquim Octaviano Nébias, Francisco de Paula Negreiros, Josino do Nascimento Silva, Carlos Antonio Cordeiro e Antonio Augusto Queiroz.

Desses, três mais tarde tomariam assento dentre os membros da Congregação da Academia; e Crispiniano seria um deles.

No ano de 1830, quando de sua matrícula, não foi realizada a tradicional comemoração com que estudantes e professores saudavam o aniversário do imperador D. Pedro I. É que nesse ano acontecimento de graves conseqüências

abalou os habitantes da pacata cidade: o estúpido e traiçoeiro assassinato do jornalista Líbero Badaró.

Ao concluir o terceiro ano do curso jurídico, em razão das notas obtidas, entendeu a Congregação da Academia em conceder ao acadêmico Crispiniano um prêmio, constante de diploma assim redigido:

“A Congregação Geral dos Lentes da Academia de Ciências Jurídicas da cidade de São Paulo, atendendo a brilhante maneira por que o Sr. João Crispiniano Soares, natural desta cidade, se distinguiu entre os seus discípulos, nas aulas do terceiro ano, já pela aplicação e conhecimentos que com ele adquiriu, já pela honrosa conduta; e querendo dar-lhe testemunho do alto grau em que presa o seu conhecimento, lhe dá este título, para prova perpétua de que lhe foi conferido um dos prêmios do Mérito Literário, decretado pelo artigo 2º do Capítulo 12 dos Estatutos da mesma Academia. São Paulo, 27 de março de 1833. (A (a) José Arouche de Toledo Rendon – Diretor).

Prudêncio Geraldo Tavares Cabral – lente da 1ª Cadeira do 5º ano;

Carlos Carneiro de Campos – Secretário Geral da Academia.

Contava então Crispiniano nessa ocasião 24 anos de idade; em 1834 finalizava seu curso na Academia, recebendo o grau de Bacharel, mas permanece ainda um ano a mais como aluno para conseguir o título de Doutor em Direito.

Todavia, apenas um ano depois, retorna à Academia e já como lente de Direito. É que ao terminar o curso de Doutorado resolveu Crispiniano preparar-se para o concurso de lente-substituto. Acompanhou-o nessa sua decisão o seu inseparável companheiro dos bancos acadêmicos, o futuro Barão de Ramalho. Ambos aprovados, foram nomeados lentes-substitutos por Decreto de 23 de abril de 1836; era Diretor da Academia, Costa Carvalho. Tornava-se, assim, Crispiniano, Lente de Direito da Academia, onde iria lecionar por 36 anos, até a sua morte.

Quanto ao tipo físico do novo lente, deixemos que Almeida Nogueira o retrate como “alto, cheio de corpo, lábios finos, olhar ligeiramente estrábico, cabelos negros, bigodes raspados; expressão grave, quase severa. Colarinhos levantados, sobrecasaca preta, chapéu alto, gravata de volta de setim preto”.

Os seus contemporâneos complementam que Crispiniano tinha um costume interessante: era o de aparecer por vezes às aulas vestido de calças brancas... os que lhe conheciam os hábitos sabiam de antemão que, nessas ocasiões, ele estava de mau humor. Certamente, alguma chamada sobre o ponto dado em aula anterior poderia ocorrer e tratavam os calouros de se safar a tempo.

Segundo os que com ele conviveram, o orgulho em demasia era o seu grande defeito, o que aliás não escondia: jamais permitia qualquer observação à Cátedra. Seus conhecimentos de história eram de tal ordem que Júlio Frank assim se expressou: “É uma cabela de Guizot”.

Até o ano de 1854, quando se tornou catedrático de Direito Romano, Cadeira criada e incluída no **curriculum** das faculdades de Direito não lecionou ininterruptamente, uma vez que diversas vezes Crispiniano se afastou da Academia para ocupar altos cargos na administração pública.

As aulas ele as dava, de início, em tom de voz bastante moderada, mas entusiasmava-se gradativamente com o assunto e acabava por fazer gritaria que era ouvida até fora do recinto da Academia.

Certo dia chegou-lhe aos ouvidos de que o lente Furtado andava se queixando do seu sistema de lecionar, ou seja, aos berros. Crispiniano com o seu peculiar orgulho limitou-se a dizer: “eu ergo a voz, porque tenho confiança no que digo. Não receio errar; não temo que o mundo inteiro me ouça”.

Quando descorria sobre o ponto, tinha como hábito, ao fazer as suas afirmações, o emprego do advérbio “indubitavelmente”. Não raras vezes, em aula, dizia: “Indubitavelmente Papiniano errou..., ou Cujacio, Donello são dessa opinião, mas eu, todavia, acho que eles erraram e penso de maneira diferente”.

Como compêndio, adotava o de Waldeck (“*Institutiones Iuris civilis Heineccianae Emendatae atque Reformatae*”). Mais tarde, substituiu-o pela obra de Warnkoenig. Segundo nos informa o Professor e Emérito romanista José Carlos Moreira Alves, em artigo citado, a substituição “foi elogiada por Antonio Joaquim Ribas, na memória histórica da Faculdade para o ano de 1856, o qual acentuou que “a substituição se justificava pelos progressos que tem feito o estudo do direito e das antiguidades romanas, graças aos esforços de Niebuhr, Hugo, Savigny e tantos outros espíritos investigadores e perspicazes”.

Certa vez afirmou: “para entender Von Savigny é preciso ler Puchta, e neste País só eu tenho Puchta”.

Na história da Academia, os bedéis estavam sempre ligados aos lentes titulares e os acompanhavam por toda a vida universitária. O bedel de Crispiniano chamava-se Firmino e era chegado a um bom vinho, que os alunos proporcionavam...

Pelos estatutos da Academia, o aluno que alcançasse quarenta faltas perderia o ano. Quando tal ocorria, a solução era apelar para o Firmino, que “acertava as contas”, mediante algumas garrafas de vinho...

Ao chegar ao fim do ano, antes de iniciar a sua preleção, Crispiniano tirava do bolso o lápis e punha-se a somar os pontos perdidos pelos seus alunos: “O Sr. Fulano de Tal perdeu o ano: quarenta faltas!”

– Peço perdão ao Senhor Conselheiro: o Senhor Fulano deu 35 e não quarenta faltas!, dizia Firmino.

– Dou a sua conta como certa, Senhor Firmino. O Senhor tem a fé pública!, retrucava Crispiniano.

Mas, o certo é que a estudantada respeitava-o. Segundo Ferreira Rezende em “Minhas Recordações”, Crispiniano era “uma espécie de gigante em cuja boca via-se pintado o orgulho e o desprezo”.

Certa ocasião, examinava o Mestre de Direito Romano: ponto sorteado “Capitis Diminutio”. O aluno foi logo dizendo: “os romanos tinham três cabeças...” Ao que interrompeu Crispiniano:

– Mais felizes do que o senhor que não tem nenhuma!...

Quando da reforma dos cursos jurídicos, em 1851, foram criadas duas novas cadeiras: a de Direito Romano e a de Direito Administrativo. Era a oportunidade tanto para Crispiniano quanto a Ramalho de se tornarem catedráticos. As aludidas cadeiras foram objeto do Decreto nº 608, de 1851, referendado por José da Costa Carvalho, Visconde Monte Alegre.

Em seus três artigos autorizados, o primeiro autorizava o governo a modificar os estatutos dos cursos jurídicos; o segundo criava as duas cadeiras e, finalmente, o terceiro dizia respeito à imediata execução do novo estatuto.

Como foi dito, tanto Ramalho quanto Crispiniano envidaram todos os esforços para serem nomeados. Para tanto, peticionaram junto ao Imperador, expondo suas pretensões e solicitando ainda que o Diretor da Academia informasse ao Senhor Ministro da Justiça sobre os pedidos que acabavam de fazer.

O Diretor da Academia enviou, em conseqüência, ofício ao Ministro do Império, cujo teor é o seguinte:

Ilmo. e Exmo. Senhor:

Requerendo os Drs. João Crispiniano Soares e Joaquim Ignácio Ramalho, lentes substitutos do Curso Jurídico desta cidade, que informe o requerimento que levaram à augusta presença de S.M. o Imperador, pedindo o primeiro a cátedra de Direito Romano e o segundo a cadeira de Direito Admi-

nistrativo, novamente criadas, tenho a honra de levar ao conhecimento do mesmo augusto senhor, que os suplicantes foram providos lentes substitutos desta Academia em 23 de abril de 1836 e empossados a 28 de maio do mesmo ano, sendo por isso os mais antigos nesse exercício, no qual têm desempenhado cabalmente os seus deveres, estando quase sempre em efetivo exercício, lecionando as cadeiras de alguns proprietários que se acham impedidos. O primeiro suplicante regeu efetivamente a segunda cadeira do quinto ano, mas nos anos de 1837 a 1850, além de ter suprido diversas outras cadeiras nos outros anos. O segundo suplicante regeu efetivamente a primeira cadeira do segundo ano de 1836 a 1837, a cadeira de Economia Política, a primeira do quinto ano de 1838 até julho de 1844 e, nos anos de 1849-50 e 1851, a cadeira de Direito Civil, a primeira do quarto ano. Além disto, tem regido interinamente a cadeira de Aritmética e Geometria. O mesmo suplicante, antes que fosse nomeado lente-substituto, foi provido na cadeira de Filosofia Racional e Moral no ano de 1834. Tanto um quanto o outro dos suplicantes têm-se prestado a todos os serviços desta Academia e sempre satisfatoriamente. Sendo tão reiteradas as provas de suas capacidades intelectuais e do zelo com que cumprem seus deveres tornam-se dignos da graça que pedem. Deus guarde... São Paulo, 24 de julho de 1851”.

Entretanto, somente em 1854 é que Crispiniano e Ramalho foram providos nos cargos de professores catedráticos. A cadeira de Direito Administrativo, todavia, foi concedida a Silveira da Motta; a Ramalho coube as cadeiras de Direito Processual Penal e de Direito Civil, esta, aliás, até então regida por Silveira da Motta.

O curso de Direito Romano foi iniciado em 1854 pelo novo lente-catedrático, Crispiniano Soares. A assiduidade às aulas foi interrompida pelo exercício do governo das províncias de Minas Gerais e do Rio de Janeiro.

Ademais a famosa questão Mauá de quem era advogado obrigava-o a longas permanências na Corte. Durante sua ausência a cadeira foi regida por Leôncio de Carvalho.

Sentindo-se cansado e doente pede Crispiniano juntamente com o seu inseparável amigo Ramalho os benefícios da jubilação que lhe é concedida pelo Decreto de 22 de agosto de 1871. Afastava-se, assim, da cátedra daquele que durante 35 anos a serviu com carinho e dedicação.

Escreveu o primeiro lente de Direito Romano algumas obras jurídicas, sendo que a principal delas não chegou a ser impressa; intitulava-se “Tratado sobre as fontes de direito positivo para servir de introdução a um curso de Direito Público”. Foi escrito com a colaboração de Joaquim Ignácio Ramalho. É ainda de sua lavra o “Regulamento para a arrecadação da taxa dos legados e heranças e em por cento adicionais”.

Durante largo tempo de sua vida Crispiniano residiu à Rua do Carmo no número 88, portanto, na mesma rua em que morou quando para aqui veio em companhia de sua mãe.

Faleceu o Conselheiro João Crispiniano Soares a 15 de agosto de 1876, em consequência de grave moléstia que há muito o perseguia.

O seu enterro realizou-se no dia 19 de agosto às 11h00 da manhã que teve um grande acompanhamento. Pouco antes de expirar fez testamento, nomeando sua esposa herdeira universal de seus bens. O presidente da Província de São Paulo, doutor Sebastião José Pereira, o diretor da Faculdade de Direito, lentes e alunos da Academia, políticos, chefes dos liberais e altas autoridades estiveram presentes nas solenidades fúnebres, acompanhando o seu corpo – vestido com a beca de lente da Academia – até o Cemitério da Consolação, onde foi sepultado.

Honras militares foram prestadas ao ilustre morto por uma guarda de capitão, que se achava postada em frente à sua residência, na Rua do Carmo.

Desaparecia, assim, do mundo dos vivos, a majestosa e imponente figura do enérgico lente de Direito Romano.

O jornal “A Província de São Paulo” relatando o triste acontecimento, no número de edição do dia 17 de agosto de 1876, escreveu: “Deu-se nesta capital, ante-ontem, 15 de agosto de 1876, a perda de um cidadão distinto e mui considerado naquele dia às 9 horas da manhã, em consequência de grave enfermidade de que fora atacada havia dias. Caracter íntegro e severo, jurisconsulto e advogado de primeira plana, a todos esses dotes são realmente pela circunstância de ser filho de seu próprio valor, sabendo erguer-se do mais obscuro nível às mais brilhantes posições sociaes, e trilhando sempre a estrada larga que honra e da dignidade. É sem dúvida nesse ponto de vista que de melhor direito lhe cabe a imortalidade da consideração social e o elevado respeito que lhe consagra a admiração dos contemporâneos”.

Realmente, Crispiniano soube honrar a sua terra natal. Sua existência foi dedicada por inteiro ao cultivo dos postulados do Direito. Foi um brilhante advogado, erudito jurisconsulto, respeitável político. Entretanto, acima disso tudo, e muito acima, Crispiniano foi um **mestre de Direito**.

ALMEIDA, Aluísio de – “A Revolução Liberal de 1842”.

BLAKE, Sacramento – “Dicionário Bibliográfico Brasileiro”.

EGAS, Eugênio – “Galleria dos Presidentes de São Paulo”.

- MARQUES, J.M. de Azevedo – “Apontamentos Históricos”, 2º vol.
- MARQUES, Manoel Eufrágio de Azevedo – “Apontamentos Históricos, Geográficos, Biográficos, Estatísticos e Noticiosos da Província de São Paulo”.
- MARTINS, Antonio Egídio – “São Paulo Antigo”.
- MENDES, Artur – “Figuras Antigas”, 1º vol.
- MOREIRA ALVES, José Carlos – “Panorama da literatura romanística no Brasil”, in “Index”, junho/1976.
- NABUCO, Joaquim – “Nabuco de Araújo”.
- NOGUEIRA, José Luiz de Almeida – “Tradições e Reminiscências”, São Paulo, 9 vols.
- PRETO, Ouro – “Marinha D’outrora”.
- REZENDE, Francisco de Paulo Ferreira de – “Minhas Recordações”.
- SANT ANNA, Nuno – “São Paulo Histórico”, vol. II.
- TAUNAY, Afonso de – “São Paulo no século XVI”, 1º vol.
- USP, “Revista da Faculdade de Direito”, vol. XXIV, 1928 e vol. XXXIV, 1938.
- VAMPRÉ, Spencer – “Memórias para a história da Academia de São Paulo”, Saraiva, São Paulo, 1924, 2 vols.
- Documentos:** “Relatórios apresentados à Assembléia Legislativa pelos Presidentes da Província de São Paulo”, 1865.
“A Província de São Paulo”, de 17 de agosto de 1876.
Jornal “O Correio Paulistano”, de 17 de agosto de 1876.

Relação dos funcionários junto à Faculdade de Direito em 1986

HENRIQUE SCALFI
BENEDITO UBALDO FREIRE
MARIA HENEYDA MONTEIRO TORCHIA
MARIA APARECIDA ROCHA HEINE
JOANNA JUMARA GRECCO DE ALMEIDA
FREDERICO CONCEIÇÃO BAPTISTA
MARILENA PINHEIRO LOBO
JACY VIEIRA PRADO GORI
REGINA HELENA DA SILVA
JOSÉ PIPINIS FILHO
ANTONIO CEZARIO DOS SANTOS
ANTONIO LINDENBERG DREILICK DA COSTA
DEANA ROSA ASSEF MATTOS PIMENTA ARAÚJO
JOSÉ MARIA MORAES
MAFALDA ALVES GARRIDO RUSSO
SANTINA LIBERATO BORGES BAPTISTA
MATHILDE MOTTA DA SILVA
RENATA CELLI
GIACOMINA DEL VALLE DE PAZ FALDINI
DIRCE DE SOUZA MARTINS
REGINA CÉLIA REIS MATOS
ROBERTO DA SILVA
RUY DA SILVA FREIRE
ODILA REGINA INDOLFO
MARIA APARECIDA DE SOUZA SIZILIO
ESTER MARIA DE SOUZA
MADALENA LACRETA
LUCIA APARECIDA ALVES DE MENEZES
JOÃO SOARES DE LIMA
NEIDE FERREIRA LIMA
MANOEL MACHADO DA SILVA
LEILA DE SOUZA
JOÃO NOGUEIRA DA SILVA
LENILDE MARIA DA SILVA
ANTONIETA GIORDANO
CARMELLO GANGO FILHO
ELIANA ARAGAKI RODRIGUES
GIOVANI PAVÃO JOSÉ GUERRA DE SOUZA
MARIA THEREZA MÜLLER DA SILVA
IZABEL GONÇALVES JARDIM
MARIA DAS GRAÇAS ALMEIDA SANTOS
MARIA DA PAIXÃO MARQUES DE QUEIROZ
EDUARDO MACIEL

ROSANA MIDORI YACHIMORI
JOÃO DA CRUZ ANTERO SIMPLICIANO
CLEUSA APARECIDA DO NASCIMENTO BARBOZA
LUIZ EDUARDO DE PAULA CAMARGO
ANTONIO AUGUSTO MACHADO DE CAMPOS NETO
ISABEL APARECIDA PALOMBA
FRANCISCO CIZOMAR MARIANO DA SILVA
ANA ELISA VIEIRA
SANDRA APARECIDA DA SILVA
HENRIQUE EDUARDO RIBEIRO MONTEL
ALUIZIO HENRIQUE FILHO
DERLI APARECIDA CARDOSO DA SILVA
AFONSO MATCHIL
JOSÉ ILDO VITO
IOLANDA HIYBALE GUIBO NAKASIMA
DAMARIS GRIGORIO
ANA LIMA BATISTA
WILSON APARECIDO DA COSTA
MARIA GORETTI DANTAS
MARLI CONCEIÇÃO MATHIAS
ISAIAS CARDOSO
IZABEL DE BRITO
LUCIA APARECIDA ALVES DE MENEZES
MAIRA CUNHA DE SOUZA
MARIA INÊS CARDOSO MÁXIMO MAUSE
CLEONICE RIBEIRO JONAS
SILVIA REGINA FLORIDO
TOBIAS AMANCIO SIQUEIRA
WASHINGTON MOREIRA DE MELO
DORIVAL SALES
SANTINHA PIRES
ZACARIAS PEREIRA HOLANDA
CACILDA DE OLIVEIRA
ALEXANDRE PANEQUINE NETO
VERA ANNA MARIA CENTIN CAFFARELLO
DAVID APARECIDO LUIZ
JOSÉ ALVES
IVAN PEREIRA DOS SANTOS
LUIZ LUCIA LOURENÇO
ANA RITA ALVES MENEZES LIMA
BEATRIZ DOS SANTOS
CHRISTIANE SANTOS ABREU
JAILSON BISPO DOS SANTOS
ROSEMEIRE FAGUNDES

ELOIDE DE ARAÚJO
MARCIA APARECIDA DE SOUZA
LUIZ ANTONIO JERONIMO
SILVIA MARA DE ANDRADE
DALVA VEREMUNDO BIZERRA
MÁRIO OSTAN
NELSON DE CARVALHO
JOSÉ INACIO DOS SANTOS
ELAINE DE AVILA SALLES
GUARACIABA DE BARROS JUK
FRANCISCO FRANCIMAR MARIANO DA SILVA BRITO
GABRIEL ANDRADE
DORALICE ALVES DE ALMEIDA
OSMAR FERRAZ
SARA CORREIA
JOSÉ DOMINGOS GANGI
MANOEL LUIZ GONÇALVES FILHO
NOEL ALVES DE SOUZA
MARIA THEREZA FUSCO AZZI
DASY MARIA DE MOURA PRADO
MARIA JOSÉ DA COSTA LOPES
NELSON DA SILVA LIMA
JOANA ALAIDE TEIXEIRA MARQUES LOPES
PRADAMANTE BACCELLI RÔNCATO
PEDRO POTYGUARA DE ARAÚJO LEITÃO
EDEINER PEZZUOL
WALDIR WILLIAN MERISCI
ADEMAR GUERRA
MARILENE CUNHA LIMA
ANTONIO PIRES GONÇALVES
DINAH BARBOSA GRACIA
MARLI DE SOUZA SARTORELLI
ADENIR HOLMOS
NORMA WENCESLAU DE BARROS
MARILENE VITORIA FERREIRA
MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA
EDNA SETSUKO TSUTSUI
ODETTE BOTTINI
VANDERLEI RIBEIRO
ROBERTO SANTOS DE QUEIROZ
RUY GACHIDO
ESTER BETINI
BEATRIZ APARECIDA LAZAROTTI ALENCAR
NEUSA MARIA DE MOURA
NANCI PERICINOTTI

MARCIA RZAMOS LEITÃO
FRANCISCA MARIA DOS SANTOS
DANIEL LOPES DE OLIVEIRA
SÉRGIO RODRIGUES NOBRE
LEVI BELETATO
MARLENE RIBEIRO DE ANDRADE
ZULEIMA MACHADO DA SILVA NUNES
JORGE LEAL FERREIRA
MARLI INOCÊNCIA DE MORAES
MARIA LUCIA LISBOA LOURENÇO
MARINALVA PACHECO RIBEIRO
ANIBAL RIBEIRO CAVALI
SELMA DE SOUZA SANCHES
CATARINA DE SOUZA SANCHES
TEREZINHA DOS SANTOS FERREIRA
JOSÉ DA SILVA XAVIER
WILSON JOSÉ DE MOURA ARAÚJO
ARMANDO GANGI DA SILVA
MONICA GATTI DA SILVA
MARIA LUCIA SANTOS DE LIMA
IRACI VITORINA DE CARVALHO
WILMA APARECIDA BUFFONI LEITE
JUREMA SILVEIRA ZANARDINI
PAULO RODRIGUES DE CARVALHO
TERESA FERNANDES NAZARETH
MARLENE LOPES DE OLIVEIRA
DURVALINA FERLIN LOPES
DARCY SERRALBO MORELATO
ROZALINA DO NASCIMENTO SOUZA

Orlando Caetano: ele deixou saudades.

ORLANDO CAETANO: ele deixou saudades

Antonio Augusto Machado de Campos
Editor da Revista da Faculdade

Estas homenagens acadêmicas não são única e exclusivamente visadas ao passado. Recordam as gerações de jovens que tiveram ideal e se fatigaram por realizá-lo. Entre eles, Orlando Caetano também foi moço quando ingressou aqui nesta escola para trabalhar, amou a Academia e vivenciou atos e fatos que construíram a história da Faculdade de Direito.

Quando o conheci – No ano de 1967 freqüentava eu o Curso Tolosa Vestibulares de Direito instalado na Ladeira da Memória, quando num dia do mês de julho daquele ano resolvi visitar nossa escola. Tinha paixão pela Faculdade mesmo antes de ser devidamente aprovado para freqüentá-la. De repente uma chuva de inverno me fez ficar andando pelos corredores, resolvendo por acaso entrar no Departamento de Direito Civil. Nem sei porque aquele departamento, pois mais tarde verificara que não gostava nada das matérias de Civil. Fui apaixonado e ainda sou pelo Direito Penal! Foi exatamente naquele departamento que conheci pela primeira vez o Senhor Orlando Caetano. Recolheu ele o material que portava e logo como amigo disse-me: “Que tempo feio!”. O tempo lá fora era, de fato, péssimo com ventos fortes e chuvas de destruição mas ali tudo estava de um calor agradável. Seu Orlando percebeu que eu não era aluno da Casa e educadamente recomendou-me a biblioteca central para que eu pudesse estudar. Mas como refutei que o que queria mesmo era ficar ali na Faculdade, ele riu. E repentinamente foi falando da Faculdade. Que os alunos dali estavam pleiteando uma reforma universitária, que o novo diretor seria um professor da cadeira de Economia Política, doutor José Pinto Antunes. E horas se foram de conversa interrompidas para atender os alunos. Orlando não era o bibliotecário do departamento, apenas o guarda-livros que por eles tinha um total carinho. O tempo passou fui classificado no vestibular em 1968, pertencendo pela primeira e única vez na história das Arcadas à turma do período vespertino. Ano da tomada dos alunos que reivindicavam uma reforma urgente escolar dado o caque-tismo com que vinham enfrentando os currículos das matérias lecionadas.

A convivência – Em 1969 meu pai morreu de enfarte com 49 anos de idade. Estava desolado: era meu melhor amigo. Orlando Caetano ao encontrar-me pelos corredores da Faculdade pressentiu o abatimento no rosto e veio a mim espontaneamente. Falou da vida, da força que temos de viver, dos que ficam e da morte. Para ele, antes de tudo era a eterna procura da felicidade que nos deve incentivar a viver. Rir é bom dizia ele. Ria sempre, mesmo que no fundo esteja triste. Era uma filosofia de vida. Simpática até, pois lembrando no que ele dizia consigo transpor obstáculos que a vida nos oferece. Um comportamento que se todos tivessem melhoraria e muito os ânimos de relacionamento entre os homens.

Em 1973 fui nomeado, a convite do diretor professor José Pinto Antunes, funcionário da Faculdade. Quase sempre dava uma parada no meu trabalho para ir à sala de Orlando Caetano. Naquela época ele operava na xerox instalada no segundo andar. A sala do Senhor Orlando, carinhosamente chamado de Tarzan por todos pelo porte alto e forte, era repleta de canários. Mas muitos canários que executavam a **Sinfonia do Tarzan** como dizia a todos e logo pegou entre alunos, professores e funcionários.

No final da carreira – Seu Orlando nasceu no dia 1º de maio de 1930. No Dia do Trabalhador e honrou a data de seu nascimento, pois trabalhava e ajudava a muita gente na Faculdade. Até chegava a dormir nela quando tinha as sessões prolongadas de Congresso. Como não podia mais andar com facilidade dada a obesidade, preferia ficar na própria escola e esperar o outro dia do expediente a ter de tomar ônibus. Foram 33 anos aqui na nossa escola. E no final da carreira teve um período péssimo. Havia extinto a sua sala, fazendo-o a se desfazer de todos os seus pássaros e aquário que possuía. Já andava triste e cabia a mim e aos colegas que o queriam bem a animá-lo e relembrar que, agora, era preciso mais do que nunca sempre sorrir, mesmo que no fundo ele estivesse triste. Nas suas férias retiraram todos os pertences particulares que possuía da sala da xerox e como havia sido designado a atender junto a mim a Secretaria da Revista, recolhi tudo que era seu e as coloquei em caixas fechadas. Duas semanas depois em pleno gozo de férias ele se aposentou pelos 35 anos de trabalho. As caixas continuavam guardadas na sala da Revista e por isso ele veio numa manhã de dezembro buscá-las. De branco impecável, calças, camisa, meias e sapato, combinando com os abundantes cabelos também brancos ele apareceu sorridente com amigos que o ajudaram a carregar as suas caixas. Num abraço apertado e demorado desejou-me um Feliz Natal e Ano Novo. Prometeu-me um canário de presente. Há anos ele me prometera esse canário. Nunca me ofertou! E saiu. Nunca mais eu o vi, pois não tive coragem de visitá-lo no hospital, quando ele adoeceu. Senti muito a morte dele. E hoje trabalho, por destino, na sala que ele alimentava as dezenas de canários e ouvia Brahms ou Chopin na pequena vitrola. Pelo menos ele ficou no coração de alunos e professores, colegas e amigos. Homenageado várias vezes pelas turmas de bacharelados da Faculdade, Orlando Tarzan Caetano antes de tudo era humano,



sensível, com defeitos como todos nós temos, mas incrivelmente gente de coração e alma. Nunca mais o esqueceremos, principalmente pelo amor que ele tinha pelas Arcadas. E quantas histórias ele levou consigo sobre as velhas amizades e alegrias da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Relembrando Orlando Caetano

Maria Thereza Fusco Azzi
Subchefe Biblioteca Central

Ao receber o convite para escrever algumas linhas sobre o Senhor Orlando Caetano fiquei assustada, mas logo me refiz e senti como é fácil relembrar alguém como ele.

Figura bonita com sua vasta cabeleira grisalha, os olhos azuis e aquela alegria contagiante que não o largava mesmo nos dias de maior turbulência nas Arcadas. Trabalhei coincidentemente com o Senhor Orlando logo quando entrei para a Faculdade, em 1970.

Naquela época ele operava na seção da xerox e foi quando o conheci melhor. Senti muito seus conflitos e até aprendi a admirar o seu jeito displícite de levar a vida. Sabedora, e talvez confidente, de uma das suas maiores frustrações, de querer ser bibliotecário, sempre me perguntava: por que não? Cuidava ele tão bem dos livros do Departamento de Direito Civil.

A seu ver, o que faltava realmente era a boa vontade dos dirigentes da Casa. Este raciocínio, simples e infantil, era a do Senhor Orlando Caetano.

Em qualquer lugar que trabalhasse, enchia de calor humano com o aquário cheio de peixes, além dos pássaros, e aquele sorriso franco.

Orlando Caetano, o Tarzan, foi sem dúvida alguma uma figura controversa, mas antes de mais nada e acima de tudo GENTE!

... Era uma pessoa extremamente bondosa, caseiro e enchia a casa da gente de alegria, porque meu tio Orlando vivia sempre rindo e falando alto. Ele gostava muito de pássaros, peixes que colecionava de todas as espécies, música clássica e da vida. Amava a Faculdade de Direito como se fosse a sua própria casa e até chegava a dormir no trabalho quando Congressos se reuniam e precisavam de seus serviços. Ele era uma pedra no sapato de muita gente da Faculdade por acharem que ele confundia a Casa como se fosse a sua casa. Mas era questão de compreensão! **Anna Maria Gonçalves**, sobrinha de Orlando Caetano.

SUMÁRIO

I – Doutrina

A Edição no Brasil. Fábio Maria de Mattia	17
A Corte Constitucional da Itália e o Direito Administrativo. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	27
Arbitragem. Octávio Bueno Magano	31
A Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívidas do Estado. Gustavo Zanini	41
A Renegociação da Dívida. Luiz Olavo Baptista	49
Estudos de África I. Guido Fernando Silva Soares	60

II – Ensaios

O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. Ada Pellegrini Grinover	98
Enrico Tullio Liebman e a Processualística Brasileira. Luís Eulálio de Bueno Vidigal	103
Problemas de Menores no Âmbito Internacional e Direito de Comunicação Social. Antonio Chaves	113
Reforma do Currículo da Faculdade de Direito. Carlos Alberto Bittar	117

III – Conferências

Programas e Compêndios de Direito. Ruy Barbosa Nogueira	147
O Conceito de “Interesse Nacional” e a Responsabilidade de Diplomacia Brasileira. Lauro Escorel de Moraes	151
Código de Boa Prática em Matéria de Publicações Científicas. tradução de Zeferino Ferreira Paulo	162
O Aval – Parte II. Newton de Lucca	170

IV – Trabalho de Aluno

Proteção do “Software” pelo Direito de Autor. Adriana Camargo Rodrigues Casella	202
A Nulidade Parcial. Dasy Gogliano	222

V – Teses

Relação das teses defendidas na Faculdade de Direito em 86	250
---	-----

VI – Discursos

O Novo Diretor da Faculdade de Direito: Professor Doutor Dalmo de Abreu Dallari. A Redação	255
Discurso de Posse. Homenagem prestada, em nome da Congregação, pelo Professor José Ignácio Botelho de Mesquita	263

Solenidade de Posse dos Professores Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra.	
Ada Pellegrini Grinover	269
Discurso de Posse do Professor Cândido Rangel Dinamarco	277
Discurso de Posse do Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra	281
O Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães	283

VII – Homenagem

Homenagem à memória de Waldemar Ferreira no Centenário de seu nascimento.	
Philomeno José da Costa	293

VIII – Contribuição para as memórias acadêmicas

Reminiscências: Conselheiro Crispiniano Soares, o primeiro lente de Direito Romano da nossa Academia.	
Manoel Martins de Figueiredo Ferraz	308
Relação dos funcionários junto à Faculdade de Direito da USP em 1986.	
A Redação	316

IX – In Memoriam

Orlando Caetano: ele deixou saudades. Depoimentos de colegas e amigos.	
A Redação	320

SOMMAIRE

I – Doctrine

L'édition au Brésil. Fábio Maria de Mattia	17
Le Parlement Constitutionnel en Italie et le Droit Administratif. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	27
L'Arbitrage. Octávio Bueno Magano	31
La Convention de Vienne sur la Succession des États en Matière de Biens, Archives et Dettes D'État. Gustavo Zanini	41
La Renégociation de la Dette. Luiz Olavo Baptista	49
Études de l'Afrique – 1 ^{ère} Partie. Guido Fernando Silva Soares	60

II – Essais

Le Magistère d'Enrico Tullio Liebman au Brésil. Ada Pellegrini Grinover	98
Enrico Tullio Liebman et la Science Brésilienne de la Procédure. Luís Eulálio de Bueno Vidigal	103
Problèmes des Mineurs Dans le Cadre International et le Droit de Communication Sociale. Antonio Chaves	113
Réforme des Programmes des Cours de la Faculté de Droit. Carlos Alberto Bittar	117

III – Conférences

Programmes et Manuele de Droit. Ruy Barbosa Nogueira	147
Le concept d’“Intérêt National” et la Responsabilité de la Diplomatie Brésilienne. Lauro Escorel de Moraes	151
Code de la Bonne Pratique en Matière de Publications Scientifiques. traducion de Zeferino Ferreira Paulo	162
L’Aval – 2 ^{ème} Partie. Newton de Lucca	170

IV – Travaux d’Élèves

Protection du “Software” par le Droit D’Auteur. Adriana Camargo Rodrigues Casella	202
La nullité Partielle. Dasy Gogliano	222

V – Thèses

Relation des thèses souteneus à la Faculté en 1986	250
--	-----

VI – Discours

Le Nouveau Directeur de la Faculté de Droit: Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari. La Rédaction	255
Discours prononcé. Hommage prêté au nom de la Congrégation, par le professeur José Ignacio Botelho de Mesquita	263

Solennité de prononcé des professeurs Cândido Rangel Dinamarco et Antonio Carlos de Araújo Cintra. Ada Pellegrini Grinover	269
Discours prononcé du Professeur Cândido Rangel Dinamarco	277
Discours prononcé du Professeur Antonio Carlos de Araújo Cintra	281
Le Professeur Luiz Gastão Paes de Barros Leães ...	283
 VII – Hommage	
Hommage à la mêmorie de Waldemar Ferreira à l’Ocasion du Centenaire de sa Naissance. Philomeno José da Costa	293
 VIII – Contribution aux memoires academiques	
Réminiscences: Conseiller Crispiniano Soares, premier professeur de Droit Romain de notre Académie. Manoel Martins de Figueiredo Ferraz	308
Noms des fonctionnaires de la Faculté de Droit de l’Université de São Paulo, en 1986. La Rédaction	316
 IX – In Memoriam	
Orlando Caetano: il a laissé la nostalgie. Témoignages des mis. La Rédaction	320

CONTENTS

I – Articles

Publishing in Brazil. Fábio Maria de Mattia	17
The Constitucional House of Parliament in Italy and Administrative Law. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	27
Arbitration. Octávio Bueno Magano	31
The Wien Convention about the States Sucession on Property. Gustavo Zanini	41
Dedt Renegotiation. Luiz Olavo Baptista	49
African Studies – Part I. Guido Fernando Silva Soares	60

II – Essays

The Teaching of Enrico Tullio Liebman in Brazil. Ada Pellegrini Grinover	98
Enrico Tullio Liebman and Brazilian Science of Procedure. Luís Eulálio de Bueno Vidigal	103
Problems of the Younger in the International Field and the Law of Social Communication. Antonio Chaves	113
Curriculum Reform of the Law School. Carlos Alberto Bittar	117

III – Conferences

Programs and Manuals of the Law. Ruy Barbosa Nogueira	147
The Notion of “National Interest” and the Responsability of the Brazilian Diplomacy. Lauro Escorel de Moraes	151
Roles for a Good Performance in Matter of Scientific Publications. tradução de Zeferino Ferreira Paulo	162
The Guaranty – Part II. Newton de Lucca	170

IV – Students’ Works

Software Protection through Copyrights. Adriana Camargo Rodrigues Casella	202
Partial Nullity. Dasy Gogliano	222

V – Thesis

List of thesis supported at the Faculty during 1986 .	250
---	-----

VI – Speeches

The New Dean of Law School: professor Dalmo de Abreu Dallari. The Editor	255
The Inaugural Speech. Homage payed, in the name of the Law School Congregation by professor José Ignácio Botelho de Mesquita	263

Celebration for the professors Cândido Rangel Dinamarco and Antonio Carlos de Araújo Cintra . Ada Pellegrini Grinover	269
The Inaugural Speech of professor Cândido Rangel Dinamarco	277
The Inaugural Speech of professor Antonio Carlos de Araújo Cintra	281
The Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães ...	283
 VII – Homage	
Homage to the Memory of Waldemar Ferreira for the Centenary of his birth. Philomeno José da Costa	293
 VIII – Contribution to the academical memoirs	
Remembers: Mister Crispiniano Soares , the first teacher of the Romanin Law of the our Academy. Manoel Martins de Figueiredo Ferraz	308
Roll of the functionaires of the Faculty of Law of the University of São Paulo, in 1986. The Editor	316
 IX – In Memoriam	
Orlando Caetano : we miss him. Statments of friends. The Editor	320

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).