

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXXI
1976



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA

VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente

PROFESSOR DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR

Professores Membros:

PROFESSOR DR. GOFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR
PROFESSOR DR. JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR
PROFESSOR DR. SILVIO RODRIGUES
PROFESSOR DR. OSCAR BARRETO FILHO
PROFESSOR DR. JOSE CRETELLA JUNIOR
PROFESSOR DR. CELSO NEVES
PROFESSOR DR. IRINFU STRENGER
PROFESSOR DR. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA
PROFESSOR DR. JOAO BERNARDINO GARCIA GONZAGA
PROFESSORA DR.ª NAIR LEMOS GONÇALVES

PROFESSORES HONORARIOS.

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

PROFESSORES EMÉRITOS.

FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSE ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
REINALDO PORCHAT (1868-1957)
JOAO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)
CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
JOSE MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)
ANTONIO DE SAMPAIO DORIA (1883-1964)
JOSE JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA
VICENTE RAO
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO (1895-1974)
ERNESTO LEME
MARIO MASAGAO
CANDIDO MOTTA FILHO
NOE AZEVEDO (1896-1972)
JOSE CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES.

Dr. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de Direito do Trabalho
Dr. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Processual Penal
Dr. BASILEU BARCIA de Direito Penal
Dr. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito
Dr. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução ao Estudo do Direito
Dr. SILVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
Dr. ALFREDO BUZÁID de Direito Processual Civil
Dr. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
Dr. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal
Dr. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil
Dr. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA de Direito Romano
Dr. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Tributário
Dr. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
Dr. ANTONIO CHAVES de Direito Civil
Dr. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público
Dr. ANACLETO DE OLIVEIRA FÁRIA de Instituições de Direito
Dr. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Civil
Dr. MANOEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal
Dr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional
Dr. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial
Dr. JOSÉ CRETELLA JUNIOR de Direito Administrativo
Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal
Dr. CELSO NEVES de Direito Processual Civil
Dr. IRINEU STRENGER de Direito Internacional Privado
Dr. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro
Dr. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado
Dr. JOSÉ AFONSO DA SILVA de Legislação Tributária
Dr. FÁBIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial
Dr. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Processual Civil
Dr. NAIRO LEMOS GONÇALVES de Direito do Trabalho
Dr. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
Dr. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Direito Econômico

PROFESSORES ADJUNTOS

DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Dr. RENATO CIRELL CZERNA
Dr. THEÓPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO

DEPARTAMENTO DE MEDICINA FORENSE

Dr. ODON RAMOS MARANHÃO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL

DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

Dr. RUBENS LIMONGI FRANÇA
Dr. PAULO CARNEIRO MAIA
Dr. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO

DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E FINANCEIRO

Dr. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA

DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL

Dr. MAURO BRANDÃO LOPES

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

Dr. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARA FILHO
Dr. MOACYR LOBO DA COSTA

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

Dr. CARLOS SCHIMIDT DE BARROS JUNIOR
Dr. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO

DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL

Dr. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

PROFESSORES LIVRES DOCENTES:

Dr. VICENTE DE PAULA VICENTE DE AZEVEDO de Direito Processual Penal
Dr. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
Dr. HILARIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
Dr. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
Dr.^a ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
Dr. ODILON DE ARAUJO GRELET de Direito Constitucional e de Direito Econômico
Dr. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Processual Penal
Dr. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
Dr. ROBERTO PINTO DE SOUZA de Direito Econômico
Dr. CAIO PRADO JUNIOR de Direito Econômico
Dr. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Direito Econômico
Dr. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Direito Econômico
Dr. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Processual Civil e de Direito Romano
Dr. GUILHERME CANDIDO PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
Dr. OTTO DE SOUZA LIMA de Direito Civil
Dr. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro
Dr. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro
Dr. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria do Estado
Dr. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Processual Civil
Dr. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA de Direito Processual Civil
Dr. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES de Direito Comercial
Dr. WILLARD DE CASTRO VILLAR de Direito Processual Civil
Dr.^a HENNY GOULART de Direito Penal
Dr. ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA de Direito Processual Civil
Dr. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA de Teoria do Estado
Dr. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA de Direito Comercial
Dr.^a ADA PELLEGRINI GRINOVER de Direito Processual Civil
Dr. CANDIDO RANGEL DINAMARCO de Direito Processual Civil
Dr. YUSSEF SAID CAHALI de Direito Civil
Dr. WALTER MORAES de Direito Civil
Dr. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI de Direito Penal
Dr. MIGUEL REALE JUNIOR de Direito Penal
Dr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR de Filosofia do Direito
Dr. OCTAVIO BUENO MAGANO de Direito do Trabalho
Dr. AMAURI MASCARO NASCIMENTO de Direito do Trabalho
Dr. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO de Direito Civil
Dr. WALDIRIO BULGARELLI de Direito Comercial
Dr. NELSON ABRÃO de Direito Comercial
Dr. ALVARO VILLAÇA DE AZEVEDO de Direito Civil
Dr. FABIO MARIA DE MATTIA de Direito Civil
Dr. JOAO GRANDINO RODAS de Direito Internacional Privado

Assistente Técnico Acadêmico — Bel. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXXI
1976



Comissão de Redação.

Professor Dr. Miguel Reale
Professor Dr. Antônio Chaves
Professor Dr. José Cretella Júnior

Secretária de Redação.

Bel. Maria Angélica Rebello

Revisão.

Bel. Maria Angélica Rebello
Bel. e Jornalista Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Situações Subjetivas e Direito Subjetivo*.

Miguel Reale

Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia.

I.

Pode-se dizer que, no estado atual dos estudos de Filosofia e de Teoria Geral do Direito, não subsiste mais a polêmica que, no fundo, resultava de duas concepções extremadas, ambas negativas do direito subjetivo como tal. Refiro-me, de um lado, à posição de DUGUIT, que repudiava a “idéia metafísica” de direito subjetivo, em virtude da “constatação positiva” da existência de simples *situações de fato* que condicionam a atividade dos membros componentes de uma sociedade; e, de outro lado, lembro a colocação do problema na Teoria Pura de HANS KELSEN, o qual acaba por tornar evanescente o direito subjetivo, reduzindo-o a um aspecto do direito objetivo, ou, consoante sua conhecida definição, ao “poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico”

Desse modo, em virtude de ter-se acentuado em demasia ou o elemento *factual*, ou o elemento *normativo*, chegava-se a um mesmo resultado, que consistia na negação do direito subjetivo como categoria autônoma, para transformá-lo em um conceito derivado e segundo, admitido apenas como designa-

*. Em homenagem a Luís Legaz y Lacambra, por ocasião de seu septuagésimo aniversário.

ção de uma situação, ou no plano dos fatos, ou no plano das normas.

Não é demais observar que essa dupla ordem de negação tinha a sua razão de ser, visto como a doutrina se acomodara em uma solução aparente, de manifesto compromisso entre a “teoria da vontade” de WINDSCHEID e a “teoria do interesse” de JHERING, concebendo o direito subjetivo nos termos da concepção eclética de JELLINEK, isto é, como o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer.

Dessarte, tanto DUQUIT como KELSEN desempenharam o papel salutar de romper com a acomodação dominante, tão do gosto dos juristas práticos, recolocando na tela dos estudos um problema fundamental, a fim de que fossem atualizadas as estruturas conceituais em função de novas exigências postas pela Sociologia do Direito e pelas pesquisas realizadas nos domínios da Dogmática Jurídica.

Aos poucos foi se verificando que não se tratava mais de reformular o conceito de direito subjetivo, mas que era necessária uma análise ao mesmo tempo mais ampla e mais profunda, a começar por uma “determinação de campos conceituais”, cada um deles correspondente a distintos aspectos da realidade social.

Penso que, a esta altura das investigações, a questão já começa a adquirir contornos mais nítidos, sobretudo porque se põe sobre novas bases o conceito de “situação subjetiva”, superando-se os pressupostos empiricistas que limitavam e comprometiam inicialmente o seu alcance, sendo-lhe atribuído um *sentido genérico*, em cujo âmbito se distinguem e se coordenam diversas posições possíveis do sujeito de direito na vida de relação.

Pode parecer, à primeira vista, que, dando-se ênfase ao conceito de *situação subjetiva*, está-se optando por uma solução de tipo sociológico e, como tal, com prevalência do ele-

mento factual, mas isto não ocorre. É que com o termo *situação subjetiva* pensa-se algo bem distinto da simples descrição de uma “circunstancialidade fática”, — a que, em última análise se reduzida a compreensão de DUGUIT, — para se considerar a condição do sujeito jurídico e seus meios ou possibilidades de ação de maneira concreta, atendendo, concomitantemente, ao *valor de sua subjetividade*, e às conseqüências inerentes ao fato de estar ele vinculado a um *sistema normativo*, fora do qual nada lhe pode ser atribuído, assim como esse sistema, por sua vez, não seria concebível como “sistema jurídico” se nada se atribuisse aos indivíduos como destinatários finais das normas de direito.

II.

Posto o problema à luz dos três fatores que, a meu ver, compõem necessariamente a realidade jurídica (*fato, valor e norma*) podemos dizer que, na recolocação da questão do direito subjetivo, a doutrina atual, por força da natureza tridimensional da experiência jurídica, veio paulatinamente, re-considerando suas posições no sentido de reconhecer que:

1.º) não é possível conceber-se um sistema como jurídico a não ser se atribuindo a cada destinatário de suas normas um *valor próprio*, o qual legitima a *titularidade do direito* que lhe é reconhecido, ou o *dever* que lhe é atribuído;

2.º) que, no sistema de direito “in acto”, isto é como ordenamento existencial, surge uma *multiplicidade de situações de fato*, correspondentes a uma pluralidade de condicionamentos intersubjetivos, como situações reais que devem ser claramente delimitadas;

3.º) que, dessa dupla exigência de atender-se à “condição do sujeito” como tal, e “ao complexo de suas circunstâncias e meios de ação” resulta a

necessidade de diversos e distintos “plexos normativos”, o que implica a existência de uma pluralidade de “categorias jurídicas subjetivas”, irredutíveis ao monocórdico conceito de direito subjetivo, apesar da relevante função que este desempenha na totalidade do sistema.

Bem analisados esses pontos, percebe-se que o superamento da antinomia posta entre o direito subjetivo como *fato* (DUGUIT) e o direito subjetivo como *norma* (KELSEN) deu-se ao mesmo tempo que se reconhecia que, na antiga e tradicional teoria da *facultas* ou da *voluntas* se esconde algo que merece ser preservado, a saber, o *valor da subjetividade* como tal. Operou-se, porém, uma mudança radical, visto como, se não se admite mais o direito subjetivo como simples *consecutivum* de situações fáticas ou normativas, não é menos verdade que não se restabelece a primitiva doutrina que fazia da *voluntas* a fonte e o fulcro do ordenamento jurídico. Isto não obstante, nunca será demais salientar a importância de se reconhecer a validade em si da *subjetividade jurídica*, que fora sempre preservada nas duas grandes correntes de pensamento jurídico do século passado, tanto na que punha em relevo o problema da *voluntas* ou do *poder de agir*, quanto naquela que, mais concretamente, com JHERING, compreendia o direito subjetivo em termos de *interesse*, o qual, como bem observa CESARINI SFORZA, não é senão “o reflexo psicológico do *suum*, do objeto do poder”. A significação do valor da subjetividade importa, em última análise, no concomitante reconhecimento do que toda a ordem jurídica é impensável sem se levar em conta os dois momentos essenciais do Direito, o *subjetivo* e o *objetivo*.

A meu ver, o que prevalece, no entendimento atual do problema que estamos examinando, é a compreensão de que, assim como, no plano do conhecimento, *sujeito* e *objeto* se correlacionam numa interdependência marcada pela *complementariedade*, sem que um dos termos possa ser reduzido ao

outro, — também no plano da experiência jurídica, as situações *subjetivas* ou *individuais* se correlacionam com as situações *objetivas*, ou *normativas*, umas postas e desenvolvidas em relação recíproca com as outras, as primeiras não tendo sentido sem as segundas, e vice-versa. Poder-se-ia dizer que, enquanto essas duas ordens subjetiva e objetiva de “situações” se dialetizam, — e, no meu entender, segundo uma ampla e diversificada *dialética de complementariedade*, — é que podemos falar em experiência jurídica, numa compreensão concreta e histórica do Direito.

III.

Esclarecidos, assim, os pressupostos teóricos e históricos que alargaram o entendimento e o alcance do chamado “problema do direito subjetivo”, estamos em condição de passar a uma outra ordem de análise, relativamente às distintas “situações subjetivas” que o progresso dos estudos já nos permite discernir.

Antes dessa discriminação cumpre determinar, porém, o que se deve entender por *situação jurídica*. Não será demais repetir que as duas teses contrapostas, *supra* referidas, a que converte o direito subjetivo em um modo de ser da norma jurídica (KELSEN) e a que o reduz a uma situação fatural juridicamente garantida (DUGUIT) já apontam para uma solução superadora dessa antítese, desde que se reconheça que esses dois pontos de vista correspondem, na realidade, a dois momentos complementares de um único processo: um achase *configurado abstratamente* no plano normativo, como “possibilidade de ser pretendido algo em tais ou quais circunstâncias”; e o outro corresponde à realização dessa possibilidade como *pretensão efetiva* da pessoa que se situar, concretamente, nas circunstâncias genericamente previstas na *regula juris*.

Não há dúvida que é impossível conceber-se o direito subjetivo antes ou independentemente da regra jurídica, mas isto não significa que aquele se reduz a esta, devendo ambos

ser vistos como elementos concomitantes e complementares. De conformidade com a teoria tridimensional, toda regra de direito é uma estrutura que consubstancia o sentido essencial de uma relação entre fatos e valores. Quando se trata de uma regra de conduta, e não de organização, temos, pois, uma *prefiguração ou modelo de uma classe de comportamentos possíveis*.

Assim sendo, a possibilidade de pretender ou fazer algo, — tal como se acha enunciada na regra de direito, — não tem alcance meramente descritivo ou puramente formal, mas representa ao contrário, uma visão antecipada dos comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia. Isso corresponde, aliás, a um princípio fundamental de ordem prática, pelo qual se reconhece como da essência do Direito a sua realizabilidade garantida.

Direito, não destinado a converter-se em momento de vida, é mera aparência de Direito; norma de direito que enuncia uma possibilidade de fazer ou de pretender algo, sem que jamais surja o momento de sua concretização na vida dos indivíduos e dos grupos como ação ou pretensão concretas, é uma contradição em termos. É próprio do Direito prever comportamentos prováveis, configurando, por antecipação, nos modelos jurídicos instaurados, aquilo que normalmente deveria ocorrer que se espera venha a ocorrer no interesse tanto dos indivíduos como da comunidade.

Em virtude do princípio de realizabilidade, podemos dizer que uma regra, para que efetivamente possa ser considerada regra de direito deve prever, “in abstracto”, uma pretensão ou uma atividade que, em algum momento da vida social, possa se converter em ação ou pretensão efetivas, como atualização da mesma regra “in concreto”.

Isto assente, quer parecer-me que haverá situação jurídica subjetiva toda vez que o modo de ser, de pretender ou de agir de uma pessoa corresponder ao tipo de atividade ou pretensão abstratamente configurado numa ou mais regras de

direito. Daí dizermos, numa síntese, que engloba os dois momentos acima distintos, que *situação subjetiva é a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito.*

IV

Infelizmente, apesar das grandes transformações por que passou a Teoria Geral do Direito, graças sobretudo a mestres alemães e italianos, ainda se persiste em reduzir todas as situações subjetivas ao “direito subjetivo”, sem se reconhecer que este, não obstante a sua importância fundamental, não é senão uma espécie daquelas.

Direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe, a meu ver, quando a *situação subjetiva implica a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou um ato de outrem.* O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (*Anspruch*), a qual pressupõe que sejam *corespectivos* aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido por outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos, entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o *comportamento exigido* de outrem haja certa *proporcionalidade* compatível com a regra de direito aplicável à espécie. Além disso, há no direito subjetivo a *pertinência* da exigibilidade, sendo a prestação exigida pelo titular como algo que lhe é próprio.

Desse modo, a pretensão se põe como elemento conectivo entre o modelo normativo e a experiência concreta, mesmo porque a norma, exatamente por ser um modelo destinado à realidade social, não difere desta a não ser por um grau de abstração, na medida em que ela é instaurada à vista da realidade mesma, como expressão objetiva do que nela deve ser declarado obrigatório.

Em suma, a possibilidade de ser pretendido algo como próprio, tal como se acha expresso na norma, não difere, senão

como momento, da possibilidade de alguém pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui: o direito subjetivo vive da complementariedade desses dois momentos e com eles se confunde, consubstanciando uma proporcionalidade entre *pretensão* e *garantia*.

Parece-me essencial essa compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, o *normativo*, ou da *previsibilidade tipológica da pretensão*, e o da *realizabilidade da pretensão em concreto*, através da *garantia específica*. Este segundo momento pontualiza ou verticaliza, por assim dizer, a norma no sentido de um sujeito, que converte a *pretensão abstrata*, enunciada genericamente na regra de direito, numa sua *pretensão concreta*. Sem a idéia de *pertinência* não há, pois, que falar em direito subjetivo.

Claro está que o conceito de direito subjetivo, que acaba de ser enunciado, liga-se essencialmente à idéia de *exigibilidade*, a qual, em última análise, poderia ser considerada uma versão da pretensão, pois, no fundo, ela corresponde à pretensão no momento em que já se consumou ou já há indícios de provável ofensa a um direito, com a concomitante identificação da pessoa contra a qual o titular desse direito pode pretender garantidamente algo, o adimplemento de uma obrigação, a abstenção de um ato, a reparação do dano, etc.

Daí podermos dizer, numa noção destinada a reunir os elementos essenciais do problema, que *direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*.

V.

Muito embora o assunto, por sua complexidade, ultrapasse o meu propósito de fixar apenas os lineamentos gerais da matéria, cabe dar alguns exemplos de “situações subjetivas” não redutíveis ao direito subjetivo.

Há casos em que não chega a haver “direito subjetivo”, mas simples “*interesse legítimo*”, ao qual se liga uma pretensão fundada naquele interesse. É assim que o art. 3.º do Código de Processo Civil brasileiro declara que, para propor ou contestar ação (e a ação, de conformidade com a teoria processual dominante, é direito público subjetivo) é necessário “ter interesse e legitimidade”. Pode o juiz, a final, concluir pela inexistência do direito subjetivo pretendido pelo autor, mas não pode desde logo repelir a ação, se do complexo das razões de fato e de direito expostas na petição inicial resultar a existência de um “interesse legítimo”, como tal entendido uma pretensão razoável, cuja procedência ou não só pode resultar do desenvolvimento do processo. É a *razoabilidade da pretensão*, tal como, à primeira vista, resulta da exposição do fato e da invocação da norma aplicável à espécie; é, em suma, o princípio da preservação dos direitos, ainda que possa haver dúvida quanto à sua existência, que legitima uma “situação subjetiva” protegida “*sit et in quantum*”. Trata-se de “situação subjetiva” de feição ou intencionalidade processual, como reflexo da tutela jurisdicional assegurada, no Estado de Direito, a cada membro da convivência. Nada de estranhável, por conseguinte, que, ao ser melhor situado, — na tela do Direito Processual moderno — o conceito de ação perante o de direito subjetivo, superando-se a antiga noção da ação como o direito subjetivo mesmo “*in acto*”, — nada de estranhável que tivesse surgido, como figura jurídica autônoma, o que se denomina “interesse legítimo”, reconhecido como condição bastante à pretensão de pôr em movimento o aparelhamento judiciário.

Em tais casos, o “legítimo interesse” é considerado como que um “direito subjetivo provável”, em caráter provisório, dependente da decisão final da demanda, mas para o fim especial de assegurar ao sujeito que o invoca, com razoabilidade de motivos, a possibilidade de pretender a prestação jurisdicional do Estado. Donde se concluir que, no ordenamento jurídico hodierno, basta a probabilidade razoável de uma even-

tual lesão de direito para que se reconheça a existência de uma situação jurídica merecedora de garantia.

VI.

Outro exemplo de “situação subjetiva” é a *faculdade*, no sentido estrito desta palavra, representando uma das formas de explicitação do direito subjetivo: quem tem o direito subjetivo de propriedade tem a faculdade de usar do bem, vendê-lo, alugá-lo, legá-lo. O direito de testar, a meu ver, é uma faculdade inerente ao direito subjetivo de propriedade, — uma projeção natural deste.

Como se vê, distingo entre a faculdade em sentido genérico, que, em última análise, se confunde com a geral capacidade de exercer direitos e obrigações, do sentido estrito de *faculdade*, como desmembramento ou particularização de um direito subjetivo.

VII.

Outras vezes, não existe propriamente um direito subjetivo, mas o *poder* de fazer algo, como expressão de uma *competência* ou *atribuição* conferidas a uma pessoa, pública ou privada, sem que exista propriamente uma *pretensão* e uma obrigação correlatas, nem o exercício de uma faculdade, no sentido estrito que acabamos de dar a esta palavra.

O pátrio poder não é um direito subjetivo sobre os filhos menores. Estes sujeitam-se ao *poder* paterno nos limites e de conformidade com um quadro de direitos e deveres estabelecido no Código Civil; não no interesse dos pais, mas sim em benefício da prole e da sociedade. Só se pode falar em *subjeição* dos filhos aos pais enquanto estes se subordinam ao quadro normativo, em razão do qual o pátrio poder é atribuído. Por outro lado, ao *poder* dos pais não corresponde uma *prestação* por parte dos filhos, nem aqueles possuem, em relação a estes, uma pretensão exigível. Essas estruturas jurídicas, nas

quais não há uma relação do tipo “*pretensão-obrigação*”, mas sim uma outra do tipo “*poder-sujeição*”, têm recebido, às vezes, a denominação imprópria de “*direitos potestativos*”, que são duas palavras inconciliáveis. Na realidade se trata de *formas de poder* que podem assumir as mais variadas categorias, valendo notar que o *poder* é uma categoria jurídica, mas que o direito subjetivo jamais pode ser *potestativo*.

São também formas de poder as exercidas pelos órgãos do Estado ou de uma sociedade civil ou comercial. O diretor de um órgão administrativo, ou de sociedade anônima, não exerce um direito subjetivo, a que corresponda uma prestação, mas exerce uma *competência* ou *atribuição* segundo uma estrutura objetiva: ao *poder* corresponde uma forma, maior ou menor, de *sujeição*. Isto não impede que o diretor de uma sociedade ou o titular de um órgão administrativo possa ter e exercer, contra a sociedade ou o Estado, um direito subjetivo, deles reclamando algo como próprio: às vezes, numa mesma pessoa coexistem um *poder* e um *direito subjetivo*, mas distintos e destinados a diferentes fins.

O certo é que, quando se fala em direito subjetivo (ao contrário do que ocorre com a categoria jurídica do *poder*) não se deve admitir que o devedor da prestação fique *sujeito* ao querer do credor. Quando os direitos subjetivos perdem o equilíbrio e a proporção entre a pretensão e a prestação, eles se tornam *postetativos* e, nesse caso, se tornam ilícitos. Absurdo é, pois, continuar-se a colocar o direito de propriedade entre os “*direitos potestativos*”, mesmo porque estes, ainda que fosse possível admiti-los, não seriam disponíveis, enquanto que a disponibilidade é, em princípio, da essência do direito de propriedade.

Em conclusão, o poder, sob o prisma jurídico, é, como adverte SANTI ROMANO, mais um “*poder-dever*” pois, se há *sujeição* à autoridade paterna ou à administrativa, ela se dá para que a autoridade possa cumprir o seu *dever*, nos quadros normativos vigentes. O *direito subjetivo* é, em suma, perti-

nente ao sujeito, ligando-se a este como uma pretensão sua; o poder, ao contrário, resulta da função normativa atribuída a seu titular, sem lhe ser conferida qualquer pretensão que possa ser exercida em benefício próprio. Daí resulta, ainda, que o titular de um direito subjetivo pode usar ou não de seu direito, enquanto que o titular de um poder *não pode deixar de praticar as funções de sua competência*, pois elas não são disponíveis. Decai, por exemplo, do pátrio poder o progenitor que descuida de seus deveres, comprometendo a saúde ou a educação dos filhos; é afastado, igualmente, o administrador que deixa perecer o serviço que lhe é atribuído.

Eis aí, como as “situações subjettivas” se desdobram em várias categorias fundamentais, entre as quais as de direito subjetivo e poder ocupam posição relevante.

VIII.

A Teoria Geral do Direito considera ainda outras formas de situação subjetiva, esclarecendo que esta, em certos casos, não corresponde a direitos ou a poderes, tampouco a deveres, mas sim a um ônus. O conceito de ônus só recentemente foi determinado pela Ciência Jurídica, estendendo-se do Direito Processual, onde é antiga a noção de “ônus da prova”, para todos os campos do Direito. Em linhas gerais ônus significa uma obrigação, que não é devida a alguém (sendo, portanto, incoercível) mas é necessária para a validade do ato pretendido pelo sujeito. Certas situações subjetivas só se constituem, com efeito, quando a pessoa satisfaz determinadas exigências legais, resultando-lhe, do cumprimento do encargo, uma vantagem ou garantia. Assim, no Direito brasileiro, se não registro um documento particular, não posso pretender que ele tenha validade ou eficácia contra terceiros: para ter a garantia dessa eficácia, é necessário que me sujeite ao ônus do registro. O registro torna-me, pois, beneficiário de uma situação jurídica de contornos *lógico-normativos* determinados de maneira autônoma.

Lembro aqui apenas algumas das espécies de situações jurídicas, mas é possível que, com o progresso da doutrina, em correlação com a experiência social e histórica, outras venham a se instaurar, como resposta aos imprevistos e desafios com que se defrontam, dia a dia, o legislador e o jurista.

IX.

Já tive oportunidade de focalizar o problema da *pretensão*, vendo-o “in abstracto” e “in concreto”, isto é, quer com referência ao “modelo normativo”, quer como elemento conectivo entre aquele modelo e a experiência jurídica, enquanto momento da explicitação do direito subjetivo.

Trata-se de matéria que, pela sua relevância, exige algumas considerações complementares, pois estou convencido de que uma rigorosa determinação do conceito de *pretensão* (*Anspruch*) é essencial para estabelecer-se mais clara correlação entre Direito Material e Direito Processual.

O trinômio “direito, pretensão, ação” é um dos elementos estruturais da Teoria Geral do Direito, desde que se especifique que aqueles termos correspondem a estes outros: “direito subjetivo material; pretensão e direito subjetivo processual”, visto como, já o salientei, a ação deve ser vista como um direito público subjetivo.

Parece-me que se deve à mentalidade reducionista, que prevaleceu na Dogmática Jurídica do século passado, a separação radical feita por alguns autores entre “direito subjetivo material” e “ação”, como se esta separação fosse essencial à salvaguarda da autonomia do Direito Processual. Compreende-se tal atitude, como repúdio à antiga doutrina que via na ação mero desdobramento do direito material (o próprio direito subjetivo “in acto”) mas creio que se foi longe demais, partindo-se a unidade essencial da experiência jurídica.

Um passo à frente, na elucidação da matéria, foi dado quando se superou a alternativa: “ou bem prescreve o direito,

ou bem prescreve a ação”. Aos poucos, veio prevalecendo a tese de que a ação, em si mesma, não é prescritível, e que a questão devia ser completada com o enfoque complementar do problema da *decadência*. Nesse sentido, cabe lembrar a posição de SANTI ROMANO, segundo o qual a *prescrição* opera a extinção de um direito, enquanto que a *decadência* determina, não a extinção de um *poder*, mas a impossibilidade de exercê-lo em um caso particular.

Tenho, para mim, todavia, que a questão deve ser posta em outros termos, não só porque a referência ao conceito de *poder* é incabível na espécie, como também porque se perde de vista o *papel de mediação* representado pela *pretensão* entre o direito subjetivo material e a ação. A meu ver, a *decadência* põe fim a um direito subjetivo material, extinguindo-o completamente, sem dar lugar a qualquer possibilidade garantida de agir, enquanto que a *prescrição* tem como objeto a *pretensão*, razão pela qual pode permitir que o prazo prescricional se interrompa.¹

Na realidade, *prescrição* e *decadência* são dois conceitos distintos, mas que devem ser compreendidos numa correlação necessária. A complementariedade entre esses dois conceitos torna-se mais clara quando se esvazia o conceito de *pretensão* do conteúdo psicológico-volitivo que lhe deu WINDSCHEID, para apresentá-lo como categoria funcional ou operacional, ou seja, como um liame de realizabilidade entre “direito subjetivo material” e “ação”.

Podemos dizer que *pretensão* é o vínculo deôntico de co-implicação entre o direito subjetivo material e a ação, pois é inerente a todo direito subjetivo a possibilidade de *pretender*

1. Note-se que essa é a sistemática adotada no Projeto de Código Civil brasileiro em discussão na “Câmara dos Deputados”, Projeto esse elaborado sob a minha supervisão. Observo, ainda, que, no presente trabalho, altero, em pontos essenciais, o que havia escrito no “estudo inédito”, a que se refere NICOLAU NAZO em seu livro *A Decadência no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, 1959, p. 99 e segs.

algo, variável segundo o conteúdo da regra de direito (por exemplo, o recebimento de uma prestação contratual, o uso de um bem, etc.) e, ao mesmo tempo, a possibilidade de *pretender a tutela jurisdicional do Estado* a fim de que a pretensão material se torne efetiva. Como se vê, a pretensão pode ser satisfeita inteiramente no plano material, quando é espontaneamente cumprido o “*debitum*” que lhe corresponde; assim como pode faltar o adimplemento espontâneo por parte do “devedor”, cabendo ao titular do direito agir tempestivamente. Desse modo, não é a ação que prescreve, mas sim a pretensão de exercê-la num caso particular. É o motivo pelo qual afirmei que a pretensão é um “elemento conectivo” entre o direito subjetivo material e a ação, o que contribui para pôr em evidência tanto a distinção como a complementariedade existente entre Direito Material e Direito Processual, em cujo âmbito se situa a categoria da *preclusão*, que é de natureza puramente processual, nada tendo a ver nem com a prescrição, nem com a decadência. Estas somente têm sentido enquanto se correlacionam com dadas situações jurídicas materiais consideradas no *decorso do tempo*; enquanto que a *preclusão* corresponde à posição das partes nos termos do procedimento, isto é, no *decorso da lide*.

Tanto a prescrição como a decadência se referem, pois, a situações jurídicas, das quais defluem conseqüências diversas em função do comportamento de seu titular ou beneficiário. Salvo os direitos indisponíveis, como os da personalidade, todo direito tem seu exercício delimitado no tempo, podendo a lei estabelecer prazos improrrogáveis ou fatais, em “modelos jurídicos cerrados” (nos quais a atribuição de um direito se confunde, praticamente, com a *garantia da pretensão*) ou, então, prazos suscetíveis de suspensão, por iniciativa de uma das partes, ou por ajuste entre elas, segundo “modelos abertos” cuja configuração demonstra a maior amplitude de opções deixadas pelo legislador à discrição dos interessados. Aqueles são os prazos de *decadência*; estes, os prazos de *prescrição*, importando o término dos primeiros na *extinção de*

uma compreensão de direito, enquanto que, no segundo caso, dá-se a extinção de uma *pretensão de ação*, podendo subsistir o direito para pretender-se o uso de outra ação, diversa da atingida pelo prazo prescricional.

Parece-me destinada a insucesso toda tentativa doutrinária no sentido de se fixarem *critérios distintivos formais* entre as categorias jurídicas da prescrição e da decadência. São figuras jurídicas que não se determinam em si e de per si, mas em função das situações jurídicas a que aderem: os prazos são considerados de decadência ou de prescrição, de conformidade com o valor atribuído pelo legislador a cada situação jurídica subjetiva, no contexto dos valores comunitários. Trata-se, pois, mais de um problema de Política do Direito (à luz de critérios de utilidade e conveniência) do que de um problema de categorização teórica na tela da Ciência Jurídica.

Na verdade, segundo a “valoração” feita pelo legislador de cada situação jurídica, podem surgir atitudes diversas quanto à apreciação dos efeitos resultantes do tempo concedido para “pretender-se algo”, sem que nada tenha sido efetivamente pretendido, entendendo-se que, num caso, com a inércia ou omissão do titular do direito, este se exaure de per si, “*uno in acto*” com a garantia conferida (*decadência*), enquanto que, no outro, o que se extingue é uma dada “pretensão de agir”, sendo lícito aos interessados pleitear a prorrogação do prazo, nos termos da lei aplicável à espécie, ou suspender o seu fluxo, mediante ajuste.

Tanto num caso como no outro, é certo, todavia, que “prescrição” e “decadência” não constituem categorias jurídicas abstratas, mas antes conceitos jurídicos concretamente aderentes ao problema das situações jurídicas subjetivas e, mais particularmente, dos direitos subjetivos.

Considerações Gerais sobre o Projeto de Código Civil. Projeto de Lei N.º 634, de 1975)

Miguel Reale

Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O Projeto n.º 634 é, tipicamente, um trabalho de equipe, representando o resultado de quase seis anos de pesquisa, de análise renovada, podendo-se afirmar, a esta altura, que o método de trabalho adotado permitiu-nos atingir os objetivos visados.

Pode parecer, à primeira vista, que haveria dificuldade em se realizar um trabalho sintético, como deve ser um Código Civil, conferindo-se a elaboração de cada uma de suas partes a um jurista. Mas, antes de mais nada, houve o cuidado na escolha daqueles que iam compor a Comissão, pela afinidade espiritual e pela adoção de pressupostos doutrinários e metodológicos comuns, a fim de que as contribuições dos elaboradores pudessem dar lugar à unidade sistemática final.

Sabem todos que essa Comissão surgiu, em 1969, para atender a uma idéia que foi ganhando corpo na consciência jurídica brasileira, no sentido de não se abandonar, substancialmente, a estrutura do Código Civil atual, evitando-se desmembrá-lo em dois códigos distintos. Prevaleceu, felizmente, a idéia de que nada justifica a feitura autônoma de um Código das Obrigações, só pelo fato de não haver mais razão para se distinguirem as obrigações civis das mercantis, inclusive no tocante à disciplina da atividade negocial em geral, e empresarial, em particular. Desse modo, a primeira diretriz

assente foi relativamente à unificação do Direito Obrigacional no âmbito do próprio Código Civil, mantida a Parte Geral.

A unificação do Direito Privado não pode ter caráter absoluto, de tal modo que num mesmo Código se disciplinem todos os aspectos da vida civil e empresarial. Como se verá, a orientação da Comissão pautou-se segundo o exemplo do maior de nossos juristas, TEIXEIRA DE FREITAS. O mestre de todos os juristas brasileiros abriu, genialmente, caminho inédito para a jurisprudência mundial ao estabelecer, como condição básica de toda a codificação do Direito Privado, uma parte fundamental, com a unificação do Direito Obrigacional. Antecipava-se, assim, ao movimento que, muito mais tarde, os mestres alemães e italianos haveriam de promover sob a denominação genérica, e não muito adequada, de “unificação do Direito Privado”

Como se verá, não nos deixamos levar pelo propósito da unificação global do Direito Privado, num Código único. Visamos antes destiná-lo à matéria efetivamente suscetível de normas gerais ou comuns, tal como se dá no campo do Direito das Obrigações, remetendo para a legislação aditiva a normação das atividades de ordem privada onde prevaleçam aspectos especiais, ou ainda sujeitas a mudanças imprevistas. Pode-se dizer, em resumo, que o Código Civil projetado é o Código Fundamental do Direito Privado, o que explica a sua denominação, que se prende às raízes históricas da mais pura tradição romanística.

O nosso Código Civil de 1916, obra de extraordinária lucidez normativa do mestre CLÓVIS BEVILÁQUA, que já tem quase sessenta anos de vigência, não obedeceu à linha traçada por TEIXEIRA DE FREITAS mas, a meu ver, não obedeceu porque o tempo ainda não estava maduro para fazê-lo. Estamos hoje, ao contrário, como demonstra, aliás, a experiência da unificação feita na Itália, em condições mais propícias à unificação da parte fundamental do Direito Privado, obedecendo às diretrizes evolutivas da doutrina e da jurisprudência pátrias.

O Espírito do Projeto.

Antes de focalizar alguns pontos básicos da reforma proposta, desejo responder a uma pergunta que, desde logo, terá surgido no espírito dos que me dão a honra de sua atenção. Será esta, porventura, uma época propícia à codificação?

No tumulto dos dias que correm, com uma sociedade em transmutação, quando ainda são incertos os horizontes políticos e sociais, será esta a época mais própria e adequada para tocar-se na legislação que diz respeito ao homem comum, ao homem em toda sua dimensão existencial, antes mesmo de nascer e depois de morrer?

Tal pergunta surge sempre quando se cuida de codificar. Foi a pergunta que SAVIGNY fez, no século passado, dando lugar à famosa polêmica com THIBAUT, a respeito da oportunidade de elaborar-se um Código único para toda a Nação alemã. No fundo, quem pôs a questão nos seus devidos termos foi HEGEL, ao dizer que nada é mais conforme à dignidade de um povo do que a obra codificadora, desde que realizada com senso histórico concreto, graças ao qual se espelhem objetivamente as formas de querer da nacionalidade e se preservem as fontes de sua continuidade cultural. Toda época é época de codificação, quando se tem consciência de seus valores históricos.

Para tanto é preciso, desde logo, corrigir-se a tendência de ligar-se o conceito de “Código” à idéia de uma lei destinada a varar séculos ou milênios. É preciso, com efeito, termos presentes a densidade e a aceleração próprias ao “tempo”, na era da eletricidade e da automação. Basta lembrar que a humanidade, nestes últimos cinquenta anos, em virtude da revolução tecnológica, realizou conquistas materiais que, em volume e qualidade, superam todas as previsões.

No âmbito dessa compreensão histórica, como seria possível pensar num código como um sistema rígido e cristaliza-

do de regras, destinado a durar séculos? O importante é ter consciência do futuro, sem nos preocuparmos com o futuro curto ou longo que possa ter a obra realizada. É essa consciência do presente, em função do futuro revisível, que deve nortear o homem com a responsabilidade de legislar. Isto foi dito por CLÓVIS BEVILÁQUA. Situou ele, a meu ver, com felicidade, a posição de todo codificador, e que é, por sinal, posição de todo o Direito, posto sob o impacto de duas forças: uma que o prende ao passado, à raiz das tradições mais vivas, e uma outra que se projeta para o futuro, a desvendar aquilo que deverá ser o produto do trabalho, no decorrer do tempo. Colocar-se na convergência dessas forças é o dever do jurista e, sobretudo, do legislador.

Talvez estejamos hoje em condições melhores do que a do mestre CLÓVIS, para realizar uma obra superadora de vivos antagonismos. Quando o juriconsulto cearense elaborou o seu monumental *Projeto de Código Civil*, estava, talvez sem o perceber, no crepúsculo de uma civilização e de uma cultura. É a razão pela qual nos deu ele um Código de cunho marcadamente individualista sob a influência, outrossim, de uma mentalidade patriarcal, própria de uma sociedade ainda na fase pré-industrial. Daí ser ele dominado por alguns princípios, como o da autonomia da vontade, entendida como o da autonomia da vontade, entendida como fonte soberana dos laços obrigacionais; a posição dominante do pai e do esposo na estrutura da sociedade familiar; o direito de propriedade sem subordinação aos ditames do bem coletivo; a não consideração do trabalho como fator decisivo nas relações civis; ou o absoluto poder de testar.

Tudo isso revelava, sem dúvida alguma, uma tomada de posição, uma atitude, que era a atitude conforme o espírito do tempo. Um Código não pode deixar de ser a imagem da comunidade a que se destina e, ao mesmo tempo, deve ser a antecipação da imagem que está sendo fabricada através do trabalho, das expectativas, das esperanças e das desilusões da coletividade.

Pois bem. Apesar de naturais perplexidades, hoje já sabemos algo mais a respeito da sociedade do futuro; já sabemos que pelo menos nos cabe conceber uma convivência social que não se incline apenas no sentido do indivíduo isolado, nem se aniquile como um todo massificado.

Temos a convicção de que, apesar de muitos conflitos que parecem irremediáveis, as forças sociais, a pouco e pouco, irão se compondo rumo a uma grande síntese, na qual o valor dos indivíduos como tais não vão prevalecer sobre os da sociedade, mas também o valor da coletividade não será a força esmagadora dos valores intocáveis da subjetividade. Estamos sentindo, em suma, que a solução social de nossa era será no sentido de uma complementariedade de valores, na qual a subjetividade se espelhe no social e o social encontre na subjetividade a raiz fundante de suas manifestações.

Ora, esta foi, sem dúvida, a tomada de posição daqueles que recebemos com tanta humildade e, ao mesmo tempo, com tanto zelo científico, a incumbência de elaborar um projeto de *Código Civil*, que não fosse individualista, nem coletivista; que atendesse, em harmonia congruente, àquilo que toca ao indivíduo e aos grupos naturais, assim como ao que compete à coletividade como um todo.

Vou procurar demonstrar, através de alguns exemplos, que foi esse o espírito que presidiu à feitura do Projeto, obra comum de seis juristas, cujos nomes vou lembrar, porque ela é tanto deles como de quem escreve. Em primeiro lugar refiro-me ao Professor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, a quem coube a elaboração da Parte Geral do Código, onde se estabelecem os pressupostos, os fundamentos que fixam os parâmetros de toda a estrutura normativa. O Direito das Obrigações ficou a cargo de um jurista de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica, AGOSTINHO NEVES DE ARRUDA ALVIM, mestre conhecido por muitas obras especializadas. O Direito de Em-

presa, que preferimos chamar, sem temor de neologismo, de “Atividade Negocial”, foi confiada ao ilustre Professor SÍLVIO MARCONDES, que já integrara a Comissão anterior. A parte relativa ao Direito das Coisas ficou aos cuidados do eminente jurista e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, Professor ERBERT VIANA CHAMOUN; a parte relativa ao Direito de Família foi confiada a um dos mais jovens e eminentes civilistas deste País, que é o Professor CLÓVIS DO COUTO E SILVA, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e, finalmente, o Direito das Sucessões foi entregue à capacidade criadora do Professor TORQUATO CASTRO, da Universidade Federal de Pernambuco.

Vê-se, pela composição mesma da Comissão, que se procurou corresponder ao grande cenário cultural brasileiro. Tanto é assim que a Comissão, desde logo, estabeleceu alguns pontos que me parecem fundamentais e que desejo salientar no início desta exposição.

Diretrizes Metodológicas.

Em primeiro lugar, a Comissão entendeu que deveria, como não podia deixar de acontecer, em se tratando de um trabalho científico, tirar todo proveito das valiosas contribuições representadas pelos projetos anteriores, adotando muitas delas, apesar da alteração operada na ordenação sistemática da matéria. Refiro-me ao *Projeto de Código Civil*, de ORLANDO GOMES; ao *Projeto de Código das Obrigações*, de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e demais colaboradores, e, também, ao Projeto de autoria de três grandes mestres, OROZIMBO NONATO, HANNEMAN GUIMARÃES e FILADELFO DE AZEVEDO.

Não menor atenção se dispensou aos estudos e às críticas suscitadas por esses trabalhos, bem como aos resultados de congressos e simpósios que, nesse ínterim, se realizaram, promovidos por entidades culturais ou representativas de classes.

A Comissão teve o prazer e a honra de receber projetos parciais e sugestões de toda natureza, de diversas instituições jurídicas e empresariais do Brasil, como o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, o Instituto dos Advogados de São Paulo, o Instituto de Direito Comparado Tullio Ascarelli, as Federações do Comércio e da Indústria de São Paulo e do Rio de Janeiro, a Associação dos Magistrados da Guanabara, de inúmeras Faculdades de Direito e Tribunais de Justiça, de grandes juristas e de advogados militantes. Nem faltaram sugestões do homem comum, apresentando à Comissão os seus problemas e as suas apreensões. Tais sugestões mereceram tanta atenção quanto as endereçadas por juristas eméritos, porque nós estávamos, e estamos, cuidando daquilo que costumo denominar a “Constituição do homem comum”, que é mais importante que a outra, como demonstra, aliás, a mobilidade dos Estatutos políticos e a relativa estabilidade da “ordenação civil”, em todas as culturas jurídicas do Mundo.

Lembro esses fatos para demonstrar que tivemos em vista atender, antes de mais nada, aos ditamos da experiência brasileira, muito embora sem olvidar as lições de Direito universal. A elaboração de um Código não pode, nem deve, ser a consolidação das normas vigentes, nem a compilação de preceitos hauridos em modelos alienígenas, ainda que intimamente vinculados ao nosso ciclo de cultura.

É a razão pela qual fácil será perceber quanto a doutrina e a jurisprudência nacionais, graças a várias décadas de exegese e aplicação do Código atual, influíram nas opções da Comissão Elaboradora e Revisora, desde conhecidos tratados e monografias até aos acórdãos de nossos Tribunais, sem falar na Súmula do Supremo Tribunal Federal, que não apenas firma diretrizes como torna mais visíveis lacunas e insuficiências do ordenamento vigente.

Peço venia para lembrar aqui algumas outras diretrizes que compendiei na Exposição de Motivos que acompanha o texto do Projeto.

Note-se que não tivemos a preocupação de alterar o texto do Código atual apenas pelo desejo ou a vaidade de fazê-lo. Centenas e centenas de seus artigos permanecem intactos, e por várias razões, sobretudo por esta: nossa Lei civil condiciona um manancial de cultura jurídica e doutrinária, fruto do trabalho criador de nossos juízes e juristas, consubstanciado em julgados e obras do mais alto valor. Mudar uma palavra no texto poderia, desde logo, provocar esta pergunta: qual a razão da mudança? Não se deve alterar, em suma, um texto de lei, quando não há razão bastante e de fundo que o determine. Não tivemos, pois, a preocupação de mudar, mas antes o cuidado de preservar o válido e eficaz.

Tal atitude colocava delicado problema. Todos sabemos que o *Código Civil Brasileiro* é um modelo de capacidade expressional. Meu velho professor de Português, que não era bacharel, lembrava-me a necessidade de ler o *Código Civil* para ver como se escreve com concisão, precisão e sóbria elegância. Houve, então, necessidade de um empenho, digamos assim, por parte dos membros da Comissão, no sentido de mantermos, quanto possível, a mesma altitude linguística, o mesmo poder expressional. É fácil perceber o esforço realizado no sentido de uma linguagem elegante e clara, mas liberta de certos preciosismos mais próprios de gramáticos do que de juristas. A língua do Direito não deve temer, por exemplo, a reiteração de termos quando a sinonímia ocultar o risco de falhas de exegese. O Direito tem a sua linguagem, sendo rico de palavras que os vocabulários ainda não registram, como, por exemplo, “negocial”, “recursal”, “edilício”, “empresarial”, etc. Não há razão para não empregarmos tais palavras insubstituíveis nos tempos modernos.

Estamos vivendo tempos bem diferentes daqueles em que se discutiu o projeto de CLÓVIS BEVILÁQUA, que provocou uma extraordinária polêmica em torno de valores verbais. Estou convencido de que nossa época não repetirá o episódio, por estar muito mais atenta ao conteúdo das leis, ao valor

existencial dos preceitos normativos, do que ao aspecto parnasiano da forma. É essa preocupação dominante pelo conteúdo, é a funcionalidade dos dispositivos que explica a opção por uma linguagem mais *operacional* do que *conceitual*, bem como por “modelos jurídicos abertos”, de amplo repertório significativo, em lugar de “modelos cerrados” insuscetíveis de adaptação ao dinamismo da vida social hodierna.

Uma análise cuidadosa do Projeto revela a sua *modernidade terminológica*, corrigindo-se falhas da legislação atual que frequentemente confunde e baralha conceitos distintos como os de *resilição*, *rescisão* e *resolução*.

Na mesma linha de pensamento, atentando-se para a diferença essencial entre as conseqüências que se operam no *plano normativo*, ou no *plano fático*, emprega-se no primeiro caso, a palavra *validade* (Cfr., p. ex., os arts. 102, 106 e 142) e, no segundo, o termo *eficácia* (Cfr., p. ex., os arts. 123, 126, 211, etc.).

Também foi superada, à luz da moderna Teoria Geral do Direito, a equívoca sinonímia entre “ato jurídico” e “ato lícito”, reconhecendo-se, como PONTES DE MIRANDA tantas vezes o acentua, que também o “ilícito” gera conseqüências “de jure”, não podendo deixar de ser jurídico. É ponto hoje em dia pacificamente assente, desde que HANS Kelsen esclareceu a amplitude do conceito de “norma”.

Nesses e em outros pontos cuidou-se, em suma, de atualizar a técnica do Código Civil vigente, que, em muitos pontos, foi superado pelos progressos da Ciência Jurídica também em matéria terminológica.

A Parte Geral do Código.

A idéia de se manter a Parte Geral do Código não resultou de uma opção da Comissão, mas dos reclamos da maioria dos juristas brasileiros. Não se diga que essa orientação,

que alguns pretendem ligar apenas ao exemplo do Código Alemão de 1900 — com olvido da lição bem anterior de TEIXEIRA DE FREITAS — seja sinal de apego anacrônico aos propósitos sistemáticos dos pandectistas germânicos. Representa, ao contrário, uma conquista teórico-prática que não deve ser abandonada pelos países que já lograram incorporá-la em seu ordenamento positivo, pois ela, além de evitar inúteis repetições de preceitos, com freqüente risco de interpretações conflitantes, assegura a unidade das disposições, dando a necessária angulação a toda a sistemática, sem entraves aos progressos da doutrina e da jurisprudência.

No que se refere à Parte Geral, norteou-se a Comissão, como nas demais, por alguns objetivos básicos, a saber: a atualização técnico-científica de seus preceitos, à luz das conquistas da Dogmática Jurídica contemporânea, de base fundamentalmente experimental, e o preenchimento de lacunas apontadas sobretudo nas últimas décadas, com o advento no Brasil da sociedade industrial.

Nosso Código Civil contém, por exemplo, preceitos muito suscintos sobre a vida das associações confundidas com as sociedades. É uma das partes mais frágeis da codificação atual.

Na sistemática do Projeto, as pessoas jurídicas ficaram assim classificadas:

Pessoas Jurídicas	a — de fins não econômicos	associações fundações
	b — de fins econômicos	sociedades simples sociedades empresárias

Por outro lado, sentimos que era preciso dar a essa matéria uma disciplina mais achegada às exigências da “concreção jurídica” que caracteriza nosso tempo. Não abandonamos o princípio que estabelece a distinção entre a pessoa jurídica e os seus membros componentes, mas também não converte-

mos esse princípio em tabu, até o ponto de permitir sejam perpetrados abusos em proveito ilícito dos sócios e em detrimento da comunidade.

A todo instante nos deparamos com essa triste realidade, um dos subprodutos da economia de consumo. Indivíduos há que organizam empresas comerciais e, valendo-se das técnicas modernas de propaganda, sob a proteção da personalidade jurídica distinta, realizam vultosas operações, cujos resultados são imediatamente postos em seus nomes individuais: a empresa quebra, mas os sócios se enriquecem à custa dos incautos. Cumpre, pois, pôr um paradeiro nesse estado de coisas, fazendo com que o patrimônio pessoal dos sócios, que agirem dolosamente, responda pelas dívidas sociais, ainda que a sociedade seja de responsabilidade limitada (cfr. art. 48)

O que já é regra em relação às entidades bancárias e financeiras deve ser estendido às demais pessoas jurídicas, toda vez que se caracterizar o “desvio da personalidade jurídica” de seus fins legítimos, para converter-se em mero instrumento de locupletamento ilícito. Não obstante a pessoa jurídica não seja uma “ficção”, mas uma realidade cultural, dotada de existência autônoma, cumpre prever os casos de desvio das finalidades sócio-econômicas que determinaram o reconhecimento dessa autonomia.

É apenas um exemplo a mostrar a preocupação que prevalece no Direito contemporâneo no sentido de conciliar os interesses individuais com os coletivos.

Nessa linha de pensamento, cabe dar realce à disciplina dos chamados “direitos da personalidade”. Os projetos anteriores já haviam dado atenção a esta matéria. Pensamos ter fixado, em alguns artigos fundamentais, as regras indispensáveis à tutela dos valores da subjetividade, a começar pelos concernentes ao direito sobre o próprio corpo, para fins de transplante, ou mesmo para pesquisas científicas. O problema da tutela da imagem e da intimidade, bem como do uso

do nome da pessoa, são aspectos que a nova Codificação teve em vista reger, pondo o valor da pessoa no fulcro do ordenamento jurídico.

Ainda no que se refere à *Parte Geral*, limito-me a fazer alusão a alguns pontos básicos, pois a amplitude do tema não me permite dar senão uma amostragem das inovações contidas nos 2.099 artigos do Projeto.

Não poderia deixar de fazer referência especial às disposições relativas aos negócios jurídicos. Já é pacífico entre os juristas contemporâneos que uma codificação moderna não deve fundar-se no ato jurídico como tal, mas sim no negócio jurídico. Mas isto envolve uma série de problemas que, a meu ver, não haviam sido resolvidos plenamente nos Anteprojetos anteriores, onde as duas perspectivas, a do ato jurídico e a do negócio jurídico, ainda se justapõem, como, de resto, também se dá ao *Código Italiano* de 1942.

A disciplina do negócio jurídico, tal como surge na *Parte Geral do Projeto*, apresenta aspectos técnicos que me parecem corresponder a uma situação de maior maturidade em face de tão delicado tema, inclusive pela repercussão da solução dada no restante do Código, notadamente nos Livros sobre *Obrigações e Atividade Negocial*.

Ainda no que se refere à *Parte Geral* merecem referência os preceitos relativos à disciplina das pessoas jurídicas, inclusive as de Direito Público, não só por estas se caracterizarem melhor quando postas em confronto com as de Direito Privado, mas também pela razão de que é no *Código Civil* que tradicionalmente se fixam os lineamentos essenciais da pessoa, seja esta física ou jurídica.

Na Exposição de Motivos, que acompanha a Mensagem n.º 160/75 do Senhor Presidente da República, sumaria as razões, inclusive de ordem constitucional, pelas quais se legitima e se impõe a inclusão, na *Parte Geral do Código Civil*,

de dispositivos sobre ambos os tipos de pessoas jurídicas, as públicas e as privadas, o que, aliás, se harmoniza com a tradição de nosso Direito.

Merece ainda referência especial a decisão tomada quanto ao problema da distinção entre *prescrição* e *decadência*, que tem dividido a doutrina e a jurisprudência com graves danos e não menores perplexidades no meio do povo. Para pôr termo a essas divergências que privam as partes, muitas vezes, do julgamento das causas quanto ao mérito, preferimos prever, expressamente, os casos de decadência, o que é feito tanto na *Parte Geral* como na *Especial*, em conexão imediata com a hipótese regulada. Foram revistos, por outro lado, os casos de prescrição previstos no Código atual, à luz do que tem sido ditado pela experiência.

Lembro, por fim, como notas reveladoras do espírito social do Projeto, as disposições que invalidam os negócios jurídicos, além das causas tradicionais (erro, dolo, coação, etc.) também quando resultar de estado de perigo ou implicar lesão enorme, com manifesta desproporção entre o negócio concluído e os resultados por ele propiciados.

Direito das Obrigações.

No que se refere ao Direito das Obrigações, a Comissão, desde logo, preferiu uma tomada de posição, no sentido de não se perder na teoria das fontes das obrigações, como o fez o *Código Italiano*. A meu ver, a teoria das fontes é uma teoria exaurida há muito tempo e que está sendo substituída, em grande parte, por uma série de outros valores fundamentais, como a teoria dos modelos jurídicos. Julgamos, desse modo, preferível manter a orientação firmada por CLÓVIS BEVILÁQUA, que começa pela discriminação das modalidades das obrigações, muito embora com naturais aperfeiçoamentos.

Deixando de lado, porém, os aspectos de ordem técnica, que exigiriam o cotejo dos textos, vou preferir apreciar aque-

las proposições que melhor traduzem o espírito da codificação projetada.

Começemos pelo artigo fundamental relativo ao contrato. O poder de contratar, conforme a concepção de 1916, era uma expressão direta da autonomia da vontade, posta como princípio-chave de toda a vida civil. Suas balizas ou limites eram, por tal motivo, de natureza estrita, eis que deveriam resultar exclusivamente de texto expresso de lei ou do que estivesse implícito de norma legal: o que prevalecia era a livre estimulação das partes contratantes, quaisquer que fossem as suas conseqüências.

Pois bem, essa orientação pareceu-nos incompatível com a socialização do Direito Contemporâneo, e que melhor seria denominar “humanização do Direito” muito embora não me assuste a palavra “socialização”, quando bem entendida, isto é, quando não empregada como sinônimo de “estatização”.

O certo é que, logo no início do Livro I da *Parte Especial*, lê-se no *Projeto* que “a liberdade de contratar somente pode ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e, mais, que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Assim como a propriedade é legítima e fundante, enquanto expressão de um valor social, a mesma coisa se dá com o contrato. Poderá parecer que os artigos ora lembrados representam mero enunciado de natureza ética, incompatível com o caráter cogente das leis positivas. Se eu tivesse uma concepção fiscalista do Direito, estaria, neste momento, repelindo normas dessa natureza. Se o Direito, no meu modo de ver, fosse apenas uma tecitura causal de comandos, unindo e entrelaçando os atos humanos a exemplo das leis físicas, não haveria razão para tais preceitos, mas o Direito é momento essencial da vida humana, uma dimensão existencial do homem. É necessário, então, levar-se em conta as contingências da condição humana, conferindo-se

maior poder ao juiz para assegurar o equilíbrio ético-econômico dos contratos, a fim de impedir que a parte mais fraca seja a primeira vítima de seu próprio querer, ou que o decidido pela vontade individual afronte valores sociais impostergáveis.

Em mais de uma oportunidade o Código concede aos contraentes o direito de pedir a resolução do contrato quando manifesta a excessiva onerosidade, ou por causa superveniente que altere a linha de equilíbrio que deve existir entre as prestações recíprocas. Não é, apenas, o princípio da cláusula “*rebus sic stantibus*”, que se leva em conta, mas algo mais, inerente à natureza mesma do negócio realizado, objetivamente exigível em razão da estrutura das determinadas relações negociais. Tomemos o exemplo do contrato das empreitadas de construção. Não existe, no *Código Civil*, a meu ver, instituto mais lacunoso do que esse, superado que foi pelo advento de novas técnicas e formas de trabalho. A empreitada de construção, em 1916, era própria de um país de estrutura quase que rural, sem as implicações tecnológicas que hoje se notam até mesmo nas cidades do interior.

Vivemos num mundo em que a construção civil representa um dos fatores mais sensíveis da comunidade, a tal ponto que quando surge uma crise econômica é ela que recebe o impacto mais forte e duradouro. É que para ela convergem infinitas formas de atividades produtivas envolvendo e exigindo a contribuição de múltiplas categorias sociais, desde o servente de obras ao empreiteiro, do fornecedor de areia ao mais sofisticado decorador. Era, pois, necessário disciplinar com mais cuidado essa esfera da produtividade humana, protegendo e preservando, sempre em obediência ao já referido princípio de complementariedade, os interesses e direitos do dono da obra, do projetista e do empreiteiro.

Surgem, aliás, no Projeto, bem distintas da do empresário construtor, as figuras do projetista ou do calculista, cujo feixe de direitos e responsabilidades tem contornos próprios. No que se refere ao projetista, mister é reconhecer que lhe

cabe uma posição que implica a da autoria de um projeto, cujos valores criativos estéticos também devem merecer amparo, feitas as devidas ressalvas, para que, por sua vez, o proprietário não sofra dano. Ainda no que toca ao instituto da empreitada, aqui destacado como exemplo, foram fixadas disposições que salvaguardam todos os participantes na construção de prejuízos resultantes, quer de fatos físico-naturais, quer de causas econômicas.

Como se depreende do exposto, o Projeto não rege os atos dos indivíduos abstratamente considerados, mas antes o “indivíduo situado”, em função de suas concretas circunstâncias, tal como é reclamado pelas correntes mais atuais do Direito, concebido como “experiência”, e “concreção”. Não interessa ao jurista o indivíduo isolado, como pura abstração, mas sim, repito, o homem situado, o integrado na sua circunstância. O ensinamento de ORTEGA y GASSET, “Eu sou eu e a minha circunstância”, é válida, também, para o jurista.

Ora, o que acabo de assinalar com relação ao contrato de empreitada repete-se em todos os outros modelos negociais de que cogita o *Código Civil*. Assim é que, ao regular o contrato de locação, amplia-se o poder discricionário do juiz no sentido de reduzir ao seu justo valor as multas ou cominações impostas pelo locador, cujos direitos legítimos são também preservados.

Em outros pontos, o Projeto vem preencher lacunas incontestáveis. Lembre-se, entre outras, a hipótese dos “contratos aleatórios”, que o atual *Código* contempla prevendo apenas o caso de álea relativa a “entrega de coisas futuras”, quando, em nosso tempo, o que prevalece é a assunção de risco, parcial ou integral, em razão de “fatos ou atos futuros”, o que nasce de um complexo de exigências da vida contemporânea. Alterado o conceito de “contrato aleatório”, em mais de uma oportunidade se procuram preservar os direitos dos contraentes na hipótese de álea anormal, incompatível com “a natureza ou estrutura do negócio”.

No campo do *Direito das Obrigações*, a exemplo do que já ocorrera no Anteprojeto de 1965, tivemos o cuidado de atender a uma série de institutos que evidentemente não poderiam se conter no Código de 1916. Sobretudo após a 1.^a Grande Guerra, a sociedade entrou em acelerado ritmo econômico, em razão do impacto da ciência e da técnica, compondo-se modelos contratuais que até agora têm sido regidos apenas pelos usos e costumes, ou com apoio em normas legais esparsas. É o que se dá, entre outros, com os contratos de transporte, de agência, de distribuição, ou “sobre documentos”. Não temo afirmar que, nas soluções normativas dadas a essas espécies, se tivemos presentes as contribuições das mais recentes legislações civis, o que mais influíu em nosso espírito foi a nossa própria experiência, por parecer-nos artificial a feitura de um leque de normas limitando-nos a extrair-lhe os elementos deste ou daquele modelo existente.

Devo frizar, a esta altura, que, na elaboração dos institutos que disciplinam os negócios de seguros, transporte, etc., cuidamos de ouvir os próprios *destinatários dos dispositivos*, isto é, as empresas públicas ou privadas, ou os órgãos oficiais que cuidam desses distintos gêneros de atividade.

As regras acolhidas pelo Projeto, na configuração de contratos novos, ou na atualização dos tradicionais, refletem mais a experiência social brasileira do que modelos alienígenas.

Por outro lado, dada a *unificação do Direito das Obrigações*, tornou-se necessário, em cada instituto jurídico, distinguir as conseqüências jurídicas segundo a natureza econômica ou não da relação disciplinada. Assim é, por exemplo, que, no primeiro caso, presumem-se estipulados juros no segundo, presume-se a gratuidade da avença. São distinções de caráter limitado que não atingem a *substancial unidade* do Direito obrigacional.

No tratamento das relações contratuais, assim como no pertinente ao sempre tormentoso problema da *responsabili-*

dade civil, a posição do Projeto é infensa a soluções acadêmicas extremadas. Evitamos opções rígidas, incompatíveis com a realidade social complexa e dinâmica.

Disse que preferimos as normas jurídicas abertas às regras rígidas e fechadas. O mesmo se diga quanto a certas posições teóricas que às vezes são firmadas no errôneo pressuposto de ter-se de optar por uma solução única dentre duas possíveis, quando, não raro, ambas subsistem e se completam, dessa correlação nascendo a verdade plena. Há juristas, com efeito, que, dominados pelo vício de um “reducionismo sistemático”, situam os problemas jurídicos em termos de *aut-aut*, à maneira inexorável de KIERKEGAARD, na sua tragédia existencial, como se a vida fosse compatível com esta opção extrema: ou é isto, ou não é. . .

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois, o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. O conceito de estrutura não é privilégio do estruturalismo, que é um dos tantos modismos filosóficos do nosso tempo. O conceito de estrutura, ao contrário, é um conceito sociológico e filosófico, fundamental, como nô-lo mostra a obra de PERSONS ou de MERTON, e desempenha papel cada vez mais relevante no mundo do Direito, esclarecendo o antigo e renovado conceito de “natureza das coisas”, cuja aceitação independe, não é demais adverti-lo, para evitar equívocos correntes, do fato de admitir-se ou não qualquer modalidade de Direito Natural.

Pois bem, quando a “estrutura” ou “natureza” de um negócio jurídico — como o de transporte, ou de trabalho, só para

lembrar os exemplos mais conhecidos — implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõem-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores.

Ainda no tocante ao Direito das Obrigações, não posso deixar de fazer alusão à forma como no *Livro I* foi tratado o problema dos *Títulos de Crédito*. Pareceu à Comissão que o *Código Civil* não deve conter senão as regras gerais sobre todas as modalidades de títulos de crédito, que se multiplicam na sociedade contemporânea, e não apenas os preceitos comuns à letra de câmbio, à nota promissória e ao cheque. É a razão pela qual não se cuida, por exemplo, do “protesto” que é instituto peculiar aos títulos de natureza cambial, não se estendendo aos demais.

Se, porém, se amplia o âmbito de incidência dos preceitos genéricos, por outro lado se deixa para “leis aditivas” a disciplina de cada título de crédito em particular, inclusive por tratar-se de matéria que cada vez mais se põe no plano da circulação internacional, à luz de tratados e convenções.

Da Atividade Negocial.

Se passarmos à chamada Atividade Negocial, objeto do *Livro II* da *Parte Especial*, devo esclarecer, desde logo, que este sistema de normas deflui, como extensão natural, do Direito das Obrigações, vinculando-se, por outro lado, intimamente com os dispositivos da *Parte Geral*. Na realidade, a Ati-

vidade Negocial não é senão uma especificação do Direito Obrigacional, sendo a atividade empresarial a sua parte mais relevante, como projeção, do negócio jurídico, enquanto dotado de organização adequada à consecução de fins econômicos.

Com a inclusão dessa matéria no contexto do Código Civil, supera-se, de vez, o tão contravertido problema do “ato de comércio”, sobre cujo conceito os comercialistas jamais chegaram a acordo. . .

É nesse *Livro II* do Projeto que se encontram disciplinadas as sociedades todas elas de caráter econômico, algumas dotadas de estrutura empresária, outras não.

Tem-se dito que a *sociedade simples* não teria aplicação, o que é absurdo. Basta pensar nas sociedades que congregam profissionais liberais (médicos, engenheiros, advogados, artistas, etc.) e que hoje são considerados impropriamente, *sociedades civis*. Elas, cada vez em número crescente, são sociedades de fins econômicos, mas não se revestem de forma empresarial, dada a natureza prevalentemente pessoal da atividade desenvolvida. Seu registro, nos termos do Projeto, continua a ser feito no Registro das Pessoas Jurídicas Civis, ficando reservado o *Registro das Empresas* exclusivamente às sociedades que se organizam com estrutura econômica predominante e fundamental.

Nem todas as sociedades de fins econômicos se incluem, por conseguinte, na categoria de “sociedades empresárias”, sujeitas a registro próprio, ainda que se constituam segundo qualquer dos tipos discriminados no *Livro II*, ressalvada a anônima, que é sempre de caráter empresarial.

Além das que se destinam ao exercício das profissões liberais, não são necessariamente “empresárias”, no sentido específico desta palavra, as pessoas físicas ou as sociedades que se destinam a atividades rurais, agrícolas ou pecuárias. É fa-

cultado, no entanto, ao agricultor ou ao pecuarista registrar-se como empresário, caso em que passam a exercer os direitos e deveres inerentes às entidades empresárias.

Pareceu à Comissão que seria por demais precipitado, no estágio atual de nossa evolução econômica, estender o “tratamento empresarial” a todas as formas de ocupação rural, e em todo o território nacional. Mais uma vez prevaleceu a opção por modelos abertos, permitindo-se o progressivo ingresso das atividades rurais na órbita do Direito empresarial, que pressupõe estruturas e formas de organização nem sempre próprias de nossa vida rural.

Cabe, neste passo, uma observação especial no que se refere à questão que surgiu quando o Governo entendeu de excluir do *Projeto do Código Civil* a parte relativa às sociedades por ações, para atender à urgência das medidas reclamadas pelos programas econômico-financeiros.

A rigor só se pensara, de início, numa lei especial sobre “sociedades anônimas”, razão pela qual ainda figuram no Projeto disposições sobre “sociedades em comandita por ações” (arts. 1.124 e segs.), as quais devem ser suprimidas.

Resolvida, porém, a separação das “sociedades por ações”, nada impede que se mantenha o *Livro da Atividade Negocial*, devendo aquela lei especial regular apenas e tão somente a matéria que lhe é própria.

Não é o que, infelizmente, ocorre com o Anteprojeto de lei de sociedades por ações, publicado para receber sugestões, sem ser tomado conhecimento do Projeto do Governo já enviado pela Presidência da República à Câmara dos Deputados. . .

Nada justifica que um Anteprojeto sobre sociedades por ações contenha disposições gerais sobre escriturações, fusão,

incorporação, etc., abrangendo todos os tipos de sociedade, disciplinando até mesmo o instituto do “consórcio”.

O mencionado Anteprojeto pode e deve conter dispositivos sobre fusão, incorporação, escrituração, etc., mas tão somente relativas às exigências a que devem se submeter as sociedades por ações para participarem daqueles atos. O referido Anteprojeto, por ter seguido a distribuição da matéria contida no Decreto-lei n. 2.627, de 26.9 940, — elaborado com referência ao Código Comercial de 1850 — não ficou adstrito ao assunto das sociedades por ações, contendo dispositivos que entram em conflito com o *Projeto de Código Civil*.

De duas uma: ou, desde já se excluem as disposições genéricas, ou serão elas revogadas quando de sua aprovação no corpo do *Código Civil*.

A orientação, ora criticada, parece obedecer ao propósito de se eliminar do *Projeto de Código Civil* toda a parte relativa a Atividade Negocial, a pretexto de se fazer um Código autônomo destinado às Sociedades ou Empresas.

É condenável essa mutilação, pois as relações negociais são um desdobramento natural das relações obrigacionais, sobretudo quando se acolhe e se reconhece a unidade essencial destas. O *Código Civil Italiano*, por exemplo, tem um Livro todo dedicado às atividades negociais, disciplinando, inclusive, as sociedades anônimas.

Cumprе observar, outrossim, que, em virtude de exclusão das companhias, e dado o tipo de estrutura que se lhes pretende atribuir, entendemos que devia ser reexaminada a posição das sociedades de responsabilidade limitada. O Projeto 634/75, em confronto com o Anteprojeto de 1974, revela as amplas modificações efetuadas, nesse ponto, fornecendo um modelo societário aos empresários cujos interesses não se compadeçam mais com as estruturas ora projetadas para as anônimas.

Direito das Coisas.

No que se refere ao Direito das Coisas, a preocupação pelo social e pelo individual, de forma complementar, também se repete, em vários pontos do Código. Darei exemplo a respeito do usucapião. O problema do usucapião está na ordem do dia. Há até mesmo projeto de lei tendente a dimensioná-lo em prazos exíguos. Levamos em conta esse problema, mas considerando, em primeiro lugar, a vastidão imensa do território brasileiro; em segundo lugar, a inconveniência de se reduzirem os prazos da prescrição aquisitiva de maneira desmedida considerando-se apenas um elemento particular ou acessório, como seria, por exemplo, o simples pagamento do imposto que incide sobre o imóvel, o que poderia ensejar a apropriação de áreas valiosas, pelos mais ricos e menos escrupulosos. A redução dos prazos de usucapião atende, sem dúvida, a uma exigência social, mas, por isso mesmo os critérios de sua efetivação devem estar ligados a fatores de ordem produtiva. Daí a idéia que tive de inserir no Código o conceito de “posse-trabalho”, expressão que empreguei, pela primeira vez, ao analisar o projeto de decreto-lei sobre terras devolutas, do Estado de São Paulo, em 1943, quando membro do seu Conselho Administrativo. “Posse-trabalho” é a posse socialmente qualificada, isto é, a posse que, além do exercício de fato de uma das faculdades inerentes à propriedade, substancia uma efetiva utilização da coisa para fins sociais, de moradia, educação ou produção econômica. É a construção de uma casa, ainda que modesta, para que nela habite o possuidor com sua família; é uma roça, um serviço de irrigação, uma fábrica, uma escola, uma forma qualquer de “investimento social” que dá nascimento à “posse-trabalho”, marcando a passagem da compreensão individualista para a concepção social da propriedade.

Quando, pois, a posse se une ao trabalho, quando é mais do que a simples exteriorização abstrata de um direito, para ser a concretização viva de uma projeção humana, compreen-

de-se e legitima-se a redução do prazo do usucapião a limites mínimos.

O conceito de “posse-trabalho” vem a dar mais amplitude a uma idéia que já consta do art. 171 na Constituição. Partindo do princípio constitucional, procura-se dar solução a um problema, mais comum do que se pensa, em todas as Unidades da Federação. Refiro-me à questão social que se configura quando centenas e até mesmo milhares de pessoas se estabelecem, com boa-fé, numa determinada gleba, nela integrando os valores de seu trabalho e de suas economias, para, depois, quando a terra já se acha fecundada pelo esforço criador dos possuidores, serem estes surpreendidos com uma ação reivindicatória proposta pelos legítimos donos. A situação é extremamente difícil, pois, se de um lado há o direito de propriedade, que a Constituição assegura, de outro há o fruto do trabalho que a mesma Constituição proclama ser um dever social.

Logo no início de minha carreira profissional, vivi intensamente o drama de humildes possuidores expulsos de suas casas, e de seus sítios, por força de uma decisão judicial obtida após quarenta anos de contrastes judiciais. A causa, a que me refiro, abrangia uma imensa área, na qual haviam surgido várias fazendas, assim como pequenos roçados. Aos mais ricos foi fácil se comporem com os vencedores da demanda, mas aos pobres sitiados, impossibilitados de pagar o preço exigido pelos titulares do domínio, não restou senão restituir a terra, recebendo, quando muito aviltantes compensações pelas benfeitorias.

Pois bem, o *Projeto do Código*, em casos dessa natureza, conforme resulta do art. 1.266, § 4.º, confere ao juiz poder para preservar os valores do trabalho incorporados ao imóvel, recebendo o proprietário, *previamente*, o *justo preço de sua propriedade*. Comprovada a existência de uma realidade social como a que acabei de lembrar, o juiz não ordena a restituição da coisa a seu dono legítimo, mas sim o pagamento

do justo preço do imóvel. Que é que a Constituição assegura ao proprietário? — O pagamento do justo preço. Então, o proprietário recebe o justo preço, segundo o valor atribuído a seu título, mas sem se beneficiar com as benfeitorias criadas pelo trabalho alheio e pelo esforço coletivo. Uma vez pago o justo preço ao proprietário, a sentença valerá como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.

Como se vê, não tivemos receio de armar o juiz de maior poder moderador, para restabelecer o equilíbrio na execução dos contratos ou no normal exercício do direito de propriedade.

Não tem cabimento apodar a solução proposta de inconstitucionalidade, pois, repito, o *Projeto* prevê o pagamento prévio do justo preço: até e enquanto não recebido o preço arbitrado, o proprietário não é privado de seu bem. Dizer-se, por outro lado, que norma tão salutar poderia favorecer os latifundiários, chega a ser ridículo. Com efeito, o § 4.º do art. 1.266 só admite a privação da propriedade quando se tratar de área na posse, há mais de 5 anos, de *considerável número de pessoas!* Nada mais contrário ao latifúndio do que a multiplicidade dos possuidores! Infelizmente há pessoas que pregam a humanização ou a socialização do Direito, mas tremem quando se dá um passo a frente no sentido da proteção dos mais humildes.

A toda hora, estamos ouvindo falar em poluição: poluição da água, do ar, da paisagem, dos valores ecológicos. Pois o *Projeto* também determina que ninguém poderá usar da propriedade violando esses valores fundamentais de caráter social; mas, ao mesmo tempo que assegura os valores sociais, preserva, de maneira muito clara e muito nítida, os direitos legítimos dos proprietários. O individualismo desapareceu, mas o coletivismo absorvente, maciço e massificador, também deve ser evitado, para que a pessoa humana não se dissolva no anonimato coletivo. Ora, é essa orientação que orienta o *Projeto* ao disciplinar o uso da propriedade, os direitos de vi-

zinhança, ou ao fixar as normas relativas ao “condomínio edilício”, designação que preferi dar ao condomínio horizontal em edifícios de apartamentos, de escritórios, etc. Uma disciplina muito mais coerente, lúcida e nítida, a meu ver, do que aquela que consta da lei em vigor, extremamente deficiente. Com o mesmo espírito se disciplina o contrato de “incorporação edilícia”, estabelecendo-se, de maneira mais precisa, a responsabilidade do incorporador e do construtor que desse negócio participem.

Não desejo concluir esta parte de minha exposição, sem uma breve referência à modernização do instituto da anticrese, ou ao restabelecimento do antigo direito real de superfície. Em meu livro *O Direito como Experiência*, estudo o problema da migração e da ressurreição dos modelos jurídicos: institutos há que passam do Direito Privado para o Público, ou vice-versa; e, enquanto certas figuras jurídicas entram em eclipse, outras readquirem vitalidade ou se expandem para outros campos da vida jurídica. Na elaboração do *Projeto*, não tivemos receio do novo, nem do antigo, escravo que o legislador não deve ser nem de um nem do outro. Filoneísmo e misonéismo são atitudes incompatíveis com a “*prudentia juris*”...

Direito de Família.

Toda vez que me manifesto sobre o *Projeto do Código Civil*, noto que há grande preocupação, sobretudo no meio feminino, talvez por ter-se atribuído, afoitamente, à atual Comissão Revisora o propósito de suprimir os direitos já adquiridos pela mulher casada, restabelecendo o poder marital etc. etc..

É claro que no *Projeto* não se encontram disposições tendentes a contornar, de forma oblíqua, a proibição constitucional do divórcio, mas nem por isso se deixou de conceber a instituição familiar de forma atualizada, com base na igual-

dade entre os cônjuges e segundo as superiores finalidades éticas e biológicas, às quais pais e filhos devem se subordinar.

Posta, assim, a questão do instituto da família nos seus devidos termos, vejamos algumas das inovações do Projeto. O Código atual diz que é motivo de anulação do casamento, por erro quanto à pessoa do outro cônjuge, o conhecimento posterior de crime de tal natureza que torne impossível a vida conjugal, “desde que não esteja prescrito”

Ora, aos elaboradores do *Projeto* esta disposição pareceu absurda. Se o delito, por sua natureza, é de tal ordem que torna impossível a vida conjugal, pouco importa que tenha ocorrido ou não a prescrição. O problema da prescrição é matéria de processo penal. Não é assunto que possa ser levado em conta para aquilatar-se do destino moral de um matrimônio, a fim de decidir-se da possibilidade de uma existência comum condigna.

Por outro lado, estabelece o *Projeto*, ainda no que tange ao erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, que, além do defeito físico, será razão de nulidade o erro relativo à moléstia mental grave, anterior ao casamento e que torne impossível a vida em comum ao cônjuge enganado.

No concernente às causas de anulabilidade de casamento por coação, restabeleceu-se o antigo prazo de 4 anos, julgado mais consentâneo com a natureza do instituto.

No que se refere, propriamente, à estrutura da família, o *Projeto* põe fim ao patriarcalismo, que erige o marido em chefe incontestado e incontestável da sociedade conjugal. Cabe-lhe a direção geral, porque toda sociedade deve ter um órgão que a represente, mas ele a exerce conjuntamente com a mulher e no interesse comum da prole. Daí a faculdade que tem a esposa de dissentir da decisão marital, podendo recorrer ao juiz, desde que se não trate de questão personalíssima. Por outro lado, não caberá apenas ao marido a fixação do domi-

cílio conjugal, nem o exercício do pátrio-poder, pois são questões que competem ao casal resolver de comum acordo. O direito que têm ambos os cônjuges de ausentar-se do domicílio para o exercício de sua profissão, ou atender a interesses particulares, é outro exemplo do superamento da velha figura do “poder marital”.

Penso que deve ser dada maior ênfase ao parágrafo único do art. 1.603.

Ainda no que diz respeito à estrutura da vida familiar, foi revista toda a parte relativa ao pátrio-poder. Houve mesmo uma tendência em se mudar o título do capítulo de “pátrio-poder” para “pátrio-dever” mas, na realidade, se trata daquilo que SANTI ROMANO, em sua precisa terminologia, denomina “poder-dever”. O essencial, porém, é o conteúdo novo da expressão “pátrio-poder”, forma consagrada e que se preservou, mesmo porque não é só de deveres paternos que se entrecruzam as relações filiais. O pátrio-poder não constitui um direito subjetivo, que o pai exerça como uma pretensão a que deva corresponder uma contraprestação do filho. Não é normal que os pais prestem assistência ao filho pensando em contraprestação, nem mesmo em retribuições futuras...

Antes de prosseguir na exposição, cabe aqui uma ponderação de ordem sistemática. Se se analisar o *Livro do Código* vigente, destinado ao Direito de Família, salta aos olhos a falta de ordenação lógica, entremeando-se preceitos de natureza pessoal com os de ordem patrimonial. No *Projeto*, os assuntos são cuidadosamente distintos, daí resultando mais beleza formal e clareza de conceitos.

Pois bem, no Título destinado ao Direito Pessoal de Família várias são as alterações introduzidas tanto por motivos de ordem técnico-jurídica quanto para atender à situação da família no mundo atual, e, de maneira especial, na sociedade

brasileira. A título de exemplo, lembro a disposição que equipara ao desquite a separação de fato do casal, pelo prazo contínuo de mais de cinco anos, para o fim específico de reconhecimento do filho havido, após a separação, fora do matrimônio. Essa regra visa atender a situações em que não caberia, ou seria desaconselhável, a propositura de desquite litigioso, recusando-se um dos cônjuges a conceder o desquite amigável, muitas vezes em razão dos laços constituídos fora da sociedade conjugal. Nada justifica, porém, que os filhos, nascidos quando já se operara de fato a separação do casal, não possam ser reconhecidos por seus progenitores. Trata-se, em suma, de uma extensão de preceito já em vigor, sob a influência da mesma “ratio juris”.

Ainda no plano do Direito Pessoal de Família, não será demais aludir ao tratamento normativo dado à adoção, claramente distinta em “adoção plena” e “adoção restrita”. A primeira incorpora o adotado à família do adotante, equiparando-o ao filho legítimo para todos os efeitos de direito. Para constituí-la, exige-se que o adotando, desde idade inferior a dezesseis anos, tenha estado sob os cuidados de quem deseja constituir a adoção. Já a adoção restrita, feita sem maiores formalidades, por escritura pública sujeita à homologação judicial, estabelece parentesco restrito às pessoas do adotante e do adotado. Nesse caso, os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem, exceto o pátrio poder, que é transferido do pai natural para o adotivo.

Em matéria de regime de bens entendemos que assiste razão ao *Anteprojeto de ORLANDO GOMES*, quando propõe, de acordo com a opinião prevalecente no Brasil, seja adotado, como regime legal, o da separação parcial, com comunhão de aqüestos. Temos a impressão de que disciplinamos, de maneira mais plena, esse instituto, procurando discriminar com rigor a situação dos bens comuns e particulares perante ambos os cônjuges.

No que se refere ao Direito Patrimonial de Família, apresentamos mais um modelo, que só poderá ser adotado em virtude de pacto antenupcial. Refiro-me ao “regime de comunhão final de aqüestos”, que, como lembro na “Exposição de Motivos”, coincide, em parte, com o previsto na Lei Civil de Quebec.

À medida que o Brasil se tornar altamente desenvolvido, teremos a necessidade de atender a fatos como os que frequentemente ocorrem nos Estados Unidos da América, na Alemanha ou no Japão. É o caso, por exemplo, da mulher empresária, que se casa com quem também tenha economia própria. Nesse caso, ou em outros semelhantes, ou se assim o julgarem conveniente os nubentes, não se dá, desde logo, a comunhão de aqüestos. O casal vive, na constância do casamento, como se casados fossem no regime de separação, mas, no ato da dissolução da sociedade conjugal, opera-se a comunhão dos bens adquiridos após o matrimônio, processando-se a divisão de conformidade com o estabelecido no Código e adotado no pacto antenupcial. Regime de exceção, sem dúvida, mas não há razão para não prevê-lo, fornecendo-se modelo adequado, capaz de orientar os nubentes cuja situação a ele corresponder. Mais um exemplo da “técnica dos modelos abertos”, a que tenho feito referência.

Ainda no campo do Direito Patrimonial desejo fazer duas breves referências. Com relação aos *alimentos devidos ao cônjuge ou ao parente* carecedor de recursos, entendemos necessário pôr o problema em novos termos. Os Códigos, em regra, ainda se mantêm apegados à idéia de que os alimentos se destinam apenas ao sustento, à subsistência. Entendemos que o direito a alimentos não se coaduna com compreensão tão tímida, como, aliás, tem sido reconhecido por nossa jurisprudência. Já dissemos que é essencial libertar-nos da idéia de um “homem abstrato”, para vermos o “homem situado”, em função de suas circunstâncias. Não há, assim, razão para

um pai receber o estritamente necessário à sua subsistência, quando se trata de filho abonado, em condições de assegurar ao progenitor um teor de vida compatível com o seu “status social”. A questão deve ser deixada ao prudente critério do juiz.

O segundo exemplo que me parece conveniente evocar, é o relativo ao *bem de família*.

Em minha já longa experiência de advogado, só me lembro de três casos de bem de família. Estou convencido de que esse instituto, tal como se acha disciplinado no *Código*, não tem nenhuma razão de ser. Podemos, porém, adaptá-lo às condições da vida atual, segundo uma solução, talvez brasileira, onde há um pouco do “trust”, do sentido genérico americano. Assegura-se, com efeito, no *Projeto*, aos pais, a parentes, e até mesmo a estranhos, com prévio consentimento dos beneficiados, a faculdade de constituir um bem de família, o qual não é formado apenas por um imóvel residencial, urbano ou rural, mas também por certa quantia em dinheiro, investida em títulos da dívida pública, cuja renda se destinará ao sustento familiar. Prevê-se também a hipótese de se confiar a instituições financeiras esse encargo, com plena garantia do capital reservado. Não se pense, porém, que, com isto, serão beneficiadas as famílias mais abastadas. Ao contrário. Os mais ricos dispõem de mil modos para assegurar a estabilidade econômica da família. O *Projeto* visa antes às famílias mais modestas, pois os bens, vinculados a destinação familiar, não poderão exceder a 1.000 salários-mínimos para o imóvel, e outro tanto para o capital de sustento. Trata-se, pois, de um instituto que deve perder o seu característico estático, próprio de uma sociedade fundiária, para dinamizar-se através do emprego dos organismos financeiros autorizados por lei. Sem esta renovação o “bem de família” representa, às vezes, um entrave, podendo até mesmo ser nocivo aos beneficiários.

Direito das Sucessões.

No concernente ao Direito das Sucessões, além do reordenamento da matéria, segundo mais rigorosos princípios sistemáticos, procurou-se superar uma série de dificuldades criadas pela legislação vigente, prevendo-se, por exemplo, a deixada a uma pessoa física ainda não concebida, ou a uma pessoa jurídica que deva ser constituída sob a forma de fundação.

No que toca à ordem da vocação hereditária, grandes são as inovações do *Projeto*, sobretudo no tocante à posição do cônjuge supérstite, que passa a concorrer com ascendentes e descendentes, como *herdeiro necessário*.

É essa uma conseqüência lógica da adoção do regime legal de separação parcial, com comunhão de aqüestos. Como se vê, as modificações operadas no Direito Patrimonial de Família são devidamente tidas em conta no plano sucessório.

Abstração, porém, dessa correlação, reconhece-se sempre a concorrência do cônjuge, ainda que o regime seja de separação de bens. Com isso, atendemos, de maneira especial, à real situação da mulher no seio da família, em regra, a mais prejudicada pelas leis ora em vigor. Vou dar um exemplo. Há não muito tempo, casou-se, em São Paulo, uma senhorita muito rica, de imensa fortuna, com uma pessoa que tinha certa posição social, mas era desprovida de recursos. Poucos anos depois, sobreveio a repentina morte do marido. Não tendo o casal descendentes, que é que se deu? Metade da fortuna, toda ela da esposa, foi destinada aos pais do falecido, só cabendo à mulher a meação. É a tais absurdos que visamos a superar.

Os artigos 1.877 usque 1.880 e 1.887 usque 1.889 destinam-se a disciplinar a posição do cônjuge supérstite como herdeiro necessário, o que é matéria nova na sistemática do Direito Civil brasileiro, mas que se impõe por seus objetivos ético-sociais. Nesses artigos acham-se previstas diversas hipó-

teses, exigindo-se, todavia, que, ao tempo da morte do outro, não esteja o cônjuge desquitado, nem separado há mais de 5 anos, sem culpa do sobrevivente.

Em harmonia ainda com o novo Direito de Família, há disposições relativas à participação do filho adotivo na sucessão do adotante, ou deste no tocante aos bens por ele deixados. Regula-se também a sucessão no caso de adoção restrita.

Ponto do mais alto significado é a nova situação atribuída ao filho ilegítimo, a quem se conferem os mesmos direitos atribuídos aos legítimos e legitimados na sucessão de seus ascendentes (art. 1.882)

Novo tratamento é dado ao *direito de testar*, que perde o seu caráter absoluto, notadamente no que se refere ao poder de clausular a legítima. O Código de 1916 fiel ao individualismo que o fundava, abandonou a tradição do Direito pátrio, que sempre exigiu “*justa causa*” para se privar o herdeiro necessário da livre disposição da legítima. É o que se restabelece na nova Lei Civil. As cláusulas absolutas, bloqueando a circulação dos bens imóveis durante toda uma geração, tornaram dispensável a instituição do bem de família, e, por outro lado, deram lugar a conhecidos expedientes para a supressão oblíqua do vínculo.

Estes, em linhas gerais, alguns pontos que cuidei necessário sumariar, apenas a título de exemplo, para mostrar qual a preocupação que tivemos, os elaboradores do Código, ao elaborarmos o Projeto. Não tivemos apenas a preocupação de mudar, mas também a vaidade da conservação. Espero que nossos esforços sejam bem compreendidos pela comunidade brasileira e pelos eminentes representantes do povo.

O Congresso Nacional é que dará a última palavra sobre essa Lei que diz respeito a nós todos, como Constituição que é do homem comum.

Tenho certeza de que não fizemos obra perfeita, nem tivemos a preocupação de fazê-lo; o que tivemos em vista foi, acima de tudo, estabelecer uma lei que brotasse da nossa própria experiência.

Não elaboramos um *Código*, enfileirando sobre a mesa os *Códigos* estrangeiros, para a escolha do melhor dispositivo. Achamos que as estruturas verdadeiras são aquelas que brotam *ab imis fundamentis*, segundo o desenvolvimento inerente à natureza de nossas realidades e circunstâncias.

É a grande lição de Roma: o Direito desenvolve-se “*fac-tibus ipsis dictantibus ac necessitate exigente*”, isto é, à medida que a necessidade vai exigindo e os fatos vão ditando. É por isso tivemos sempre presentes as lições de nossos juizes, como as da *Súmula* do Supremo Tribunal Federal que, muitas vezes, abre clareiras no Direito nacional, bem como o magistério de nossos grandes tratadistas, pois nós brasileiros podemos nos orgulhar, em matéria de Direito não somos subdesenvolvidos.

Temos uma imensa e extraordinária tradição, e ela é acima de tudo, uma tradição de solidariedade humana, de amor, no sentido mais profundo desta palavra.

Obra Criada no Âmbito de um Contrato de Trabalho. Obra sob Encomenda.

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Introdução.

A necessidade sentida em cada país, à medida que os criadores e os próprios usuários de obras intelectuais se tornam mais exigentes na defesa de suas prerrogativas, de aperfeiçoar a “engrenagem” do seu direito de autor, por meio de sucessivos reajustes, que a coloquem em harmonia com os progressos da técnica, não poderia deixar de sofrer reflexos na ordem internacional sabido como é que o aperfeiçoamento das providências legislativas de caráter interno, por não terem qualquer eficácia além fronteira, podem ser gravemente prejudicadas quando aí não encontrem a indispensável correspondência.

O maravilhoso e delicado cronometrismo do desempenho do direito de autor faz, por outro lado, com que, quando determinado assunto esteja amadurecido pelo menos em algumas legislações mais avançadas, surja a oportunidade de incorporar, nas grandes convenções internacionais, complementações que correspondam a uma dupla finalidade: 1.^a, estabelecer o necessário equilíbrio no entrechoque dos interesses

*. Tese apresentada à Comissão Jurídica e de Legislação da “Confédération Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs” (CISAC), em sua reunião de Jerusalém, de 11 e 12 de maio de 1976.

opostos; 2.^a, limitar a liberdade dos legisladores internos menos avisados de tomarem providências que tenderão logo a se radicalizar, tornando-se, depois, difíceis de modificar

Um exemplo bem expressivo desta verdade encontra-se na atual regulamentação das obras criadas, bastante diferenciada, no âmbito de um contrato de trabalho e das obras sob encomenda, cujos direitos autorais algumas legislações reconhecem caberem aos seus criadores, outras o atribuem aos empregadores, e outras dividem meio a meio. Grande número deixa ainda campo aberto para inteira regulamentação aos interessados, o que significa, em última análise, que o empresário tomará a decisão que o legislador não teve a coragem de impor, e, é claro, sempre a seu favor.

Poder-se-ia pensar em tentar uma consolidação dos textos legislativos de caráter interno relativos à matéria. Seria porém repetitivo ou contraditório. Mais útil, portanto, do que insistir no percurso de seus labirintos, procurar deduzir, dos melhor inspirados, com os complementos que possa proporcionar a escassa doutrina pertinente, uma orientação plausível.

O único ponto de partida, que oferece a firmeza inabalável de um alicerce cravado na rocha viva da verificação de um fato, com a expressividade simples de um preceito bíblico, que não se desgasta pela repetição milenária, é o que se pode deduzir do art. 1, da lei inglesa de 1956: *quem cria uma obra será titular de qualquer direito que ela possa proporcionar.*

Podemos daí partir para a análise de vários desvios que, como hervas daninhas brotam nas frinchas de algumas leis, e que um jardineiro zeloso se esforçará por extirpar, antes que deem raízes e floresçam em novas sementeiras.

É o caso de algumas legislações que, genericamente, atribuem a paternidade ao empregador, quando semelhante circunstância em nada interfere no fato material da criação, a não ser naqueles casos, proporcionalmente raros, em que é

ele mesmo quem dá a idéia, fornece instruções minuciosas, materiais, elementos criativos e de pesquisa, auxiliares e subsídios. Apenas nessa hipótese, bastante rara, a sua contribuição se eleva à dignidade de uma verdadeira colaboração, quando não de verdadeira autoria, não passando o empregado de um executor fiel, de um operário qualificado.

Obra criada no âmbito de um contrato de trabalho.

A relação de emprego não retira a titularidade do criador da obra.

Com exceção da eventualidade mencionada, são duas, fundamentalmente, as diferenças entre as obras literárias e artísticas criadas espontaneamente e as feitas mediante relação de emprego ou sob encomenda.

A primeira consiste em que, nestas, é o seu autor quem escolhe o assunto e o desenvolvimento, ao passo que, naquelas, de certa forma é o inverso que ocorre, no sentido de que, determinando o tema que lhe interessa, é o empresário que, entre vários autores em potencial, procurará aquele que, por suas aptidões e inclinações, tenha melhores possibilidades de proporcionar-lhe o resultado objetivado.

Enquanto, ainda, na segunda eventualidade, é o autor quem tem a iniciativa de colocar a sua produção indistintamente à disposição de todos os eventuais consumidores, na primeira é um só destes que se separa da massa indeterminada, para, mediante remuneração adequada, obter a exclusividade, num primeiro passo, da obra intelectual, que, depois, por seu intermédio, irá cumprir o seu destino normal de entrar em contacto com o público.

A separação resultará menos acentuada quando se reconheça que tudo se reduz a uma interposição do empregador ou de quem faz a encomenda entre o autor e o público, cujo relacionamento deixa então de ser feito por intermédio dos

costumeiros editores, gravadores, etc., substituindo o empresário o risco dos resultados financeiros, pela remuneração convencionalada.

Alcançado, no entanto, o objetivo da contratação, exaurida para cada contribuição exigida do autor, a obrigação do mesmo, tudo tende a voltar à normalidade, não havendo razão que justifique tratamento muito diferente do normal, como revela a circunstância que nenhuma lei se anima a negar que apenas os atributos econômicos foram cedidos ao empresário, ficando ao autor todos os de ordem moral.

Apartam-se, então, nitidamente, os dois campos: quem encomendou ou custeou a obra obtém a cessão da parte patrimonial do direito, mas, é importante assinalar, *para aquela finalidade especificamente convencionalada*, dispensada autorização, que é implícita, para o aproveitamento normal e imediato, sem cogitar de outra remuneração a não ser a combinada.

Terá, no entanto, de ser ressalvado qualquer aproveitamento ulterior, seja mediante simples reiteração da primeira modalidade, seja mediante tradução, adaptação, transformação, etc., que deverão ser precedidas da necessária autorização e da competente retribuição, sem se entrar em indagações sobre se a obra é ou não de valor excepcional.

Obedecendo a provocações de determinados setores mais ativos, propende o legislador nacional demasiado número de vezes para emanar regras dirigidas a determinada entre muitas manifestações literárias ou artísticas, sem aproveitar a oportunidade para lançar uma vista a todas, conjuntamente.

Daí resulta, fatalmente, uma regulamentação ao mesmo tempo assistemática e falha.

Acresce que alguns trabalhos realizados sob vínculo empregatício não ficam aguardando do legislador a solução adequada, antecipando-se a ela. É o caso da produção cinema-

tográfica, cujas características foram se definindo pela reiteiração, sedimentando determinadas práticas, como a de, sem embargo dos altos ordenados que percebem, os artistas principais, compartilharem ainda do resultado econômico da empreitada.

Embora qualquer obra possa ser criada no âmbito de um contrato de trabalho, dentre as muitas que possam ser lembradas separemos duas, que por suas características mais simples, facilitarão o equacionamento das demais:

a. A obra jornalística ou periodística.

Haverá realmente que distinguir entre o trabalho feito espontaneamente, e remetido à redação de um jornal, de uma estação de rádio e televisão, pelo interessado, para eventual aproveitamento, e o trabalho realizado por redator estipendiado?

Já vimos que o vínculo empregatício não altera a paternidade da criação: é o resultado, a obra que interessa. Sobre ela e não sobre o criador, ou a sua condição de empregado ou não, deve o legislador concentrar os seus cuidados. Confirmará então não haver razão para que seja diferente a regulamentação da matéria: se o “corpus” pertence a quem encomendou a obra, também aqui deve prevalecer o princípio de que, com o aproveitamento, esgota-se o direito de quem fez a encomenda: qualquer ulterior aproveitamento, diretamente ou por meio de gravação, qualquer adaptação ou tradução, terá de ser precedida de autorização expressa.

Obra realizada x pagamento. Aí estão os dois polos da relação convencionada. Qualquer ulterior aproveitamento será contrato diferente, exigindo novo entendimento, e, obviamente, o complemento de uma nova retribuição.

A razão é a mesma: a remuneração do primeiro aproveitamento de toda e qualquer obra, independentemente do fato

de ter surgido sob relação de emprego, não autoriza utilizações ulteriores não recompensadas.

Longe de entregar o assalariado à mercê do empregador, esforçar-se-á o legislador nacional, e, ainda mais, o internacional, no sentido de procurar diminuir o desequilíbrio de forças. Respeitadas as características do contrato, a qualquer ulterior aproveitamento da obra, mesmo reiterado, ainda que pelo mesmo empregador, deve corresponder uma adequada posterior compensação, de modo que a vantagem não reverta exclusivamente em benefício do empresário, mas reservando-se dos lucros por este auferidos pelo menos uma percentagem irrenunciável em favor do empregado.

Nem parece seja plausível estabelecer, como faz a lei da África do Sul, distinção entre a obra feita por aprendiz daquela trazida à luz por autor veterano.

Admitir-se que o critério possa favorecer oportunidades de trabalho para iniciantes, há que se reconhecer a eventualidade de um destes realizar trabalho de alto mérito, ou que, simplesmente, alcance inesperado favor público. Não há razão para enriquecer o empresário sem que este fique obrigado a retribuir condignamente.

Mais coerente do que os dispositivos das leis como a norte-americana, a australiana, a neo-zelandeza que consideram o empregador como sendo juridicamente o autor (o que por si só revela a artificiosidade da solução) a salomônica decisão da lei brasileira, que considera pertencente o direito de autor às duas partes.

Mas a verdadeira saída é a da terceira alínea do art. 1.º da lei francesa, proclamando que a existência ou a conclusão de um contrato de locação de obra ou de serviço pelo autor de uma criação intelectual *não acarreta nenhuma derrogação ao gozo do direito* reconhecido pela alínea 1.ª.

Isto não impede que como dispõe a lei húngara, caso a criação da obra faça parte das obrigações decorrentes de relação de emprego, o empregador tenha direito de utilizar a obra cuja simples entrega importará em autorização de comunicação ao público.

Abordando o art. 1.º da lei francesa, aponta ROBERT PLAISANT, no fascículo 6 do *Juris-Classeur, de la Propriété Littéraire et Artistique*, duas séries de dificuldades.

A primeira resulta do fato que a criação das obras de arte aplicada é freqüentemente tão sucessiva e difusa que não é possível determinar-lhe com segurança o autor.

A segunda, entrelaçada com a anterior, consiste em saber se o empregado, além de gozar das prerrogativas de autor, tem também o pleno exercício do aproveitamento das mesmas. Chega à conclusão de que quando diversos assalariados participam da criação com parte demasiado limitada e incerta, para que possam ser considerados como autores, semelhante qualidade deve ser reconhecida ao empregador.

Interfere porém aqui o delicado problema da cessão dos direitos autorais. Como pode ser total ou parcial, costumam algumas leis, como a francesa, art. 35 (1) estabelecer que implicará em benefício do autor, na participação proporcional deste nos proventos decorrentes da venda ou do aproveitamento da obra, modalidade particular do “droit de suite”.

Indaga o mesmo especialista, no fascículo 9, se o autor assalariado tem direito a essa participação proporcional.

Estabelecendo distinção entre o art. 1.º (3), que diz respeito ao gozo do direito, e o Título II, no qual se agasalha o aludido art. 35, subordinado ao aproveitamento dos direitos patrimoniais do autor, chega à conclusão, sem que haja na lei qualquer disposição contrária, que o empregador adquire o direito pecuniário na sua totalidade, em virtude do contrato de trabalho, isto é, o direito de utilizar a obra em todas as

suas formas, originária ou derivadas. Admite, todavia, que o art. 35 não se aplica às cessões tendo por objetivo a utilização de uma obra sob forma derivada, entendendo duvidoso que se aplique aos assalariados.

No tocante ao saber-se (n.º 95) quando é que estes podem ser considerados autores e ter direito à eventual participação proporcional, lembra que principalmente no domínio das artes menores, publicidade, artes aplicadas, cumpre haja realmente uma criação original, uma realização, questão de fato, suscetível de dificuldades, mas que não pode ser aludida, sob pena de estender indefinidamente e perigosamente o domínio do direito de autor.

Realça a dificuldade do cálculo da remuneração proporcional, compatível com adiantamentos, mas exigindo saber-se se o salário pode ser considerado como adiantamento:

“Um campo desconhecido e mais delimitado abre-se então. O problema apresenta-se particularmente quando o empregador paga, além do salário mínimo, um premio suplementar destinado justamente a recompensar o esforço de criação. Parece lógico admitir que esse premio constitui uma empreitada (“forfait”), caso esta seja admitida, ou um adiantamento, que freqüentemente ultrapassará o montante da participação proporcional.”

Mas é bem nesse campo pouco versado, minado mesmo, que os comercialistas (por usurpação) entendem seu, por ser próximo ao seu feudo da propriedade industrial, que cumpre avançar, com cautela, para eliminar as dúvidas.

O problema é certamente mais delicado nos casos em que a contribuição intelectual consista numa melhoria técnica, num aperfeiçoamento no sistema de produção, numa nova combinação produzida pelo empregado no desempenho de seu mistér.

Certamente que a tendência do empregador será toda no sentido de incorporá-la ao seu patrimônio, sob alegação de que aquele, sem a sua ajuda, o seu amparo, o seu estipêndio, não teria alcançado aquele resultado.

Ao que será fácil retrucar que não fosse a contribuição do empregado, também o amo não poderia auferir as vantagens que aquele, com a sua criação, proporciona.

Não há o que discutir: as duas peças são complementares. Terão que ser ajustadas e movimentadas em harmonia, que jamais será alcançada se houver preterição. Então será melhor ceder um pouco de cada lado, fazendo-se com que o empregado compartilhe, pelo menos em pequena percentagem, daquelas vantagens que a sua contribuição possa proporcionar ao empregador.

Nem a outra conclusão chegam dispositivos que, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, constituem o entendimento da maioria:

“Art. 454. Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica.

Parágrafo único. Ao empregador caberá a exploração do invento, ficando obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado a plena propriedade desse invento.”

O princípio é obedecido, com desenvolvimentos pelo Código de Propriedade Industrial, inspirado pelo interesse geral, decorrente do estímulo ao espírito inventivo do empregado.

Todavia, como observam JACQUES GUÉBITAT e ROBERT DUPUY *Oeuvres créées sur commande ou en exécution d'un contrat de travail*, Interauteurs, n.º 185, 1974, pgs. 112-121, com base em um inquérito realizado pela CISAC junto às sociedades-membros, este direito do empregador é adquirido para um domínio determinado e muito preciso e o autor não pode utilizar sua obra, mesmo fora dele, a não ser com o consentimento do empregador, que pode recusá-lo à utilização da obra fora do domínio previsto. Prevêm mesmo, no que concerne à remuneração do autor, deva o empregador pagá-lhe de 60 a 80 % dos direitos que obtém de um terceiro.

b. Adaptações (obras derivadas).

Considerar que grande parte das obras divulgadas pelo cinema, pela televisão e pelo rádio não passam de adaptações de obras pré-existentes é suficiente para demonstrar a importância da matéria.

Embora seja certo que um terceiro não poderá adaptar obra alheia sem consentimento do autor da primeira criação, indispensável ainda quando haja adaptações sucessivas (por exemplo, de uma novela para um romance, de um romance para uma peça teatral, desta para um filme cinematográfico, etc.), surgirão fatalmente problemas de ordem prática, sabido como é que a *idéia* não encontra ainda proteção adequada, e que só poderão ser resolvidos quando se conseguir comprovar traços dos elementos fundamentais da obra nas adaptações sucessivas.

O fato pois de uma *idéia* ser desenvolvida de forma diferente e original nem sempre caracterizará a adaptação: não pode ser impedido, da mesma forma que não há como proibir pequenas citações e transcrições.

Já é unanimemente admitida, hoje em dia, a impossibilidade de uma salvaguarda completa do direito moral neste domínio, presumindo-se o consentimento implícito do autor

às modificações e mutilações indispensáveis, cabendo aos tribunais pronunciarem-se quando haja abuso.

Convém, para salvaguarda dos direitos do autor, estabelecer, como se faz com o contrato de edição, um prazo dentro do qual a adaptação consentida deva ser levada a efeito, e ainda, que cada concessão deva ser objeto de contrato específico, a fim de evitar, por exemplo, que o editor de uma obra obtenha, pelo mesmo contrato, o direito de publicar, o de traduzir, o de adaptar a peça ao teatro, ao cinema, à televisão.

De qualquer modo, merece ser considerada a obrigação de reservar ao autor uma participação proporcional em todas as eventualidades de um novo aproveitamento da sua obra.

Essas considerações evidentemente não se aplicam às *obras coletivas*, criadas sob iniciativa de uma pessoa física ou jurídica, que a edita sob sua direção e responsabilidade.

Prevalecerá então o critério do art. 9.º (3), da lei francesa, de acordo com o qual a obra coletiva criada por iniciativa de uma pessoa natural ou jurídica que a edita, publica ou divulga sob sua direção e seu nome e em que a contribuição pessoal dos diversos autores que tenham participado da sua elaboração se funde no conjunto com vistas ao qual está concebida, sem que seja possível atribuir a cada um deles um direito distinto sobre o conjunto realizado.

Nem se aplica à obra sob encomenda, mas com vários colaboradores, cada um dos quais, como ressalva, por exemplo, o art. 59 da lei mexicana, terá direito não apenas à respectiva remuneração, mas sendo a colaboração de natureza pessoal, original, também o de ter o seu nome mencionado.

Obra sob encomenda.

O reconhecimento amplo e irrestrito do direito do criador apresenta ainda a vantagem de dispensar a distinção entre as obras criadas em execução de um contrato de trabalho e as criadas em virtude de incumbência.

Não haverá necessidade de repetir que, para os retratos, desenhos, gravuras etc., o *corpus* pertence a quem solicitou a obra, ressalvado ao autor o direito moral e o direito de pronunciar-se no que diz respeito a qualquer aproveitamento ulterior.

Para demonstrar a característica do contrato de encomenda, que consiste no fato do autor criar a obra por instigação do co-contratante, tendo em vista a remuneração que este se obriga a pagar-lhe, sem que comporte necessariamente cessão do direito de autor invoca o Professor da Faculdade de Direito de Caen, fascículo 9 bis, o exemplo da encomenda de um quadro: o pintor cede e entrega a tela, conservando porém a totalidade dos direitos pecuniários:

“O proprietário do quadro não pode exercer nenhuma das prerrogativas que comporta o direito pecuniário: direito de reprodução, direito de representação. O direito de autor não intervém a não ser sob a forma do direito moral para a entrega da obra àquele que a encomendou.

Em outros casos, ao contrário, o contrato de encomenda comporta cessão de direitos de autor; é o caso do romance, do cenário, da peça encomendada a um autor para ser impressa, incorporada a um filme, levada à cena. O direito de autor intervém então sob seus dois aspectos: moral e pecuniário.”

Nas obras de artes plásticas em geral, o *corpus mechanicus* pertence a quem encomenda a obra, sem direito, no entanto, salvo convenção expressa e remuneração adequada, de tirar qualquer proveito pecuniário, como os decorrentes de expor publicamente ou reproduzir a obra.

Merecem desaprovação, por inverterem o critério, dispositivos como o art. 80 da lei brasileira que presume, com a

alienação da obra, a transferência ao adquirente do direito deste de reproduzi-la ou de expô-la.

Tanto mais quanto contrasta flagrantemente com o critério justo, proclamado em outros dois dispositivos legais:

o que reconhece, com relação à obra fotográfica, dois artigos depois, do direito do autor de reproduzi-la, difundi-la e colocá-la à venda, nas condições que indica, e

o do art. 17 da Lei n.º 5194, de 24.12.1966, estatuinto que os direitos de autor de um plano ou projeto de engenharia, arquitetura ou agronomia são do profissional que os elaborou, respeitadas as relações contratuais expressas entre o autor e outros interessados.

Se de modo contrário se procede com relação aos negativos fotográficos, é mais em obediência a uma tradição, a usos e costumes, do que a um princípio lógico, não havendo razão para aceitar-se o critério contrário, alcançando também a pintura ou o desenho de um retrato, ou uma gravura, do art. 4 (3) da lei inglesa de 1956.

É plausível o critério da lei tchecoslovaca, admitindo, aos fins da realização das obras criadas em execução de um contrato de trabalho, que qualquer organização possa, sem consentimento ulterior do autor, utilizar uma obra científica ou artística criada pelo seu empregado no âmbito de um contrato de trabalho.

Toda organização cuja atividade consista em editar ou publicar obras, não pode editar ou publicar de maneira diferente uma obra criada por empregado seu no quadro do contrato de trabalho a não ser com o consentimento do autor. Todavia, se o autor recusa sem razão plausível dar seu consentimento, dita organização poderá reclamar perante o Tribunal a autorização para editar.

A única distinção estabelecida pela lei iugoslava entre a obra decorrente de um contrato de trabalho permanente ou

de um contrato de encomenda consiste em que, no primeiro caso, a extensão e a duração dos direitos que o empregador pode adquirir são determinados pela lei, ao passo que no segundo o legislador deixa às partes contratantes a liberdade de negociar livremente suas relações.

Na encomenda de um proprietário de terreno, a um arquiteto para aí construir um prédio, vêm todos um contrato de locação de serviços ou de empreitada.

Excluída qualquer idéia de cessão ou de venda — obtiveram julgados de Paris de 28.04.1921 e 08.11.1923, citados no art. 12 do fascículo 9 bis do “*Juris Classeur de la Propriété Litteraire et Artistique*” — o arquiteto conserva a propriedade de seus planos e tem a qualidade para demandar a contrafação da sua obra, sobre a qual pode fazer valer o direito de propriedade artística desde que original e pessoal.

Mesmo para o caso mais elementar e evidente de desenhos e modelos encomendados, por exemplo, por uma estamperia, uma tecelagem ou uma casa de modas, a tendência é atribuírem-se os proventos materiais que possam proporcionar ao empregador ou a quem encomendou a obra, sem que isso impeça o reconhecimento ao desenhista ou estilista, de uma paternidade, que muitas vezes valoriza mesma a contribuição.

Intermediação das sociedades de direitos autorais. Contratos-tipo.

Tal a importância que assumiram as sociedades arrecadadoras de direitos autorais, tão vasto, variado e complexo seu campo de ação, que já não se concebe possam os autores e os artistas intérpretes e executantes reivindicar pessoalmente os seus direitos.

Teimando em fazê-lo, além de se prejudicarem individualmente, por ser-lhe impossível, sem sacrifício de suas ati-

vidades normais, administrarem satisfatoriamente seus repertórios, prejudicam-se coletivamente, estabelecendo entre si uma concorrência desastrosa e desmoralizante, jamais ficando em condições de alcançar aquele equilíbrio de forças que é sempre desejável nas partes contratantes, e ainda enfraquecem as entidades que deveriam representá-los.

Seria proveitoso fosse inserido nas convenções internacionais um dispositivo recomendando às legislações nacionais que tornem obrigatória semelhante intermediação, ou por meio dos sindicatos representativos de cada categoria, quando não haja repartição estatal ou paraestatal incumbidas, o que sem dúvida estimularia a criação dessas entidades nos poucos países onde não foram criadas, e prestigiaria as existentes.

Não há quem não perceba as vantagens que terão autores, compositores e artistas, de se valerem, além da própria união, da experiência e do prestígio de estudiosos altamente capacitados.

Deveriam mesmo, generalizando o que tantas já fazem, ser incentivadas a desenvolverem contratos-tipo, ou convenções coletivas, especificando as condições mínimas para o desempenho das diferentes modalidades: rádio, cinema, televisão, execuções musicais, edições, representações, facilitando, igualando e racionalizando a tarefa que a todas incumbe, de acordo com os respectivos estatutos, de zelar pelo interesse e pela melhor execução possível dos contratos de seus associados.

Aos próprios empresários, mais do que reivindicar prerogativas que poderão dar margem a pleitos judiciais, interessará ver bem equacionado o problema e obter uma solução segura, e não terão dúvida, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Iugoslávia e em tantos outros países, em reconhecer que o direito de autor deve ficar com o autor.

Outra vantagem desse equilíbrio seria tornar inócua a controvertida “salvo cláusula em contrário”, constante de tantos dispositivos da Austrália, Brasil, Finlândia, Nova Zelândia, Reino Unido, Tunísia, etc., que coloca praticamente os criadores à mercê dos empresários, alguns dos quais serão sempre tentados a aproveitar-se da abertura que essas leis lhes dão para obter dos autores renúncias aos seus direitos durante o período de duração do contrato de trabalho.

Haverá quem duvide da imoralidade de semelhante reserva? Claro que beneficiará sempre a parte mais forte: qual o editor, ou o empresário que não aproveitará a brecha que se lhe oferece, para estabelecer justamente o contrário daquilo que pretendia o bem intencionado legislador?

Será sempre um elemento altamente positivo saberem os empregadores, com certeza, que as obras criadas no exercício da atividade de seus empregados ou comissários, cessado o exercício imediato do seu aproveitamento, ou dentro do prazo ou condições previstas, são de propriedade do autor. Determinado esse ponto, passar-se-á então a discutir as modalidades de possível aproveitamento ulterior, seja pela simples reiteração do uso, seja mediante eventuais adaptações, traduções, cessões, etc., a serem feitas cada uma mediante contrato específico, mediante remuneração a ser combinada, e indicando-se expressamente os casos de rescisão (falência do empresário ou situação análoga, recusa injustificada da prestação do serviço, não renovação da edição, falta de exemplares ou de representações, etc. etc.).

Conclusão.

A verificação de que é geral o reconhecimento puro e simples de que a paternidade só pode ser atribuída ao criador da obra simplifica a solução da maior parte dos problemas que possam surgir nas diferentes modalidades, eliminando a necessidade que sentem por exemplo, algumas leis, de estabelecer a ressalva de que quando a obra consista num artigo

ou outra contribuição para um jornal ou um periódico, se deva admitir, em falta de estipulação contrária, ter o autor conservado o direito de proibir a publicação de sua obra em qualquer outro jornal, revista ou periódico análogo.

É claro que haverá casos excepcionais em que a contribuição do autor dilui-se e desaparece, quando, como já se viu, quem encomendou a obra traça as diretrizes, estrutura os planos, dá instruções e elementos minuciosos, àquele restando apenas a execução quase que mecânica da encomenda.

Mas o fato de assegurar a generalidade das legislações o direito moral ao autor da obra encomendada, ou feita no âmbito de um contrato de trabalho, não é o reconhecimento de que é a ele que cabem, com a paternidade da obra, todos os demais direitos morais?

Como conciliar as duas posições a não ser pelo reconhecimento da titularidade?

KLOSTERMANN, *Das geistige Eigentum*, demonstrou cabalmente que só o criador da obra pode ser considerado sujeito originário do direito.

Desenvolvendo a idéia, faz ver PIOLA CASELLI que, atribuindo o direito de autor a quem não tomou parte no ato criativo, não somente destruiremos a origem pessoal do direito e a sua própria justificação: violaremos a natureza daquelas faculdades pessoais que formam o conteúdo exclusivo do direito, na fase anterior à primeira publicação da obra, e permanecem, na fase sucessiva, ao lado das faculdades patrimoniais.

Ainda que o contrato de comissão acolhesse pacto implícito ou explícito de que o comitente seria considerado autor, não se poderia aceitar solução diferente:

“ un tale patto, non potendo contenere il trasferimento di una qualità o modo di essere, che non

é di per se, trasferibile, non puó avere che significato di una simulazione, la quale potrà essere sempre impugnata da chi vi abbia interesse.”

A fixação de um princípio que seja rigosamente justo, e possa ser observado com equanimidade por todos os setores interessados é de fundamental importância. Estabelecido numa convenção internacional, influenciaria beneficemente a legislação interna daqueles numerosos países que ainda não traçaram qualquer norma a propósito, e, com o tempo, tenderia a corrigir eventuais desvios nos demais.

Chega-se, pois, à conclusão de que, da mesma forma que nas demais obras, nas sob encomenda, ou sob relação de emprego, podem e devem ser admitidas a intransmissibilidade dos atributos morais e a transmissibilidade dos pecuniários, sem qualquer ofensa ao interesse do empresário, aos princípios do direito de autor, e às vantagens para as partes intervenientes, em consonância, aliás, com o espírito das legislações internas e das convenções internacionais que partem sempre do reconhecimento dos direitos que competem ao autor pelo simples fato da criação da obra.

Percorrendo-se os dispositivos das grandes convenções internacionais, não se encontram alusões às obras criadas por encomenda ou sob vínculo de contrato de trabalho.

Pode-se pois concluir que justamente por isso também a elas se aplicam os princípios de garantia aos autores do direito exclusivo de utilizá-las ou de autorizar sua utilização por meio de reprodução, representação, adaptação, difusão, etc.

Mas o simples fato de se apresentarem nas legislações internas casos de atribuição de paternidade da obra a quem não é seu criador, com a conseqüente transferência de todos os atributos que a este deveriam ser plenamente assegurados em qualquer circunstância, aconselha considerar-se a possibi-

lidade de colocar nas mesmas convenções um dispositivo que, sem outra pretensão senão a de servir de base para eventuais discussões, poderia ser no sentido de que

“Os direitos reconhecidos pela presente Convenção aplicam-se às obras realizadas sob encomenda ou no âmbito de um contrato de trabalho.

Os efeitos da cessão de tais direitos exaurem-se no primeiro aproveitamento convencionado, até que o resultado obtido possa ser considerado proporcional aos dispêndios efetuados, com a margem de lucro de praxe.

Qualquer ulterior aproveitamento implicará no reconhecimento de uma percentagem nunca inferior a 20% nos lucros ou vantagens que resultem da contribuição do comissário ou do empregado.”

Sintomas Denunciadores do “Desvio de Poder”.

José Cretella Júnior

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

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Contradição com atos posteriores.* 3. *Contradição do ato com atos anteriores.* 4. *Motivação excessiva.* 5. *Motivação contraditória.* 6. *Motivação insuficiente.* 7. *Alteração dos fatos.* 8. *Ilogicidade manifesta.* 9. *Manifesta injustiça.* 10. *Disparidade de tratamento.* 11. *Derrogação de normas internas.* 12. *Contribuição francesa.* 13. *Presença de sintomas no direito brasileiro.* 14. *Conclusão.*

1. **Introdução.**

“Desvio de poder” é o uso indevido que o administrador faz do poder discricionário de que é detentor para atingir fim diverso do que a lei assinalará. Ou é o uso indevido que a autoridade administrativa faz do poder que lhe é conferido para atingir finalidade diversa daquela que a lei preceituara (cf. nosso *Do desvio de poder*, 1964, p. 27; *Tratado de direito administrativo*, 1966, v. II, p. 250; *Curso de direito administrativo*, 4.^a ed., 1975, p. 349).

Provado o “desvio”, impõe-se a anulação do ato administrativo, eivado desse defeito, o que pode ocorrer quer “de ofício”, pela própria Administração, em virtude do princípio da *auto-tutela administrativa* ou de *solicitação do interessado*, quer pelo Poder Judiciário, quando o prejudicado provoca o exame da *finalidade* do ato lesivo a seus direitos.

No entanto, a prova é difícil, na maioria dos casos; impossível mesmo, em outros, porque o administrador, que agiu de má-fé, procura mascarar a medida legal “dolosa”, envolvendo-a com o manto inatacável da legalidade.

“Casos há”, escreve NUNES LEAL, “em que fica patenteada a ausência da conveniência pública, pela manifesta preponderância do favoritismo, da perseguição, ou do puro proveito pessoal do agente. Em tais casos, a prova é sempre difícil, freqüentemente impossível, o que reduz as conseqüências práticas do princípio. Algumas vezes, porém, ela ressalta, ostensivamente, do conjunto de evidências documentais. Em situações dessa natureza, pode o Judiciário proclamar que a autoridade exorbitou, abusando do seu poder discricionário; agiu, portanto, *arbitrariamente*” (NUNES LEAL, *Problemas de direito público*, 1960, p. 292).

Certos “sintomas” (índices, indícios, traços), entretanto, podem denunciar a “distorção”, fornecendo fundamento seguro para a anulação do ato viciado.

Tais *sintomas* ainda não levados em conta e, muito menos, nem sistematizados entre nós, têm sido apontados pela doutrina italiana e francesa, principalmente com apoio nas construções pretorianas do Conselho de Estado dos respectivos países.

Diante de casos práticos, instado a manifestar-se, o Conselho de Estado italiano, em fins do século passado, e inícios deste, seguindo a mesma orientação fixada pelo Conselho de Estado francês, foi com esforço admirável e continuado construindo a teoria do “desvio de poder”, enumerando, depois, casuisticamente, as hipóteses concretas em que o diagnóstico daquela ilegalidade poderia ser feito (cf. MORTARA, *Comentário*, 4.^a ed., v. I, p. 482 e seguintes, nota 1, citado por ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 245, nota 1).

Com apoio na jurisprudência do Conselho de Estado francês e italiano, bem como na consagração doutrinária dos

autores mais representativos desses dois países, é possível apontar os seguintes *sintomas*, suficientes para suscitar o exame do ato administrativo perante a Administração ou perante o Judiciário, pedindo o reconhecimento do “desvio” e a conseqüente anulação da medida lesiva ao direito subjetivo público do administrado, em virtude da arbitrariedade do administrador. Entre esses “índices”, “indícios” ou “sintomas”, é possível arrolar os seguintes: contradição do ato com atos ou medidas posteriores; contradição do ato com atos ou medidas anteriores; motivação excessiva, contraditória ou insuficiente; alteração dos fatos; ilogicidade ou injustiça manifesta; disparidade de tratamento; derrogação de norma interna; precipitação na edição do ato; caráter sistemático de certas proibições; circunstâncias locais anteriores à edição do ato; convergência de feixe de sintomas; caráter geral dado a medida que deveria ter permanecido particular.

Esses os mais significativos *traços* ou *sintomas*, apontados pela doutrina e que, levados em conta, caracterizam a figura do *desvio de poder*.

Examinemos um a um os *sintomas* referidos, procurando, na medida do possível, exemplos ilustrativos no direito brasileiro, mediante análise da jurisprudência consagrada pelos nossos tribunais.

2. **Contradição do ato com atos posteriores.**

Dentre as várias hipóteses inventariadas pela doutrina italiana (ZANOBINI, Corso, 6.^a ed., 1960, v I, p. 250-251 e Corso, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 142 a 144; ALESSIO, *Istituzioni*, 4.^a ed., 1949, v II, p. 244; LANDI e POTENZA, *Manuale*, 2.^a ed., 1963, p. 272 a 275), a “contradição do ato com atos posteriores” envolve o problema de descobrir com nitidez a *efetiva vontade* da Administração, quando vários atos, simultâneos ou sucessivos, concretizam objetivos entre si contraditórios (LANDI e POTENZA, *Manuale*, 2.^a ed., 1963, p. 274)

Caso típico de contradição flagrante do ato com atos posteriores apreciou o Tribunal de Alçada de São Paulo quando autoridade local demitiu funcionário público, nomeado em caráter efetivo, a pretexto de que as finanças do Município periclitavam, em razão do excessivo número de servidores admitidos.

Entretanto, vinte e quatro dias após, dezenas de nomeações eram feitas pela mesma autoridade que editara o ato demissório, inclusive duas para cargos de *encarregado de serviço*, de padrão igual ao do agente público demitido.

O Tribunal, apreciando o caso, concluiu: “na espécie, demitido o autor por força de ato que teria como finalidade a economia dos cofres públicos, outras pessoas foram nomeadas para cargos idênticos. Houve, pois, *desvio de poder*. O ato demissório, assim, por mais esse fundamento, deve ser considerado nulo, impondo-se, como conseqüência, a procedência da ação” (TASP, 1961, rel. RODRIGUES DE ALCKMIN, em RDA 70/172-174)

3. Contradição do ato com atos anteriores.

A *contradição do ato com manifestação anterior de vontade do mesmo órgão* é apontada por ZANOBINI (Corso, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 251) como *sintoma inequívoco* da ocorrência de *desvio de poder*. “Assim, a punição disciplinar, aplicada a alguns funcionários em virtude de fato que, em circunstância anterior, a mesma autoridade não considerara punível; ou a licença forçada ou demissão de funcionário, por incapacidade ou por escasso rendimento, quando, pouco tempo antes, eram confiados ao mesmo agente encargos delicados e importantes e fora manifestada a satisfação da autoridade pelo modo louvável com que o funcionário os houvera resolvido” (ZANOBINI, Corso, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 251; ALDO BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 331).

Ugo FORTI enumera quatro *sintomas* típicos para o diagnóstico do *desvio de poder*, ou seja, (a) o “*travisamento*” dos

fatos, (b) a manifesta injustiça, (c) a motivação ilógica, contraditória ou irracional e (d) a contradição da medida com ato administrativo anterior (cf. UGO FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, v. II (parte generale: il rapporto-la teoria degli atti), p. 192-193).

A *contradição da medida com atos anteriores* da Administração é também ilustrada por UGO FORTI com a hipótese de exoneração de funcionário, fundada em escasso rendimento se a Administração sempre lhe reconheceu o zelo, a profícua atividade, em contraste flagrante com a demissão (*Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, v. II, p. 192-193).

4. **Motivação excessiva.**

É nos motivos *determinantes* do ato que o *desvio de poder* se revela (cf. MAURICE HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11.^a ed., 1927, p. 421) afirma HAURIUO. Ora, a *motivação*, ou seja, a explicitação dos motivos que levaram a Administração a editar o ato (ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*, 1953, p. 257 e nosso *Tratado*, 1966, v. II, p. 207), pode ser inexistente, insuficiente, exagerada ou contraditória. Neste parágrafo, cabe o exame da *motivação exagerada* ou *excessiva*, típica do ato administrativo eivado do *desvio de poder*. Não convencido da autenticidade do ato, o administrador, como que temendo a força da opinião pública, procura defender-se “a priori”, justificando, em *demasia*, a medida editada.

PIETRO GASPARRI, no verbete “*eccesso di potere*”, com que ilustrou as páginas da *Enciclopedia del diritto*, vol. 16, “sub voce”, aponta de modo expresso a *superabundância de motivação* como um dos *sintomas inequívocos do desvio de poder*. “Muitas vezes o *excesso de poder* é revelado pela *superabundância de motivação*. Quando o editor do ato apresenta, como justificção, uma série de fatos e de considerações prolixas e não concludentes, é fundada a suspeita de que sua decisão decorre de uma opção, cujos verdadeiros motivos é

preferível que se conservem ocultos” (PIETRO GASPARRI, *Enciclopedia del diritto*, v. 16, “sub voce” *eccesso di potere*).

Em outra obra, PIETRO GASPARRI salienta que “cumpre não confundir a *perplexidade* ou *contraditoriedade* da motivação com a simples *superabundância* dos motivos adotados, quando estes não são incompatíveis entre si. Certo que também, em tais casos, pode surgir suspeita sobre a pureza da apreciação daquele que editou o ato. O órgão que tem motivo claro e suficiente para editar determinado ato não sente a necessidade de reforçar esse motivo com considerações acessórias; pode pensar-se que, se o faz, é porque não se sente totalmente seguro com nenhum dos motivos tomados em si e por si, isoladamente” (PIETRO GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, v. III, *Le disorganizzazioni e le disfunzioni amministrative*, 1956, p. 162)

Exemplo claro de decreto expropriatório, editado com *desvio de poder*, está no ato de n.º 23.529, de 5 de julho de 1973, publicado no Diário Oficial de Salvador, Bahia, no dia 6 do mesmo mês e ano, declarando de *utilidade pública*, em caráter de urgência, para efeito de desapropriação, imóvel residencial particular para que nele se instalasse escola-parque para crianças excepcionais.

Ao invés de declarar simplesmente a *utilidade pública*, em caráter de urgência”, fundamentando-se no diploma expropriatório em vigor e capitular a hipótese, no respectivo inciso, do art. 5.º, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, o editor do ato estendeu-se nos “consideranda”, superabundantemente, explicando e re-explicando a necessidade da medida, o que caracteriza o *desvio de poder* por “excesso de motivação”, como demonstrou, de maneira irretorquível o professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, solicitado a manifestar-se a respeito, mediante *Parecer* jurídico (cf. *Parecer*, em RDA 118/431) “Corroborá essa conclusão a presença de um dos sinais do abuso de poder. A motivação do desvio é excessiva. Ora, nisso está, segundo a lição de GAS-

PARRI, um dos sintomas do excesso ou *desvio de poder*” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Parecer*, em RDA 118/435).

5. **Motivação contraditória.**

O ato administrativo exprime a vontade da Administração. Nos motivos, está a razão de ser da decisão. A *motivação contraditória* deixa o intérprete perplexo a respeito da verdadeira razão inspiradora do administrador. A doutrina italiana é unânime ao apresentar a *motivação contraditória* como sintoma inequívoco da presença do *desvio de poder* (cf. ALESSI, *Diritto amministrativo*, 1949, v. I, p. 293; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 144 e *Corso*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 251; LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 273-274; UGO FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, v. II, p. 192; ARNALDO DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1965, p. 171)

“A *ilogicidade* ou *contraditoriedade* do ato é revelada pelo contraste insanável entre várias de suas partes, como, por exemplo, entre os “diversos incisos da *motivação*”, ou entre a “*motivação*” e o “*dispositivo*” Assim, a deliberação de Comissão Disciplinar que, depois de haver excluído a responsabilidade do funcionário por *inexistência de culpabilidade*, acaba propondo, depois, no *Parecer*, a aplicação de pena” (LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 273-274) ZANOBINI emprega também a expressão *ilogicidade manifesta* para designar a “*falta de nexo lógico* entre os vários motivos ou entre a *motivação* e o *dispositivo do ato*” (cf. *Corso*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 251 e *Corso*, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 144).

ARNALDO DE VALES menciona neste sintoma sob a epígrafe de “*falta de nexo lógico entre premissas e ato*”, hipótese em que “o ato se apresenta com uma causa que não é a de-

dução lógica dos motivos e se funda numa contradição lógica, que não pode ser protegida pelo direito” (*Elementi di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1965, p. 171)

No citado caso da desapropriação de mansão particular, na Bahia, para a instalação, no imóvel, de escola-parque para excepcionais, o *desvio de poder* ficou também caracterizado pela *ilogicidade manifesta* entre dois dos motivos mencionados, na justificação, o que foi assim apreciado pelo professor MANOEL GONÇALVES FILHO (Parecer, em RDA 118/435), manifestando-se a respeito: “A menção deste segundo motivo serve, entretanto, para colocar sob suspeita o primeiro, se outras razões não houvesse para tanto. Como duas cogitações tão díspares, o *interesse dos excepcionais* e a *preservação da beleza cidadina*, podem confluir numa expropriação, sem que se suspeite, de que tais motivos foram indevida e falsamente invocados, ou, ao menos, um deles?”

Desse modo, a *contradição flagrante* entre dois motivos é *sintoma* que deve ser levado em conta para o diagnóstico do *desvio de poder*.

6. Motivação insuficiente.

Motivação insuficiente é outro *sintoma* apresentado pela doutrina (ALESSI, *Diritto amministrativo*, 1949, v. I, p. 293; ALDO BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 331)) para a positivação de ocorrência de *desvio de poder*, como, por exemplo, no Brasil, se decretasse desapropriação apenas fundada, genericamente, na *utilidade pública*, deixando o expropriante de indicar, de modo específico, o inciso correspondente do Decreto-lei n.º 3.365, de junho de 1941.

7 Alteração dos fatos.

A doutrina italiana aponta o “travissamento” (= alteração, adulteração, deformação) dos fatos como *sintoma* típico do *desvio de poder* (CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.^a

ed., 1949, v. I, p. 431; ALDO BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 331; ALESSI, *Diritto amministrativo*, 1949, p. 293; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 251 e *Corso*, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 143; LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 273; ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 245, nota 1, citando MORTARA; LENTINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, v. II, p. 20, veja FORTI, *Lezioni*, 1950, v. II, p. 192)

“A mim me parece”, escreve CINO VITTA, “que a alteração (travisamento) pode melhor ser considerada como um dos *sin*tomas que acusarão a existência do desvio, entendendo-se como “travisamento” a averiguação ou a avaliação dos fatos, em geral, de modo artificial, com a finalidade de submetê-los à aplicação de preceito de lei, sob o qual, de outro modo, não teriam sido enquadrados. Célebre o exemplo de ordem de fechamento de edifício de habitação por insalubridade, alterando-se para isso os fatos, quando na verdade a casa é modelo de salubridade. Mais facilmente a alteração pode confundir-se com o vício de inoportunidade, no mérito do ato administrativo, e os limites dele vão assinalados com refinado senso jurídico. O ato inoportuno quando não pareça justificado por suficientes motivos de fato, embora subsistindo alguns dos fatos que a lei levou em conta, ao passo que é viciado por *travisamento* (alteração), quando nenhum dos fatos apresentados corresponde à realidade e esteja assim ausente toda exigência de interesse público” (CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, v. II, p. 431-432).

“Ocorre a alteração dos fatos quando, na motivação do ato, são afirmados, como seus pressupostos, fatos insustentáveis, ou são negados fatos reais. A alteração é equiparada a consideração dos fatos afirmados; trata-se, ao contrário, de valoração inoportuna ou injusta, saindo-se do vício de legitimidade para entrar no vício de mérito” (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 251). “Ocorre o desvio de poder por

alteração (travissamento) dos fatos sempre que o ato é editado sobre pressuposto da existência ou da inexistência dos fatos, que dos atos resultam, de modo certo, inexistente ou subsistente. Ao contrário, não se dá o *travissamento*, quando o ato resulta de apreciação discricionária da Administração a respeito de fatos existentes: um juízo sobre tal apreciação se resolve em exame de mérito” (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 143).

Com base na jurisprudência italiana ALDO BOZZI ressalta que a circunstância de ocorrer o *travissamento* (ato baseado em pressuposto da existência ou inexistência dos fatos que resultam, ao contrário, inexistentes ou existentes) é um dos *sintomas típicos do desvio de poder* (cf. *Istituzioni*, 2.^a ed., 1966, p. 331)

LANDI e POTENZA ressaltam que a *alteração* e a *valoração errônea* dos fatos influem sobre a vontade, ocorrendo quer quando a Administração, ao editar o ato, considerou, de modo errôneo, como existentes, fatos inexistentes, ou vice-versa, quer quando atribuiu aos fatos significado errôneo, ilógico ou irracional. Considera-se viciado de *alteração dos fatos*, por exemplo, o ato que aceita a demissão de funcionário, baseado no pressuposto errôneo que o funcionário a tenha apresentado; considera-se de *errônea valoração* o ato que considera injustificada a ausência do funcionário, quando já foi devidamente comprovado que ela ocorreu, em virtude de doença. Não deve confundir-se com a *valoração errônea* a *valoração inoportuna* ou *injusta*, que pode originar *vício de mérito*, mas não *vício de legitimidade*. Assim, não se verifica erro, mas apenas inoportunidade ou injustiça se a Administração, apurando de modo preciso as circunstâncias de uma infração disciplinar lhe atribui, para fins de aplicação da pena, *excessiva gravidade*” (LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 273)

SILVIO LESSONA enquadra esta hipótese no *erro de fato*, consistente no “haver posto na base do ato administrativo

fatos inexistentes ou no em haver considerado inexistentes atos existentes” (*Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, 1960, p. 87).

8. Ilogicidade manifesta.

A *ilogicidade manifesta* — perplexidade ou incongruência dos motivos invocados para suporte do ato — é outro dos sintomas apresentados pelos autores para a denúncia do *desvio de poder* (ALDO BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 331; ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1950, v I, p. 251 e *Corso*, 6.^a ed., 1958, v. II, p. 144) Consiste a *ilogicidade manifesta* “na ausência de nexo lógico entre os vários motivos ou entre a motivação e o dispositivo do ato” (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., v. I, p. 251) ou “na ausência de nexo lógico entre os motivos e o dispositivo do ato ou na contradição entre as várias partes dele” (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1948, v II, p. 144).

SILVIO LESSONA também inclui a *ilogicidade do ato* entre os sintomas do *desvio de poder*, “quer quando na medida se dispõe em contraste com os motivos adotados para justificar o próprio ato, quer quando os motivos, sendo perplexos ou contraditórios, não permitem saber se a Administração agiu de modo correto para a realização do interesse público” (*Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, 1960, p. 87)

9. Manifesta injustiça.

A *injustiça manifesta*, acolhida pela jurisprudência italiana para denunciar o *desvio de poder*, designa a *diversidade* ou *disparidade* de tratamento atribuída a situações idênticas (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 143) ou, em outros casos, o gravame imposto no *interesse privado*, sem a suficiente razão de *interesse público*. Como se vê, no primeiro caso, o vício pode reduzir-se ao da *contradição*, no segundo caso, tal

vício parece invadir o campo do *mérito administrativo* e a decisão não pode ser aprovada. Só quando a ausência do interesse público pode ser demonstrada com base em elementos que integram o ato ou atos a ele ligados, pode o vício denominar-se de ilegitimidade e levar ao *desvio de poder* (ZANOBINI, Corso, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 143-144).

LANDI e POTENZA observam que este sintoma é raríssimo, porque, regra geral, a *injustiça* é *vício de mérito*. Como exemplo, apresenta o caso da *dispensa de serviço* de funcionário por motivo de *escasso rendimento*, quando, na realidade, a causa da anomalia reside em acidente originado do próprio serviço (*Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 274)

Admite-se tal modalidade de *desvio de poder*, quando se considera que a Administração deve agir como o *homo eticus*, devendo, então, exercer-se o poder que lhe é atribuído de acordo com a mais estrita equidade, ou seja, a “imparcialidade da Administração”, de que fala o artigo 97 da Constituição italiana (cf. SILVIO LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, 1960, p. 88).

10. **Disparidade de tratamento.**

LANDI e POTENZA, ao contrário de ZANOBINI que identifica os sintomas *manifesta injustiça* e *disparidade de tratamento* (ZANOBINI, Corso, 6.^a ed., 1948, v. II, p. 143 e 144), mencionam as duas hipóteses, ilustrando-as e definindo-as de modo diverso e bem nítido. Na realidade, a *disparidade de tratamento* é espécie ou forma de *injustiça*, verificando-se “quando a Administração, em presença de perfeita identidade de condições subjetivas e objetivas, adota medidas diferentes, como na hipótese em que, na apuração de determinada infração disciplinar e de grau igual de responsabilidade, seja um dos funcionários absolvido e o outro punido” (LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 274).

ALDO BOZZI nota que a *manifesta e grave injustiça* é situação que se inclui em outras hipóteses (ilogicidade, disparidade de tratamento) ou constitui vício de *mérito* e não de *legitimidade*, já que implica apreciação do conteúdo e da oportunidade do ato (*Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 331). (cf. UGO FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, v. II, p. 192).

11. Derrogação de norma interna.

As *normas internas* (cf. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, 1950, p. 186) não se equiparam, é claro, às normas jurídicas no sentido *substancial* e, assim, sua transgressão não pode entrar no conceito de violação da lei (cf. LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 274). Ora, “a derrogação injustificada, em um caso particular, de *disposições internas* de caráter geral, editadas pela Administração, como, por exemplo, a violação de circulares é também *sintoma típico* de *desvio de poder*” (ALDO BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, p. 331).

“Quando a Administração disciplinou a própria atividade com tal espécie de normas, entende-se que tenha individuado as modalidades mais oportunas para a consecução do interesse público e, pois, se tenha *auto-limitado*, no sentido de não poder agir, nos casos particulares, de modo diverso daquele que estabelecera, na norma interna (circular, instrução), de modo geral” (LANDI e POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 275).

De acordo com o princípio “suporta a lei que fizeste”, erigida uma norma como diretriz de determinado setor da Administração, vale ela de modo igual para todos, não se admitindo, a não ser por *desvio de poder*, seja derrogada para atender a caso particular.

12. Contribuição francesa.

Os diferentes *sintomas* acima, catalogados e analisados pela doutrina italiana, representam a síntese de casos concretos, decididos pelo Conselho de Estado da Itália.

A doutrina gaulesa, também fundamentada em casos apreciados pelo Conselho de Estado da França, procura sistematizar as hipóteses dos traços reveladores do *desvio de poder*, denominados pelos autores franceses de “indícios”, “índices” ou “provas”

WALINE observa que “é fácil, com efeito, compreender que quando o administrador usa dos poderes de que dispõe para atingir fim inconfessável não tem a ingenuidade de confessá-lo. Disfarça, então, os verdadeiros motivos do ato e apresenta oficialmente um pretexto legal. Trata-se de desmascarar o embuste, o que nem sempre é fácil” (WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., 1952, p. 144), “mas muito mais difícil ainda é conhecer a verdadeira intenção do autor do ato cuja legalidade é discutida. Com efeito, quando a autoridade administrativa comete o *desvio de poder*, é porque agiu de má fé, sabendo muito bem que traiu a intenção do legislador, pelo que não tem a inocência de indicar as razões inconfessáveis que lhe inspiraram o ato. A autoridade dissimula os móveis verdadeiros que a impeliram, devendo o juiz analisar todas as circunstâncias que cercaram a edição do ato. Esta prova é difícilíssima de ser feita” (WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 481)

Entre os *índices* ou *sintomas* denunciadores do *desvio de poder* a doutrina francesa, baseada em decisões do Conselho de Estado, aponta os seguintes: (a) pressa com que o ato foi editado, (b) inexistência dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada, (c) desigualdade de tratamento dos interessados, (d) caráter sistemático de certas interdições, (e) caráter geral atribuído a medida que

deveria permanecer particular, (f) circunstâncias locais que antecederam a edição do ato.

“No plano prático”, salienta FRANCIS-PAUL BÉNOIT, “o desvio de poder suscita delicadíssimo problema de prova. Tratando-se de perscrutar intenções, a dificuldade não causará espanto. Com muita sabedoria o juiz administrativo exige, de qualquer modo, *provas palpáveis*, quer resultantes da própria redação do ato — hipótese rara, mas que pode ocorrer porque, inadvertidamente, o autor da decisão fornece, às vezes, elementos que caracterizam a ilegalidade de suas intenções —, quer *do dossier*, ou seja, do cotejo do ato impugnado com outros documentos” (*Le droit administratif français*, 1968, p. 545)

RIVERO observa que uma das dificuldades para caracterizar o desvio de poder radica “no terreno da prova. A intenção é elemento psicológico, difícil de apreender, salvo quando o autor o declara abertamente, o que será tanto mais raro quanto menos confessável” (*Droit administratif*, 7.^a ed., 1975, p. 251-252 e LEMASURIER, *La preuve dans le détournement de pouvoir*, na *Revue de droit public et de la science politique*, 1959, p. 36)

“Mais difícil de provar do que os outros vícios do ato administrativo, porque se trata de descobrir a intenção psicológica de seu autor” (VEDEL, *Droit administratif*, 5.^a ed., 1973, p. 609), o desvio de poder admite a prova indireta, já que o administrador raramente iria contribuir com a prova direta, confessando o motivo real ou confidenciando as intenções que o impeliram a editar o ato (VEDEL, *Droit administratif*, 5.^a ed., 1973, p. 610)

Pressa na edição do ato é sintoma acolhido pelo Conselho de Estado francês, como ocorreu, por exemplo, na decisão proferida em 3 de março de 1939, quando diretor, que acabara de ser nomeado e nem tomara posse do cargo, assinou o ato e mandou executá-lo com precipitação anormal, no dia

seguinte ao em que fora empossado (WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., 1952, p. 144 e *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 482).

Inexistência dos motivos alegados pelo administrador, como, por exemplo, proibição de procissões, nas ruas, sob o falso pretexto de que trariam perturbações à ordem pública, é outro dos sintomas do desvio de poder apontado pela doutrina francesa, com base na realidade submetida à decisão do Conselho de Estado (decisão de 18 de agosto de 1944, citado por WALINE, *Traité élémentaire*, 6.^a ed., 1952, p. 144).

Aos demais sintomas, arrolados no início deste parágrafo, a doutrina gaulesa acrescenta outros — peças escritas, circunstâncias nas quais interveio o ato, inexatidão dos motivos alegados (cf. RIVERO, *Droit administratif*, 7.^a ed., 1975, p. 252) — que deixam transparecer o fim verdadeiro que o administrador pretendia alcançar. “O magistrado procura menos uma prova manifesta do que uma convicção, que pode resultar de um feixe de indícios convergentes” (RIVERO, *Droit administratif*, 7.^a ed., 1975, p. 252).

13. Presença de sintomas no direito brasileiro.

Diante dos tribunais brasileiros têm sido levados para apreciação inúmeros atos administrativos eivados de desvio de poder e, em especial, decorrentes do exercício do poder de polícia e da hierarquia.

O poder de polícia, incidindo sobre inúmeras áreas de exercício de direitos do particular, inclusive sobre as faculdades inerentes ao direito de propriedade, adquire especial relevância no que se refere ao decreto expropriatório, ato administrativo que sob o disfarce de interesse público serve para a satisfação de caprichos ocultos do administrador.

O poder hierárquico, recaindo sobre todo o funcionalismo, serve de constante pretexto para a prática do desvio de

poder, já que oferece amplas possibilidades para que o superior cometa abusos sobre os subordinados, aplicando-lhes sanções por motivos pessoais e não objetivando o bom andamento do serviço público.

Ao contrário, porém, do que se verifica com os tribunais dos países que admitem o *contencioso administrativo*, entre os quais a França e a Itália, cujos magistrados, especializados em questões administrativas, reconhecem a figura do *desvio de poder* mediante a interpretação rigorosa de “índices”, “indícios”, “sintomas” ou “feixes convergentes de indícios”, que lhes fornece elementos para a *convicção*, por ocasião do ato de julgamento, no Brasil, país em que vigora o princípio da “*una lex, una jurisdictio*”, o *desvio de poder* é mais intuído, de maneira global, do que diagnosticado mediante a análise de *índices científicos*, denunciadores da arbitrariedade.

Sendo a *intenção* elemento interior de apreensão difícil, a não ser quando o autor o revela por inadvertência ou de modo espontâneo, o diagnóstico do *desvio de poder* tem de ser empreendido pela *prova indireta*, refletida nos *sintomas* repontáveis aqui e ali, denunciados pela parte prejudicada e apreciados pelo juiz.

No caso concreto, citado no parágrafo segundo deste trabalho, o *abuso da hierarquia* culminou com a demissão ilegal, mas o colegiado julgador, com fundamento no sintoma indiscutível — “*contradição do ato com atos posteriores*” —, anulou o ato demissório, editado com *desvio de poder*, já que sua base (economia do erário) entrava em choque com providência posterior (admissão de outros funcionários, inclusive para o mesmo cargo), o que configura *sintoma* inequívoco do arbítrio administrativo, traduzido na regra dos “dois pesos, duas medidas”.

Em outro caso concreto, mencionado no parágrafo quarto deste trabalho, o *arbítrio administrativo* culminou com *decreto expropriatório*, fundado em *móvel pessoal*, objetivando

vindicta, revelado pelo sintoma típico da motivação excessiva, superabundante, prolixa, arquitetada para disfarçar, sob o manto legal do interesse público, as intenções privadas e inconfessáveis do administrador.

14. Conclusão.

Procuramos, neste trabalho, aproveitar a experiência francesa e italiana, consagrada pelo Conselho de Estado daqueles países e exposta depois sistematicamente pela doutrina. Confrontando tais resultados com a realidade brasileira é possível um entendimento maior desta *figura iuris* do direito administrativo, admitida hoje, sem reservas, entre nós.

Se *desvio de poder* é o uso indevido que o administrador faz do poder discricionário de que é detentor para concretizar “fim” diferente daquele que a lei fixara, o ato administrativo, editado com essa anomalia, é nulo, mas a prova da ilegalidade nem sempre é possível e, por vezes, mostra-se difícil, porque tem de revelar aspecto psicológico do autor e, assim como certas moléstias insidiosas se ocultam ante os olhos perscrutadores do cientista, só se revelando mediante análise e interpretação de *índices* ou *traços indiretos*, assim também cumpre ao intérprete do ato administrativo, eivado de *desvio de poder*, chegar ao *momento de interioridade da autoridade arbitrária*, disfarçado sob o manto inatacável da legalidade.

O *animus* do administrador, por mais arraigado que seja, pode ser denunciado por *sintomas* indiscutíveis, inventariados pela doutrina clássica de outros países e assim enumerados: (a) contradição do ato com atos ou medidas posteriores, (b) contradição do ato com atos ou medidas anteriores, (c) motivação excessiva, (d) motivação contraditória, (e) motivação insuficiente, (f) alteração (= travisamento) dos fatos, (g) ilogicidade manifesta, (h) injustiça manifesta, (i) disparidade de tratamento, (j) derrogação de norma interna, (l) precipitação na edição do ato, (m) caráter sistemático de certas

proibições, (n) circunstâncias locais que precederam a edição do ato, (o) convergência de feixe de indícios, (p) caráter geral dado a medida que deveria ter permanecido particular.

Um (ou mais de um) desses traços basta para o diagnóstico do *desvio de poder*: o *sintoma* é a *prova indireta* do arbítrio administrativo, concretizado na figura do *desvio de poder*.

Denunciado o *desvio de poder* pela parte prejudicada, a autoridade julgante pode motivar a razão de decidir em um dos *sintomas* acima enunciados, inventário empreendido pela mais autorizada doutrina estrangeira, com base em casos concretos, julgados, em definitivo, pela mais alta instância dos tribunais administrativos.

Definição da Autorização Administrativa.

José Cretella Júnior

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

SUMÁRIO: 1. O termo "autorização". 2. Elementos integrantes da noção. 3. A autorização na prática. 4. Natureza jurídica da autorização. 5. Definições da doutrina italiana. 6. A doutrina brasileira. 7. Exemplificação. 8. Institutos afins. 9. Nossa definição de autorização. 10. Conclusões.

1. O termo "autorização".

O objetivo deste trabalho é, antes de tudo, (a) procurar estabelecer a *unidade terminológica* e a *correspondente adequação dos termos à realidade prática*, (b) estabelecer a relação entre os vários institutos jurídicos que designam a "outorga do poder público ao particular para o desempenho de determinada atividade ou para a utilização privativa de bem público", até conseguir-se o emprego preciso de cada vocábulo no campo do direito administrativo brasileiro, depois, (c) tentar obter o conceito exato da *autorização*, apresentando-o numa definição completa, a seguir, (d) demonstrar que não é a *rotulação*, que confere a um instituto esta ou aquela conotação, mas sim a *natureza intrínseca* do ato ou do fato considerado e, por fim, (e) salientar a impropriedade da doutrina e do direito positivo pátrios que, ao conceituarem o vocábulo *autorização*, colocam, no definido, o termo *permissão* (ou *concessão*, ou *licença*), e, reciprocamente, ao conceituarem *concessão*, empregam, no definido, *permissão* (ou *autoriza-*

ção, ou licença), quando, em todos esses casos, no definido não deve jamais figurar termo técnico que designe outro instituto, mas sim termo genérico, como, por exemplo, “outorga”, “anuência”, ao mesmo tempo, que (f) confrontar o instituto da *autorização administrativa* com outros que lhe são afins, estremando-os de tal modo que se tenha noção exata de cada um, o que se consegue quando, no próprio conceito, se explicita a natureza jurídica da *figura iuris* analisada.

No direito brasileiro, o conceito da *autorização* tem trazido inúmeras confusões ao espírito dos doutrinadores, penetrando o próprio direito positivo, confundindo-se, não raro, a *autorização* com a *permissão*, a *admissão*, a *licença* e a *concessão*.

Incluído entre os termos que os lógicos denominam de “análogos”, o vocábulo *autorização* serve para designar, na técnica do direito público, a classe de atos administrativos especiais, suscetíveis de várias acepções, todas elas, porém, interligadas por traço comum, que as relaciona: “outorga da Administração ao interessado para a prática de determinada atividade que, sem a mencionada anuência do poder público, seria proibida”.

Para a grande maioria da doutrina italiana a *autorização* consiste na *remoção de obstáculo*, imposto pela lei, ao livre desenvolvimento da atividade do particular, dando vida atual a direito existente só potencialmente (TUMIATI, *Del concetto di pubblica amministrazione*, 1910, p. 91) Desse modo, “a *autorização* remove o limite, não absoluto, imposto pela lei para o exercício de um poder individual” (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 212). Consiste assim a *autorização* na *remoção do obstáculo* posto pela norma jurídica — limitação — à liberdade material do sujeito, a qual é, desse modo, reconstituída (ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 180).

2. Elementos integrantes da noção.

Nesse primeiro contato com a noção do instituto, na sistemática do direito italiano, é possível chegar-se ao seguinte conceito: “autorização é o ato unilateral do poder público, mediante o qual, por provocação do interessado, a Administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida”.

Unilateral, porque o ato se perfaz unicamente pela manifestação da vontade da Administração, já que, supondo embora uma solicitação do interessado, esta não se incorpora à medida emanada, da qual participa como simples antecedente.

Provocação, porque, na quase totalidade dos casos, a Administração não procede *sponte sua*, mas age mediante requerimento do interessado.

Remoção de obstáculo, porque a norma legal proibitiva funciona como “obstáculo, barreira ou limite” ao referido exercício. A autorização derroga a *norma penal*, removendo-a.

Faculdade, porque o interessado tem, “*in potentia*”, a possibilidade do exercício, que se transforma em direito, depois da anuência da Administração.

Exercício, porque o interessado desenvolve atividades materiais, até então proibidas.

Proibida, porque o exercício, não autorizado, configura atividade ilícita, à qual o direito positivo comina sanções.

3. A autorização na prática.

Passo preliminar para estabelecer o conceito jurídico da *autorização administrativa* é observá-la, antes de tudo, objetivamente, como fato em si, na realidade com que se apresenta aos olhos de quem a analisa, porque antes de ser *privativa do mundo jurídico*, a medida é *fato do mundo*, surgindo

aos olhos do observador como fenômeno que se reveste de traços típicos inconfundíveis.

No mundo dos fatos, a *autorização administrativa* oferece as seguintes conotações que a caracterizam, na prática, de maneira indiscutível, distinguindo-a das figuras afins:

a) *sujeito outorgante*, o Estado, ou melhor, a Administração, detentora do *poder de polícia*, de natureza discricionária.

b) *sujeito outorgado*, a pessoa física que solicita e recebe a outorga.

c) *solicitação*, que é dirigida do outorgado ao outorgante, reclamando a *remoção do obstáculo legal* para que possa exercer determinada atividade.

d) *atividade*, que passa a ser lícita, depois da anuência da Administração ao remover o óbice legal.

e) *texto legal*, norma que disciplina a atividade, considerando-a proibida até a anuência do poder público, possibilitando-a.

4. Natureza jurídica da autorização.

A *autorização* é ato administrativo unilateral discricionário. “Unilateral”, porque se concretiza pelo só pronunciamento da Administração. A *solicitação* do interessado, mero antecedente do ato, funciona como agente catalítico, não se incorporando à anuência estatal. “Discricionário”, porque a Administração, ao editá-lo, consulta apenas a *oportunidade* ou a *conveniência* da medida.

Por isso, criticável a colocação de SANTI ROMANO quando afirma que a “*autorização* é ato *mais ou menos discricionário*, mediante o qual se permite futura ação material que, de outro modo, seria ilícita, ou futuro ato jurídico que, de outro

modo, seria inválido” (*Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, p. 241). E acrescenta: “Dizemos *mais* ou *menos* discricionário, porque há casos em que, quando ocorrem certas condições determinadas pela lei, a Administração deve autorizar” (SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, p. 241).

Ora, no campo do direito não existem institutos que sejam “*mais* ou *menos*” discricionários, nem “*mais* ou *menos* vinculados”. Nem, ao mesmo tempo, uma e outra coisa.

Os autores que vêem alguns aspectos *vinculados* no instituto da *autorização* estão, na realidade, capitulando sob essa rubrica hipóteses que melhor se enquadrariam em outras figuras jurídicas afins. Nem é correto sustentar-se que a *autorização* remove limites para que se exercitem direitos já pré-existentes. Afinal, que “direitos” esses que não podem ser exercidos porque barreiras legais se erguem como óbices intransponíveis? Não há *direito* — nem *expectativa de direito* — quando a norma capitula a atividade como ilegal.

Tutelando *interesses*, jamais *direitos*, a *autorização* que o poder público dá ao solicitante para o exercício de determinadas atividades fundamenta-se apenas na *oportunidade* ou na *conveniência*, aquilatadas discricionariamente pelo poder outorgante.

Por isso, inscreve-se a *autorização* entre os atos *administrativos discricionários e unilaterais*. “Remover” ou “não remover” o obstáculo, cabe à Administração. Removida a norma legal impeditiva, o solicitante está em condições de exercer atividades, antes proibidas. A outorga pode ser “com prazo final fixado” (*autorização qualificada*) ou “com prazo final não fixado” (*autorização simples*); na primeira hipótese, a *autorização* só pode ser revogada (a) quando o prazo se exauriu (b) ou quando a outorga foi “desvirtuada”, tornando-se inoportuna ou inconveniente; na segunda hipótese, a *autorização* pode ser sempre revogada ou “cassada”, sem indenização, discricionariamente.

5. Definições da doutrina italiana.

A doutrina italiana ofereceu, desde o início do século, até nossos dias, contribuição inestimável para o esclarecimento do *instituto autorizatório*.

Com apoio em RANELLETTI, assinala UMBERTO BORSI que os atos de *autorização* “devem aparecer como verdadeiras remoções de limites que a lei estabeleceu ao livre desenvolvimento da atividade individual por motivos de ordem pública” (*Le funzione del comune italiano*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1915, v. II, parte 2.^a, p. 125), consistindo o elemento constitutivo e o efeito específico das autorizações, assim, na permissão do exercício ou da aquisição de um direito, ao passo que o das concessões consiste na criação de um direito. (Cf. UMBERTO BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1915, v. II, parte 2.^a, p. 125 e RANELLETTI, *Teoria general delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte 1.^a, p. 30-31 e 43.

Em obra posterior, RANELLETTI define as autorizações como “atos que, em casos concretos particulares, permitem a determinadas pessoas o exercício ou a aquisição de um direito” (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 21). Depois de citar vários exemplos, conclui RANELLETTI que “em todos os casos indicados, a lei, tutelando o interesse público e também o de terceiros, proíbe ao sujeito o exercício de um direito na consecução de um ato ou de uma atividade ou a aquisição de um direito, até que haja obtido a permissão (autorização) da autoridade administrativa. Esta, por isso, concedendo a autorização, remove o limite que a lei pôs condicionadamente para o exercício ou para a aquisição do direito” (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 21-22) .

Em monografia dedicada ao tema, VIGNOCCHI, em 1944, observa que a *autorização* é ato de controle preventivo com o qual se condiciona a eficácia de um ato, limitadamente à

possibilidade de exercício de alguns poderes particulares dele derivados (VIGNOCCHI, *L'autorizzazione amministrativa*, 1944, p. 107).

UMBERTO FRAGOLA, aceitando a lição da RANELLETTI, entende a *autorização administrativa* como “o ato com o qual o ente público remove os obstáculos para o exercício de um direito já pré-existente no patrimônio do requerente” (*Gli atti amministrativi*, 1952, p. 94)

ZANOBINI, traçando um paralelo entre as concessões e as *autorizações*, ressalta que estas últimas “aumentam as faculdades dos sujeitos aos quais se destinam, mas, diversamente do que ocorre com as concessões, não determinam, nestes, o surgimento de um direito novo, mas apenas tornam possível o exercício de um direito ou de um poder, que já lhes pertence. Trata-se de poderes cujo livre exercício pode, em alguns casos, constituir um dano ou um perigo para o interesse público, mas que, todavia, não é oportuno suprimir ou limitar de modo absoluto. Por isso, a lei atribui à autoridade administrativa o poder de examinar caso por caso as circunstâncias de fato em que o exercício pode desenvolver-se para julgar da conveniência de permiti-lo ou não. Desse modo, a autoridade remove o limite, não absoluto, imposto pela lei para o exercício de um poder individual. A atividade que com o ato vem permitida pode ser tanto uma ação material, como um ato jurídico” (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 212). “A *autorização* importa sempre uma avaliação discricionária da conveniência do ato, que o sujeito se propõe a cumprir” (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 212) .

ALESSIO ensina que as *autorizações* consistem na remoção de um obstáculo posto por uma norma jurídica — limitação — à liberdade material do sujeito, a qual passa, assim, a ser reconstituída. O ato de *autorização* tem natureza constitutiva e não declaratória, porque, antes dele, o sujeito não

tem o exercício do seu direito” (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 180).

CINO VITTA entende que “a autorização tanto pode referir-se ao exercício de atividades materiais, como também pode referir-se ao exercício de faculdades jurídicas. Sob o primeiro aspecto, entende-se que às vezes o particular não pode fazer uso da liberdade material ou da propriedade (que é uma consequência da liberdade), sem a mencionada intervenção da Administração Pública; sob o segundo aspecto, o particular ou o ente subalterno não pode concluir um negócio jurídico, se antes a Administração Pública não o habilitou para isso” (*Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, v. I, p. 332). A seguir, CINO VITTA ressalva que a autorização não difere da concessão, nos resultados práticos, mas do ângulo jurídico a diferença é profunda porque, “no caso de autorizações, o direito subjetivo pré-existe e normalmente se desenvolve em todas as direções lícitas e possíveis”, ao passo que “no caso das concessões, ao invés, nenhum direito pré-existente, nenhuma atividade pode desenvolver-se, nenhuma faculdade existe, se não lhe é conferida atribuição, mediante ato da Administração Pública” (*Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, v. I, p. 332). Por fim, de acordo com a doutrina italiana dominante na época, CINO VITTA ressalta que “o vocábulo *autorização* indica sempre a habilitação pública para o exercício de um direito subjetivo pré-existente” (*Idem*, *ibidem*).

SILVIO LESSONA, seguindo a doutrina precedente, ressalta que “a Administração consente que um sujeito exercite uma atividade livre ou um direito próprio, pré-existente, atividade ou direito que não podem exercer-se se preliminarmente a autoridade competente não verifique que ocorrem as condições impostas pelo interesse público para tal exercício” (*Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, 1960, p. 80)

ALESSI, depois de salientar que “a característica comum às autorizações, às concessões e às admissões é precisamente

o fato da natureza constitutiva de um direito, em favor do particular”, mostra logo após que “a *autorização* apresenta, em confronto com as outras duas espécies, a nota característica que a constitutividade do efeito concerne, mais que a titularidade do direito em favor do particular, a possibilidade jurídica do seu exercício” (ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1950, p. 290).

“A *autorização* confere simplesmente ao particular a potestade jurídica do exercício de um direito do qual, anteriormente, o próprio particular já era titular, removendo os obstáculos e os limites jurídicos postos pela lei ao exercício do próprio direito, no caso de ausência de *autorização* (ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1950, p. 290).

Incluindo as *autorizações* entre as “declarações de vontade administrativa que se destinam a ampliar a esfera jurídica dos sujeitos aos quais se dirigem”, ALDO BOZZI conceitua o instituto autorizatório como a “medida que remove o limite posto pela lei ao exercício de direitos já radicados no sujeito, ocorrendo prévia avaliação discricionária do interesse público de determinadas circunstâncias objetivas ou subjetivas (*Istituzioni di diritto pubblico*”, 2.^a ed., 1966, p. 324)

Na mesma colocação de SANDULLI, ROMANO e RANELLETTI, a *autorização* é entendida pelos autores GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA como “o ato com o qual a Administração confere ao sujeito autorizado a faculdade de exercer um poder ou direito, que pré-existe à *autorização*, mas no estado, por assim dizer, potencial, de modo que o sujeito não possa exercê-lo se, antes, a autoridade competente, constatando que haja motivos que justifiquem tal exercício ou, pelo menos, que não haja razões em contrário, não o permita” (*Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., 1963, p. 218).

ALFONSO TESAURO define as *autorizações* como os “atos, mediante os quais o Estado ou outro sujeito da atividade

administrativa reconhece que um sujeito se acha nas condições para poder exercer um direito que lhe é conferido pela lei” (*Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II — *il diritto amministrativo*, 1961, p. 153).

De um modo geral, a doutrina italiana vê, no instituto da *autorização administrativa*, (a) uma apreciação discricionária da Administração, que, apreciando (b) a conveniência ou oportunidade da outorga, procede à (c) remoção de obstáculo criado por norma legal proibitiva, para que o particular solicitante possa ter (d) o exercício de direito subjetivo (e) ou de interesse, (f) já pré-existente no patrimônio do requerente, (g) revelando-se a atividade como operação material, poder ou ato jurídico.

A doutrina espanhola, inspirada, de certo modo, na doutrina italiana, entende que pela *autorização* “não se criam direitos, mas se lhes permite o exercício, suprimindo os limites que lhe impedem a atuação” (VELASCO CALVO, *El acto administrativo*, 1929, p. 165)

ANTONIO ROYO VILLANOVA inclui as *autorizações* entre os atos administrativos dos quais surgem, em favor do sujeito, “principal e imediatamente”, direitos referentes à Administração (*Elementos de derecho administrativo*, 10.^a ed., 1927, p. 109), esclarecendo depois que esse instituto não se parece com a *admissão*, porque *não cria direitos*, mas permite seu exercício, suprimindo as limitações que impedem sua atuação, mas dela difere porque a *autorização* pode ser negada. Por outro lado, a *autorização* difere da *concessão*, porque esta cria um direito que não existia antes deste ato administrativo, mas com ela se assemelha porque ambas são atos discricionários (ANTONIO ROYO VILLANOVA, *Elementos de derecho administrativo*, 10.^a ed., 1927, p. 109-110)

GASCÓN Y MARIN elucidica que as *autorizações* permitem o gozo de certos direitos pelo particular, mas não são obrigatórias, mas facultativas, para a Administração (*Tratado de derecho administrativo*, 11.^a ed., 1950, v. I, p. 192).

6. A doutrina brasileira.

Com base na doutrina italiana, mas introduzindo importante modificação, em elemento integrante do conceito, os autores brasileiros assinalam que “a palavra *autorização* tem, em direito administrativo, dois sentidos. No primeiro, significa apenas *outorga de competência especial, dada por um órgão a outro, dentro do aparelho administrativo*. No segundo sentido, *autorização é o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida*” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 8-9 e *Curso de direito administrativo*, 5.^a ed., 1974, p. 152). “Caracteriza-se essencialmente a *autorização* em ser ato discricionário. A *autorização* é unilateral. Ela supõe, quase sempre, uma solicitação do particular. Mas o pedido deste não se incorpora, como elemento jurídico, ao ato administrativo, do qual fica sendo mero antecedente” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 10-11)

RUI CIRNE LIMA acentua que as *autorizações* são atos discricionários, “quando dependentes, em relação ao destinatário, objeto, ou fim, de determinação *ad hypothesin*, da administração” (*Princípios de direito administrativo*, 4.^a ed., 1964, p. 91) Exemplificando o conceito, o mesmo autor inclui entre as *autorizações administrativas* “discricionária, quanto ao destinatário, a licença para o porte de armas”, “discricionária quanto ao objeto, a autorização sobre o domínio público”, “discricionária quanto ao fim, a licença para exibição de filmes cinematográficos”, podendo a autoridade policial recusar a tal ou qual pessoa licença para o porte de arma; a administração do domínio pode fixar a modalidade do uso ou a extensão deste em tal ou qual parcela do domínio público; o Serviço de Censura pode determinar os fins, morais, sociais ou políticos, das licenças e proibições que baixa (Cf. RUI CIRNE LIMA, *Princípios de direito administrativo*, 4.^a ed., 1964, p. 91).

JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS esclarece que “o direito administrativo conhece também o processo da *autorização*, isto é, a outorga ou a licença dada ao particular para o uso e gozo de certa atividade pública, que, sem tal formalidade, não seria permitida. A *autorização*, destarte, é um ato unilateral do poder público, permissivo de certa atividade do particular, em regra, mediante requerimento deste. A Administração, em tal caso, age *discricionariamente*, ou, para melhor esclarecer, dentro do poder de livre apreciação que lhe é imanente. Não há, pois, confundir *autorização* e *concessão*” (Cf. *Direito administrativo*, 1937, v. II, p. 155).

GUIMARÃES MENEGALE relata, primeiro, que “pacífico se tornou entre os tratadistas qualificar-se a *autorização* como a remoção de óbice jurídico e a restauração da liberdade material do indivíduo, cujo exercício, em cada caso, a norma legal adstrinja” (*Direito administrativo e ciência da administração*, 3.^a ed., 1957, p. 55-56), salientando, depois, que “*autorização* e *licença* exprimem variação terminológica, pois substancialmente se equivalem” (GUIMARÃES MENEGALE, *Direito administrativo e ciência da administração*, 3.^a ed., 1957, p. 56)

No entanto, conclui que a *autorização* é ato vinculado, porque, “observadas que sejam, pelo interessado, as condições da lei, à autoridade impenderá, sem alternativa, emitir a *autorização*”. “A obrigação preliminar da autoridade”, prossegue, “consiste, em tal hipótese, em deferir a *autorização* ou *licença* a quem a pleiteie; efetivado, por esse modo, o direito que em potencial já lhe assistia, tornou-se exigível o ato de *autorização*, de que o pleiteante se fez credor. De efeito, esse não se insere na categoria dos atos discricionários; aliás, contradiria a natureza da *autorização*, quando supõe a ocorrência prévia do direito, cujo exercitamento não faz senão desembaraçar” (GUIMARÃES MENEGALE, *Direito administrativo e ciência da administração*, 3.^a ed., 1957, p. 57-58).

BANDEIRA DE MELLO define a *autorização* como “o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada” (*Princípios gerais de direito administrativo*, 1969, v. I, p. 493).

LOPES MEIRELES conceitua a *autorização* como “o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao interessado a realização de certa atividade ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração” (*Direito administrativo*, 4.^a ed., 1976, p. 156-157). E acrescenta: “Na *autorização*, embora o pretendente satisfaça às exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado, ou da cessão do autorizado” (LOPES MEIRELES, *Direito administrativo brasileiro*, 4.^a ed., 1976, p. 157).

PONTES DE MIRANDA entende as *autorizações* como “atos administrativos discricionários, mediante os quais o Estado permite que alguém exerça atividade às vezes proibida, outras vezes sujeita a tributações gravosas, ou pelo menos obstantes. Se bem que a *autorização* suceda a ato de pedido, a requerimento, digamos, ao poder público, em verdade ela é por definição, unilateral, tal a discricionariedade com que o Estado nega *autorização* ou *autoriza*” (*Comentários à Constituição de 1946*, 2.^a ed., 1953, v. I, p. 282).

7. Exemplificação.

Na Constituição brasileira, o vocábulo *autorização* foi empregado, quer no sentido de outorga, dada pelo Estado ao particular, para o desempenho de determinada *atividade*, como nas hipóteses de produção e comércio de material bélico (art. 8.^o, VII), de exploração de serviços de telecomunicações (art. XV, “a”), de energia elétrica de qualquer origem ou natureza (art. XV, “b”), de vias de transporte entre por-

tos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, (art. XV, “d”) e a de exploração da navegação aérea (art. XV, “c”), da exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais, bem como dos potenciais de energia hidráulica (art. 168, § 1.º), quer no sentido de *outorga de um poder a autoridade de outro poder*, como na hipótese de guerra e de celebração de paz, de trânsito de forças estrangeiras pelo território nacional, de permanência dessas mesmas forças, temporariamente, de ausência do Presidente ou do Vice-Presidente fora do país (art. 44, II e III), que dependem de anuência do Congresso Nacional, competente para tais outorgas. Note-se que no texto da Emenda n.º 1, de 1969, “autorizar” e “permitir” são empregados, inúmeras vezes, como sinônimos.

O Código Penal Brasileiro de 1940 capitula como crime “fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação” (art. 253) e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688, de 2 de outubro de 1941) capitula como *contravenção* “fabricar, importar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição” (art. 18) e “trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade” (art. 19).

As expressões “sem licença” e “sem permissão” equivalem à expressão técnica “sem autorização”. Nos casos de crime ou de contravenção, a *autorização* do poder público “remove o obstáculo” legal, tornando lícitas aquelas atividades desempenhadas pelo particular.

O Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934) ilustra de modo expressivo o instituto da *autorização*. Assim, tratando da *derivação de águas públicas* para aplicações da agricultura, indústria e higiene, preceitua que aquela utilização pode ser dada por *concessão administrativa*, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, me-

diante *autorização administrativa*, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes (art. 43) A seguir, o mesmo Código de Águas determina que “a autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular” (art. 43, § 1.º) e que a autorização é outorgada por tempo fixo, nunca superior a trinta anos (art. 43, § 2.º) Toda cessão total ou parcial da autorização depende de consentimento da administração (art. 52), preceitua ainda o Código de Águas, ou seja, admite o instituto da *sucessão* e o da *sub-autorização*. Sobre a competência para outorgar *autorizações* para derivação que não se destine à produção de energia hidrelétrica trata também o Código de Águas, determinando que serão dadas pela União, pelos Estados ou pelos Municípios, conforme o seu domínio sobre as águas a que se referir ou conforme os serviços públicos a que se destine a mesma derivação, de acordo com os dispositivos do mesmo Código e as leis especiais sobre tais serviços (art. 62).

A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Decreto-lei complementar n.º 9, de 31 de dezembro de 1969) preceitua que o uso de bens municipais poderá ser feito mediante *autorização*, conforme o caso, e o interesse público o exigir (art. 65); a *autorização*, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita por *portaria*, para atividades ou usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de sessenta dias (art. 65, § 4.º).

Pelos exemplos dados, percebe-se a importância do instituto da *autorização administrativa*, no direito positivo pátrio, entendida como a *possibilidade do exercício de determinada atividade do particular ou do agente público*, desempenho que só se concretiza quando a Administração remove o obstáculo legal impeditivo.

8. Institutos afins.

Ao lado da *autorização* vários outros institutos semelhantes existem, concorrendo para dificultar-lhe o conceito e a obstar-lhe fixação da exata natureza jurídica, a saber, a *admissão*, a *licença*, a *permissão*, a *concessão*.

A diferença entre a *admissão* e a *autorização* é patente; impossível identificar os dois institutos, pois ao passo que a *autorização* é ato discricionário do Estado que remove obstáculo legal a fim de que o beneficiário desempenhe atividade na qual está interessado, a *admissão* é ato *vinculado* ou *pré-determinado* que faculta a alguém o exercício de um direito a determinada participação na vida pública ou a determinada utilidade ou prestação que deve corresponder ao próprio ente de que emana (cf. UMBERTO BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1915, v. II, parte 2.^a, p. 127).

Caracteriza-se o instituto da *admissão* pela outorga da Administração ao particular para a fruição de um serviço público ou para a utilização privativa de um bem público, preenchidos determinados requisitos fixados em lei (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, v. III, p. 118) *Admissão* é o ato administrativo pré-determinado que introduz uma pessoa num *status dumda dada coletividade* (RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 26) ou que lhe faculta o gozo de um benefício. Dizemos que certas pessoas, reunindo os requisitos exigidos pela lei, são “admitidas” em escolas públicas, hospitais e asilos do Estado. Quando o Estado outorga terras do patrimônio público a pessoas realmente necessitadas, em épocas de calamidade pública, está presente o instituto da *admissão*. Candidatos que afluem todos os anos às escolas públicas do país, prestando exames vestibulares, não podem deixar de ser “admitidos”, quando, aprovados, preencheram as demais condições exigidas. Nesses casos, a Administração não é livre de resolver sobre a *conveniência* do ato ou sua *oportunidade*. Só lhe

cabe verificar a ocorrência dos motivos e com fundamento neles editar o ato. Eximindo-se de editá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, fere a lei (cf. SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4.^a ed., 1968, p. 82)

“Admissão é o ato administrativo pelo qual, reconhecidos no particular qualidades e requisitos prefixados, se lhe outorga fruição de serviço ou o uso de bem público” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 11), ao passo que “autorização é o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 8-9).

A diferença entre *autorização* e *licença* também é nítida, porque o primeiro desses institutos envolve *interesses*, caracterizando-se como ato discricionário, ao passo que a *licença* envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado. *Licença* é o ato administrativo unilateral e vinculado, mediante o qual o poder público remove obstáculo legal impeditivo a fim de que o interessado possa exercer direitos por tempo indeterminado. SANTI ROMANO, atribuindo acepção muito ampla ao termo *autorização*, acabou por nele incluir a *licença*, ficando diante dum impasse ao afirmar, sem rigor jurídico: “a *autorização* é, desse modo, um ato mais ou menos discricionário” (*Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, p. 241) “Às vezes”, acrescenta SANTI ROMANO, “as *autorizações* tomam o nome de *licenças*, mas não parece que isso se refira às *autorizações* não discricionárias e, sim, às *vinculadas*” (SANTI ROMANO, *Corso*, 3.^a ed. 1937, p. 241-242).

Incide no mesmo erro ALESSIO, ao identificar a “*licença para construir*” com a “*permissão para porte de armas de caça*” (*Istituzioni*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 180), entendendo que, em ambos os casos, “não se transfere ao sujeito estranho nenhum direito que ele não tivesse, nem se estabelece nenhuma rela-

ção de sucessão entre o sujeito e a Administração: só se lhes permite o exercício de um direito que já lhes pertencia” (ALESSIO, *Istituzioni*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 180-181). Na realidade, a “outorga para porte de armas” é *autorização*, ato discricionário, que a Administração pode editar ou não, ao passo que a “outorga para o proprietário edificar em terreno que lhe pertence” é *licença*, ato vinculado, que a Administração é obrigada a editar, se o requerente preencheu todos os requisitos fixados em lei.

“Quiseram alguns (DONATI, *Atto complesso*, n.º 10) distinguir”, escreve CINO VITTA, “as autorizações, conforme sejam discricionárias ou não, das licenças, incluídas no segundo caso, mas não é necessário tratar de modo diverso as duas hipóteses, como ocorre com as ordens, as quais podem ser também discricionárias, ou não, conforme os casos” (CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, v. I, p. 333).

A nosso ver, no direito brasileiro, regra geral, os vocábulos *autorização* e *licença* são empregados sem rigor técnico: diz-se “licença para porte de armas” e “autorização para construir”. Dever-se-ia reservar o termo *autorização* para as outorgas discricionárias do poder público (*autorização* para porte de armas) e o termo *licença* para as outorgas vinculadas (*licença* para construir, mas assim não se tem feito).

Versando a *utilização dos bens do domínio público* pelo particular, ZANOBINI acentua que a *permissão* (ou *licença*) corresponde à figura da *autorização*, em sentido técnico, ou seja, do ato administrativo que remove o limite para o exercício de atividade por si mesma compreendida na esfera jurídica individual (*Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1948, v. IV, p. 27).

Permissão é a outorga do poder público ao particular para (a) o exercício de determinada atividade de interesse geral ou para (b) a utilização privativa do domínio público, classificando-se em *simples* e, neste caso, equivalendo à *autoriza-*

ção, e qualificada, equiparando-se, neste caso, à licença. Na primeira hipótese é precária, podendo ser desfeita a qualquer tempo, sem indenização; na segunda hipótese, é vinculada a termo futuro fixado, caso em que constitui direito adquirido à exploração do serviço ou ao uso do bem público até a época fixada (Cf. nosso artigo *Regime jurídico das permissões de uso no Brasil*, em RDA 101/24-43)

Cumpra, por fim, traçar a diferença entre *autorização e concessão*, começando-se por assinalar que a primeira destas figuras se inscreve entre os *atos administrativos unilaterais* (ao lado da *permissão*, da *licença*, da *admissão*) e a *concessão* se inclui entre os *contratos administrativos*.

Fixado o entendimento de que a *concessão* é um *contrato* (cf. nosso *Tratado*, 1966, v. III, p. 117 a 129), cumpre salientar que, mediante acordo com o Estado, “um terceiro adquire um direito, fundado na apreciação discricionária da Administração”, “com base no consenso do interessado, o qual se manifesta sob a forma de pedido ou, pelo menos, de aceitação” (CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, v. I, p. 347).

ALESSIO contrapõe as *concessões* (atos *constitutivos* com os quais a Administração confere direito a outro sujeito) às *autorizações*, que consistem na remoção de obstáculo posto por uma norma jurídica (limitação) à liberdade material do sujeito, que vem assim reconstituída. O ato de *autorização* tem caráter *constitutivo* e não *declaratório*, porque, antes dele, o sujeito não tem o exercício do seu direito. Continua ALESSIO explicando que as diferenças entre a *concessão* e a *autorização* são evidentes. Quem obtém a *concessão* de uma mina adquire direito que antes não tinha e que pertencia, anteriormente, à Administração. Ao contrário, quem obtém *licença para construir* ou *permissão para porte de armas para caçar* não obtém o conferimento de nenhum direito que não tivesse antes. O *direito de construir* diz respeito a todo aquele que tem a propriedade do solo. A possibilidade física de caçar e

de portar armas pertence a todos os indivíduos, sendo que também a liberdade jurídica de fazê-lo penetra no seu direito de liberdade ou de personalidade. Apenas tais sujeitos, que já possuem tais direitos, não podem exercê-los sem permissão da autoridade administrativa. Esta é que intervém na remoção do obstáculo que o direito objetivo levantou para o referido exercício, mas na outorga da *licença* ou da *permissão*, na *autorização*, em suma, não se transfere ao sujeito estranho nenhum direito que ele não tivesse, nem se estabelece entre ele e a Administração relação alguma de sucessão: só se lhes permite o exercício de direito que já lhe pertencia (cf. ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 180-181).

ZANOBINI explica que o vocábulo *concessão* é usado com muitíssimos significados, alguns dos quais impróprios; mesmo, porém, reduzida ao significado técnico, a palavra designa numerosas figuras de atos administrativos. Traço comum, porém, a tais atos é o efeito, que lhes é peculiar, de conferir a uma ou a mais pessoas estranhas à Administração novas capacidades ou novos direitos e poderes, mediante os quais fica ampliada sua esfera jurídica (*Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 211) Deve-se entender que os direitos derivados da concessão devem ser próprios do Estado ou, regra geral, da Administração pública concedente, consistindo, assim, a concessão, em outras palavras, na transferência de faculdades do ente público para o ente privado (ZANOBINI, *Corso*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 211)

A seguir, ZANOBINI classifica as concessões em *translativas* e *constitutivas*, as primeiras transferindo poderes próprios da Administração, as segundas, fundadas em poderes atribuídos pelas leis à Administração, o que leva esta a constituir em outros sujeitos novas faculdades ou novos direitos” (*Corso*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 211) A distinção entre os dois tipos de concessões reveste-se de importância prática, porque nas *translativas* ocorre uma verdadeira sucessão do particular no exercício de direitos da Administração, pelo que o conteúdo

destes determina as faculdades que podem ser concedidas ao particular, ao passo que nas *constitutivas*, o direito, formando-se *ex novo* no particular, não encontra nenhum precedente sobre o qual possa ser medido, nos direitos do ente público (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, v. I, p. 212).

SANTI ROMANO, que atribui às concessões a natureza de atos *discricionários* (cf. *Corso*, 3.^a ed., 1937, p. 240), dividindo-os, depois, em *unilaterais* e *convencionais*, ensina que “a figura da concessão ocorre todas as vezes que a Administração transmite a outros um de seus poderes ou um de seus direitos, ou, quando na base de um seu poder ou direito, que ficam assim limitados, ela constitui novo direito ou poder em benefício de outros. Em outros termos, a concessão implica perda ou limitação do cedente e, ao mesmo tempo, aquisição do cessionário e, pois, certa relação de sucessão entre um e outro” (SANTI ROMANO, *Corso*, 3.^a ed., 1937, p. 240). A seguir, classifica as sucessões em *translativas* e *constitutivas*, consistindo as primeiras na passagem de um sujeito a outro de bem ou direito, perdido pelo primeiro e conquistado pelo segundo, consistindo as segundas quando, com base em poder ou em direito mais amplo, se dá vida, a favor de um outro sujeito, a poder ou a direito menos amplo e diverso” (SANTI ROMANO, *Corso*, 3.^a ed., 1937, p. 240).

Em suma, deixando-se de lado a concessão, cuja natureza é a de *contrato de direito público*, celebrado por certo tempo entre o poder público concedente e o particular cessionário, objetivando (a) a exploração de serviço público ou (b) a utilização privativa de bem público, os demais institutos são atos *administrativos*, de natureza *discricionária*, como a *autorização* e a *permissão*, de natureza vinculada como a *admissão* e a *licença*. Por sua vez, a *autorização* e a *permissão*, outorgadas por determinado prazo, classificam-se como *qualificadas*, ao contrário das outorgas “sem tempo pré-fixado”, o que as caracteriza como *precárias*.

9. Nossa definição de autorização.

No direito brasileiro, a *autorização* significa não só (a) a outorga de competência especial, dada por um órgão a outro, dentro do aparelhamento administrativo, como (b) a anuência do órgão legislativo para que o chefe do executivo se ausente do país por determinado tempo, ainda, por fim, e é este o sentido que nos interessa,

(c) o *ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular o exercício de atividade, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo*. Removida a barreira, surge o direito.

Ainda entre nós *autorização* é o *ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa do bem público*.

A *autorização* pode ser simples, quando outorgada sem *termus ad quem* fixado, e *qualificada*, quando outorgada por determinado tempo. No primeiro caso, é *precária*, no segundo caso, *irrevogável* durante a fluência do prazo outorgado, a não ser que haja “*distorção*” da outorga, pelo interessado.

Note-se que, diversamente do que entendem os autores italianos, a *autorização*, removendo obstáculos, não faculta ao particular o “*exercício de direitos*”, já preexistentes, o que entraria em conflito com a *natureza discricionária* do instituto. Nem com a *autorização* se originam direitos para o administrado. O que a *autorização* faz é uma “*derrogação da proibição legal*”, possibilitando ao particular o desempenho, em concreto, de uma “*potencialidade*”.

É evidente que, do *exercício da atividade autorizada*, podem surgir *direitos*, mas estes não derivam da *autorização*, em si, nem preexistiam antes da outorga.

10. Conclusão.

Estabelecido o conceito do instituto da *autorização*, bem como fixada, de modo inequívoco, a respectiva *natureza jurí-*

dica desse singular tipo de anuência do poder público, em relação a atividade do particular, é possível delinear o regime jurídico dessa *figura iuris* dentro do direito brasileiro, salientando os seguintes pontos principais: (a) autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração, por provocação do particular, faculta ao interessado o exercício de atividade ou a utilização de parte do domínio público, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo; (b) a autorização classifica-se em *simplex*, quando outorgada por tempo indeterminado, *qualificada*, quando outorgada por tempo determinado, sendo, no primeiro caso, precária, sendo, no segundo caso, protegida pela palavra da Administração; (c) o sujeito beneficiado pela autorização não tinha direito algum preexistente, pois não há direito contra texto expresso de lei proibitivo; (d) a autorização de modo algum se confunde com outros institutos, tais como a *permissão*, a *admissão*, a *licença* e a *concessão*, todos com diferenças específicas inequívocas, que impedem a identificação (a *concessão* é *contrato*; a *admissão* é *ato vinculado*; a *licença* gera *direitos*); (e) a terminologia pátria está longe de ser uniforme, quer na doutrina, quer no direito positivo, quer, mesmo, na jurisprudência, onde os termos “autorização”, “permissão”, “licença” e “concessão” são empregados sem o menor rigor técnico e, o que é mais grave, baralhando-se, nas definições, o objeto a definir-se com o definido (“autorização” é a “permissão”; “autorização” é a “concessão”; “autorização” é a “licença”), quando o rigor científico impõe que se defina de maneira genérica (“autorização” é a outorga”; “permissão” é a “outorga”; “licença” é a “outorga”), empregando-se, no definido, vocábulo não técnico, pois o contrário levaria à identificação entre institutos diversos, além de infringir-se cânone expresso da lógica conceitual; por fim, não basta o *simplex* rótulo (*licença* ou *autorização*) para inferir-se a natureza da outorga.

Os Jovens Adultos Delinquentes.

Henny Goulart

Livre-Docente de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I. *Introdução.* II. *Comportamentos anti-sociais.* III. *Competência para julgamento:* a) *tribunais especiais;* b) *tribunais de menores;* c) *tribunais ordinários.* IV. *Tratamento:* a) *histórico;* b) *o moderno tratamento;* c) *O moderno tratamento institucional;* d) *O tratamento em liberdade;* e) *tutela e assistência pós-penitenciária.* V. *A legislação penal brasileira e os jovens adultos.*

I. **Introdução.**

O grupo dos jovens adultos, segundo SABATER, se acha reconhecido como entidade definida pelas legislações ou aceito por outros meios, como a maturidade fisiológica, a responsabilidade econômica e social, as aspirações culturais do momento ou a teoria e prática criminológica e correccional. O entendimento dessa expressão, todavia, é variável nos países e nas leis. Criminólogos e peritos que efetuaram estudos sobre o tema a pedido das Nações Unidas, usaram os termos “jovem”, “pessoa jovem” ou “jovem adulto”, referindo-se às pessoas que estão em fase de desenvolvimento físico-psíquico, contando entre 18 e 25 anos. Quando infratores, fala-se em “jovens adultos delinquentes” (*criminali giovani adulti, halbs-tarke, jóvenes adultos delincuentes, young adult offenders, etc.*).

Os limites de idades também variam, segundo as legislações, predominando o critério que fixa a idade mínima dos

jovens adultos a partir do limite superior assinalado para os menores, geralmente entre 15 e 18 anos, e a idade máxima aos 21 anos. A tendência moderna, entretanto, é elevar a idade máxima até aos 24 ou 25 anos, podendo alcançar até 26, como ocorreu na reforma da lei federal norte-americana de correção de jovens, baseando-se em fatores diversos, como maturidade físico-psíquica, tradição, período normal de estudos ou de início de trabalho. A posição menos adotada fixa o período entre 15 e 17 anos¹.

No campo internacional, as Nações Unidas vem demonstrando especial interesse pelo assunto, tendo, inclusive, estabelecido programa especial de estudos no III Congresso para prevenção do delito e tratamento dos delinquentes, realizado em Estocolmo, em 1965. A razão é que os jovens adultos têm contribuído com altos índices para o aumento da criminalidade a ponto de, atualmente, constituir o grupo mais importante. Realmente, a maior parte dos infratores está classificada na faixa de “jovens”, sendo a taxa de delinquência entre pessoas de 20 a 30 anos aproximadamente seis vezes mais elevada do que entre os considerados “adultos” Na França, por exemplo, segundo dados de 1970, um entre cada dois detidos contava menos de 30 anos; e a quarta parte dos casos de homicídios e lesões corporais ocorridos nos últimos anos, são imputáveis a jovens menores de 25 anos. BANDINI e GATTI assinalam o maior índice de delinquência jovem nos Estados Unidos entre os 18 e 19 anos; na Alemanha ocidental entre os 21 e 25 anos; e na Inglaterra, cerca de 50% dos delitos são de responsabilidade de jovens até 21 anos²

Apesar desta constatação, a legislação penal da maioria dos países não prevê, especificamente, a categoria dos jovens adultos, embora sempre faça menção aos não imputáveis em

1. A. SABATER TOMÁS, *Los delincuentes jóvenes*, Edit. Hispano-Europea, Barcelona, 1967, ps. 114 e sgts.

2. TULLIO BANDINI e UBERTO GATTI, *Delinquenza Giovanile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1974, ps. 23/30.

razão da menoridade. Além disso, estes contam com legislação e jurisdição especiais, que têm como meta principal sua proteção, educação e reinserção à vida social, sendo motivo de preocupação constante das entidades governamentais, associações particulares e do público em geral, enquanto os jovens adultos têm recebido bem menos no tocante a disposições e tratamentos especiais. Como exceções, encontramos a legislação penal suíça que, além de deixar expresso que as penas devem ser executadas de maneira que exerçam sobre o condenado uma ação educadora e o preparem para a volta à vida livre, dedica um título especial aos menores, separando-os em crianças, adolescentes e jovens de 18 e 20 anos; a legislação francesa, onde os jovens adultos são especialmente considerados no plano penitenciário, podendo permanecer até que completam 28 anos em prisões-escolas, onde se lhes dá formação educacional e profissional conforme suas aptidões; a legislação argentina para menores, dispondo que os jovens delinquentes de 18 a 22 anos serão internados em institutos especiais; e o sistema “Borstal” que, na Inglaterra, trata separadamente os jovens delinquentes.

Na verdade, os estudos realizados por biólogos, psiquiatras, sociólogos e juristas mostram a necessidade do reconhecimento legal específico desse grupo, de idade intermédia entre a menoridade e o estado adulto, situada entre os 16-18 e os 23-25 anos, que coincide com a noção do “jovem adulto”. E a política criminal não pode e nem deve ignorar ou desprezar esta categoria, principalmente na época atual, quando os índices quantitativos e qualitativos de criminalidade atribuídos a essa faixa demonstram a necessidade de atenção mais demorada.

II. Comportamentos anti-sociais.

Os jovens adultos são, pois, aqueles que, consoante a maioria das legislações penais, já ultrapassaram a idade em que eram considerados menores e, portanto, não imputáveis,

mas que na realidade ainda não alcançaram a plena maturidade biológica, psicológica e social.

O desenvolvimento desse processo se caracteriza pela substituição de pautas de conduta até então adequadas por outras que se harmonizem com a definição de adulto feita pela sociedade. A mudança do jovem em adulto implicaria, assim, como dizem McGRATH e SCARPITT, a conversão de um estado dependente por uma maior independência, a substituição de uma identidade concedida ou assinada por terceiros por outra individual, a iniciação ou reforço de relações com uma série de pessoas alheias ao círculo familiar, o desenvolvimento de uma identidade sexual dotada de significado, a capacidade de assumir os característicos femininos ou masculinos adequados, a força moral para relegar sucessos imediatos com vistas a metas somente alcançáveis a longo prazo, enfim, a vontade de procurar e descobrir o sentido da existência³.

É evidente que essas posições não podem ser assumidas de um dia para outro. O caminho para a independência, o aprimoramento da personalidade, a fixação na comunidade como cidadão atuante, podem demorar mais ou menos, pode até ser doloroso para alguns, implicando, por vezes, atos de rebeldia e inconformação. O desenvolvimento de uma identidade coerente com o próprio talento, capacidade, sonhos e esperanças, requer tempo e trabalho árduo e as experiências podem redundar em repetidos fracassos. A tolerância às frustrações, a paciência e a perseverança para atingir as metas desejadas, são conseguidas aos poucos. E tudo isto é tarefa difícil, que mesmo muitos adultos nunca lograram conseguir.

Por outro lado, a orientação dos pais ou responsáveis geralmente não é levada em consideração pelos jovens nessa

3. JOHN H. McGRATH e FRANK R. SCARPITTI, *La adocion a las drogas en la juventud actual*, versão do original inglês "Youth and Drugs" por Ines Pardal, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1973, ps. 118/119.

fase, entendendo muitos que já atingiram um estágio superior aos familiares, pelo que preferem procurar apoio, conselhos ou afeto fora desse círculo.

Realmente, os jovens aprendem, hoje, muito mais a respeito da vida, e sua faixa de experiências é maior e mais variada do que aprenderam e experimentaram os hoje adultos ou mais idosos. Os programas escolares de todos os graus são continuamente, ampliados e atualizados, de acordo com as idéias, descobertas e técnicas modernas. Ainda quanto às crianças e adolescentes, o papel tão comum há algumas décadas, dos pais ajudarem nas lições dos filhos, inverteu-se, pois, na grande maioria dos casos, são estes que levam para casa os novos conhecimentos. Além disso, a chamada educação paralela, adquirida por via dos inúmeros veículos de comunicação, que atingem todas as camadas com a maior rapidez, e a ampla autonomia concedida aos jovens, propiciando-lhes escolhas e decisões próprias e vida social mais intensa, trouxe-lhes a possibilidade de obter uma quantidade imensa de informações e conhecimentos, em alguns casos maior do que a recebida nos cursos regulares. Mas não podemos esquecer que lhes falta a objetividade decorrente da experiência do próprio viver, que ainda não tiveram tempo para adquirir.

Nessas condições, por excesso de confiança, por falta de orientação adequada, por dificuldades familiares ou econômico-sociais, por deficiências da saúde física ou mental, pelas dificuldades naturais de início de carreira, pelo desejo de sucesso imediato, muitos jovens adultos são levados à vadiagem, ao abandono do lar, ao alcoolismo, ao uso de narcóticos, às infrações de trânsito, à delinquência sexual, aos delitos contra a propriedade ou contra a pessoa, etc.

SABATER⁴ afirma que a vadiagem, fomentada pelo desejo de aventuras, é bastante freqüente entre os jovens adultos, conduzindo à delinquência quando se torna crônica. Para

4. *Ob. cit.*, ps. 119 e segts.

subsistir, o jovem se entrega, às vezes, à homossexualidade, e a jovem à prostituição. É conseqüência também da corrente migratória da zona rural ou de lugares carentes para as grandes cidades.

O abandono do lar pode encontrar motivos nos conflitos familiares ou de trabalho, nas contrariedades amorosas, no fracasso na escola, na inconformação com as dificuldades ou insucessos, levando muitos jovens à delinqüência, principalmente aos furtos e roubos.

O alcoolismo também vem aumentando bastante entre os jovens. O costume da bebida, bem aceito socialmente, pode levar à imoderação, ao vício, propiciando a prática de delitos como rixas, lesões corporais ou mortes por acidentes com carros, etc.

O uso de narcóticos é outro problema que alcança sérias proporções em muitos países, como Estados Unidos, Alemanha, Itália e França, onde assistentes sociais e educadores estimam que o número de jovens viciados vem aumentando continuamente. A investida dos grandes traficantes, por via de seus intermediários tem visado, especialmente, os adolescentes e jovens adultos, entre 14 e 26 anos, com destaque para os estudantes, não fazendo diferença entre sexo, condição social ou possibilidades econômicas, pois seu único interesse é que sejam jovens, ávidos de novidades, desejosos de provar sua autonomia, sequiosos de sensações ainda não experimentadas, que possam facilmente passar do uso das drogas fracas para as chamadas “pesadas”, como a cocaína ou heroína.

Teóricos especializados na análise dos desvios que ocorrem na sociedade norte-americana assinalam como fator principal a grande importância que se concede a elementos como posição social e riqueza, transformados em verdadeira obsessão de triunfo material, meta que a sociedade procura incutir principalmente nos jovens. Por outro lado, os meios socialmente aceitáveis para obtenção do sucesso, como por

exemplo a educação e as oportunidades de bons empregos, se acham distribuídos de modo desigual entre a população. A desigualdade econômica e cultural, além da discriminação, coloca os grupos menos favorecidos e determinadas minorias étnicas em situação desvantajosa para competir com os demais. Muitos jovens, encontrando essas dificuldades, entendendo que as portas de entrada para obtenção do triunfo legítimo lhes serão fechadas ou que suas possibilidades de êxito são muito precárias, comparadas as dos grupos mais favorecidos, tornam-se nitidamente conscientes da situação de irreconciliabilidade entre o que desejam obter e as probabilidades reais de que dispõem, o que lhes traz frustrações e tensões, que propiciariam a prática de atos delituosos, principalmente com a ajuda ou sob a influência de drogas, que funcionariam como alívio. Neste sentido, as teorias de ALBERT K. COHEN, dos “canais de oportunidade”, e de R. K. MERTON. Muitos jovens viciados, entretanto, provêm de famílias de posses e boa posição social, onde encontram todas as oportunidades negadas a tantos outros. Este tipo não parece ajustar-se a nenhuma das explicações propostas até o momento, requerendo novas, baseadas em investigações diversas. Talvez seja somente a tentação de provar algo diferente; talvez a facilidade que encontram em obter tudo o que desejam, lhes subtraia a satisfação da conquista por si mesmos; talvez a chamada “explosão de identidade”, que se produz durante a adolescência, ou a sugestão e insistência do grupo que freqüentam, ou ainda o impulso poderoso que os leva a tentar descobrir e transcender os limites da sensibilidade e das possibilidades de reação individual⁵.

As infrações de trânsito, ou os delitos relacionados ao automóvel, são também muito freqüentes entre os jovens. A ânsia da velocidade, a demonstração de ser perito no volante, conduz tantas vezes, por imprudência ou negligência, aos

5. DON G. GIBBONS, *Delincuentes juveniles y criminales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, ps. 58/59; TULLIO BANDINI e UBERTO GATTI, ob. cit., ps. 77/78; McGRATH e SCARPITTI, ob. cit., ps. 68/69.

acidentes, aumentando cada vez mais o número de vítimas de lesões corporais ou a cifra de mortes.

Os delitos contra a propriedade tem ocupado lugar preponderante nas estatísticas criminais dos jovens adultos na grande maioria dos países, com taxas variando entre 70 a 90%. São geralmente furtos de pequeno valor, nos grandes departamentos, lojas, clubes e praias, geralmente executados em grupos. Mas a facilidade e o sucesso desses empreendimentos podem levar os jovens a desejarem objetos mais valiosos. Destaca-se, aqui, o furto de automóveis, assinalado como um dos mais característicos da juventude atual. Realizado com a finalidade de facilitar a prática de outro delito, ou para o transporte de coisas roubadas, pode também ser cometido apenas pelo gosto de impressionar os amigos ou valorizar a pessoa do autor. As estatísticas mostram que a maior parte dos autores desse tipo de delito são jovens de 17 a 20 anos que, em grande proporção, reincidem.

PINATEL, no entanto, estima que, na França, os delitos contra a propriedade são mais freqüentemente cometidos por jovens até 18 anos, enquanto os jovens adultos tenderiam mais para os crimes violentos. WEST relata que, também na Inglaterra, os delitos contra a propriedade são cometidos por indivíduos mais jovens, enquanto a taxa de crimes violentos aumenta na faixa dos adultos e jovens adultos. PONTI, todavia, mostra que, apesar da quase uniformidade desses levantamentos, não só o homicídio e a violência carnal, mas também o furto, são mais freqüentes entre os jovens de 18 a 21 anos⁶.

Os delitos contra a pessoa já ocuparam o segundo lugar, quanto aos jovens adultos, na Argentina, França, Yugoslavia e Inglaterra. Modernamente, mostram tendência para aumentar entre os jovens até 30 anos.

6. J. PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Lib. Dalloz, Paris, 1970, tomo III, p. 52; D. J. West, "The Young Offender", Penguin Books, London, 1957, p. 64; G. PONTI, *Programa di Criminologia*, Libr. Cortina, Milão, 1972, p. 103.

A delinqüência sexual, relacionada ou não a furtos de veículos e organização de bandos, é outro tipo que apresenta altas taxas, explicada por muitos pela crise de valores morais da sociedade atual. As pesquisas mostram que sua prática atinge maior porcentagem entre os jovens de 16 a 18 anos, diminuindo sensivelmente depois.

III. Competência para julgamento.

Considerados como imputáveis pela legislação penal moderna, os jovens adultos são normalmente julgados pela jurisdição ordinária. Os Códigos em geral fixam atenuantes ou penas reduzidas a seu favor.

Doutrinariamente, porém, o problema tem sido discutido e, pelo menos, três tipos de tribunais propostos para julgar e resolver todas as questões relacionadas aos jovens adultos delinqüentes. Assim é que SABATER fala em tribunais especiais, tribunais de menores e tribunais ordinários modificados.

a) *tribunais especiais.*

Os partidários da criação da jurisdição especial apoiam-se na necessidade de que a mesma não seja nem excessivamente repressiva e retributiva, como geralmente ocorre na jurisdição ordinária, nem extremadamente paternalista como sucede nos tribunais de menores. Esta jurisdição especial, colocada como uma terceira via, estaria mais de acordo com a faixa desses jovens, que constituem, sem dúvida, categoria intermédia e distinta dos adultos e dos menores, considerados em sentido estrito.

Contra seu estabelecimento, levantam-se dificuldades de ordem econômica e orgânica: seria motivo para o surgimento de outras jurisdições especiais, para adultos de 25 a 35 anos, para mulheres, etc.; atentaria contra a unidade jurisdicional, com toda a seqüela de prejuízos para a boa administração da justiça; e esses tribunais demandariam a manutenção de pessoal especializado que pudesse assessorar o juiz, o que reduziria o campo de sua atuação.

A seu favor, apresenta-se a experiência americana, pois alguns Estados mantêm, há muito, tribunais desse tipo, com bons resultados, sendo o mais antigo o “Chicago Boy’s Court”, estabelecido em 1914.

b) *tribunais de menores.*

O argumento a favor da extensão da competência da jurisdição de menores aos jovens adultos é no sentido de que, ainda que estes formem uma categoria distinta, estão mais perto daquela faixa do que dos adultos. Além do mais, o sentido reeducativo e ressocializador da jurisdição dos menores tem influído decisivamente e continua a servir de modelo aos sistemas penais dos delinqüentes adultos, sendo, portanto, muito mais vantajoso e racional que se aplique aos jovens. Ocorre, ainda, que muitos jovens delinqüentes já são conhecidos por esses tribunais, já estiveram a eles submetidos por infrações, desajustamentos ou carências, tornando mais fácil o estudo ou reexame dos casos para imposição de medidas mais convenientes. A principal razão, entretanto, seria livrá-los da imposição de uma pena, geralmente privativa da liberdade que, mesmo leve, os marcará para sempre, eximindo-os também de serem tidos como reincidentes, como a consequente imposição de sanções mais graves, na eventual prática de nova infração, mesmo sem maior relevo.

Objeta-se contra a proposta que a extensão da competência dos tribunais de menores provocaria uma dispersão jurisdicional, da mesma forma que a criação dos tribunais especiais. Mas, na verdade, as infrações dos jovens adultos são geralmente cometidas com a ajuda de companheiros da mesma idade ou com o concurso de menores, dificilmente se aliando a adultos.

O fato dos tribunais de menores estarem hoje, em todos os países, sobrecarregados dado o substancial aumento de menores desajustados e carentes, não deveria também representar empecilho, pois a criação de seções especiais e a contratação de pessoal competente representaria sempre um importe

menor em gastos e trabalho, por existir a organização básica, do que a organização de tribunais especiais ou o aumento do número de varas, tribunais e juizes das jurisdições ordinárias.

Na República Federal Alemã os jovens adultos podem ser julgados por tribunais de menores. Lei de 1953 dispôs que estes, juntamente com os tribunais ordinários, são competentes para conhecer dos atos delituosos cometidos por adultos em que aparecem comprometidos, ou em perigo, adolescentes ou jovens adultos, assim como infrações de regulamentos relativos à proteção e educação de menores praticadas por adultos; por outro lado, a lei torna extensiva a aplicação das disposições para menores aos delinquentes de 18 a 21 anos, quando seu desenvolvimento mental ou moral ao tempo do delito possa ser comparado ao de um menor, ou as circunstâncias ou motivos demonstrem que se trata de um ato de perversidade juvenil. E quando julgados pela jurisdição comum, o presidente do tribunal deve ser assistido por dois juizes de fato, um homem e uma mulher, devidamente qualificados e com experiência em educação de menores. Na Suécia, os tribunais ordinários harmonizam-se com os conselhos municipais de proteção aos menores e são compostos de juristas e juizes de fato, com experiência no cuidado e educação da juventude. Em Portugal, os tribunais tutelares têm jurisdição sobre os menores até 16 anos; mas podem, também, decretar medidas aos que, contando mais de 16 anos, se mostrem gravemente inadaptados à disciplina da família, do trabalho ou do estabelecimento de educação e assistência em que estejam internados.

Nos Estados Unidos, pelo menos em 33 Estados, os menores até 17 anos estão submetidos à jurisdição das “Juvenile Courts”; em 37 Estados, o infrator que comete a ofensa enquanto menor, se apreendido depois de atingir a maioridade, deve ainda ser encaminhado à “Juvenile Court”, enquanto nos demais Estados é a idade à data da detenção, e não à data

da infração, que controla a classificação do infrator e, portanto, a competência dos tribunais. Alguns Estados permitem a prorrogação da competência dos tribunais de menores até que o infrator atinja 21 anos, como ocorre na Califórnia; outros, até 20 anos, de que é exemplo Nebraska; e ainda outros até 18 anos, como sucede nos Estados de Michigan, New York e Vermont. É preciso dizer, no entanto, que em alguns Estados, como Alabama, Califórnia, Connecticut e Michigan, os menores a partir dos 16 anos enfrentam a possibilidade de julgamento tanto por uma como por outra jurisdição, conforme revelem ou não um estado de delinqüência habitual e pratiquem infrações de maior ou menor gravidade. Ocorre, ainda, que os tribunais comuns são competentes para o julgamento de jovens nas regiões ou locais onde não existam as jurisdições especializadas, sendo comum na zona rural⁷.

c) *tribunais ordinários.*

A tese dominante entre os especialistas é a da competência da jurisdição ordinária para o julgamento dos jovens adultos, mas por meio de seções especiais integradas na organização judiciária. Apresenta a vantagem da especialização tão reclamada, evitando, de outra parte, as dificuldades com a criação de uma terceira jurisdição.

Esta solução foi recomendada pelo V Congresso da Associação Internacional de Magistrados, em 1958, referindo-se a uma “câmara especial para jovens adultos” Na Finlândia, o modelo vem sendo implantado nas grandes cidades; na Bélgica, lei de 1965 criou em cada tribunal de primeira instância uma seção denominada “tribunal da juventude”, compreendendo uma ou várias câmaras; e na Jugoslavia, embora a competência seja dos tribunais ordinários, os casos dos jovens

7. A. SABATER TOMÁS, *ob. cit.*, ps. 142 e sgts.; ANA VALDEREZ A.N. ALENCAR, *O menor delinqüente nos Estados Unidos*, in *Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília*, n. 47, Julho/Setembro/1975, ps. 270/272.

adultos são examinados e julgados somente por juizes especialmente experimentados no trato com delinquentes juvenis.

Experiências novas têm surgido, como a intentada na Flórida, Estados Unidos, com a aceitação nos tribunais municipais de jurados com idade inferior a 20 anos para o julgamento de jovens. O efeito psicológico é profundo e os acusados aceitam melhor as decisões ao verificarem que as circunstâncias e a gravidade do delito são analisadas por seus “iguais”, observando-se, ainda, considerável decréscimo da taxa de delinqüência.

IV. Tratamento.

a) *histórico.*

Durante muito tempo não houve qualquer preocupação com o tratamento dos delinquentes, quer adultos, quer menores. O cárcere, antecedente remoto da prisão, servia apenas como depósito de acusados e condenados, que aí permaneciam em condições desumanas à espera da condenação ou execução.

Mesmo durante o período intermédio, a noção da pena privativa da liberdade, como hoje a conhecemos, permanece sepultada na ignorância, existindo tão somente com o caráter preventivo, sendo os réus submetidos nos cárceres a castigos corporais e ao total arbítrio dos detentores do poder. Não importava a pessoa do acusado, sua sorte ou a forma como eram encarcerados. Praticamente empilhados em infectos calabouços, permaneciam juntos delinquentes de toda classe, loucos, mulheres, anciões, adultos e menores, na mais completa violação à dignidade humana.

A partir do século XVI, ao lado das formas de prisão empregadas, como as galés e os presídios arsenais e militares, desenvolveu-se, paulatinamente, o movimento com vistas à construção de estabelecimentos correcionais, que adquire

maior importância a partir da segunda metade do mesmo século, sendo os primeiros institutos instalados em Londres e Amsterdam, visando a emenda dos condenados pelo trabalho e assistência religiosa, criando-se nesta última cidade, em 1600, uma seção especial para menores incorrigíveis, para ali enviados pelos próprios pais para instrução e assistência religiosa.

Na segunda metade do século XVII, surge obra de grande valor em Florença, o Hospício de San Felipe Neri, criado pelo sacerdote italiano Filippo Franci, destinado à correção de meninos vagabundos, embora fossem também recebidos jovens de vida dissoluta. Aplicava-se rigoroso confinamento individual em celas, trabalho, assistência moral e religiosa. E no século XVIII, destaca-se a iniciativa do Papa Clemente XI, fazendo construir o Hospício de São Miguel, em Roma, destinado aos criminosos jovens, sob a forma de casa de correção, e aos órfãos e anciões inválidos, como asilo. Os jovens permaneciam isolados em celas à noite e trabalhavam em comum durante o dia, sob a regra do silêncio. Aprendiam um ofício e recebiam instrução elementar e religiosa. O regime disciplinar era severo.

A pregação humanitária de JOHN HOWARD e CESARE BECCARIA e as idéias renovadoras trazidas pela Revolução Francesa na segunda metade do século XVIII, e a contribuição notável de JEREMIAS BENTHAM, estabelecendo princípios penitenciários básicos em suas obras do começo do século XIX, constituíram bases sólidas para reformulação e aperfeiçoamento das incipientes concepções existentes quanto à correção dos delinquentes, no sentido da criação de um sistema penitenciário, idéias que chegaram até à América do Norte, fixando-se em linhas definidas, constitutivas de sistemas que se tornaram famosos, influenciando, posteriormente, na legislação da maioria dos países: primeiramente, o denominado sistema celular, pensilvânico ou de Filadélfia; em seguida, a corrente que se opôs a este, constituindo o sistema de Auburn, aubur-

niano ou “silent system”; e mais tarde, a harmonização dos pontos característicos de ambos, com o acolhimento do sistema progressivo, já posto em prática na Inglaterra e que acabou sendo aceito pela doutrina e pelas legislações modernas.

Com base no sistema progressivo surgiram nos Estados Unidos os reformatórios, que viriam a alcançar grande renome. O Congresso de Cincinnati, de 1870, havia proclamado que o fim da pena era a reforma dos delinquentes e que as penas fixas deveriam ser substituídas por outras, cuja duração ficasse na dependência dos resultados do tratamento empregado e dos esforços do condenado. Estas conclusões determinaram a criação do primeiro reformatório, o de Elmira, no Estado de New York, em funcionamento a partir de 1876, com a finalidade de reforma dos jovens delinquentes, que veio a servir de modelo para os demais Estados americanos, além de outros países.

Realmente, os reformatórios recebiam apenas jovens delinquentes entre 16 e 30 anos, primários, condenados a penas relativamente indeterminadas, isto é, com a fixação de um mínimo e de um máximo. Realizada uma classificação inicial, era aplicado o sistema das marcas ou vales, idealizado por Alexander Maconochie para os deportados ingleses para a Austrália, ou seja: as marcas ou vales eram concedidos diariamente, pelo trabalho, boa conduta e aproveitamento geral, deduzindo-se os relativos à manutenção do interno e às faltas que praticasse. Ao obter determinado número de vales, poderia ser colocado em liberdade condicional. Impunha-se disciplina rígida. O aprendizado de um ofício era obrigatório, assim como os exercícios do tipo militar. Ao sair, o reeducando recebia um pecúlio para as primeiras necessidades.

Tal sistema recebeu a melhor crítica, e a aspiração reformadora que inspirou a sua criação, no sentido de separar delinquentes jovens do contato corruptor dos adultos, reincidentes e profissionais, buscando emendá-los especialmente pelo trabalho e disciplina, foi acolhida com entusiasmo, se-

gundo CALON, segundo esses institutos visitados por penalistas de numerosos países, concorrendo para a construção de estabelecimentos idênticos na Europa.

A partir de 1920, todavia, o movimento em prol de novos reformatórios declinou, verificando-se que o sistema era muito severo, só podia ser aplicado a uma pequena faixa de delinquentes, funcionava como prisão de segurança máxima onde, na realidade, não se podia obter a reforma dos internados. O ambiente sórdido desses institutos, afirma NEUMAN, tornava os jovens deprimidos. O pessoal, geralmente insuficiente, apresentava-se mal preparado. Os castigos iam, às vezes, à crueldade, tudo a demonstrar que o reformatório de Elmira e os demais nascidos sob seu influxo não passavam de prisões comuns, sendo esta a causa principal do seu fracasso. SUTHERLAND é da mesma opinião, ao dizer que, com exceções temporárias relativas a certas normas de ação, tais instituições foram, durante mais de meio século da sua história, principalmente prisões.

Apesar de haver destacado dois elementos de grande importância, a finalidade reformadora do tratamento e a sentença indeterminada, na verdade e paulatinamente passara a não existir qualquer diferença entre os reformatórios e as prisões comuns, recebendo ambos delinquentes adultos e jovens, condenados a qualquer pena⁸

b) *O moderno tratamento institucional.*

Modernamente, a doutrina e as legislações penais demonstram grande interesse pelo jovem adulto delincente,

8. EUGENIO C. CALON, *La moderna Penologia*, Bosch C. Edit., Barcelona, 1958, tomo I, ps. 324 e sgts.; ELIAS NEUMAN, *Evolución de la pena privativa de libertad e regimenes penitenciários*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, ps. 143 e sgts.; EDWIN SUTHERLAND, *Principios de Criminologia*, trad. de Asdrubal Mendes Gonçalves, Liv. Martins Editora, S. Paulo, 1949, p. 473; HENNY GOULART, *Penologia I*, Edit. Brasileira de Direito Ltda., S. Paulo, 1974, ps. 51 e segs.

fixando posições e disposições especiais a seu respeito, como as circunstâncias atenuantes, o perdão judicial, aplicando mais amplamente o “sursis”, a “probation”, a multa, o tratamento médico; criando centros ou instituições especiais para sua re-educação, por via do trabalho, estudo, profissionalização e assistência de toda a ordem, quando devam permanecer algum tempo segregados; e promovendo sua integração, o mais depressa possível, aos regimes de semi-liberdade, como a prisão-albergue, a prisão de fim de semana, a prisão aberta, o trabalho obrigatório em liberdade, impondo condições mais suaves à obtenção do livramento condicional, tudo fazendo para que possam voltar logo à comunidade e aí reintegrar-se harmoniosamente, sem reincidência.

Realmente, a falência da pena privativa da liberdade é ponto pacífico na moderna Penologia, pois durante séculos de aplicação não serviu ao condenado nem à sociedade, como provam os altos índices de criminalidade, com destaque para a reincidência, tornando difícil a reinserção do egresso e prejudicando, tantas vezes, a unidade da sua família. Mas continua sendo aplicada porque tranqüiliza a sociedade, pelo menos durante o período de afastamento do infrator. Justificada, atualmente, apenas quanto aos delinqüentes que apresentem acentuada periculosidade, a sua substituição por outras medidas, nos demais casos, vem sendo, há muito, requerida com insistência pelos juristas e congressos.

Com relação aos jovens adultos, essa argumentação adquire novas cores, servindo o período de encarceramento, ainda que de curta duração, para contaminá-los, pervertê-los e ensinar-lhes novas técnicas delituosas no contato com criminosos endurecidos e experientes. Assim, quando absolutamente necessário o seu afastamento social, em razão de periculosidade, reincidência ou psicopatias, torna-se imprescindível a existência de um sistema próprio, de institutos especiais e de tratamento adequado à sua idade e condições físico-psíquicas.

Na França, os jovens adultos, quando condenados a penas de curta duração podem obter o “sursis” em regime de prova ou ser internados em centros especiais de detenção, onde se lhes procura dar formação profissional acelerada, sendo exemplos os centros de Ecroves e Bordeaux. Se a condenação é de média duração, entre um e três anos, ou maior, acima de três anos, ou tratando-se de reincidentes, os jovens adultos são integrados no regime progressivo abrandado, podendo ser tratados, desde logo, em meio aberto ou semi-aberto, ou ainda em prisões-escolas, existentes desde 1947, autônomas ou em pavilhões especiais de outros estabelecimentos, como ocorre em Rennes. Os destinados à prisão-aberta passam, primeiramente, por uma prolongada fase de observação.

O tratamento tem incluído instrução geral, formação profissional e social, havendo, ainda, cursos de nível superior, por meio de aparelhamento moderno, comprovado como está que a maioria dos jovens adultos delinquentes, principalmente os que reincidem, foram maus alunos, apresentando escolaridade insuficiente e episódica, com resultados insignificantes, enquanto cerca de 90% não tem ainda qualquer qualificação profissional. Procura-se encaminhá-los para especialidades rendosas e procuradas no mercado de trabalho, como as de construções e indústria automobilística.

Nos Estados Unidos existem as “Detention Homes”, destinadas a evitar o internamento em prisões dos jovens que aguardam o momento de comparecer ao tribunal. A aplicação da pena indeterminada aos menores de 21 anos faz-se em casos excepcionais, como a lei dos criminosos sexuais de New York, de 1951, e em leis de alguns outros Estados. Mas quando aplicada, há comissões especiais encarregadas do tratamento e correção dos jovens adultos. E a imposição da “probation” conduz à supervisão e assistência de toda a ordem.

Na Bélgica, os jovens delinquentes vão para as prisões-escolas quando necessária a internação. São também estabelecimentos especiais, com toda a montagem adequada, como

são exemplos os institutos de Marneff e Hoogstraten, nos quais a formação profissional constitui a maior preocupação, havendo, ainda, os do tipo agrícola, como os de Saint-Hubert e Ruiselede, destinados aos ocasionais. Na Holanda, há os já famosos institutos denominados “corredores”, destinados à habilitação intensa e aprofundada dos jovens delinquentes, por via do trabalho, formação sócio-cultural e esportes, tidos como “passagem” para uma vida comunitária mais correta e proveitosa.

O que chama mais atenção, entretanto, é o sistema “Borstal” da Inglaterra, verdadeira organização, distinta do sistema de prisões para adultos, que se ocupa especialmente dos jovens adultos delinquentes. Seu aparecimento foi consequência das reformas empreendidas no regime penitenciário daquele país, após a apresentação do relatório da comissão departamental de prisões, presidida por HERBERT GLADSTONE, em 1895, no qual se demonstrava que a detenção e o castigo não haviam diminuído a reincidência, não servindo para a intimidação e reforma dos delinquentes, chamando, principalmente, a atenção para os jovens adultos, que deveriam merecer um tratamento racional por serem, na maioria, infratores incipientes, a fim de evitar se tornassem habituais; por outro lado, Sir Evelyn Ruggles-Brise, nomeado diretor das prisões inglesas na mesma época, visitou em 1897, com propósitos reformadores, os institutos americanos para jovens, entusiasmando-se com o sistema ali desenvolvido, de ensinamento moral e profissional, além da supervisão do liberado condicional.

Regressando à Inglaterra, Ruggles-Brise ensaiou um novo sistema em um dos pavilhões da prisão Borstal, em Kent, que viria a ser o núcleo inicial da “Formação Borstal”, consolidado legalmente em 1908 pelo “Prevention of Crime Act”, facultando-se às autoridades judiciais a inclusão nesses institutos de jovens entre 16 e 21 anos, que houvessem cometido delitos cuja pena fosse a prisão.

A internação em um “Borstal” representou, desde o início, uma possibilidade de melhor individualização judicial da pena. E o regime sempre compreendeu duas fases igualmente necessárias: um período de internação, determinado pelos resultados alcançados, com o emprego da pena relativamente indeterminada, fixando-se limites mínimo e máximo; e um período de liberdade supervisionada. O estudo e classificação do jovem é imprescindível para que seja indicado o instituto “Borstal” mais conveniente; e o primeiro desses centros classificatórios especiais, que só atendem a esse regime, foi instalado em 1923. A partir de 1930 passaram a ser criados os institutos “Borstal” abertos.

As normas jurídicas fundamentais que regem, na atualidade, o regime em questão, estão contidas no “Criminal Justice Act” de 1948. O período de internamento não excede a três anos, nem é inferior a nove meses, e é seguido de uma etapa de liberdade supervisionada até completar quatro anos. Divide-se, assim, o período de correção e tratamento em uma etapa institucional e outra pós-institucional, sendo os mínimos e máximos de cada etapa adequados a cada caso.

A formação “Borstal”, tal como existe hoje, diz GARCIA BASALO, é definida como um sistema de formação educativa em estabelecimentos distintos, que não são considerados prisões. Compreende instituições para rapazes e moças, para delinquentes normais, ou deficientes, modalidades de maior ou menor segurança, rurais e urbanas, podendo, inclusive, ser integradas por jovens que hajam fugido de outros institutos, por exemplo, das chamadas “escolas aprovadas”, destinadas a menores de 17 anos. Mesmo o jovem reincidente, conforme sua classificação, pode receber uma reeducação corretiva, a “corrective training”. E a comissão de recepção pode mesmo classificar na categoria “star”, que é a melhor, um detido de 21 anos ou mais, já condenado anteriormente, se ficar estabelecido, em razão da natureza do delito ou da antiguidade da infração anterior, que não haverá risco de exercer ele má

influência sobre os companheiros, dando-lhe oportunidade de permanecer em prisão aberta.

O exame de personalidade é realizado por uma equipe de especialistas e compreende os aspectos médico, psicológico, social, profissional e educativo, a fim de que o jovem seja destinado à instituição Borstal mais conveniente a uma formação apropriada às suas possibilidades. E o instituto escolhido procura assegurar a cada caso um tratamento individualizado. Alguns institutos são instalados em casas para até 50 jovens, a cargo de um ou dois chefes (house-master), incluindo uma senhora, cujas tarefas são comparáveis a de uma boa mãe de família, que vigia a higiene em geral e é, ao mesmo tempo, conselheira e confidente dos jovens. Além dos períodos de trabalho e tratamento, são organizadas atividades de grupo. O ensino pode ser ministrado na própria instituição ou, em caráter excepcional, nas escolas da comunidade⁹.

c) *O tratamento em liberdade.*

A política dos substitutivos penais, isto é, das medidas capazes de substituir, vantajosamente, o emprego contínuo das sanções privativas da liberdade, é preconizada hoje para todos os infratores aos quais não se apresente como imprescindível o internamento de segurança. As fórmulas de tratamento em liberdade, como a suspensão condicional da pena ou da condenação, com regime de prova, o trabalho obrigatório, as medidas restritivas de direitos, a reparação simbólica, a indenização da vítima, o tratamento médico; ou as medidas

9. GEORGES LEVASSEUR, *El tratamiento em medio libre y en la probation*, Rev. Estudios Penitenciários, n. 191 Out./Dez. 1970, ps. 1.111/1.126; ANTONIO ALBANESE, *Instituto Holandes Il Corridor*, Rassegna di Studi Penitenziari, fasc. III, Maio/Junho/1972, ps. 449 e sgts.; PIERRE CANNAT, *La prison école*, Lib. Recueil Sirey, 1955; J. CARLOS GARCIA BASALO, *La Formacion Borstal*, Rev. de la Escuela de Estudios Penitenciaros, n. 152, Maio/Junho/1961, ps. 2996 e segts.; LIONEL FOX, *Os estabelecimentos abertos no sistema penitenciário inglês*, trad. e notas de Alpino Silveira, Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 2, Julho/Setembro/1963, ps. 83 e sgts.

restritivas da liberdade, como a prisão-albergue ou domiciliar e os confinamentos de fins de semana, visam eliminar os malefícios do presídio clássico e obter mais rapidamente a reinserção social do delinqüente, como foi manifestado, além de outros, no II Colóquio da Fundação Internacional Penal e Penitenciária, celebrado em Ulm, na Alemanha, em 1967.

Dessa forma e para que essa política possa ser efetivada, é imperativo a inserção nas legislações positivas do maior número possível de substitutivos, a fim de que o juiz possa contar com melhores e mais variados recursos e realizar uma eficaz individualização. Esta tem se desenvolvido principalmente na fase executória, ficando relegada a que o magistrado pode realizar durante o processo e a que o legislador deve efetuar, incorporando aos textos legais a mais ampla gama de medidas suscetíveis de aplicação às diversas categorias de delinqüentes.

Com relação aos jovens adultos, principalmente os primários e que não apresentem periculosidade, o emprego dos substitutivos penais é da maior importância, livrando-os da contaminação das prisões, das celas coletivas, dos ataques sexuais e da ociosidade. Estão eles em estado de definitiva estruturação físico-psíquica e um tratamento bem feito, por pessoal especializado e em institutos separados, mediante o prévio exame de personalidade, quando necessário o internamento, ou em liberdade, mediante supervisão e assistência, será sempre básico para que se tornem cidadãos realmente integrados e úteis à comunidade.

d) *Tutela e assistência pós-penitenciária.*

Cumprindo pena privativa da liberdade, ou mesmo beneficiado por uma medida substitutiva, é essencialmente necessário que o jovem adulto delinqüente possa contar com adequada tutela e assistência posterior. Os chamados “patronatos” que já não são, como antigamente, simples instituições

de beneficência, pois, seu alcance social ultrapassa de muito os limites restritos da iniciativa particular, representam extraordinário elemento para a completa reeducação social de condenados e liberados e eficaz meio de combate à reincidência.

O assistente social especializado pode realizar trabalho de relevo, principalmente junto aos jovens, ajudando-os com os seus problemas pessoais e familiares, fiscalizando amigavelmente o seu desempenho no trabalho ou nos estudos, supervisionando a continuidade do seu tratamento médico; ou ajudando o pré-liberto a obter emprego, documentação, alojamento, etc. que lhe sirvam de base para o início de nova vida.

Modernamente, a utilidade social dessas instituições é relevante, sendo incalculável a extensão dos seus benefícios nos países que, sob forma oficial ou particular fiscalizada, souberam dar-lhes a merecida atenção, como na Bélgica, Canadá, Dinamarca, Inglaterra, França, Itália, Estados Unidos e outros.

Alguns países mantêm ainda “Centros de Assistência” para jovens até 21 anos, onde ajuda de todo tipo lhes é fornecida, exigindo-se disciplina, trabalho, emprego adequado dos momentos livres, pontualidade, ordem e asseio. Previsto como forma de tratamento no “Criminal Justice Act”, de 1948, vem apresentando bons resultados na Inglaterra. E nos Estados Unidos foram estabelecidos programas de assistência para jovens infratores cujas faltas não justifiquem o internamento em escola de reeducação ou a suspensão da condenação pela “probation” O sistema, denominado “Highfields” acolhe jovens selecionados pelos tribunais ali enviados como condição preliminar de um regime de prova, por período de, no máximo, quatro meses, durante o qual se ocupam em tarefas agrícolas e outras. Os “Highfields” não são considerados prisões, mas internamentos de caráter social, que permitem até saídas diárias para trabalho fora, ou nos fins de semana,

com ou sem vigilância. Muitos jovens obtêm visto de saída por vários dias para visitas familiares.¹⁰

V. A legislação penal brasileira e os jovens adultos.

O Código Penal de 1940, ainda em vigor, estabeleceu em seu artigo 23, que os menores de 18 anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Mas não fixou a categoria dos jovens adultos delinquentes, a partir dessa idade. São, portanto, tidos como imputáveis, sujeitos às penas e medidas trazidas pelo Código e julgados pela jurisdição comum.

Não se pode dizer, todavia, que o legislador de 1940 não se preocupou absolutamente com os jovens entre 18 e 21 anos. Assim é que lhes foi deferida a possibilidade de suspensão condicional da pena não superior a dois anos, ainda que de reclusão (art. 30, § 3.º); foi fixado especialmente como circunstância atenuante o fato do agente contar menos de 21 anos (art. 48, I); e os prazos da prescrição foram reduzidos de metade quando o infrator, ao tempo do crime, fosse menor de 21 anos (art. 115).

O Código Penal de 1969, com as alterações da Lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, além de manter quanto aos jovens entre 18 e 21 anos, as disposições vigentes quanto à imputabilidade (art. 33), atenuante (art. 58, I) e prescrição (art. 113), trouxe mais algumas específicas: quanto aos estabelecimentos penais, o art. 37, § 5.º, dispôs que os menores de 21 anos cumpram pena em local inteiramente separado do destinado aos adultos, ou em seção especial do mesmo estabelecimento; e tratando do livramento condicional, estabeleceu que o prazo de cumprimento da pena pode ser reduzido a um terço se o condenado for primário e menor de 21 anos ao tempo do fato, conforme art. 74, § único.

10. ALEJANDRO ZALAUETT PEILLARD e JUAN PEDRO SANTA MARIA PEREZ, *Criminología del menor delincuente*, Edit. Andres Bello, Santiago do Chile, 1972, ps. 90/91.

Por outro lado, o Código de 1969 alargou o âmbito da suspensão condicional da pena, embora, infelizmente, sem estabelecer a obrigatoriedade da fiscalização e sem impor a necessária assistência; dispôs que o liberado condicional fica sob a observação cautelar e proteção de patronato oficial ou particular, dirigido aquele e inspecionado este pelo Conselho Penitenciário, ou sob observação cautelar de serviço social penitenciário ou órgão similar; acolheu a prisão-albergue; e trouxe a possibilidade de ingresso direto em prisão-aberta, substituição da pena privativa da liberdade pela internação destinada a tratamento, além do estabelecimento do trabalho obrigatório para facilitar o pagamento da multa, disposições essas de grande valor especialmente quando relacionadas aos jovens adultos.

Na prática penitenciária atual, entretanto, não contamos, ainda, com institutos próprios ou tratamentos especializados para os jovens adultos delinquentes. A superlotação da maioria dos nossos presídios, agravada continuamente com o crescente índice de criminalidade, e a inadequação das nossas instituições carcerárias para impor aos internos o tratamento correto, tornou praticamente impossível a separação e o deferimento de cuidados especiais aos jovens. Assim, a promiscuidade e a contaminação entre adultos experimentados e perigosos e jovens infratores apresenta-se como uma constante. No momento a Secretaria da Justiça de São Paulo realiza trabalho intenso e profundamente humano no sentido da remodelação dos presídios e instalação de novas unidades, além do incentivo à prática da prisão-albergue, a fim de adequar o melhor possível o sistema do nosso Estado às necessidades atuais.

Ocorre, ainda, que o exame de personalidade, tão reclamado pela doutrina em geral, e que deveria ser realizado durante a fase processual, pelo menos quanto a algumas categorias de delinquentes, é indispensável no caso do jovem adulto, a fim de que lhe seja imposta a medida adequada,

propícia a corrigir defeitos e ajudar sua correta fixação social. E a pesquisa deverá buscar, o mais possível, os fatores bio-psico-ambientais responsáveis pela alteração do regular processo de maturação do jovem, pois somente com essa valoração poder-se-á entender a sua atitude anti-social, levantar o grau de sua periculosidade, concluir a respeito das possibilidades de sua recuperação e propor o tratamento mais conveniente. E tal exame ainda não é praticado entre nós.

Em vários países, como Bélgica, França, Alemanha e Inglaterra, esses exames são realizados em “Centros de Observação”, por equipes formadas por médicos, psiquiatras, psicólogos, educadores e assistentes sociais, que analisam o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, além dos dotes profissionais e escolares do jovem, reunindo todos os dados úteis sobre seu mundo circundante-familiar e social, suas disposições e vida anterior, com os quais se torna possível estabelecer um diagnóstico correto, base para a reeducação programada. Normalmente, isto exige a internação do jovem durante o processo. Atualmente, porém acentua-se a tendência de impor àquelas instituições o caráter de “abertas”, permitindo aos jovens permanecer em seu ambiente, quando não seja estritamente necessária a internação, podendo apresentar-se para os exames ou os realizar fora, em serviços clínicos particulares.

Considerando a gravidade desses problemas e o que representa para a comunidade e para o Estado a recuperação dos jovens adultos, que estão praticamente começando a viver e serão parte importante da força de trabalho e do progresso do país, torna-se imperativo maior dose de atenção. Neste período em que se desenvolvem os processos de maturação somática e social, que contribuem para a formação da personalidade até a idade considerada “ótima”, nessa fase difícil e decisiva, durante a qual os jovens devem aprender a se orientar, escolher profissão, constituir um lar próprio e enfrentar numerosos problemas, não devem ser sujeitos a penas impostas pela jurisdição comum, cumpridas em prisões onde

estarão sujeitos ao contato com criminosos de toda a ordem. Justo é que se estabeleça um sistema próprio, que lhes aplique o tratamento mais conveniente ao seu estado particular, levando em conta todas as exigências que este período de idade requer.

Próximos da infância, os jovens têm grande facilidade de adaptação, contando, assim, com maiores possibilidades de aproveitamento, de mudança de orientação, de novo caminho na vida. E pelo interesse que desperta esta categoria, representativa hoje do maior contingente populacional em numerosos países, ficam justificados todos os esforços, gastos e sacrifícios que se façam para reforma e reinserção à comunidade da grande faixa dos jovens adultos delinquentes.

O problema também é nosso, pois cerca de 53% da população brasileira é constituída de menores até 18 anos. Só no Estado de S. Paulo dez milhões. Torna-se, pois, imperativo que os poderes competentes realmente se preocupem e aproveitem a oportunidade da tão falada reforma penitenciária e judiciária para os considerar especialmente.

Brasil Adere ao Tratado da Antártida.

João Grandino Rodas

Professor Livre-Docente de Direito Internacional
na Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

A 16 de maio de 1975, o Brasil aderiu ao Tratado da Antártida, concluído em Washington, a 1.º de dezembro de 1959. Tal adesão torna a problemática relativa a essa região, de alto interesse para todos nós.¹

A Antártida é o sexto continente, com superfície constituída de terra recoberta de gelo, medindo cerca de 14 milhões de quilômetros quadrados, o que equivale à Europa e aos Estados Unidos reunidos.² Dista dos outros continentes de 3.600 a 700 quilômetros. A hostilidade climática o torna inabitável quase todo o ano, impossibilitando, assim, uma ocupação normal.

Razões econômicas, científicas, militares e estratégicas estão na raiz do interesse que os Estados demonstram por essa região. Acredita-se na existência de carvão, cobre, ferro, estanho, chumbo, manganês, ouro, prata, urânio e até mesmo de petróleo, embora seja discutível a possibilidade de

1. Tal tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 56, de 26 de junho de 1975, promulgado pelo Decreto n.º 75.963, de 11 de junho de 1975 e publicado no Diário Oficial da União de 14 de julho do mesmo ano. O fascículo número 817 da *Coleção de Atos Internacionais*, publicada pelo Ministério das Relações Exteriores, através da Divisão de Atos Internacionais, estampa o tratado em questão no original inglês, com tradução portuguesa.

2. A região ártica, que com a Antártida compõe as regiões polares, possui estrutura geológica diversa, é uma massa de água gelada.

exploração a níveis econômicos compensatórios³ Isso sem falar nas riquezas alimentares do Oceano Antártico. O controle da Antártida significa a dominação das rotas marítimas e aéreas do hemisfério austral, incluindo a ligação entre o Atlântico e o Pacífico. Descoberta em fins do Século Dezanove, a Antártida vem a partir daí sendo explorada parcialmente.

Relativamente ao Direito Internacional, a Antártida suscita problemas de soberania territorial.

Em substituição ao princípio da ocupação efetiva de difícil aplicação devido às peculiaridades, tem sido aventados outros critérios, como o título derivado da descoberta, explorações científicas, controle civil ou administrativo — ocupação de apenas certos pontos do território —, teoria da contigüidade e teoria dos quadrantes.

O princípio da descoberta foi invocado por diversos Estados. Entre 1739 e 1840, a França, o utilizou com referência às ilhas Bouvet, Grozet, Marion, ao arquipélago Kerguelém e à Terra Adélia⁴ A Inglaterra e a Noruega fizeram o mesmo, a primeira em 1883, relativamente às ilhas Falklands ou Malvinas, e a segunda com relação à região conhecida como Rainha Maud⁵

A Inglaterra já acenou as setenta e cinco expedições realizadas na Antártida antes da Segunda Guerra Mundial, como fundamento às suas pretensões. A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas teve comportamento idêntico, com base

3. GOULD, entretanto, acredita que "the major exports of Antarctica are scientific data ... and these data may turn out to be of vastly more value to all mankind than all the mineral riches of the continent and the life of the seas that surround it". Citado por MOUTON, M.W. — *The International Regime of the Polar Regions* in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1962, v. 107, p. 227.

4. DOLLON, René, *Le Droit International des Espaces Polaires* in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1949, v. II, p. 177-179.

5. V. DOLLON, René, *Op. cit.*, p. 179-182.

em uma expedição realizada em 1820. A Argentina, por seu turno, invocou suas freqüentes explorações e a manutenção de uma estação metereológica permanente nas Ilhas Orcades do Sul, a partir de 1904. Esse país sustenta ter sido essa a primeira ocupação efetiva do território antártico. Em 1908 esse arquipélago foi anexado pela Inglaterra.

A idéia de vizinhança, continuidade ou contigüidade, baseada na analogia de estrutura geológica, embora de difícil admissão relativamente à Antártida, foi alegada pela Argentina como justificação de seus direitos soberanos, unilateralmente declarados através dos decretos de 15 de julho de 1939 e 9 de outubro de 1946.

FAUCHILLE imaginou a divisão da Antártida em quatro quadrantes⁶: o sul-americano, o pacífico, o australiano e o africano, sendo cada um deles administrado conjuntamente pelos Estados dos referidos continentes⁷.

Para o chileno PINOCHET DE LA BARRA, que retomou essa teoria em 1944, cada Estado teria um setor de extensão proporcional ao valor de seus títulos antárticos.

As pretensões chilenas foram formuladas pela primeira vez, em 1909, por ocasião do nono Congresso Internacional de Geografia, realizado em Genebra. Contudo, somente a 6 de novembro de 1940, através de decreto, o Chile passou a considerar como seu território uma vasta região, a Antártida chilena⁸.

Na competição pela Soberania sobre parcelas do território da Antártida entraram a Inglaterra, a França, a Noruega,

6. Quadrante significa em geometria a quarta parte da circunferência do círculo.

7. FAUCHILLE, Paul — *Traité de Droit International Public*. Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, Tomo I, 2.^a parte, p. 651-663.

8. V. DOLLOT, René, *Op. cit.*, p. 183.

a Austrália, a Nova Zelândia, o Chile e a Argentina⁹. Os cinco primeiros países reconheceram mutuamente suas possessões, originadas de atos unilaterais, que constituem setores triangulares, tendo o polo por centro. Embora tais países não se tenham entitulado a toda Antártida, deixando de reivindicar importante zona entre os setores da Nova Zelândia e Inglaterra, parte das zonas pretendidas pelo Chile e pela Argentina¹⁰ se superpõe ao setor britânico. A 4 de maio de 1955, a Inglaterra submeteu essa disputa à Corte Internacional de Justiça que, acolhendo a argumentação do Chile e da Argentina, julgou-se incompetente, em 16 de março do ano seguinte¹¹.

Embora os Estados Unidos houvessem realizado durante o século passado e o atual, várias expedições à Antártida nunca afirmaram sua soberania sobre qualquer porção desse continente¹². Em contrapartida jamais reconheceram as pretensões dos outros países, considerando-o aberto apenas à pesquisa científica. Isso se depreende das declarações oficiais de 13 de maio de 1924, 27 de dezembro de 1946, 9 de abril de 1947 e 9 de agosto de 1948.

A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas também realizou expedições¹³, não reivindicando, contudo, parcela territorial. Através de nota ao governo norueguês, de 27 de janeiro de 1939 e do Memorando de 7 de junho de 1950, dirigido aos Estados Unidos e aos países componentes do clu-

9. Pelo artigo 2.º, letra e do Tratado de Paz de São Francisco, datado de 8 de setembro de 1951, o Japão renunciou "a toda reivindicação de direitos, títulos ou interesses relacionados com qualquer parte da área, decorrentes de atividades de nacionais japoneses ou de quaisquer outras fontes". Em 1911, o Japão enviara à Antártida a expedição de Shizaré.

10. Respectivamente por decreto de 23 de fevereiro de 1948 e pela proclamação de 1.º de agosto do mesmo ano.

11. *CIJ Recueil*, 1956, p. 12-17.

12. No século XIX, as mais importantes expedições norte americanas, foram as lideradas por Palmer e Wilker. Neste século foi a de Byrd.

13. Bellingshausen e Lazarev nas expedições de 1819 e 1921 circunnavegaram o continente, tendo descoberto a Terra Alexandre I e a Ilha Pedro I. Varonine chefiou uma expedição em 1946. Em 1957 uma expedição soviética arvorou o pavilhão russo no polo magnético. No ano seguinte o mesmo se deu na ilha Zovodoski.

be antártico, tal país afirmou não reconhecer qualquer decisão unilateral ou convencional de que não seja partícipe.

A primeira proposta para a internacionalização da Antártica foi feita pelos Estados Unidos, através de uma nota, datada de 28 de agosto de 1948. Em 1956, a Índia levou à consideração da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas um projeto tendente à neutralização da Antártica que não obteve êxito¹⁴.

São variadas as formas possíveis de internacionalização. A institucionalização supraestatal colocaria a Antártida sob a égide de uma organização especializada que seria competente para distribuir concessões. Tratar-se-ia de uma solução eminentemente técnica que afastaria a possibilidade de soberania estatal e teria naturalmente contra si a opinião dos Estados que se intitulam soberanos sobre setores da Antártida. Outra forma de internacionalização seria a tutela delegada, através da qual a Organização das Nações Unidas, concederia a administração do território a um ou vários de seus membros, à semelhança dos mandatos da Sociedade das Nações e dos territórios sob tutela da Organização das Nações Unidas. O condomínio, outra forma, estabeleceria a hegemonia sobre a Antártida por parte de pequeno número de Estados. A internacionalização proposta pelos Estados Unidos em 1948, consagrava esta hipótese. O controle da região ficaria com os Estados Unidos e com os sete países que se intitulavam soberanos de setores antárticos. A última forma seria a internacionalização contratual que resultaria de uma repartição convencional da Antártida com fundamento nos direitos e títulos existentes, e da subordinação desse continente a um estatuto estabelecido através de um tratado internacional, a ser aplicado pelos Estados¹⁵.

14. Em 1958, o mesmo país sugeriu que a XIII Assembléia da Organização das Nações Unidas adotasse um estatuto para a Antártida. Tal órgão não chegou a considerar o assunto.

15. V. DUPUY, René Jean, *Le Statut de l'Antarctique* in *Annuaire Français de Droit International*, 1958, p. 215-218.

O Ano Geofísico Internacional¹⁶ abriria a possibilidade de internacionalizar de fato a Antártida, colocando em segundo plano a sua repartição apenas teórica e conseqüente soberania nominal.

Não se deve subestimar, contudo, a importância da implantação soviética em regiões antárticas, na decisão dos Estados Unidos de convocar uma convenção para estabelecer um regime internacional, mesmo que provisório.

Através de uma nota, de 2 de maio de 1958, o Departamento de Estado Americano dirigiu-se a onze Estados — aos sete componentes do clube antártico e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, União Sul Africana, Bélgica¹⁷ e Japão — propondo um acordo que estabelecesse a liberdade da pesquisa científica na Antártida e a sua utilização unicamente para fins pacíficos. Com o intuito de facilitar a concordância, propôs apenas o congelamento e não a renúncia dos direitos históricos e reivindicações de soberania¹⁸.

A partir de 13 de junho de 1958, iniciou-se a reunião de um grupo de trabalho, constituído por representantes dos

16. O ano Geofísico Internacional realizou-se de 1.º de julho de 1957 a 31 de dezembro de 1958, tendo concentrado o trabalho de cerca de 60.000 cientistas de 67 nacionalidades, em 4.000 estações científicas. A denominação original, Terceiro Ano Polar, foi mudada pela Assembléa Geral do Conselho Internacional das Associações Científicas, realizada em Amsterdan, em 1952 para que o âmbito dos estudos pudesse ser mais amplo. O primeiro e o segundo Anos Polares foram realizados respectivamente em 1882-1883 e 1932-1933. A fim de manter o clima de cooperação científica, atingida pelo Ano Geofísico Internacional, relativamente à Antártida, fundou-se em Haia, em 1958, a Comissão Especial de Pesquisa na Antártica (SCAR).

17. A Bélgica, invocando as expedições de Guerlache levadas a efeito em 1898 e 1899, da mesma forma que o governo russo, considerava que nenhum regime poderia ser estabelecido na Antártica, sem seu consentimento. (V DUFUY, *op. cit.*, p. 209).

18. Sugestões houveram no sentido de resolver as pendências referentes à Antártida através de uma Conferência internacional à moda da Conferência de Berlim de 1844-1945, precedida, segundo JESSUP, de uma resolução da Corte Internacional de Justiça. V. JESSUP, Philip, *Sovereignty in Antarctica* in *The American Journal of International Law*, 1947, v. 41, p. 119 e DOLLOR, René, *op. cit.*, p. 189-190. Sobre a proposta norte-americana, ver as considerações de DUFUY, *op. cit.*, p. 218-229.

doze países interessados¹⁹, que preparou caminho para a realização da Conferência de Washington sobre a Antártida, de 15 de outubro a 1.º de dezembro de 1959.²⁰ O resultado foi a Convenção de Washington, também conhecida como tratado da Antártida, que foi assinado pelos citados países a 1.º de dezembro de 1959, tendo entrado em vigor a 23 de junho de 1961. Posteriormente à assinatura aderiram ao tratado os seguintes países: Romênia, Polônia, Checoslováquia, República Democrática Alemã, Holanda, Dinamarca e agora o Brasil.

O preâmbulo do tratado denota a aceitação da proposta americana, pois traz como objetivos a pacificação e a cooperação científica.

Para os fins do tratado, a Antártida é definida como sendo a região situada ao sul de sessenta graus de latitude sul, incluindo as plataformas de gelo (art. 6.º)²¹. Tal definição exclui certas ilhas situadas entre quarenta e sete e sessenta graus de latitude sul, que constituem a fronteira geográfica mais aceitável para a Antártida.

19. O interesse da União Sul Africana pela Antártida deriva da noção de contiguidade e do fato de tal país exercer soberania sobre algumas ilhas situadas no Oceano Glacial.

20. As minutas dessa Conferência nunca chegaram a ser publicadas.

21. A zona de segurança continental, contra a qual qualquer ataque será considerado como um ataque contra todos os Estados americanos definida pelo art. 4.º do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca de 2 de setembro de 1947, ultrapassa os 60 graus de latitude sul. Logo existe uma zona coberta tanto pelo Tratado de Washington como pelo Tratado acima citado, trata-se da Antártida Americana, compreendida entre 24.º e 29.º W. No início da Conferência de Washington o delegado chileno MORA mostrou preocupação que o tratado a ser concluído pudesse enfraquecer a aplicação do tratado assinado no Rio de Janeiro a 2 de setembro de 1947. O único fruto da colocação do delegado chileno foi uma declaração conjunta dos governos norte-americano, argentino e chileno, por ocasião da assinatura do Tratado da Antártida: "The Governments of the United States of America, Argentina and Chile, on the occasion of the signing of the Antarctic Treaty, declare that the Antarctic Treaty does not affect their obligations under the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, signed at Rio de Janeiro, Brazil, in 1947". Tal declaração, como pondera HAYTON, por não ser integrante do tratado "is of no legal consequence, and does not dissolve incompatibilities". (Citado por MOURON, *op. cit.*, p. 268).

Medidas de caráter militar como estabelecimento de bases, construção de fortificações, manobras e testes de armas (art. 1.º), bem como explosões nucleares e deposição de dejetos radioativos (art. 5.º) ficam proibidas.

Instituiu-se a liberdade da pesquisa científica e a cooperação internacional, através do intercâmbio de informações relativas a programas científicos, de pessoal técnico e de observações e resultados científicos obtidos na Antártida (arts. 2.º e 3.º). O tratado prevê a possibilidade de as partes designarem observadores, com acesso a todo momento a qualquer região da Antártida, para inspecionar estações, instalações, materiais, navios ou aeronaves. A inspeção aérea também é facultada às partes contratantes, a qualquer momento (art. 7.º)²². Tanto os observadores como o pessoal científico enviado pelas partes contratantes ficam sujeitos durante a missão unicamente à jurisdição do Estado que os enviar (art. 8.º). Essa é uma particularidade interessante do tratado, pois representa uma concessão por parte dos países que se intitulam soberanos sobre regiões da Antártida. Tal condescendência levou MOUTON a considerar que “From the jurisdictional point

22. O primeiro Estado signatário do Tratado a demonstrar intenção de realizar inspeções na Antártida foram os Estados Unidos em 1963. Foi a Nova Zelândia, contudo, a pioneira no envio de observadores que, de 29 de novembro a 9 de dezembro de 1963, inspecionaram as estações norte-americanas de McMurdo, Polo Sul e Byrd.

Ainda em dezembro de 1963, dois observadores, um da Inglaterra e outro da Austrália, visitaram a estação neozelandesa denominada Scott, além dos três supra-citados.

Em janeiro de 1964, dois grupos de observadores norte-americanos foram enviados à Antártida. O primeiro grupo inspecionou as bases argentinas, Decepción e Esperanza, as chilenas Gabriel Gonçalves Videla e Pedro Aguirre Cerda e as inglesas B e F. O segundo dirigiu-se para a estação Scott, para duas estações soviéticas Mirnyy e Vostok e para a base francesa Dumont D'Urville.

Observadores argentinos inspecionaram em fevereiro de 1965, a estação americana Palmer.

Os relatórios de todas as inspeções mencionadas são unânimes em afirmar que as atividades efetuadas nas várias estações não violavam as cláusulas. (V. SIMSARIAN, James *Inspection Experience Under the Antarctic Treaty and the International Atomic Energy Agency in The American Journal of International Law*, v. 60, n. 3, julho de 1966, p. 506-507.)

of view . . . there is no territorial sovereignty, in other words Antarctica is “terra nullius”²³.

As disputas derivadas da interpretação e aplicação do tratado se não forem resolvidas consoante o artigo 33 da carta da Organização das Nações Unidas, isto é, através de negociação, inquérito, mediação, conciliação e arbitragem, poderão, mediante o assentimento de todas as partes, serem submetidas à Corte Internacional de Justiça (art. 11)²⁴

O tratado não obstante esteja aberto à adesão de todo Estado membro da Organização das Nações Unidas ou outro Estado convidado, subordina tal adesão ao consentimento expresso de seus membros (art. 13). O caráter hermético do tratado aparece ainda mais claramente, na limitação dos representantes às reuniões previstas pelo art. 9.º e no procedimento de revisão (art. 12).

O artigo 9.º estabelece a realização de reuniões periódicas, de informação e consulta, destinadas ao estudo e formulação de recomendações que facilitem a realização dos objetivos do tratado. Para que tais recomendações se tornem efetivas, devem ser aprovados pelos governos de todas as partes contratantes, habilitadas a participar nas reuniões. Adotou-se, assim o critério da unanimidade, detendo, por conseguinte, cada parte contratante o direito de veto. O tratado contudo não criou um secretariado permanente.

São membros natos dessas reuniões os doze Estados signatários (art. 9.º, § 1.º), enquanto que os Estados que aderiram posteriormente só poderão delas participar “enquanto como parte contratante demonstrar seu interesse pela Antártida, conduzindo atividade substanciais de pesquisa científica, tais como o estabelecimento de uma estação científica ou o envio de expedições” (art. 9.º, § 2.º).

23. MOUTON, *op. cit.*, p. 262.

24. A cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, propugnada pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, não resistiu à obstinação da Argentina e do Chile.

A simples adesão ao tratado quase nada significa, pois não dará nem o direito de representação nas reuniões, nem o direito de ser ouvido em caso de emenda ao tratado (art. 12, § 1.º).

A sugestão americana de congelar o “status quo” jurídico, da Antártida foi incorporado ao tratado, através do artigo 4.º, § 1.º, que estabelece que nenhuma disposição do tratado significa renúncia ou abandono total ou parcial dos direitos de soberania ou reivindicação territorial, afirmados anteriormente²⁵. Por outro lado, nenhum ato ou atividade realizada na vigência do tratado é suscetível de constituir fundamento para fazer valer, sustentar ou contestar reivindicação de soberania na Antártida (art. 4.º, § 2.º)²⁶.

O artigo 12, § 2.º prevê a possibilidade de após trinta anos a partir da entrada em vigor, ou seja, em 1991, qualquer Estado habilitado a participar nas reuniões previstas no artigo 9.º, convocar uma conferência de todas as partes contratantes para rever o funcionamento do tratado. Passados dois anos da convocação, sem que uma emenda tenha entrado em vigor, qualquer parte poderá retirar-se do tratado, sendo que tal retirada entrará em vigor somente dois anos após ter notificado o depositário nesse sentido. Logo a vigência do tratado irá pelo menos até 1993.

25. DUPUY descreve minuciosamente o estado das reivindicações territoriais sobre territórios antárticos, às vésperas do Tratado de Washington em seu artigo *Le statut de l'Antarctique*, *op. cit.*, p. 201-205.

26. O congelamento foi uma solução de compromisso, pois a corrente de internacionalização da Antártida, encabeçada no seio da Conferência pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, sofreu firme oposição da Argentina e do Chile.

HAYTON, seguido por PHLEGER, considera que “The Treaty certainly purports to establish a regional regime binding even on non-members is found in the obligation (laid down in Article X)”. MOURON, baseado na máxima “pacta tertiis nec nocent nec prosunt” não aceita a interpretação de HAYTON e acredita que, hipoteticamente, um terceiro Estado possa estabelecer-se em um setor livre da Antártida, fundamentando assim pretensões à soberania. (V. MOURON, *Op. cit.*, p. 258-259).

A decisão do Brasil em aderir ao tratado, tomada após longa maturação, leva-nos a crer que participará ativamente na pesquisa científica em regiões antártidas. Como se depreende do exame do tratado, tal participação, na forma de envio de expedições científicas ou instalações de estações científicas, é necessária se nosso país desejar realmente participar do tratado da Antártida²⁷. A adesão, portanto, é apenas o primeiro passo.

Bibliografia.

- CAVARÉ, Louis, *Le Droit International Public Positif*, Paris, Editions A. Pedone, 1969, Tomo II, p. 682-691.
- DOLLOT, René, *Le Droit International des Espaces Polaires*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1949. V. 75, p. 114-194.
- DUPUY, René Jean, *Le Statut de l'Antarctique* in *Annuaire Français de Droit International*, 1958, p. 196-229.
- FAUCHILLE, Paul, *Traité de Droit International Public*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, Tomo I, 2.^a parte.
- JESSUP, Philip C., *Sovereignty in Antarctica*, in *The American Journal of International Law*, 1947, v. 41, p. 117-119.
- LONDERO, Magdalena, *O Direito Internacional das Regiões Polares* in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Ano XXIV, Janeiro-Dezembro 1968, n.os 47 e 48, p. 79/90.
- O'CONNEL, D.P., *International Law*, Londres, Stevens & Sons, v. I, p. 450-453.
- MOUTON, M.W., *The International Regime of the Polar Regions*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1962, v. 107, p. 168-284.
- SIMSARIAN, James, *Inspection Experience Under the Antarctic Treaty and the International Atomic Energy Agency*, in *The American Journal of International Law*, julho, 1966, v. 60, n.º 3, p. 502-510.

27. É preciso na terminologia de MOUTON que sejam "acceding and active Parties". MOUTON, *op. cit.*, p. 263.

Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Pacíficas de Litígios e das Arbitragens Comerciais Internacionais.

Guido F. S. Soares

Professor Assistente-Doutor do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Departamento de Política da Puc-SP.

Desde a mais remota antigüidade, os litígios entre grupos humanos nem sempre foram resolvidos pela força, cuja maior demonstração têm sido as guerras, assim como as pendências entre homens de um mesmo grupo social nem sempre tiveram solução mediante o recurso aos órgãos judicantes. Mesmo em tempos onde não se cogitava da existência de um direito internacional, muitas das formas de soluções pacíficas de litígios entre grupos sociais já tinham aparecido.

A doutrina costuma afirmar que, nas contendas entre as primitivas tribos, existiriam procedimentos pacíficos tais como a mediação e a arbitragem. Na base da especulação sobre as possíveis soluções de contendas entre Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, supõe-se que a mediação fosse empregada, citando-se, mesmo, um caso de arbitragem entre cidades-Estados da Babilônia, cerca do ano 3.000 a.C.. Ainda no Oriente antigo, menciona-se o caso dos hebreus, que, na câmara composta de três árbitros, a Beth-Din, resolviam todas as pendências de direito privado, pela via arbitral.

Se, no dizer de LAURENT, “a sociedade dos deuses é o reflexo da sociedade dos homens¹, bastaria examinar o comportamento daqueles para ter-se uma idéia de que a arbitragem internacional, em especial, nos litígios de fronteiras, teve grande importância na Grécia antiga. Os próprios autores gregos referem ao fato de a arbitragem reportar-se aos tempos míticos, quando os litígios entre deuses e heróis eram resolvidos por um laudo arbitral proferido por um dos pares: Zeus é eleito juiz entre Atenê e Poseidon a propósito de Egina, Foronê exerce o mesmo papel entre Hera e Poseidon a propósito da Argólida² Na história mitológica da Grécia, em várias ocasiões os deuses aparecem como mediadores entre rivais e, “em seguida a alguma aliança firmada entre duas urbes, se representavam as suas divindades por estátuas ou medalhas dando-se as mãos³. Conforme FOUSTEL de COULANGES, “quando os deuses eram inimigos, havia guerras, sem piedade nem regras, mas quando amigos, logo os homens ficavam mutuamente ligados entre si e selavam esse sentimento de amizade com deveres recíprocos⁴

Na verdade, se as soluções pacíficas puderam existir na Grécia antiga foi porque existiu a possibilidade de haver deuses comuns a várias cidades, portanto valores comunitários mais amplos, o que de fato aconteceu, na medida em que se firmou uma religião pan-helênica e se criou um verdadeiro direito internacional. Se cada urbe tinha seu deus epônimo, os deuses do Olimpo, comuns a toda Grécia, protegeriam qualquer grego nas relações dentro do mundo grego e lhe forneceriam os meios para as soluções pacíficas das contendas com um indivíduo pertencente à mesma comunidade de valo-

1. Apud MICHEL DE TAUBE, *Les Origines de l'Arbitrage International; Antiquité et Moyen Age, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Haia*, 1932, v. IV, t. 42. Citações livremente traduzidas pelo autor.

2. TAUBE, *id.*, p. 15.

3. FOUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*, 10 a. Ed. Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1971, p. 260 (tradução e glossário de Fernando de Aguiar).

4. COULANGES, *id.*, p. 261.

res. Por outro lado, à medida em que a situação do estrangeiro se abrandava, as soluções por meio de negociações, bons ofícios e arbitragens se tornavam frequentes. A doutrina aponta precisamente o nascimento do Direito Internacional Privado na Grécia antiga, à medida em que nos tratados de paz ou de comércio se inseriam cláusulas de “estimulações de não cometer injustiça” ou “para não mais praticar atos arbitrários”⁵, em benefício dos cidadãos da outra parte contratante.

Em etapa posterior, dada a similitude dos estatutos municipais, criou-se na Grécia uma *isopolitéia*, ou seja, “o reconhecimento, por tratado internacional, da igualdade de direitos civis entre cidadãos das partes contratantes, o que lhes conferiria todos os direitos dos autoctones no domínio do direito de família, de propriedade, de contratos (relativos à indústria, comércio e agricultura), com imunidades alfandegárias, etc., em resumo, quase toda a esfera dos direitos civis dos cidadãos, com exceção dos direitos políticos⁶. Em outros tratados internacionais, chegou-se a estabelecer uma igualdade completa entre os cidadãos, *sympolitéia*, inclusive de direitos políticos; contudo, foram exemplos raros, segundo TAUBE. Criava-se, assim, um sistema de direito uniforme comum a toda Grécia (*koinós nomós*), susceptível de transpor para as relações intermunicipais, as práticas de soluções arbitrais já existentes no interior das cidades. No dizer de TAUBE, “a instituição dos *diaitetai*, árbitros públicos para contendas privadas, em Atenas, devia, por exemplo, suscitar cedo ou tarde, imitações na esfera das relações de Estado a Estado⁷.”

No domínio das relações públicas, os mais antigos tratados contêm cláusulas compromissórias, a exemplo, o tratado de paz concluído em 445 a.C., entre Esparta e Atenas. No Tratado de Nícias, conservado por Tucídides, lê-se: “Não será mais permitido aos lacedemônios e a seus aliados, de fazer

5. TAUBE, *id.*, p. 32.

6. TAUBE, *id.*, p. 36.

7. TAUBE, *id.*, p. 37.

a guerra aos atenienses e a seus aliados . . . sob qualquer pretexto”. “A mesma proibição é feita aos atenienses e seus aliados, com respeito aos lacedemônios e seus aliados”. Se surgir um litígio entre eles, submeterão a solução do caso a um procedimento de direito conforme os princípios sob os quais se deverão colocar de acordo⁸.

Nas relações particulares, mesmo com o aperfeiçoamento do julgamento por funcionários investidos do poder judicante pela autoridade política, o procedimento arbitral coexistiu com o processo judicial, até o Século II a.C. (dominação romana). TAUBE observa que, em grego clássico, há dois verbos, um para designar o julgamento arbitral, suavizar uma contenda (*dialúein*) e outro, para o julgamento por juízes togados, resolver por julgamento (*diakrínein*).

A base jurídica da arbitragem entre particulares ou entre cidades gregas era um compromisso, contrato especial, ou uma cláusula compromissória inserta nos contratos ou tratados de comércio, de aliança ou de paz. O direito aplicável era o “direito comum dos Helenos”, como já se referiu, intermunicipal, verdadeiro germe de um direito internacional. Os juízes arbitrais eram escolhidos pelas partes e poderiam ser tanto um rei, um magistrado, um homem público qualquer; por vezes aparecem instituições religiosas como o Conselho Anfictiônico ou o Oráculo de Delfos. Muitas vezes era escolhido, em razão de seu conhecimento e especialização em relações intermunicipais, algum *proxena*, cidadão de importância, que representava os interesses dos estrangeiros residentes na cidade (e por tal razão, é considerado como o antecessor histórico dos modernos cônsules) A sentença arbitral, quando prolatada em assuntos intermunicipais, era, à semelhança dos tratados, gravada em muros de templos, em estelas ou no sopé de estátuas, razões por que há abundantes informações sobre a prática da arbitragem intermunicipal na Grécia antiga.

8. *apud* TAUBE, *id.*, p. 40.

Quanto à execução das sentenças arbitrais, TAUBE afirma que, na prática, se conhecem vários exemplos de execução espontânea, *bona fide*, e cita o mais famoso: “a disputa entre Atenas e Megara a respeito da ilha de Salamina . . . que, segundo a tradição teria sido decidida pela arbitragem de cinco juízes espartanos, cerca do ano 600, não reaparece em cena senão o final do Século IV, apesar da importância do objeto do litígio para os habitantes de Megara; assim, a partir dessa época, Salamina permanece em mãos dos atenienses; Megara se teria, por conseguinte, inclinado diante da sentença⁹.

A prática da arbitragem na Grécia antiga, mesmo após a dominação romana do Século II a.C., continuou, para resolver os conflitos de fronteiras entre cidades. TAUBE aponta o paradoxo de, pela *pax romana*, apesar da política imperialista dos romanos, terem estes permitido a sobrevivência na Grécia de antigos usos de recurso à arbitragem em desavenças entre cidades autônomas e, acrescenta aquele autor, tal fato é mais uma prova da política de Roma de permitir uma diversidade na unidade.

Quanto a Roma, o procedimento de arbitragens para resolver disputas que hoje seriam internacionais, era totalmente incompatível com seu espírito de dominação imperialista. Contudo, sua contribuição para a arbitragem entre particulares é da mais alta importância, pois aperfeiçoou o instituto e legou aos pósteros os grandes princípios de direito, que permitiriam fundarem-se no moderno direito internacional os institutos para soluções pacíficas de litígios entre particulares e entre Estados.

Com efeito, a arbitragem entre particulares era considerada um procedimento de base contratual e tratada como um ato de natureza pactícia, nas várias fases do direito romano; as partes tinham liberdade de assinar um compromisso em que estipulavam o respeito à decisão dos árbitros e, nos con-

9. TAUBE, *id.*, p. 46.

tratos, podiam instituir cláusulas compromissórias. O *compromissum*, no período clássico, já era considerado um pacto legítimo, ou seja, válido nele mesmo, independentemente de estar vinculado a outro pacto que lhe determinasse a validade.

Para fazer respeitar o compromisso ou a cláusula compromissória, o pretor concedia uma ação, *arbiter in causis bonae fidei*. No caso de haver estipulação de penalidade inserida no compromisso ou no contrato, *stipulatio poenae*, havia a ação *conditio ob rem dati re non secuta*, para a restituição da soma devida pela parte que não permitisse a constituição do juízo arbitral e recorresse à jurisdição togada. Em qualquer julgamento arbitral, o pretor impunha a obrigação ao árbitro de aceitar julgar a controvérsia, *receptum arbitri*. A sentença era irrecorrível aos tribunais, inexistindo, contudo, meios legais de compelir o seu cumprimento.

O árbitro decidia sem submeter-se a qualquer lei, portanto sem a obrigatoriedade das fórmulas rituais. Pode-se imaginar a importância de tal fato para o desenvolvimento e a democratização da própria justiça togada, ao se levar em conta que as fórmulas eram nos primeiros tempos do direito romano, absolutamente rígidas e, se o autor ou réu as pronunciasse erroneamente, não teriam suas pretensões acolhidas, mesmo que houvesse flagrante iniquidade. “Quando troca certa palavra por outra, a lei deixa de existir e já não o pode defender. . . Gaio narra a história de certo homem a quem o vizinho havia cortado as vinhas; o fato era verdadeiro e o homem pronunciou a lei, mas como, onde a lei dizia árvores, o homem nomeasse videiras, logo perdeu a questão (*Institutas*, IV, II)¹⁰. Por outro lado, o direito romano dessa época era de cunho eminentemente religioso e, portanto, guardava o seu caráter de ser revelado unicamente aos iniciados; “canto sagrado e misterioso, a repetir-se de idade em idade com piedoso respeito, que só os sacerdotes escreviam e apenas os ho-

10. *apud* COULANGES, *id.*, p. 236.

mens das famílias religiosas podiam conhecer¹¹, era um privilégio dos que guardavam as tradições. Sem dúvida, o caráter informal do procedimento arbitral, muito deve ter contribuído para quebrar a primitiva rigidez do processo romano, ao elaborar soluções mais pragmáticas do que as fórmulas da lei.

Ao tempo de CÍCERO, este poderia distinguir o juízo arbitral do juízo togado da seguinte forma, no *Pro Roscio Commodo*: “uma coisa é um julgamento, outra uma arbitragem... vêm-se a julgamento para perder ou para ganhar todo o processo, tomam-se árbitros com a intenção de não perder tudo ou não ganhar tudo¹². Na mesma ordem de considerações, SENECA, no *De Beneficiis*, afirmaria que “quando uma causa é boa, prefere-se um juiz a um árbitro, porque o primeiro é sujeito à forma e circunscrito pelos limites que não pode ultrapassar, ao passo que o segundo é livre e sem liames¹³.

O instituto se aperfeiçoou com a prática e, durante o Baixo Império, JUSTINIANO legislou sobre o que o costume tinha criado: o laudo arbitral teria um valor intrínseco (não mais seria executível *bona fide* ou mediante a execução da penalidade, se esta houvesse) e nas condições de terem as partes jurado conformar-se com a decisão arbitral e na de ter o árbitro igualmente jurado cumprir com seu encargo. Instituiu-se, ao mesmo tempo, uma ação real perante o magistrado, *conditio ex lege* ou *actio in factum* para compelir a parte recalcitrante à execução do laudo arbitral, estando vedado ao juiz julgar o fundo¹⁴. Posteriormente, na sua primeira Constituição, JUSTINIANO modificaria o sistema, devido a freqüentes perjúrios das partes interessadas em iludir o laudo arbitral;

11. GOULANGES, *id.*, p. 379.

12. MARGARITE LANDRAU, *L'Arbitrage dans le Droit Anglais et Français Comparés*, Paris, Lib. Arthur Rousseau, 1932 (tradução livre), p. 11.

13. *apud* LANDRAU, *id.*, p. 11.

14. Com razão, LANDRAU aponta o paralelismo de tal procedimento com os modernos princípios do *exequatur* de sentenças estrangeiras; acrescenta-se, igualmente, o paralelismo da aprovação dos laudos arbitrais pela justiça togada e, ainda, a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros pela justiça togada, nos sistemas que o permitem (Inglaterra).

determinaria que o magistrado interviria na execução do laudo, se tivesse havido uma anterior *stipulatio poenae*, no compromisso ou na cláusula compromissória.

Note-se, assim, que, se, no terreno das relações com outros povos, a contrário das relações no mundo pan-helênico, o direito romano regressou na aplicação da arbitragem, nas relações entre particulares, tornaram o instituto mais consentâneo com o mundo dos negócios. Outro fator importante a observar na evolução da arbitragem é que, sob a influência do ideário cristão, a arbitragem se estenderia para um domínio cinza, entre público e privado, para incluir casos em que ela se torna forçada, ao se estabelecer, necessariamente, os bispos, como árbitros nas causas entre religiosos e leigos.

Durante a Idade Média, ao prevalecer a *pax christiana*, “a arbitragem pelo Imperador ou pelo Papa era o julgamento do superior (temporal ou espiritual)”¹⁵. Acrescente-se que tal ocorria, não unicamente com as arbitragens de caráter público, mas igualmente com as outras formas de soluções pacíficas de controvérsias, pois várias são as interferências dos *nuntii* ou *internuntii*, enviados do Papa, seja como mediadores, conciliadores em assuntos políticos das comunas e das ordens religiosas, organizações essas que, por vezes, tinham na prática um poder verdadeiramente político. Outra circunstância a observar é que, em várias partes da Europa medieval, decretos locais atribuíam aos bispos o conhecimento de causas que versassem sobre conflitos entre parentes em matéria de partilha ou de tutela, alargando o âmbito do decreto justinianeu que lhes atribuíra competência arbitral obrigatória em questões entre clérigos e leigos.

Três razões, segundo TAUBE, explicariam o enorme sucesso da arbitragem na Idade Média. Em primeiro lugar, havia reiterada prática arbitral no seio da Igreja Católica Romana,

15. CHARLES ROUSSEAU, *Droit International Public*, Paris, 6.^a ed. Dalloz, 1971, p. 300 (tradução livre).

na sua jurisdição eclesiástica, que era bastante extensa, dado ao fato de que os clérigos eram proprietários de grandes áreas de terra; explica-se a origem de tal prática arbitral pelo fato de ser mais fácil a uma comunidade resolver os litígios entre seus membros por maneiras não judiciais, especialmente em face das proibições de São Paulo aos coríntios de recorrerem à justiça romana (I Cor., VI, 1 e seguintes) Em segundo lugar, houve o surgimento de arbitragens intermunicipais, à semelhança da existente na Grécia antiga, para resolução de litígios territoriais, em contraposição à justiça oferecida pelo Sacro Império Romano Germânico, que pesava profundamente sobre as comunas; natural, pois, que à medida em que se descobria o direito romano, se aplicassem as soluções pragmáticas de direito privado àquelas questões que hoje seriam de direito público. Em terceiro lugar, o sistema feudal, com a atomização do poder, concentraria na figura dos proprietários de terras, hierarquicamente superpostos e ligados entre eles mesmos e ao rei, um sistema de direitos recíprocos, onde não haveria distinção entre público e privado; o recurso à arbitragem pelo superior hierárquico, para resolver questões privadas, seria igualmente uma solução para assuntos hoje de pertinência do direito internacional público.

A partir do século XII, a Idade Média está repleta de casos de arbitragem, entre cavaleiros, entre barões, entre proprietários feudais, e entre soberanos distintos. A guisa de exemplos citem-se, em 1264, São Luiz, rei de França, exerceu o papel de árbitro entre Henrique III da Inglaterra e seus barões e, em 1268, entre os condes de Luxemburgo e do Bar; em 1244, o parlamento de Paris arbitrou questões entre o Papa Inocência IV e o imperador Frederico II. A linha de Tordesilhas fixada pela bula do Papa Alexandre VI, nada mais foi do que uma decisão arbitral, em que se dividiriam entre Espanha e Portugal os eventuais descobrimentos no Novo Mundo. Enfim, acentue-se o fato de que, especialmente nas corporações de ofícios e de profissões liberais, onde imperava rígida hierarquia entre os membros, era natural que se bus-

cassem soluções de controvérsias, por meio de recursos que não saíssem do âmbito daquelas comunidades.

Foi na Idade Média que surgiu um novo tipo de arbitragem, a arbitragem comercial: “os comerciantes preferiam aos julgamentos dos tribunais, as decisões de árbitros escolhidos por eles, mais rápidos e mais competentes em matéria comercial¹⁶ Nas feiras, onde se reuniam comerciantes de várias nacionalidades, funcionavam tribunais arbitrais, que, na verdade, eram mais expeditos que os tribunais judiciários locais, que deveriam, caso a eles se recorresse, aplicar leis estranhas ao foro, num sistema onde imperava a extrema personificação da lei e a mais ampla extraterritorialidade dos estatutos pessoais; a arbitragem permite o recurso à equidade e à aplicação de usos e costumes vigentes para as partes, constituindo-se, por tais razões, um meio de solução pacífica de litígios, mais consentâneo com o mundo dos negócios. Um decreto de São Luiz de 1250, mandava que se fizesse uma lista de comerciantes engajados em várias atividades mercantis, a fim de que pudessem ser compostos os tribunais arbitrais. LANDRAU acrescenta em abono do fato de haver a arbitragem entrado tão bem nos costumes mercantis, que uma lei de 1637, em França, mandava considerar-se de ofício, no caso de inexistência, nos contratos de sociedade ou de seguro marítimo, cláusulas compromissórias para determinadas matérias e, indicação pelo tribunal judiciário, no caso de revelia ou não cooperação, do árbitro não indicado pela parte.

Interessante observar que, na Idade Média, a partir da terminologia legal, haveria a possibilidade de mediação nos negócios entre particulares. BOUTILLIER, jurista francês do século XIV, repete os conceitos das mais antigas legislações: “árbitro não pode e não deve, na causa a ele submetida, proceder senão por ordem do direito vigente, segundo o alegado — ou provado perante ele — mas fazer tudo segundo a regra

16. LANDRAU, *id.*, p. 13.

de direito; arbitrador, se é aquele que da causa é encarregado pela sua consciência, segundo o direito ou não; mediador ou apaziguador, se é aquele que, com o consentimento das partes, as coloca em acordo¹⁷. TAUBE conclui que, na Idade Média, as figuras do mediador e do arbitrador estariam reunidas numa só pessoa, fato que discordamos. No nosso entender, apesar das definições dos dicionários¹⁸, conceituamos árbitro como aquele que julga uma causa, segundo a lei da sede do tribunal ou segundo a equidade, (se as partes assim dispuseram e se aquela lei o permitir), num processo instituído pelas partes, segundo um ritual definitivamente caracterizado; arbitrador, aquele que exerce a peritagem técnica, a pedido de uma das partes, de ambas ou de um terceiro na relação contratual (o juiz, por exemplo), sem necessidade de ritos definitivos; mediador, ou apaziguador, ou ainda amigável compositor,

17. *apud* TAUBE, *id.*, p. 88/89: "arbitre ne peut et ne doit en la cause à luy submise procéder autrement que par ordre gardé selon qu'il est allegué — ou prouvé devant luy — mais tout laisser selon la reigle de droit. Arbitrateur si est celuy qui de la cause est chargé à sá conscience, ordre de droit gardé ou non gardé. Amiable compositeur si est celuy qui du consentement des parties les met en accord"

18. O *Novo Dicionário Aurélio* distingue *arbitrador* (que ou aquele que arbitra; arbitrar, julgar como árbitro; fixar quantia por arbitrio; decidir, resolver segundo a própria consciência; atribuir judicialmente, adjudicar) de *árbitro* (aquele que dirime questões por acordo das partes litigantes ou designação oficial, mediador; aquele que é chamado para, como juiz, dirimir dúvidas, opinar em debates, julgar algum assunto, decidir sobre alguma coisa; aquele que dirige um jogo ou prova esportiva, com direito de decisão quanto ao seu desenvolvimento ou aos fatos disciplinares; senhor absoluto, soberano; modelo, regra, exemplo: é um árbitro da elegância). Igualmente o mesmo dicionário coloca como perfeitos sinônimos os conceitos de arbitração, arbitragem e arbitramento. Contudo, a lei (Código Civil, art. 1.037, CPC, art. 1.072 e seguintes), a doutrina e a própria jurisprudência arbitral internacional apelam *árbitros*, aqueles que desempenham o julgamento arbitral; *arbitrador*, reserva-se para os que desempenham peritagem técnica. De igual forma, textos constitucionais brasileiros (Constituição Federal de 1891, art. 44; de 1934, art. 4.º; de 1946, art. 4.º; de 1967, art. 7.º e Emenda de 1969, art. 7.º nas primeiras, *arbitramento*, nas duas últimas, *arbitragem*), a praxe internacional e os precedentes orbitais têm reservado para arbitragem (sinônimo, arbitramento) as atividades de julgamento arbitral "stricto sensu" e *arbitração*, peritagem técnica ou determinação de meros fatos realizada por terceiros, sem a necessidade do rito processualístico do verdadeiro juízo arbitral. A confusão terminológica é igualmente presente no direito anglo-norte-americano; apesar dos dicionários jurídicos, a praxe mostra que *arbiter* é o juiz arbitral, *arbitration*, a peritagem técnica e a arbitragem; *arbitrator* e *arbitrage*, palavras em relativo declínio.

aquele que decide, por permissivo das partes, mas cuja decisão não é obrigatória para as partes, nem se acha restrito a decidir segundo algum rito. Feitas as distinções, cremos que na Idade Média, teria havido, distintamente, as três figuras citadas por BOUTILLIER.

Foi, igualmente, o comércio entre as cidades do norte da Itália o responsável pelo aparecimento do predecessor do moderno diplomata, que seria nos séculos seguintes, o grande fautor das soluções pacíficas de litígios entre Estados, inaugurando a forma da negociação diplomática. Mantidas tais cidades fora do principal sistema medieval, eram elas “interconectadas por incontáveis interesses comuns, assim como rodeadas de ferozes rivalidades¹⁹. Excelentes mercadores, os italianos sentiram a necessidade de formar pessoal treinado para bem negociar com estrangeiros ou serem enviados a lugares estrangeiros para aí realizarem o comércio; deveriam tais prepostos estar capacitados a transportar, com segurança, grandes quantidades de valores, pelos despolicidados caminhos medievais. Aos poucos, em Florença, formou-se um corpo de especialistas que, na época, não estavam a serviço de um único governante, mas que podiam ser contratados por quem desejasse negociar com estrangeiros ou noutras cidades²⁰. Paralelamente, criavam-se grupos armados permanentes, com salários pagos pelos interessados, e que deveriam acompanhar e proteger aqueles prepostos. Estavam, assim, lançados os alicerces do Estado moderno, com os primórdios da diplomacia institucional, posteriormente vinculada a um único governante, o monarca, e, modernamente, ao Estado, bem como a instituição dos exércitos permanentes, que com a diplomacia,

19. HAROLD NICHOLSON *Diplomacy*, 3.^a edição, Oxford University Press, Londres, 1969, p. 12 (tradução livre).

20. O fato de, modernamente, os Estados poderem representar interesses de outros em terceiros países (no caso de rompimento de relações diplomáticas), revela a origem negocial da diplomacia. Um caso famoso de diplomata representar país que não é de sua nacionalidade, foi o do fundador do D. I. Público, Hugo Grotius, holandês, Embaixador da Suécia em Paris.

constitue-se nos fundamentos da política exterior dos Estados modernos.

Unificados na pessoa dos Reis católicos, os primeiros Estados na moderna acepção, Espanha e Portugal, partem para a conquista do Novo Mundo. Problemas novos são criados, à vista dos estranhos seres que habitavam as Américas; ingênuos, politeístas, vivendo alguns na infância da civilização, outros, numa civilização incompreensível para os europeus, perguntavam-se estes se aqueles seriam mesmo seres humanos, e o relacionamento com eles deveria ser de santa hostilidade, como o fora com os infiéis, os muçulmanos, e quais os títulos jurídicos que dariam apoio às conquistas de territórios. Colocava-se, na verdade, a questão mesma que fundamenta o Direito Internacional Público, qual seja, a regulamentação das relações entre agrupamentos humanos diferenciados por valores, mas unificados por alguns outros, que possibilitam aquele relacionamento mesmo. Tratava-se, pois, de descobrir o horizonte comum a todos os homens, onde pudessem fincar as bases de um sistema normativo entre unidades políticas diferenciadas ²¹.

Ainda à Igreja Católica, responsável pelo aperfeiçoamento da cultura e da civilização na Idade Média, guardiã da cultura greco-romana clássica, celeiro dos melhores pensadores de todos os tempos, à cuja sombra surgiria a universidade, caberia propiciar a descoberta dos valores comuns a todos os homens e lançar os fundamentos do moderno Direito Internacional Público, e todo o seu repertório de soluções pacíficas de controvérsias. Elaborando os conceitos de direito natural, já presentes na melhor tradição greco-romana, revalorizados no Novo Testamento e tornados sistematizados pelos pensadores medievais, os teólogos espanhóis do tempo do *Siglo d'Oro*, com destaque do dominicano FRANCISCO DE VICTORIA

21. A rigor, só se pode falar na existência de Estados, no momento do nascimento deles (Paz de Vestfália de 1648).

(1480-1546), deram nova direção ao que GAIO chamava *jus gentium* e definia como *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (Gai., 1,1) e que VICTORIA, mantendo a definição, denominaria de *jus inter gentes*; a direção referida foi no sentido de, novamente, trazer para a esfera do conceito de direito jurídico natural, que se encontrava, então, nos domínios da Teologia e da Ética. Na concepção de FRANCISCO VICTORLA, haveria um direito natural imanente e objetivo, que diria da validade de quaisquer outros direitos, pois, tendo sido colocado por Deus, não poderia ser revogado pela autoridade dos homens, inclusive um rei, como Henrique IV, que assistia às suas preleções em Salamanca. Em época posterior, outro precursor do Direito Internacional Público, o jesuíta espanhol FRANCISCO SUARES (1548-1617), introduziria uma distinção no conceito: ao lado do direito natural imanente às sociedades dos homens, criado por Deus, há outros que se podem descobrir nas várias legislações dos povos e que são comuns a todas: estes são obra dos homens, que os criam por prática generalizada. Tal elemento voluntarista permitiria a elaboração do conceito, até o ponto em que o holandês HUGO GROCIO (1583-1642), considerado o fundador do Direito Internacional o expôs; reconhecendo com os teólogos espanhóis a distinção entre direito natural e direito internacional positivo, à diferença de SUAREZ, GROCIO fá-lo brotar não do costume, mas de acordos entre Estados (*jus gentium voluntarium*). Indo mais além, GROCIO não se limita a reconhecer o direito natural como fundamento do Direito das Gentes, mas elabora um verdadeiro sistema de direito das gentes, completo e modificável por normas positivas. Seu tratado “*De Jure Belli ac Pacis*” iria decisivamente influenciar todos os escritores que se seguiriam.

HUGO GROCIO bem representa o espírito de seu tempo. Tendo sido embaixador da Suécia em Paris, tendo participado das longas negociações que conduziram à assinatura dos Tratados de Vestfália de 1648, que finalizaram com a Guerra

dos Trinta Anos, pôde detectar a existência de um direito entre as unidades políticas que então se formavam, os Estados, formular suas bases, estabelecer seus princípios e indicar os caminhos ideais pelos quais deveria prosseguir, no sentido de evitar confrontações bélicas entre os sujeitos cuja ação regulava. Já nos mencionados Tratados de Vestfália, há a marca indelével do estabelecimento definitivo dos Estados modernos; colocando fim a uma das muitas guerras de religião, os tratados firmaram a vinculação definitiva da ordem e da lei ao território da autoridade governante, sem quaisquer intermediários ou superiores: *hujus regio, ejus religio*, onde *hujus* e *ejus* se referem aos nobres que tinham tomado parte na mencionada guerra. Assinados em Münter (católicos) e Osnabrück (protestantes), colocam os Tratados de Vestfália um fim à *pax christiana* e a qualquer veleidade de o Papa ou o Imperador servirem de árbitros perpétuos nas disputas políticas, já que a Guerra dos Trinta Anos tinha sido a suprema tentativa da Igreja Católica e da Casa dos Habsburg de unificar a Europa pela extirpação do protestantismo e pelo triunfo de uma monarquia católica universal. Com base territorial fortemente assentada, com o poder concentrado numa pessoa e não mais atomizado entre burgos, corporações, ordens de pertença por nascimento a diversos estamentos, com sua autoridade máxima laicizada, no Estado moderno, as relações internacionais tendem a encontrar soluções pacíficas de litígios em novas formas, de fundo eminentemente concensual, onde o público e o privado se encontram em rígida separação.

É evidente que, com tal conformação política, no Estado moderno de forte base territorial, as leis perdessem seu caráter de normas comuns às unidades políticas e, cada vez mais, ganhassem peculiaridades nacionais. Reaparece a antiga distinção de *ULPIANO* entre direito público (*quod ad statum rei Romanae spectat*) e direito privado (*quod ad singulorum utilitatem spectat*) e, ainda, se cria outra, até o momento inexistente: direito interno e direito das gentes, ou internacio-

nal²² As arbitragens entre Estados se retraem e, os estadistas, como que esquecidos da tradição e dos precedentes existentes na Idade Média, irão elaborar um desenvolvimento diferente, a partir do aparecimento de comissões mistas e a eleição de um estranho à lide, como desempassador.

Em semelhante clima propício à diversidade legislativa, e na medida em que as transações entre homens não conhecem fronteiras, apesar de os poderes judicantes estatais se encaminharem para um enrijecido nacionalismo, as soluções extrajudiciais para litígios entre particulares continuam a ter suas aplicações. A existência de tribunais privilegiados para os nobres, a lentidão e os custos elevados dos processos, fazem a popularidade da arbitragem e causam as tiradas sardônicas contra a justiça togada, como na Fábula *L'Huître et les Plaideurs* de *La Fontaine*²³.

No que respeita à solução pacífica de litígios entre Estados, a doutrina ganha novas valorações, com as obras que buscam estabelecer as condições de uma paz perpétua. Alguns autores aventam uma idéia de organização federativa entre os Estados: EMÉRIC CRUCÉ (*O Novo Cynée ou Discurso sobre as ocasiões e meios de estabelecer uma paz geral e a liberdade do comércio em todo o mundo* — 1623), SULLY (*O Grande Designio* — 1611/38), WILLIAM PENN (*Projeto para uma paz presente e futura* — 1693), do ABBÉ DE SAINT-PIERRE (*Memória para tornar a paz perpétua na Europa*, de 1712 e *Projeto para a paz perpétua na Europa* — 1713/16) e JEREMIAS BENTHAM (*Projeto de paz universal e permanente* — 1789). Outros, como EMANUEL KANT, dando-se conta da irrealizabilidade de uma sociedade de nações ou de formas federativas entre Estados, prognostica ser um imperativo da razão a que os Estados se acerquem da realidade deste *Foedus*

22. O termo internacional só seria criado, no Século XVIII, por JEREMIAS BENTHAM.

23. Mettez ce qu'il en coûte à plaider aujourd'hui. Comptez ce qu'il en reste à beaucoup de familles: Vous verrez que Perrin tire l'argent à lui. Et ne laisse aux plaideurs que le sac et les quilles.

Amphictyonum, através de uma cooperação permanente e decidida entre si (*Sobre a Paz Perpétua* — 1795).

Se por um lado “a doutrina antigo-medieval do *bellum justum* se esvai pouco a pouco, substituindo-a a concepção de que todo o Estado tem o direito de declarar a guerra, se assim o exigem seus interesses”²⁴, por outro, a intensa movimentação diplomática aperfeiçoaria os mecanismos da negociação e dos bons ofícios. O intrincado sistema de alianças e de ligações entre as famílias reinantes, favoreceria um sistema de soluções pacíficas de controvérsias entre os membros do sistema e, definitivamente, introduziria as noções de consulta prévia aos aliados, em casos que envolvessem a ação estratégico-diplomática do Estado, na época, confundido com a pessoa do monarca.

A Revolução Francesa representa o maior interesse para o estudo das soluções pacíficas de controvérsia. Os Decretos de 16 e 24 de agosto de 1791 qualificam a arbitragem entre particulares como “o meio mais razoável de terminar uma contestação entre cidadãos” e, acrescentam, “os legisladores não poderão baixar nenhuma disposição que tenda a diminuir, seja o favor, seja a eficácia do compromisso” A Constituição de 3 de setembro de 1791, expressamente dispunha que “o direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas contestações pela via da arbitragem, não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do poder legislativo” (Tit. III, Cap. V, art. 5.º) O prestígio da arbitragem aumenta, com as leis do período da Convenção tendo multiplicado os casos em que se tornam obrigatórias as arbitragens entre particulares.

Não pode ser esquecida a importância de ter a Revolução Francesa consagrado a filosofia do Iluminismo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, posteriormente colocada no umbral da Constituição

24. ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Madrid, 5.ª ed., 1967, p. 37 (Em tradução da edição em espanhol, livremente, pelo autor).

de 1791. Em especial, note-se que, no seu art. 6.º (Todos os cidadãos sendo iguais aos olhos da lei, são admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que a de suas virtudes e de seus talentos), abriam-se as portas para a democratização da carreira diplomática. De um modo geral, ao permitir o controle democrático dos atos do Executivo, dos quais se cita o das relações exteriores do Estado, a Revolução Francesa deu ao cidadão o controle dos negócios internacionais e, conseqüentemente, responsabilizou-o pela paz e pela busca de soluções pacíficas de litígios com outras Nações.

Ainda no espírito revolucionário, mas já no Império, a grande contribuição de França para o tema, foi a publicação de 21 de março de 1804 (ou seja, de 30 Ventoso, ano XII), do *Código Civil* dos Franceses (*Código Napoleão*), obra monumental de codificação dos direitos privados, que o gênio de Napoleão considerava sua obra mais importante. Tendo sido o modelo para um sem número de outras codificações que se seguiriam, foi o responsável pela disseminação de princípios de direito privado uniformes.

As arbitragens entre Estados desconhecem os precedentes dos julgamentos arbitrais feitos por um superior hierárquico, como na Idade Média, e repartem de uma prática diplomática que se aperfeiçoou, as comissões mistas. De início, simples procedimento bilateral, tais comissões mistas evoluíram no sentido de instituírem um terceiro, não parte no litígio, que pudesse eventualmente realizar o desempate. Tal procedimento se desenvolve a partir do *Tratado Jay* de 1794, entre a Inglaterra e o país recentemente independente, os Estados Unidos da América, generalizando a prática da instituição do superárbitro, elemento neutro e eleito pelos árbitros (em inglês, *umpire*) CHARLES ROUSSEAU²⁵ mostra o inconveniente de tal forma de arbitragens entre Estados, pois careciam de uma autoridade, a menos que fossem prolatadas

25. *op. cit.*, p. 302.

por um Chefe de Estado as sentenças arbitrais, e aponta o posterior desenvolvimento histórico, no sentido de encontrarem-se unidas as duas formas, nos séculos posteriores, de arbitragem por comissões mistas, onde o superárbitro é um chefe de Estado.

Desarticulado o sistema internacional da Paz de Vestfália, ruído ficou o “Ancien Regime” Exilado Napoleão, reuniu-se o Congresso de Viena em 1815 para restabelecer-se a paz na Europa e reorganizar as relações internacionais. O sistema que se segue, *Concerto Europeu*, caracterizou-se pela responsabilização da paz aos Grandes de então, França, Inglaterra, Prússia, Rússia e Império Austro-Húngaro, que se comprometiam a consultar-se, reciprocamente, no caso de tomada de decisões que pudessem afetar o equilíbrio na Europa. Seguiu-se uma política de intervenção das Grandes Potências nos países periféricos, mas, de qualquer forma, houve certo equilíbrio de forças, embora nem sempre a referida consulta fosse realizada; tal equilíbrio, em parte, deveu-se ao fato de que o sistema de alianças era extremamente flexível, dada uma conformação de Estados com relativo poder semelhante, os alinhamentos diplomáticos permitiam um não enrijecimento de blocos antagônicos. Como a Inglaterra servisse de fiel da balança em manter o equilíbrio, inclinando-se para as formações diplomáticas que melhor compensassem um crescimento de outras formações, o período tem sido conhecido como o da *pax britannica*.

A diplomacia, definitivamente, passou a caracterizar-se como serviço público do Estado, e não mais como um serviço pessoal prestado ao governante, e, fato importante, teve suas funções regulamentadas no Congresso de Viena de 1815, mais tarde complementadas pelo Protocolo de Aix-la-Chapelle de 21 de novembro de 1818. Documentos importantes formalizavam os costumes internacionais, tornando mais intensa a movimentação diplomática, já favorecida com os sistemas de alianças, propiciando o aperfeiçoamento das técnicas de soluções pacíficas de controvérsias, em especial, da negociação.

A partir de 1872, casos que poderiam ter causado a guerra, são resolvidos por arbitragens entre Estados. Três são célebres: o caso Alabama, navio sulista armado na Inglaterra, com a abstenção complacente desta, e que causara sérios danos aos navios mercantes que mostrassem simpatia pela causa dos nortistas, no curso da Guerra da Sucessão nos EUA (arbitragem em 1872, que reconheceu as reclamações dos EUA contra a violação da neutralidade por parte da Inglaterra, e foi resolvida por um tribunal arbitral reunido em Genebra, com os árbitros indicados pelo Presidente dos EUA, a rainha da Inglaterra, o rei da Itália, o Presidente da Confederação Suíça e o Imperador do Brasil, que nomeou o Visconde de Itajubá, na época, enviado extraordinário e ministro plenipotenciário do Império brasileiro em Paris); o litígio entre os mesmos países, a propósito de focas de pele no mar de Bhering (1893) e o litígio sobre fronteiras nos Andes entre a Argentina e o Chile (1902). Na época, o Brasil funcionou como árbitro, ainda, em casos de reclamações mútuas franco-americanas (1884), reclamações da França, Itália, Grã-Bretanha, Alemanha etc., contra o Chile (1882/1887).

O Brasil recorreria à arbitragem internacional em vários casos. Na Questão Christie (agressão de três oficiais ingleses, à paisana à sentinela do posto oficial da Tijuca, e indenização pecuniária pelo naufrágio da barca inglesa Prince of Wales no Rio Grande do Sul), resolvida por arbitragem do Rei Leopoldo da Bélgica, daria ganho de causa ao Brasil (1863). As questões entre o Brasil e os EUA, relativas ao naufrágio da galera norte-americana Canadá, no Rio Grande do Norte, resolvido pelo enviado extraordinário e ministro plenipotenciário da Grã-Bretanha em Washington, condenou em 1870 o Brasil a pagamento de indenização. A Reclamação do cônsul-geral da Suécia-Noruega, pelo abalroamento da barca norueguesa Queen, pelo monitor brasileiro Pará, em Assunção, foi resolvida pela arbitragem do enviado extraordinário e ministro plenipotenciário de Portugal no Rio de Janeiro. Foi, contudo, nas questões de limites que o Brasil

mais se destacou com o recurso às soluções arbitrais. A Questão do território de Palmas (limites entre o Brasil e a Argentina), resolvida pelo Presidente dos EUA, Cleveland, em 7 de setembro de 1889, foi favorável à tese defendida pelo advogado do Brasil, o Barão do Rio Branco. A Questão do Amapá (fronteiras entre o Brasil e a Guiana francesa) foi resolvida pela arbitragem do Conselho federal da Suíça, tendo o laudo sido proferido pelo Presidente da Confederação Suíça, em 1.º de dezembro de 1900, a favor do Brasil; o advogado brasileiro foi, igualmente, o Barão do Rio Branco. Na Questão de Limites entre o Brasil e a Guiana Britânica, (Questão do Pirara), funcionou como árbitro o Rei Victorio Emmanuelle III da Itália; decidiu contra as argumentações de Joaquim Nabuco, advogado do Brasil, em laudo de 6 de junho de 1904, que recebeu críticas dos internacionalistas da época²⁶.

A partir das tentativas feitas na Primeira Conferência de Paz da Haia, criava-se em 1899, com sede naquela cidade, uma Corte Permanente de Arbitragem, até hoje existente; constava de uma lista de árbitros a serem escolhidos no caso de litígios entre Estados, bem como de um Secretário permanente com assento na sede do tribunal. No seu final, assinaram-se três convenções, uma das quais, sobre soluções pacíficas de controvérsias, que foi votada por unanimidade dos 26 Estados participantes. A Segunda Conferência de Paz da Haia, que agrupou 44 Estados, com a participação de Estados não europeus, igualmente, aprovaria 13 convenções, uma declaração afirmando o princípio do recurso à arbitragem, obrigatório; uma das convenções consagra a idéia do jurista russo VON MARTENS, da instituição de comissões internacionais de investigação, como formas novas de soluções pacíficas de controvérsias. Note-se que a convenção da Haia de 1907 representa um dobrado interesse nos dias atuais, uma vez que sua jurisdição pode ser estendida, conforme o precedente arbitral

26. Veja-se, sobretudo, em Hildebrando Accioly, *Tratado de D. I. Público*, 2.ª ed., vol. III, 1957, p. 59 e segs.

de 1934, em *Radio Corporation of America versus Governo chinês*, a questões que envolvam um Estado e uma pessoa de direito privado, representando, assim, uma das várias possibilidades de formar-se jurisdição em questões que dizem respeito à atuação das multinacionais (casos de arbitragem semi-internacionais).

Quanto às arbitragens entre particulares, na maioria dos países de direito codificado (“civil law”), sofreram restrições com a promulgação dos Códigos de Processo Civil. Na França, por exemplo, com reação à liberalidade do período revolucionário, restringiram-se os casos de serem objeto de compromisso (arbitrabilidade), extinguiu-se a arbitragem obrigatória e cerceou-se o ato de condições de validade bastante severas: o laudo arbitral é sempre suscetível de revisão pelo judiciário e perde o caráter de auto-exequível, se não for homologado pela justiça togada. No sistema de direito jurisprudencial (“common law”) a tendência é deixar a arbitragem praticamente regulamentada entre as partes, com mínimas exigências nos estatutos e na regra do precedente judicial (na Inglaterra, por exemplo, o laudo arbitral é auto-exequível, dispensando homologação judicial para sua execução; nos EUA, concede-se “specific performance” para a parte que não cumpriu a cláusula compromissória ou o compromisso e que recorreu aos tribunais).

Ainda na técnica das soluções pacíficas de controvérsias, no período anterior à Primeira Guerra Mundial, viram-se aparecer os delineamentos dos primeiros organismos internacionais, as uniões administrativas, já indicativos do espírito federalizante característico do século XX. Em 1878 criava-se a União Postal Universal; a seguir, várias uniões se estabeleceram: União Radiotelegráfica Universal, e em múltiplos domínios, para o sistema métrico (1875), para a proteção da propriedade industrial (1883) literária e artística (1884), para as estradas de ferro na Europa (1890). Deve notar-se que tais uniões administrativas eram mais órgãos técnicos de troca de informações entre os Estados do que, realmente, organismos

internacionais onde se exerce uma diplomacia parlamentar em busca de soluções pacíficas de litígios, tipicidade reservada à época das relações internacionais após 1919.

A Primeira Guerra Mundial viria dar um golpe de morte no sistema do Concerto Europeu, que principiara a mostrar sinais agônicos desde a guerra franco-prussiana e da unificação da Alemanha e da Itália, que se constituíram novos focos de poder, colocando o equilíbrio na Europa em profundo abalo. Guerra total, envolvendo populações e indústrias civis, com objetivos globais, fortemente apoiada no reforço da retaguarda civil, levaria a destruição para além das linhas de combate e exigiria a participação forçada de todos os cidadãos, soldados ou civis, indiscriminadamente. De tal forma globalizada, exigiria, por outro lado, uma paz com objetivos igualmente globais, que atendessem aos reclamos de cumprimento das promessas feitas na época da mobilização nacional, de melhoria do nível de vida e de melhor situação do operário, que tinha sido, com seu trabalho redobrado, igualmente, o fator da vitória. Por tais razões, os *Tratados de Versalhes* de 1919 marcam o nascimento do *Welfare State*, que se caracterizaria por uma crescente intervenção do Estado em assuntos que, na forma anterior do *Etat Gendarme*, eram deixados ao livre jogo das forças sociais, governados, em plena liberdade, pela “hidden hand” smithiana.

Pela primeira vez na História, o Novo Continente participaria de uma guerra europeia, de natureza total, e também, pela primeira vez, o ideário de um Presidente americano tentaria colocar-se na diplomacia mundial. Nos famosos Catorze Pontos, o Presidente W Wilson dos EUA transporia valores norte-americanos para a política internacional, como exigência da participação daquele país na Grande Guerra: no I Ponto, uma diplomacia pública de tratados e negociações abertas (*open covenants of peace, openly arrived at*) e, no XIV Ponto, a instituição de um sistema de relações internacionais, baseado na responsabilidade ilimitada e coletiva de

todos os Estados, com a criação de um organismo internacional que julgasse as ameaças à paz, pela unanimidade de seus membros.

Os *Tratados de Versalhes* de 1919 buscaram, na verdade, instituir o *Welfare State* com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a primeira organização internacional, no sentido atual, com estrutura e personalidade jurídica internacional. A diplomacia aberta era instituída, mediante a obrigatoriedade de registro de tratados internacionais na Secretaria da Sociedade das Nações, organismo internacional criado na ocasião, e que se incumbiria de publicá-los (art. 18 do Pacto). Quanto à organização da paz, à Liga das Nações (ou Sociedade das Nações) caberia o papel de assegurar um mecanismo de consultas diplomáticas em nível permanente e institucional, garantindo as decisões do organismo internacional, que deveriam ser tomadas por unanimidade de seus membros.

Importante foi a contribuição do sistema instalado em 1919 para as soluções pacíficas de controvérsias. No campo da diplomacia, inaugurou-se um novo tipo de contacto diplomático, a diplomacia parlamentar, espécie do gênero diplomacia multilateral, que se torna institucionalizada e permanente no seio das organizações internacionais, bem como aperfeiçoou outro, a diplomacia de cúpula, que consiste no contato dos Chefes de Estado ou de seus Ministros das Relações Exteriores, diretamente com seus pares. A melhoria dos meios de comunicação e de transporte facilitam a negociação, tornando-a mais flexível. Criam-se funcionários internacionais, que deveriam ocupar cargos no Conselho, Assembléia e Secretariado da Liga das Nações. Aparece mais uma figura de apaziguador, conciliador e mediador na cena internacional, o Secretário da Liga.

A arbitragem entre Estados é regulamentada pelo Ato Geral de Arbitragem, assinado em Genebra em 1928, que “constitui um verdadeiro código de procedimentos interna-

cionais concernente, malgrado seu nome, não só à arbitragem, mas ainda à conciliação e o recurso judicial²⁷, adotado por ocasião da Nova Assembléia Geral da Sociedade das Nações. Nas suas mais importantes disposições do Ato Geral previa, no caso de litígios entre Estados, o recurso a uma comissão mista de conciliação; no caso de fracasso da mesma, os litígios de natureza política, e que versassem sobre assuntos de “*lege ferenda*”, seriam resolvidos por arbitragem, admitindo-se a solução “*ex aequo et bono*”, e os litígios de natureza jurídica, com base na interpretação de um direito existente entre as partes, seriam resolvidos, judicialmente, pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Por mandamento do artigo 14 do Pacto, criou-se um tribunal internacional de âmbito mundial, o primeiro na História do Homem, cujos estatutos foram adotados pela Assembléia da Liga em 1920, e ao qual a maioria dos Estados integrou²⁸. Era, assim, inaugurada a forma mais perfeita de solução pacífica de controvérsias entre Estados: a maneira judicial. Contudo, nem todos os Estados reconheceriam, *per se*, a jurisdição da Corte. Imaginou-se uma cláusula, posteriormente integrada nos Estatutos, cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, pela qual, aos Estados se facultava adotar a jurisdição automática da Corte. Assim sendo, no sistema da Corte, e que persiste até nossos dias, há duas situações: a) jurisdição automática da Corte, quando ambas as partes num litígio reconhecem a competência obrigatória da mesma; b) jurisdição instituída por compromisso, que reconhece e delimita a jurisdição da Corte, possível entre os Estados signatários da referida cláusula de um lado, e do outro, Estados não signatários. A obra da Corte, e sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, esta já no sistema da ONU, tem contri-

27. CLAUDE-ALBERTO COLLIARD, *Institutiones des Relations Internationales*, 6.ª ed. Paris, Dalloz, 1974, p. 53 (tradução livre do autor).

28. Na verdade, a primeira corte internacional foi a Corte de Justiça Centroamericana, que existiu de 1907 a 1917, entre Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Salvador.

buído para enriquecer a jurisprudência internacional, em obra da maior autoridade científica.

Quanto à arbitragem entre particulares, firmam-se dois importantes diplomas internacionais: a) a Convenção de Genebra de 26-9-1927, sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras e b) o Protocolo de Genebra de 24-9-1923, relativo à cláusula arbitral, este ratificado e decretado como lei interna no Brasil (Decreto 21.187 de 22 de março de 1932) Assim sendo, e em que pesem opiniões em contrário de que o Código de Processo Civil de 1939 teria revogado o mencionado Protocolo de Genebra de 1923, seguimos o princípio universalmente aceito e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal²⁹ de que uma convenção internacional só se revoga com a *denúncia*, que no caso nunca houve, e, portanto, reconhecemos ser lei vigente no Brasil e para as relações comerciais em que apareça um elemento conectado com a lei brasileira, os princípios do Protocolo de Genebra de 24-9-1923³⁰. São eles: a) o reconhecimento de compromissos ou cláusulas compromissórias em contratos comerciais celebrados entre partes submetidas à jurisdição dos Estados signatários, “ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes do contrato (art. 1.º, *caput*) ; b) instituição da lei eleita pelas partes e lei da sede do tribunal arbitral, nessa ordem, para regular o processo da arbitragem, inclusive a constituição do tribunal (art. 2.º, *caput*) ; c) garantia da execução do laudo arbitral proferido no território dos Estados parte do Protocolo (art. 3.º) ; d) a remessa ao julgamento dos árbitros, pelos Tribunais dos Estados contratantes, de litígios que envolvam um contrato “que encerre um compromisso ou uma cláusula

29. STF, *Apelação Cível* nº 9.587, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 34, 1953, p. 106.

30. O Brasil, na ratificação do Protocolo, apresentou reserva, no sentido de considerar o compromisso ou cláusula compromissória previstos no art. 1.º, aplicável “somente aos contratos considerados como comerciais pela lei brasileira” (HILDEBRANDO ACCIOLY, *Actos Internacionaes Vigentes no Brasil*, 2.ª, Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, ed., 1936, tomo I, p. 30).

compromissória”, no caso de serem estes válidos (“não haverem caducado ou deixado de produzir efeito” art.º e par.).

Nos domínios do direito privado, no período do entre-guerras, há um grande movimento de uniformização dos direitos internos dos Estados, relembrando-se que o Direito Uniforme é considerado um instrumento de soluções pacíficas de controvérsias, suprimindo as divergências entre as legislações. Destaque-se a assinatura das Convenções de Genebra de 7 de junho de 1930 (para adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, para regular conflitos de leis em matéria de câmbio e notas promissórias e relativa ao imposto de selo em matéria de letras de câmbio e notas promissórias) e de 19 de março de 1931 (Convenção para adoção de uma lei uniforme sobre cheques, para regular conflitos de leis em matérias de cheques e para regular o imposto de selo em matéria de cheques). As Convenções aprovadas sob a égide da OIT realizam tarefa importante no campo de uniformização de normas trabalhistas.

No continente americano, é intensa a atividade da União Panamericana, criada no final do século anterior, em Washington, em 1889, e que seria posteriormente transformada na atual Organização dos Estados Americanos. No período considerado, adota-se seu texto constitucional em 1928, em Havana, bem como assinam-se os principais tratados que constituem o sistema interamericano atual: asilo político (Montevideu, 1933) unificação do direito internacional privado, Código Bustamante (Havana, 1928), arbitragem (Montevideu, 1940) Em 1933, na Sétima Conferência Internacional dos Estados Americanos, foi criada a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), com a “finalidade de estabelecer e manter um sistema interamericano de conciliação e arbitragem para soluções de controvérsias comerciais”³¹,

31. C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, *Arbitragem Comercial, Aperfeiçoamento, Institucionalização e Universalização*, in Sindicato dos Bancos do Estado da Guanabara, *Caderno Especial n.º 73 (Jurídico n.º 5)*, p. 13.

que, na verdade, ficaria sem muita atividade, até 1968, quando se aprovariam seus Estatutos, na Segunda Conferência Interamericana sobre Arbitragem Comercial (México). Ainda quanto à arbitragem entre Estados, é mister fazer-se referência ao Tratado Geral de Arbitramento Interamericano de 1929, adotado por ocasião da Conferência de Conciliação e Arbitragem, reunida em Washington.

No Brasil, aos princípios constitucionais da obrigatoriedade de recurso à arbitragem internacional para a solução de disputas entre Estados (Const. de 1891 art. 34 e 88 e Cont. de 1934 art. 4.^o), o art. 5.^o, XIX, letra c, da Constituição Federal de 1934 dava competência à União de legislar sobre “normas fundamentais da arbitragem comercial” e, no par. 3.^o do mesmo artigo, dava competência concorrente aos Estados-membros para “atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou exigências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta”³². Foi em obediência aos princípios constitucionais que o Brasil, no período considerado, assinou Convenções de arbitragem com todos os países vizinhos.

O sistema da Liga das Nações funcionaria até a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Embora não caiba aqui uma apreciação das causas do conflito de 1939/1945, bastaria apontar que o sistema de segurança coletiva ilimitada, onde a unanimidade entre Estados é a regra, não poderia funcionar a contento, num ambiente internacional onde impera uma igualdade jurídica, mas profundas desigualdades políticas. Por outro lado, em nenhum momento os grandes Estados estiveram ao mesmo tempo, presentes na Liga das Nações, o que impediu que ela servisse de verdadeiro canal diplomático e de órgão de soluções pacíficas de litígios entre seus Membros; os EUA nunca foram membros (pela paradoxal recusa do Se-

32. Esta é a única vez que a expressão arbitragem comercial aparece em um texto constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1937, art. 18 letra g, criava competência concorrente para os Estados legislarem sobre “processo judicial e extra-judicial”. Em todas as Constituições, salvo a do Império, há referências expressas à arbitragem, como meio de evitar-se a guerra.

nado norte-americano de aprovar a parte dos Tratados de Versalhes que consagravam o ideal do Presidente Wilson), a Alemanha quando admitida, não encontraria a URSS, que tinha sido expulsa, pela sua invasão na Finlândia.

O sistema que se seguiu, atualmente em vigor, se caracteriza pelo estabelecimento de um mecanismo de segurança coletivo, pelo qual são imediatamente responsáveis, portanto com direito de paralisar o funcionamento do organismo (direito de veto no Conselho de Segurança) as cinco maiores potências, membros permanentes do Conselho de Segurança: EUA, URSS, França, Grã-Bretanha e República Popular da China. É a partir de 1945, que mais se evidencia o espírito federalizante da história atual, com a criação de inumeráveis organismos internacionais, ao lado da ONU.

A ONU aperfeiçoou o sistema da Liga ao colocar o tribunal internacional, agora com a nova denominação de Corte Internacional de Justiça, como seu órgão, ao lado dos demais: Assembléia Geral, Conselho de Segurança, Conselho de Tutela e Conselho Econômico e Social (ECOSOC). Através do ECOSOC, vinculou a si os organismos internacionais anteriormente existentes (UPU, ITU, OIT), criou outros mais (FAO, OACI, UNESCO, etc.) e trouxe para sua coordenação os inúmeros organismos internacionais não governamentais (NGOS), tais como a Cruz Vermelha Internacional, a International Law Association, etc. O Secretário Geral da ONU passa a ser, por excelência e devido ao seu prestígio, mediador e conciliador, com a faculdade de chamar a atenção, *ex officio*, do Conselho de Segurança para as situações em que haja ameaça à paz mundial.

É, ainda na atualidade, que se viu aparecerem os organismos regionais de segurança coletiva, que, de certa forma, concorrem com a ONU na busca de solução de conflitos entre os participanates: NATO, Pacto de Varsóvia, etc. A antiga União Panamericana muda sua denominação para Organização dos Estados Americanos, OEA, e busca modernizar sua estrutura e funcionamento.

A maior contribuição para as soluções pacíficas de litígios entre Estados, se dá no campo da cooperação econômica regional. Criam-se organismos de integração econômica regional, que vão do tipo “zona de livre comércio” (ALALC, EFTA), até os esquemas de maior integração econômica, do tipo mercado comum (união alfandegária com instituições comunitárias e uma política econômica e comercial comum), Mercado Comum Centro-Americano, Comunidades Econômicas Européias (MCE), Conselho de Assistência Mútua (COMECOM). Nas Comunidades Econômicas Européias aparece a Corte de Justiça Européia, que funciona como tribunal europeu das três Comunidades, CEEA, CEE e EURATOM, e cuja jurisprudência é da mais alta relevância para as soluções de controvérsias entre os integrantes das Comunidades européias e exemplo vivo das soluções justiciáveis de litígios entre Estados.

É ainda no período histórico em consideração, que, pela primeira vez na vida internacional, se procura disciplinar o comércio entre as Nações. Formas de controlar os meios de pagamentos internacionais são elaborados no seio do FMI e nos mecanismos de financiamentos internacionais, através de um banco mundial, BIRD, cujas ações buscam “despolitizar” o mundo das finanças públicas internacionais. Mais diretamente, a constituição do GATT e as realizações das conferências sobre comércio e desenvolvimento, UNCTAD, buscam disciplinar o comércio, seja propiciando à multilateralização de cláusulas de nações mais favorecidas, seja influenciando, diretamente, nas condições em que se realiza o comércio internacional.

Quanto às arbitragens entre particulares, seu interesse multiplicou, especialmente a partir de 1950, devido à maior frequência de contratos comerciais internacionais (compra e venda, transferência de tecnologia) e do movimento internacional de inversões de capital privado ou estatal. Convenções multilaterais (de Nova York de 1958, Convenção Européia

sobre Arbitragem Internacional, Genebra, 1961), maior frequência de cláusulas arbitrais em tratados de comércio e navegação, em favor de particulares dos Estados contratantes³³, o aparecimento de inúmeras instituições permanentes arbitrais (a ONU recenseou 127 existentes) de vocação universal, tais como a Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Paris, a American Arbitration Association, as Cortes Arbitrais das Câmaras de Comércio de Londres, Genebra, Estocolmo e do Ministério do Comércio Exterior da URSS, são manifestações inequívocas da importância da arbitragem internacional entre particulares. Por outro lado, a praxe do comércio internacional tornou obrigatório o uso de cláusulas arbitrais em todos os negócios comerciais transnacionais, especialmente aqueles que envolvem figuras jurídicas relativamente recentes, como as concessões minerárias, petrolíferas, de serviços públicos, e ainda os contratos ou tratados de transferência de tecnologia ou de transferência direta de investimentos. Os temores das nacionalizações de investimentos diretos ou indiretos, a busca de soluções extrajudiciais mais expeditas e concordes com a natureza dos negócios, inclusive pelo seu segredo, fizeram da arbitragem comercial internacional o meio mais adequado para solucionar pendências. Resalte-se, sobremaneira, ser a arbitragem o único instrumento que pode conciliar o fato de os Estados estarem cada vez mais a praticarem o comércio, com a regra universalmente aceita de que “*par in parem non habet iudicium*”; na verdade, a jurisdição contratual pode solucionar as questões de imunidades de jurisdição dos Estados, ressaltando sua dignidade de ser soberano, insusceptível de submissão à jurisdição estatal de outro Estado, mesmo quando praticam atos de gestão³⁴.

33. A doutrina anglo-norte-americana denomina semelhantes tratados, que contêm cláusulas compromissórias de que se podem valer os particulares, “*umbrella treaties*”. São frequentes na prática de comércio com os países do Leste Europeu.

34. A distinção entre “*acta jure imperii*” e “*acta jure gestionis*” é uma verdadeira “*vexata quaestio*”, não resolvida pelo Direito Internacional Público.

A Convenção de Nova York de 10 de junho de 1958, “para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras”³⁵, à qual o Brasil não aderiu até a presente data, entrou em vigor a 7 de junho de 1959. Do Continente americano, são partes: Cuba, Estados Unidos da América, Equador, México, Trinidad e Tobago; ainda não ratificaram, embora signatários, Costa Rica e República Argentina. No total, é vigente entre 50 Estados, na maioria europeus (exclusive a Grã-Bretanha)³⁶. Por força do art. VII, § 2.º, a Convenção de Nova York substitui e revoga os anteriores Protocolo de Genebra de 1923, relativo a cláusulas arbitrais e à Convenção de Genebra de 1927 para a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Dada a importância do documento, em apêndice, transcrita está a Convenção de Nova York, em tradução livre do autor.

No Continente americano, a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), a Segunda Conferência Interamericana de Arbitragem Comercial, adota seus Estatutos (México, 1968): é ela “integrada pelas Seções Nacionais já constituídas ou que vierem a se constituir em cada um dos Estados Americanos. . . e nos países em que não se conclui ainda a organização da Seção local da CIAC, são utilizados os serviços das Câmaras de Comércio e dos Colégios de Advogados”³⁷. A seção brasileira da CIAC é o Centro Brasileiro de Arbitragem, fundado em 1967, com sede no Rio de Janeiro, cujos objetivos são: “I — propugnar pelo aperfeiçoamento do

35. Na terminologia do direito brasileiro, “*reconnaissance des sentences*”, “*recognition of foreign judgments or arbitral awards*”, se traduzem por *homologação* das sentenças, *homologação* de sentenças estrangeiras ou de laudos arbitrais. Preferimos, contudo, o termo reconhecimento, pois ficaria impossível traduzir o art. 3.º da citada Convenção de Nova York, cujo texto, em francês, estatui: “Chacun des Etats contractants reconnaitra l'autorité d'une sentence arbitrale. . .”

36. Informações retiradas do “Report of the Vice President of the Interamerican Commercial Arbitration Commission, Donald B. Straus” na VI Conferência Interamericana sobre Arbitragens Comerciais, realizada no Rio de Janeiro, em 5/6 de abril de 1976, p. 4.

37. C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, *op. cit.*, p. 13/14.

instituto da arbitragem em todos os campos do Direito; II — colaborar com os poderes públicos, instituições culturais e associações profissionais nas matérias relacionadas com os objetivos do CBA; III — servir como organização destinada a facilitar a aplicação das normas substantivas e adjetivas da arbitragem para a solução de controvérsias ou reclamação cível, comercial, trabalhista ou de qualquer natureza, permitida pelo direito aplicável em cada caso; IV — exercer no Brasil, as funções atribuídas às Seções Nacionais pelos Estatutos e atos constitutivos da CIAC, criada em 1933, por Resolução da VII Conferência dos Estados Americanos, em Montevideu³⁸. A CIAC mantém convênio “com a Associação Japonesa de Arbitragem Comercial, com sede em Tóquio, para a cooperação entre as duas organizações, no caso de uma controvérsia entre uma parte domiciliada em um país americano e outra domiciliada no Japão³⁹. Segundo FOUCHARD, que cita fontes do *Arbitration Journal*⁴⁰, a CIAC tem importante atividade, tendo registrado em 1949, 92 pedidos novos de arbitragem, procedido a 155 resoluções de litígios, num total de 250 mil dólares. São seções ativas da CIAC: a American Arbitration Association (AAA), norte americana, e as seções do México, Chile, Argentina, Colômbia, Venezuela, Equador, Peru, Panamá, Costa Rica e Guatemala.

Em 30 de janeiro de 1975, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, no Panamá, assinaram a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, delegados de doze países, inclusive o Brasil, destacando-se a participação efetiva dos EUA, sempre relutantes em subscreverem atos internacionais que impliquem na transformação de seu direito privado interno. Rezam os principais artigos da Convenção do Panamá de 1975: Art. 1.º — É válido o acordo das partes em virtude

38. C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, *op. cit.* p. 11.

39. C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, *op. cit.*, p. 15.

40. PHILIPPE FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, Lib. Dalloz, 1965, p. 213, rodapé 22.

do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio mercantil. O respectivo acordo constará de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex. Art. 2.º — A nomeação dos árbitros será feita na forma em que convierem às partes. Sua designação poderá ser delegada a um terceiro, seja este pessoa física ou jurídica. Os árbitros poderão ser nacionais ou estrangeiros. Art. 3.º — Na falta de acordo expresso entre as partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial⁴¹. Dos signatários, consta ter ratificado a Convenção tão somente o Panamá, até a presente data.

Enfim, faz-se mister uma referência, ainda que superficial, ao novíssimo campo em que se tem verificado arbitragens, com soluções absolutamente inovadoras, tanto para a técnica das arbitragens comerciais internacionais, quanto para a própria teoria do Direito Internacional Público e Privado. Apareceu no mundo dos negócios internacionais, uma zona cinzenta, entre as esferas do direito público e privado e interno e internacional, curiosamente assimilável à situação da arbitragem na Idade Média, onde se verifica a necessidade de arbitragens para solucionar conflitos entre Estados, de um lado, e de outro, poderosíssimos grupos econômicos privados, as empresas multinacionais, cujo ecumenismo faz recordar a “unidade na universalidade” da Igreja Católica medieval ou do Sacro Império Romano Germânico. Tem acontecido casos, o mais famoso é o da sentença arbitral entre o Governo da Arábia Saudita e a Arabian American Oil Company (Caso ARANCO, sentença de 23 de agosto de 1958, tribunal composto de dois egípcios e presidido pelo suíço SAUSSER-HALL, com sede em Genebra), em que os tribunais arbitrais têm aplicado normas de Direito Internacional Público, a contratos passados entre Estados e aquelas empresas multinacionais.

41. C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, *op. cit.*, p. 16.

Ora, inexistia no Direito Internacional Público capítulo referente a contrato entre Estado e particular, assim como inexistiam na Teoria Geral do Direito Internacional Privado regras de qualificação de negócios entre semelhantes pessoas, relativas, a exemplo, a concessões minerárias, petrolíferas ou de serviços públicos. São, exatamente, os precedentes dos laudos arbitrais que têm enriquecido tais campos novos de estudos, que desfazem a tradicional divisão entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, apontando para possíveis soluções no controle da ação das multinacionais.

A tal ponto a influência das inversões diretas de capital de grupos privados, multinacionais, não tipificáveis, se impôs, que a própria Assembléia Geral da ONU, por Resolução, aprovava, por proposta do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, uma “Convenção sobre Resolução de Controvérsias Relativas a Inversões entre Estados e Particulares”, conhecida como Convenção BIRD, de 1965, atualmente em vigor⁴² para os Estados signatários, dentre os quais não se encontra nenhum país da América Latina⁴³. Registrada sob n.º 8.359 no *Recueil des Traités da ONU*, a Convenção BIRD cria um Centro Internacional para Solução de Disputas

42. O art. 68 § 2.º dispõe que o convênio entrará em vigor 30 dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação. Segundo informação do Dr. Juan Andres Llitasas, no informe “El arbitraje Internacional entre Estados y Particulares”, apresentado na VI Conferência Interamericana sobre Arbitragem Comercial, Rio de Janeiro, 1976, até a data, 65 Estados teriam ratificado a Convenção BIRD, (p. 5).

43. Sem embargo das observações do Dr. Llitasas (vide nota anterior) de que a falta de países da América Latina na Convenção BIRD se explicaria por estarem tais países mais familiarizados com cláusulas arbitrais da OEA do que as votadas na ONU e preferiam, pois, utilizar cláusulas e tribunais da CIC ou da CIAC, a razão parece ser bem outra. “Contudo, os países latino-americanos, que têm tradicionalmente resistido a qualquer resolução internacional de disputas sobre investimentos, insistindo, ao invés disso, em que os investidores se submetam exclusivamente à jurisdição local, sob a denominada cláusula Calvo, têm recusado ratificar a convenção (Carl H. Fulda e Warren F. Schwartz, *Regulation of International Trade and Investment, Cases and Materials*, Mineola, Nova York, The Foundation Press, Inc., 1970, p. 704, em tradução livre do autor). A cláusula Calvo diz respeito à renúncia contratual da proteção diplomática, nas concessões (que os EUA nunca aceitaram, por acharem que o direito à proteção diplomática pertence ao Estado, sendo irrenunciável).

sobre Inversões, que tem como objetivo, “facilitar a submissão de controvérsias relativas a inversões entre Estados contratantes a um procedimento de conciliação e arbitragem, de acordo com a disposição da Convenção (art. 11, § 2.º). No seu preâmbulo lê-se que “ainda quando tais discordâncias se submetam correntemente a sistemas processuais nacionais, em certos casos, o emprego de métodos internacionais de acerto pode ser apropriado para sua solução”. Reconhece, ainda na cláusula 4 a. do preâmbulo, que atribui “particular importância à disponibilidade de meios de conciliação ou arbitragem internacionais a que os Estados contratantes e os nacionais dos Estados contratantes possam, se o quiserem, submeter seus litígios”. Com 75 artigos, a Convenção BIRD dispõe no Capítulo I, sobre o Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a inversões; no Cap. II, sobre a jurisdição do Centro⁴⁴, no III, sobre a conciliação (solicitação, constituição da comissão de conciliação, procedimento de conciliação), no IV, da arbitragem (solicitação, constituição do tribunal, suas faculdades e funções, do laudo, sua interpretação, revisão ou anulação e homologação e execução do laudo; no V, sobre a substituição e recusa de conciliadores e árbitros no VI, custas do procedimento; no VII, lugar do procedimento; no VIII, divergências de interpretação da Convenção BIRD entre os Estados contratantes (falhado o recurso da negociação diplomática, as partes devem recorrer à Corte Internacional de Justiça, para interpretação ou aplicação da Convenção, art. 64)⁴⁵; no IX, emendas e no X, dis-

44. Estatui o art. 25, § 2.º (b), para os efeitos de determinar a jurisdição do Centro, no que respeita à nacionalidade do outro Estado contratante, “toda pessoa jurídica que, na data em que as partes prestaram seu consentimento à jurisdição do Centro para o litígio em questão, tenha a nacionalidade de um Estado contratante distinto do Estado parte no litígio, e as pessoas jurídicas que tendo na referida data a nacionalidade do Estado parte no litígio, tenham as partes concordado em atribuir-lhe tal caráter, para efeitos deste Convênio, por estarem submetidas a controle estrangeiro”.

45. O art. 41 § 1.º incorpora o princípio vigente em arbitragem internacional de que “o tribunal resolvera sobre sua própria competência”, em matéria prévia ou de fundo, a seu juízo. Ora, o recurso à CIJ, em matéria de interpretação da Convenção BIRD, anularia semelhante disposição, que se baseia na autonomia da cláusula compromissória.

posições finais. De certa forma resguardando a superioridade do Estado em relação aos nacionais de outro Estado, o art. 42 dispõe que o Tribunal arbitral constituído sob a égide do Centro “decidirá o litígio de acôrdo com as normas de direito acordadas entre as partes. À falta de acordo, o Tribunal aplicará a legislação do Estado que seja parte no litígio, incluindo suas normas de direito internacional privado e aquelas normas de direito internacional que puderem ser aplicadas”. No mesmo art. 42, há a proibição de recusar-se o julgamento a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei (§ 2.º) e a possibilidade de decisão “ex aequo et bono”, “se as partes assim acordarem (§ 3.º). Ve-se, dessa forma, a conciliação e a arbitragem com roupagem nova, a solucionar questões das mais atuais, quais sejam os problemas suscitados pela atuação de entidades transnacionais que, em determinados casos, ombreiam com os Estados, ou ultrapassam-nos, em matérias de volumes de recursos carreados nas relações comerciais internacionais, com uma força e poderes de decisão do ponto-de-vista político, em condições extremamente desiguais e conflitantes.

Finalmente, algumas palavras sobre o ensino, no Brasil, de tão importante disciplina. Segundo é do conhecimento do autor, na presente data, salvo nos raros Cursos de Graduação que ainda mantém a disciplina Direito Internacional Público, a matéria é ministrada como um dos muitos capítulos da mesma. Unicamente a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no curso de especialização (antigo 5.º ano), no X semestre, mantém a disciplina “Técnica das Negociações, das Arbitragens e das Soluções Pacíficas de Controvérsias”, ministradas nas áreas I (Direito Político, Administrativo e Financeiro), III (Direito Privado e Processual Civil), IV (Direito de Empresa-Administração Empresarial e Tributária) e V (Direito do Trabalho e Segurança Social), com programas ligeiramente diferenciados para cada qual, em função da ênfase que a disciplina requer para cada área, mas buscando-se conservar uma unidade de

direito público e privado internacionais, como é de exigir-se para o seu estudo na atualidade. Em reunião do Departamento de Direito Internacional de 30 de março de 1976, decidiu-se incluir o tema de arbitragens internacionais no rol das matérias que deverão integrar os pontos a serem sorteados, na prova escrita e na aula pública, nos futuros concursos para obtenção dos títulos de doutor, ou de livre-docente, tanto em Direito Internacional Público, como em Direito Internacional Privado, pois julgou-se que o tema pertence a ambos os ramos do Direito, sendo de fundamental importância na bagagem intelectual de qualquer estudioso do Direito Internacional, nos dias que correm.

Aí estão, pacientemente elaborados pela história do homem, os instrumentos para as soluções pacíficas de litígios. Se tais instrumentos conseguirem solucionar as controvérsias, pacificar as relações humanas e, sobretudo, realizar a justiça entre os povos, nos tempos que hão de vir, não é questão a ser respondida pelos estudiosos do Direito Internacional. Estes estão cientes de que, se a norma fôr violada, um valor foi desprezado e não é a existência de uma sanção centralmente organizada que irá definir aquele valor. O que se busca no Direito Internacional, principalmente no capítulo das soluções pacíficas de litígios, é, com primazia, evitar o confronto da força bélica, negação do espírito, e as soluções pacíficas são frutos da afirmação do espírito, porque elaboradas na história do homem, para preservação da vida e de sua criatividade.

Convenção para a homologação e execução de laudos arbitrais estrangeiros, assinada em New York, em 10 de junho de 1958 ¹.

Artigo I.

1 A presente Convenção se aplica à homologação ² e à execução de laudos arbitrais prolatados no território de um

1. Tradução livre do autor, segundo o texto em francês, publicado em Philippe Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, Lib. Dalloz, 1965 (apêndice, p. 547/551).

2. Veja-se nota de rodapé nº 35 do artigo de referência. *Reconnaissance*

Estado outro que aquele onde a homologação e a execução dos laudos são pedidas, e originadas de controvérsias entre pessoas físicas ou jurídicas. Aplica-se, igualmente, a laudos arbitrais que não são considerados como laudos nacionais no Estado onde sua homologação e execução são pedidas.

2. Entende-se por “laudo arbitral”³, não somente os laudos prolatados por árbitros nomeados para casos determinados, mas igualmente, os pronunciados por órgãos permanentes de arbitragem aos quais as partes se submeteram.

3. No momento de assinar ou de ratificar a presente Convenção, de a ela aderir ou de fazer a notificação de extensão prevista no artigo X, qualquer Estado poderá, na base da reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção à homologação e execução dos laudos unicamente proferidos no território de outro Estado contratante. Poderá, igualmente, declarar que aplicará a Convenção unicamente nas controvérsias oriundas de relações jurídicas, contratuais ou não contratuais, que são consideradas como comerciais pela sua lei nacional.

Artigo II.

1 Cada Estado contratante reconhece a convenção escrita pela qual as partes se obrigam a submeter a uma arbitragem todas as controvérsias ou determinadas controvérsias que tenham surgido ou que venham a surgir entre elas, a respeito de uma relação jurídica determinada, contratual ou não contratual, relacionadas com uma questão suscetível de ser resolvida pela via arbitral.

2. Entende-se por “convenção escrita” uma cláusula compromissória inserida num contrato, ou um compromisso,

des sentences arbitrales será traduzido por homologação de laudo arbitral (terminologia do vigente CPC), sempre que possível.

3. No original, entre aspas, *sentences arbitrales*.

assinado pelas partes ou contido numa troca de cartas ou de telegramas.

3. O tribunal de um Estado contratante, perante o qual esteja pendente um litígio sobre uma questão a respeito da qual as partes concluíram uma convenção no sentido do presente artigo, remeterá as partes ao julgamento dos árbitros, a pedido de uma delas, a menos que ele constate que a mencionada convenção haja caducado, seja inoperante ou insuscetível de ser aplicada.

Artigo III.

Cada Estado contratante reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e garantirá a execução⁴ dessa sentença, conforme as regras processuais adotadas no território onde a sentença é invocada, nas condições dos artigos seguintes. Não serão impostas, para a homologação ou execução de laudos arbitrais aos quais se aplica a presente Convenção, condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas judiciais sensivelmente mais elevadas, que aquelas impostas para a homologação ou execução de laudos arbitrais nacionais.

Artigo IV.

1 Para obter a homologação e a execução contempladas no artigo precedente, a parte que solicita a homologação e a execução deve apresentar, ao mesmo tempo em que faz o pedido:

a) o original, devidamente autenticado, do laudo ou uma cópia de tal original, que reúna condições requeridas para sua autenticidade;

b) o original da convenção contemplada no artigo II, ou uma cópia que reúna condições requeridas para sua autenticidade.

4. accordera l'execution.

2. Se o citado laudo ou a citada convenção não estiverem redigidos em língua oficial do país onde o laudo é invocado, a parte que pede a homologação ou a execução do laudo, deverá providenciar uma tradução daqueles documentos, naquela língua. A tradução deverá ser reconhecida por um tradutor oficial, ou um tradutor juramentado ou um agente diplomático ou consular.

Artigo V.

1. A homologação e a execução do laudo somente serão recusadas, a pedido da parte contra a qual este é invocado, se esta parte produzir perante a autoridade do país onde a homologação e a execução são solicitadas, a prova de que:

a) as partes na convenção mencionada no artigo II, eram, em virtude da lei a elas aplicável, incapazes, ou que a citada convenção não é válida, segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de uma indicação a tal respeito, em virtude da lei do país onde o laudo foi proferido; ou

b) a parte contra a qual o laudo é invocado, não foi suficientemente informada sobre a designação do árbitro ou sobre o processo de arbitragem, ou que lhe fora impossível, por qualquer outra razão, de fazer valer seus direitos; ou

c) que o laudo se refere a uma controvérsia não estabelecida no compromisso ou que não trata das questões previstas na cláusula compromissória, ou que contém decisões que ultrapassam os termos do compromisso ou da cláusula compromissória: contudo, se as disposições do laudo que se relacionam a questões submetidas à arbitragem podem ser dissociadas de questões não submetidas à arbitragem, as primeiras poderão ser homologadas e executadas; ou

d) a constituição do tribunal arbitral ou do procedimento de arbitragem não foi conforme à convenção das partes ou, na falta de convenção, que ela não foi conforme à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou

e) o laudo ainda não se tornou obrigatório para as partes ou foi anulado ou suspenso por alguma autoridade competente do país no qual, ou segundo cuja lei, o laudo foi proferido.

2. A homologação e a execução de um laudo arbitral poderão também ser recusadas, se a autoridade competente do país onde a homologação e a execução são requeridas constatar:

a) que, segundo a lei desse país, o objeto da controvérsia não é suscetível de ser submetido à arbitragem;

b) que a homologação ou a execução do laudo são contrárias à ordem pública desse país.

Artigo VI.

Se a anulação ou suspensão do laudo são pedidos à autoridade competente mencionada no artigo V, parágrafo 1.º, e, a autoridade perante quem o laudo é invocado pode, se esta o estime apropriado, adiar pronunciar-se sobre a execução do laudo; pode, igualmente, a pedido da parte que pede a execução da sentença, ordenar à outra parte apresentar garantias apropriadas.

Artigo VII.

1. As disposições da presente Convenção não atingem a validade de acordos multilaterais ou bilaterais concluídos pelos Estados contratantes, em matéria de homologação e de execução de laudos arbitrais e não privam qualquer parte interessada do direito que poderia ter de prevalecer-se de um laudo arbitral, da maneira e na medida admitidas pela legislação ou os tratados do país onde o laudo é invocado.

2. O Protocolo de Genebra de 1923, relativo a cláusulas de arbitragem e a Convenção de Genebra de 1927, para a execução de laudos arbitrais estrangeiros, cessarão de produzir efeitos entre os Estados contratantes, no dia e na medida em que estes tornarem-se partes na presente Convenção.

Artigo VIII.

1. A presente Convenção fica aberta até 31 de dezembro de 1958 à assinatura de qualquer Estado membro das Nações Unidas, bem como de qualquer outro Estado que é, ou que em seguida se torne, membro de uma ou de várias instituições especializadas das Nações Unidas ou parte no Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou que tenha sido convidado pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

2. A presente Convenção deverá ser ratificada e os instrumentos de ratificação depositados junto ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo IX.

1 Todos os Estados mencionados no artigo VIII podem aderir à presente Convenção.

2 A adesão se fará pelo depósito de um instrumento de adesão junto ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo X.

1 Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura por notificação dirigida ao Secretário-Geral da Organização se estenderá ao conjunto de territórios que representa no plano internacional, ou a um ou vários dentre eles. Tal declaração produzirá efeitos no momento da entrada em vigor da Convenção para o citado Estado.

2. Em seguida, qualquer extensão de tal natureza se fará por notificação dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas e produzirá efeitos a partir do nonagésimo dia que se seguirá à data na qual o Secretário Geral das Nações Unidas terá recebido a notificação, ou na data de entrada em vigor da Convenção para o citado Estado, se tal data é posterior.

3. No que respeita aos territórios aos quais a presente Convenção não se aplica na data da assinatura, da ratificação ou da adesão, o Estado interessado examinará a possibilidade de tomar as medidas que desejar, para estender a presente Convenção a tais territórios, sob reserva, se for o caso, do assentimento dos governos de tais territórios, se razões constitucionais o exigirem.

Artigo XI.

As disposições anteriores aplicar-se-ão aos Estados federativos ou não unitários:

a) no que concerne aos artigos da presente Convenção que dependem da competência legislativa do poder federal, as obrigações do Governo federal serão as mesmas que as dos Estados contratantes que não são Estados federativos;

b) no que concerne aos artigos da presente Convenção que dependem da competência legislativa de cada Estado ou províncias constituintes, que não se encontram, em virtude do sistema constitucional da federação, obrigados a tomar medidas legislativas, o governo federal levará, o mais cedo possível, e com sua opinião favorável, os citados artigos ao conhecimento das autoridades competentes dos Estados ou províncias constituintes;

c) um Estado federativo, parte da presente Convenção, comunicará, a pedido de qualquer outro Estado contratante, que lhe será transmitido pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, um enunciado da legislação e das práticas em vigor na federação e suas unidades constituintes, no que respeita tal ou qual disposição da Convenção e indicará a medida na qual foi dada eficácia, por uma ação legislativa ou outra, à citada disposição.

Artigo XII.

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia que se seguir ao depósito do trigésimo instrumento de ratificação ou de adesão.

2. Para qualquer dos Estados que ratificarem a Convenção ou a ela aderirem após o depósito do trigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, entrará em vigor no nonagésimo dia que se seguir ao depósito por este Estado de seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Artigo XIII.

1. Qualquer Estado contratante poderá denunciar a presente Convenção através de notificação escrita endereçada ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. A denúncia produzirá efeito um ano após a data em que o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas houver recebido a notificação.

2. Qualquer Estado que houver feito uma declaração ou notificação conforme o artigo X poderá notificar, posteriormente, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas de que a Convenção cessará de aplicar-se ao território em questão, um ano após a data em que o Secretário-Geral houver recebido tal notificação.

3. A presente Convenção continuará a ser aplicada aos laudos arbitrais sobre as quais um processo de homologação ou de execução tiver sido iniciado antes da entrada em vigor da denúncia.

Artigo XIV.

Um Estado contratante não pode reclamar das disposições da presente Convenção contra outros Estados contratantes senão na medida em que ele mesmo esteja obrigado a aplicar esta Convenção.

Artigo XV.

O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas notificará a todos os Estados mencionados no artigo VIII:

a) as assinaturas e ratificações mencionadas no artigo VIII;

b) as adesões mencionadas no artigo IX;

c) as declarações e notificações mencionadas nos artigos primeiro, X e XI;

d) a data em que a presente convenção entrar em vigor, conforme aplicação do artigo XII;

e) as denúncias e notificações mencionadas no artigo XIII.

Artigo XVI.

1. A presente Convenção, cujos textos em inglês, chinês, espanhol, francês e russo fazem igualmente fé, será depositada nos arquivos da Organização das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas remeterá uma cópia certificada da presente Convenção aos Estados mencionados no artigo VIII.

Clasificación y Conceptuación de los Intermediarios Financieros*.

Luiz Antônio Mattos Pimenta Araújo

Profesor Asistente Doctor de Legislación Tributaria
de la Facultad de Derecho de la Universidad de
San Pablo

SUMARIO: CLASIFICACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS. A — *División y distinción de los intermediarios financieros*; B — *División del mercado financiero*. 1. *Mercado de crédito*; 2. *Mercado de dinero*; 3. *Mercado de capitales*. C — *Gráfico*. CONCEPTO DE INTERMEDIARIO FINANCIERO.

Clasificación de los intermediarios financieros.

A — *División y distinción de los intermediarios financieros.*

1. Los participantes del proceso financiero.

Entre las muchas clasificaciones posibles, a efectos del presente trabajo, los participantes del proceso económico pueden dividirse en cuatro categorías:

*. Se trata de la segunda y tercera partes del primero capítulo de la tesis: "Los intermediarios financieros no bancarios: aspectos institucionales", realizada bajo la orientación del Profesor Doctor Don Arturo Pina Gonzalez. Fue leída ante un Tribunal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, compuesto por los Profesores Doctor Don Mariano Sebastián Herrador, Doctor Don Lucas Beltrán Flores y Doctor Don Gonzalo Perez de Armíñan, aprobada con la calificación de "sobresaliente", a los 20 de Junio de 1973.

- 1 — particulares;
- 2 — empresas;
- 3 — intermediarios financieros;
- 4 — Gobierno.¹

Naturalmente, cada una de estas categorías comporta muchas subdivisiones en conformidad con el aspecto clasificador elegido, pero la característica común de todos los participantes consiste en ser consumidores de bienes, de servicios o de ambas cosas a la vez. El consumo de bienes presupone la producción de los mismos por las empresas así como por el Gobierno que necesitan de capitales para la consecución de este objetivo. Facilitar no solamente este objetivo sino también el propio consumo es función de los intermediarios financieros, mientras los particulares actúan como prestadores de servicios. Si se invierte para producir y para poder consumir, es necesario ahorrar para que se pueda invertir. Así pues la formación de capitales depende tanto del ahorro que lo constituye como de la inversión que lo mantiene y lo vuelve productivo. Ahorrar, por tanto, equivale a guardar la parte de la renta que no es consumida o, en otras palabras, gastar menos de lo ingresado. Invertir, a su vez, significa emplear el ahorro.² Ambos son muy importantes porque influyen

1. La clasificación podría resumirse en particulares, empresas y Gobierno, pero se ha decidido destacar a los intermediarios financieros de las empresas en razón de las importantes funciones ejercidas por los mismos en el proceso económico. Además, dejando de lado a los particulares, se podrá distinguir entre entidades financieras y no financieras.

2. A propósito del punto, PAUL SAMUELSON aclara bastante didácticamente: "Inversión neta, o creación de capital, es el aumento neto del capital real de la comunidad (equipos, edificios, existencias de mercancías, etc.), mientras los profanos hablan de inversión cuando compran un terreno, unas acciones o cualquier título de propiedad, para los economistas en cambio, todo esto no son realmente sino meras transferencias, en las que lo que uno invierte otro lo desinvierte. Técnicamente, solo hay inversión neta cuando se crea un nuevo capital real. En pocas palabras: incluso no habiendo oportunidades provechosas de inversión, la gente puede desear y decidir ahorrar. Puede comprar un valor existente o unos activos, o, en último caso, acumular o tratar de acumular dinero. Así, pues, quedamos en que el ahorro y la inversión los realizan distintos individuos y por razones ampliamente independientes entre sí. La creación neta de capital la realizan principalmente las empresas, y su cantidad varía enormemente de un año a otro y de una

en le crecimiento y estabilidad de la economía de un país, que se desarrollará tanto más rápidamente cuanto mayor sea el ahorro disponible y más eficazmente si se hace llegar a quienes necesiten de ello.

2. *La inversión.*

El trayecto a través del cual el ahorro llega a aquellos que van usarlo, es directo o indirecto. Directo es cuando ahorrador y tomador se ponen en contacto personal, estableciéndose una relación directa de crédito y débito entre acreedor y deudor. Indirecto es cuando el contacto se establece con un intermediario financiero que se encarga de recaudar el ahorro de unos para ponerlo a disposición de otros. La relación ahora es directa con el intermediario. Anadiendo al citado trayecto la forma de la inversión del ahorro, se tiene:

inversión directa { activos reales o tangibles;
 { activos financieros o intangibles;

inversión indirecta — activos financieros.

Inversión directa en activos reales o tangibles es aquella constituida por la adquisición de bienes muebles o inmuebles. La inversión directa en activos financieros o intangibles está constituida por la adquisición de títulos del Gobierno o de empresas que los emiten para suplir sus necesidades de capital. La inversión indirecta en activos financieros está consti-

década a otra". (SAMUELSON, Paul. *Curso de economía moderna*. 16.^a ed. Madrid, Aguilar, 1968, p. 239). De modo sencillo y bastante claro, TRIAS FARGAS añade que "Tal vez sea bueno recordar que en economía el concepto Capital designa los elementos reales que colaboran en la producción de bienes y servicios. Otra cosa representa la palabra *capital* en finanzas, ya que entonces se refiere a títulos o derechos sobre bienes de capital, expresados en dinero. Es sobre esta titulación financiera relativa a la propiedad de bienes o a su uso y posesión que versa la técnica financiera y funciona el sistema financiero". (TRIAS FARGAS, Ramon. *El sistema financiero español*. Barcelona, Ariel, 1970, p. 5-6).

tuída por la adquisición de títulos emitidos por los intermediarios financieros.

En estos esquemas no ha mencionado la autofinanciación por no interesar a los objetivos del estudio, pero si se considera la clasificación anterior desde el punto de vista de los fondos disponibles para la inversión, se podrá dividirlos en fondos propios o ajenos (financiación interna o externa), quedando, así, incluida la autofinanciación.³

3. *La clasificación de los intermediarios financieros.*

Considerando las actividades desempeñadas por los participantes del proceso económico, excluidos los particulares, se les suele dividir en:

- 1 — entidades financieras;
- 2 — entidades no financieras.

Entidad financiera, dentro de la cual se incluye ciertas organizaciones gubernamentales, es la que se dedica primordialmente a la tenencia y a las transacciones de activos financieros. Entidad no financiera es toda aquella que desarrolla su actividad en función de activos tangibles, sean muebles o inmuebles. Hay que tener en cuenta que ambas entidades pueden tener los dos tipos de activos, pero lo que importa es su actividad predominante, dado que una Compañía de seguros tendrá edificio sede, muebles, etc., así como una empresa comercial tendrá títulos, efectos comerciales, etc., lo que no significa en absoluto desviación de actividad. Los intermediarios financieros están englobados en las entidades fi-

3. Autofinanciación de una empresa es la inversión que esta realiza con ahorro propio. Este ahorro resulta de disminuir de las ganancias obtenidas (ya deducidos el costo de la producción, gastos y reservas permitidas por ley) el total de impuestos debidos. Hallado el beneficio neto, se distribuye una parte como dividendos de los accionistas y lo que resta es el ahorro que, aumentado por las reservas, podrá ser reinvertido.

nancieras, pero no son iguales a cualquier institución que pueda estar incluida en esta división.⁴

Sin embargo, la clasificación de los intermediarios financieros, fundamental para los objetivos del trabajo, es la que los distingue en:

- 1 — intermediarios financieros bancarios;
- 2 — intermediarios financieros no bancarios.

Intermediarios financieros bancarios son los que crean dinero, de ahí que sean llamados también monetarios. Intermediarios financieros no bancarios son los que no crean dinero, de ahí que sean llamados también no monetarios. A GURLEY y SHAW, economistas americanos que estudiaron los intermediarios financieros no bancarios, se debe el planteamiento de la actividad de éstos consistente en transformar los títulos primarios en deuda indirecta, adquirida por quienes están en situación de superávit. Al hablar de las características de los intermediarios financieros no bancarios y describir su actividad, estos autores señalan que “ejercen únicamente el papel intermediario de compradores de títulos primarios y creadores de derechos no monetarios sobre sí mismos, derechos esos que tienen la forma de depósitos de ahorros, participaciones, obligaciones y otros derechos. Estos derechos son deudas no monetarias indirectas o activos financieros, dependiendo de si son observados desde el punto de vista del emisor o del tomador. . . . El producto de la intermediación es el activo financiero indirecto creado fundamen-

4. Esta división, ha sido tomada de Raymond W Goldsmith, que emplea el término empresa (enterprise) u organización financiera, para dividir a los participantes del proceso económico en: particulares, empresas comerciales, organizaciones sin finalidad lucrativa y Gobierno. Además, prefiere el vocablo intermediarios financieros a instituciones financieras, porque esta indica más la posición ocupada en el sistema financiero, y reserva la no identidad entre los intermediarios financieros y todas las entidades que quedan incluidas en la división de financieras, lo que hace para excluir las compañías holdings y las llamadas holdings personales, tenidas por individuos. (GOLDSMITH, Raymond W. *Financial Intermediaries in the American Economy Since 1900*. Princeton, Princeton University Press, 1958, p. 50-51).

talmente de los títulos primarios y que tiene su propia parcela de servicios. La recompensa de la intermediación proviene de la diferencia entre la tasa de retorno de los títulos primarios mantenidos por los intermediarios y el tipo de interés o dividendo que ellos pagan por su deuda indirecta. Hay notables diferencias en los servicios proporcionados por los activos financieros indirectos. Estos servicios mandan un mercado de precio y producen una ganancia para la intermediación. El dinero es un medio de pago; una póliza de seguro de vida proporciona una defensa contra el infortunio;... etc., y, todavía, hay notables semejanzas entre los activos financieros indirectos. Para la mayoría de ellos hay un valor constante o determinable de rescate, bajo costo de inversión y los contratos son divisibles en unidades desde pequeños hasta grandes valores. En este y otros puntos, los activos financieros son una clase aparte de la magnitud de los títulos primarios que son la materia base del proceso de intermediación".⁵

División igualmente importante de los intermediarios financieros es la que distingue entre:

- 1 — intermediarios financieros públicos;
- 2 — intermediarios financieros privados.

Públicos, son los intermediarios que pertenecen al Gobierno, por ejemplo las Organizaciones gubernamentales de préstamos, la Caja Postal de Ahorros, etc. Privados, son los intermediarios no pertenecientes al Gobierno, como por ejemplo los Fondos y Sociedades de inversión, la Banca, etc.

Otra división, entre las muchas que hay, es la que tiene en cuenta la forma de obtención de recursos por intermediarios financieros, separándolos en:

5. GURLEY, John G. y SHAW, Edward S. *Money in a theory of finance*. Washington, Brookings Institution, 1960, p. 193-194.

- 1 — intermediarios financieros primarios;
- 2 — intermediarios financieros secundarios.

Primarios son los intermediarios que, como la Banca, las Cajas de Ahorros, las Compañías de seguro, etc., obtienen sus fondos de los particulares, de las empresas y del Gobierno, volviendo a ponerlos a disposición de los mismos. Secundarios son los intermediarios que obtienen la mayoría de sus fondos de los intermediarios primarios y utilizan sus propios fondos, principalmente, para adquirir títulos y derechos de estos mismos intermediarios.⁶ Ejemplo de ellos son las Compañías de financiación personal y de ventas.

B — División del mercado financiero.

Las clasificaciones y divisiones de los intermediarios financieros muestran la diversidad y especialidad de las funciones desempeñadas por los mismos. Como participantes del proceso económico, los citados intermediarios forman en su conjunto el sistema financiero, que es parte de dicho proceso. Además este sistema no se resume en la mera agrupación de intermediarios financieros, sino que abarca también la totalidad de sus operaciones con las demás partes del proceso económico. Estas operaciones, a su vez, se realizan en un mercado donde se ofrecen y demandan fondos y activos financieros, siendo así que las divisiones de este mercado realizan el grado de especialización de los intermediarios que intervienen en ello. Considerando cada intermediario financiero como un canal apto para conducir el ahorro hacia la inversión, se tendrá que el sistema financiero es la red de canales que vivifica la economía. Por tanto, hacer fluir por sus

6. GOLDSMITH, Raymond W. O.c., p. 51.

Hay que destacar que la lengua inglesa distingue el pedir prestado (to borrow) del dar prestado (to lend). Además, es corriente una distinción entre los intermediarios que actúan sobre el ahorro (saving) y los que asesoran o actúan junto a los que desean pedir prestado (borrowing).

canales el ahorro de los particulares⁷ es la tarea primordial de este sistema que sera tanto más eficaz cuanto mayor cantidad de ahorro logre hacer circular. Claro que la eficacia del sistema financiero no se mide solamente por el citado flujo, sino que también influye el número de intermediarios financieros, su especialización, los tipos de activos disponibles y el tamaño del mercado.⁸ El estudio de la estructura del sistema financiero lleva a interrelacionar el desarrollo financiero con el crecimiento económico, y RAYMOND GOLDSMITH, después de plantear varias preguntas sobre el tema, tales como:

“ ¿ Con qué rapidez y regularidad se expande la superestructura financiera en términos nominales y reales? . . . ¿ Qué tipos de instrumentos financieros existen y cual es su importancia relativa y penetración en el seno de la economía? ”, etc., añade: “ Para estimar el papel de la estructura y del desarrollo financiero en el crecimiento económico, podemos encaminarnos,

7. Se hace mención tan sólo del ahorro de los particulares y no del de los demás participantes del proceso económico, porque son los únicos participantes que aportan ahorro que fluye a través del sistema financiero. Las empresas ahorran para autofinanciarse (mirar nota 3) y el gobierno tiene su política de gastos e ingresos públicos determinada por mandamiento legal. El ahorro proveniente de economías extranjeras, no fluye en el sistema con la simple observancia de las normas del mercado, sino que queda reglamentado por legislación específica que determina las condiciones bajo las cuales se permite el flujo. No se debe confundir las actividades propias de cada participante del proceso económico, que envuelvan transacciones de bienes y servicios evidenciadas por instrumentos representativos de estas operaciones, los cuales pueden circular en el mercado, con el flujo de ahorro antes mencionado que lleva a la inversión a largo plazo.

8. “ La noción de eficacia de un sistema financiero es muy difícil de determinar objetivamente. . . El elemento principal de la eficacia de los mercados parece consistir en su *fluidéz*, conjunto de características igualmente difíciles de definir, que comprende una competencia activa entre intermediarios financieros, una gama amplia de instrumentos de inversión financiera y de financiación a disposición de los ahorradores y tomadores de capital, la movilidad de fondos de un compartimiento a otro, medios abundantes de información, etc. . . La eficacia de los sistemas financieros depende menos de sus dimensiones relativas que de las condiciones cualitativas de funcionamiento: *fluidéz* de recursos, estabilidad a corto y largo plazo, coste de funcionamiento, aptitud para repartir los fondos proporcionalmente a las necesidades. En este particular, las imperfecciones resultan más de los propios mecanismos ”. (O.C.D.E. Comité des Transactions Invisibles. *Études sur les marchés de capitaux*. Rapport general. Paris, O.C.D.E, 1967, p.11-16).

dependiendo de nuestras preferencias filosóficas, hacia la teoría económica o hacia la historia económica. Desgraciadamente encontraremos que, dado el presente estado de la teoría económica y la laguna de intensivos estudios históricos del desarrollo financiero, no podremos obtener respuestas definitivas de ambas disciplinas”⁹

No hay una terminología uniforme para designar el mercado en el cual operan los intermediarios financieros. La OCDE, en un estudio sobre el mercado de capitales, llama la atención sobre el punto y, refiriéndose a las diversas nociones de mercado, aduce: “el concepto de mercado de capitales es entendido de manera más o menos amplia, de acuerdo con el papel que le sea destinado en el análisis y según la posibilidad de medida estadística de los flujos correspondientes”¹⁰ Considera flujos financieros las variaciones de activos financieros y deudas entre las entidades no financieras y los intermediarios financieros, empleando los términos mercado de capitales y mercado financiero como expresiones sinónimas, que comprenden tanto la inversión y financiación a largo plazo como las instituciones que las efectúan.

SCHLOGEL afirma que “el término financiero designa un mercado bastante particular, el de los capitales a largo plazo”,¹¹ prefiriendo, por tanto, ampliar el vocablo mercado de capitales que designará el conjunto de mercados particulares tradicionalmente diferenciados, mientras SHAPIRO, SOLOMON y WHITE entienden que “el mercado financiero en la moderna América no es un mercado único y homogéneo donde compradores y vendedores se encuentran en un sitio determinado. Hay muchos mercados que están relacionados entre sí porque las mismas instituciones e individuos operan simultáneamente

9. GOLDSMITH, Raymond W. *Financial structure and development*. New Haven, Yale University Press, 1969, p. 390-391.

10. OCDE. Comité des Transactions Invisibles. O.c., p. 145-146.

11. SCHLOGEL, Maurice. *Organization et fonctionnement des marchés financiers*. Paris, Manson, 1969, p. 1.

en varios de ellos. Cualquier intento de clasificar estos diversos mercados lleva a trazar líneas arbitrarias que no están en absoluto delineadas en la práctica. A pesar de esta limitación, es útil contemplar el mercado financiero como un conjunto de . . . ” varios mercados.¹²

Por consiguiente se puede llamar financiero al conjunto de los mercados en los cuales actúan los intermediarios financieros, adoptándose la conocida división tripartida del mismo que lo distingue en:

mercado de crédito,
mercado de dinero,
mercado de capitales.

1. Mercado de crédito.

El mercado de crédito se refiere, normalmente, al crédito concedido por la Banca comercial que, a través de la creación de dinero, financia las empresas y los particulares. Primordialmente, se trata de operaciones a corto plazo¹³ de préstamos, descuentos de efectos comerciales, aceptaciones y anticipos en cuentas corrientes que traducen una confianza entre las partes interventoras. Crédito proviene del latín “credere”, que significa creer, confiar, acreditar, implicando un intercambio diferido que se perfecciona con la restitución del dinero aumentado con un interés por su empleo durante el

12. SHAPIRO, Eli y otros. *Money and banking*. 5.^a ed. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1968, p. 305.

13. Resulta imposible precisar con seguridad los conceptos de créditos de plazos corto, medio y largo, que varían considerablemente de un país a otro. En Estados Unidos, crédito de corto plazo sería el concedido por un día hasta un año, medio el de un año hasta cinco y largo el que sobrepasase los cinco años (SHAPIRO, Eli y otros. *O.c.*, p. 50), mientras en España crédito a corto plazo es considerado como tal hasta 18 meses, medio plazo de 18 meses hasta tres años y largo plazo de tres años en adelante. En Francia, crédito a corto plazo es hasta dos años, medio es entre dos y cinco años, largo el de más de cinco (BELTRAN, Lucas. *Diccionario de Banca y Bolsa*. Barcelona, Labor, 1969, p. 403). A efectos de este trabajo, se adopta el criterio seguido en España para designar los plazos de duración de los créditos.

plazo convenido. Sin embargo, la existencia de intermediarios dedicados al crédito de consumo de bienes duraderos y al crédito hipotecario, en particular para construcción o adquisición de viviendas, es un índice demostrador de especialización y adelanto del mercado que no se limita a la intermediación bancaria.

Los principales medios de transacción en este mercado son: el pagaré y la letra de cambio. El primero normalmente indica un crédito a particulares, mientras el segundo documenta una operación mercantil de compraventa,¹⁴ llamándose entonces efecto comercial y dando lugar al descuento bancario.

2. Mercado de dinero.

El mercado de dinero es un mercado de corto plazo de activos líquidos o casi monetarios. Se caracteriza por no tener un sitio específico donde esos activos puedan ser ofrecidos y demandados y por ser un mercado moderno, ágil, realizado a través de teléfono, telex o telegrama. Lo importante es quien compra y quien vende, lo que es comprado y lo que es vendido. Acuden a él los que tienen fondos que deberán quedar inmovilizados desde unos días hasta plazo más largo que raramente llega a un año, y aquellos que necesitan fondos para el cumplimiento de obligaciones momentáneas. De ese modo, un dinero que quedaría parado en caja es puesto en movimiento, proporcionando un rendimiento extra a quien lo tenía y financiación barata y práctica para aprietos de tesorería.

14. En Brasil hay un instrumento de crédito propio para documentar una operación mercantil y permitir el descuento bancario: la "duplicata". Se trata de una copia o duplicación (de ahí su nombre) de la factura, que todo comerciante emite en ocasión de una compraventa mercantil, la cual es transferible por endoso, puede ser avalada y descontada en la Banca. Fue creada en los años 20, por sugerencia de comerciantes de Rio de Janeiro que encontraban dificultades para el descuento de efectos comerciales. Recientemente, ha sido creada la "duplicata" de servicios, un título igual al emitido por los comerciantes, pero exclusivo de cuantos están establecidos como sociedad civil de prestación de servicios.

El Gobierno es el mayor oferente y demandante de fondos mediante la emisión de Deuda Pública a corto plazo, seguido de las grandes compañías que en general mantienen cuantiosos fondos en caja y son los grandes oferentes, mientras los Bancos son los grandes demandantes (en Estados Unidos) Por tanto, el mercado de dinero es el sitio donde las entidades financieras o no ajustan su grado de liquidez y donde la Banca central actúa en operaciones de mercado abierto (open market), para restringir o incrementar la capacidad crediticia del sistema financiero por esta técnica de política monetaria. Además, hay una estrecha relación entre los mercados de dinero y de capitales dado que constituyen opciones para los poseedores de fondos, que podrán colocarlos a corto o largo plazo según sus conveniencias, permiten una rápida monetización o refinanciación de títulos no vencidos o ya vencidos y hacen flexible la política monetaria que, por razones de desarrollo, podrá mantener un tipo de interés más alto a corto plazo y bajo a largo plazo, no olvidando la sensibilidad mayor del tipo de interés a corto plazo que suele responder más pronto a modificaciones de políticas monetaria y económica en general.

La sofisticación empieza en este mercado, donde una serie de características y prácticas enseñan el grado de especialización de cuantos operan en él. Tomando como ejemplo el mercado americano de dinero se constata principalmente el manejo de títulos de la Deuda Pública a corto plazo (letras del Tesoro), de títulos de los Gobiernos provinciales y municipales (pagarés) y de títulos de Entidades Oficiales de Crédito (certificados de participación), cuyos emisores buscan financiación en dicho mercado. Los certificados de depósitos (resguardos de depósitos que rinden intereses pagaderos en el vencimiento y que son negociables), modalidad utilizada a partir de la última década, constituyen la forma más activa de participación de la Banca que, de este modo, consigue financiación a corto plazo. La emisión de pagarés y letras de cambio de corto plazo por las empresas que, a través

del descuento de las mismas, demandan financiación, es otro expediente del mercado. Esta modalidad tuvo gran boga en los años 20, cuando los títulos ofrecidos en el mercado eran pocos, pero los títulos de la Deuda Pública, los certificados de depósitos y otros títulos recientes mermaron sus oportunidades, permitiendo tan solo su continuación por parte de grandes compañías. En este mercado existe la posibilidad de descontar efectos comerciales y una práctica de aceptación de pagarés o letras de cambio por la Banca que asegura, de esta manera, la circulación y descuento de los títulos. Los agentes de cambio y Bolsa obtienen préstamos para comprar títulos, habiendo una distinción entre el préstamo a la vista (*call loan*) y el préstamo con plazo determinado de vencimiento, contribuyendo a volver ágil el mercado. Práctica típicamente americana e indicadora del desarrollo del mercado, son los préstamos de fondos federales o sea, el préstamo que una Banca que tiene exceso de reservas en el Sistema de la Reserva Federal (el Banco central) hace de ese superávit a otra Banca que necesita ajustar sus reservas en dicho establecimiento. Son préstamos a un día, efectuados por mero giro de cheques.

3. *Mercado de capitales.*

El mercado de capitales es un mercado de inversiones a largo plazo. Se le suele distinguir en mercado de acciones o de títulos de renta variable y mercado de títulos de renta fija. Mirando desde un punto de vista dinámico esta división estática, se podrá clasificarla en mercado de emisión o primario y mercado de negociación de títulos ya emitidos o secundario. Dentro de la evolución de estos mercados se puede afirmar, aunque no de modo absoluto, que un mercado de emisiones fecundo es condición de funcionamiento eficaz del mercado secundario que, a su vez, condiciona el primario por su capacidad de absorción y negociación de los títulos emitidos. Conviene, pues, tratar somera y separadamente a cada uno de ellos.

3.a Mercado primario

3.a.1

Mercado de emisión de títulos de renta fija.

El mercado de emisión de títulos de renta fija es utilizado por el Gobierno y por las entidades financieras o no que buscan financiación lanzando, respectivamente, títulos de la Deuda Pública y obligaciones. La colocación de las emisiones puede ser realizada a través de tres métodos:

1 — Colocación directa. Las emisiones son destinadas a los compradores últimos de estos títulos, actuando las instituciones del mercado (Bancos industriales y sindicatos de Bancos) como meros distribuidores de títulos.

2 — Colocación centralizada. Los títulos emitidos son comprados por los intermediarios financieros que los guardan en cartera.

3 — Colocación con centralización de préstamos. La emisión se destina al público en general, pero los préstamos son obtenidos por intermediarios financieros que emplean los fondos para provisión de crédito a largo plazo para la economía.

Sin embargo, en la práctica es corriente una mezcla de estos tres métodos. Hay una distinción fundamental entre una emisión pública de títulos y una privada. Mientras las primeras están sujetas a un control oficial de emisión, publicidad, colocación, poseen certificados negociables de los títulos y son cotizadas en Bolsas de valores, las segundas no se sujetan a las mismas reglas, pudiendo ser negociadas en paquetes (block trade) a un precio convenido entre las partes, no ser cotizadas en Bolsas y no dar lugar a la creación de certificados negociables de los títulos. Los mecanismos de emisión varían mucho y difieren particularmente en el caso

de que se trate de colocación por un intermediario especializado o por un sindicato de Bancos. Las obligaciones constituyen el título característico de esta subdivisión del mercado, devengan una renta fija, tienen un plazo de vencimiento y representan una deuda del emisor para con el poseedor de la misma. Obligación convertible es aquella que, en la fecha de su vencimiento o de acuerdo con las condiciones pactadas, podrá ser convertida en acción de la sociedad emisora.

3. a. 2

Mercado de emisión de títulos de renta variable.

El mercado de emisiones de acciones es alimentado por los aumentos de capitales de parte de las empresas. Se considerará tan solo las emisiones al contado que aportan recursos para que las empresas se expansionen o se mantengan en un nivel adecuado de equidad, mientras que las incorporaciones de reservas y las fusiones, aunque eleven el capital, no requieren la intervención de los intermediarios financieros para su colocación.

Las emisiones tienen dos aspectos: la técnica o mecanismo de emisión y el control oficial de la emisión y cotización en Bolsa. En lo que concierne a este último aspecto, hay una preocupación común a todas naciones de proteger a los compradores de acciones y garantizar una base ecuaníme para la realización de las operaciones, imponiendo una serie de condiciones a ser cumplidas por las sociedades que deseen acudir a la Bolsa. La colocación de las acciones, que pueden ser al portador o nominales, preferentes u ordinarias e implican participación en la propiedad de las empresas, se puede hacer directamente o a través de intermediarios especializados, que compran toda la emisión, que se encargan tan solo de venderlas o que compran la parte que no consiguieron vender al público, asegurando así, en el primero y último caso, la absorción total de las acciones.

3. b *Mercado secundario.*

El mercado secundario es llamado generalmente de Bolsa de valores, que son sitios organizados donde los títulos, una vez emitidos, son negociados y los precios son libres y determinados por la libre competencia. Es el principal sitio del mercado de capitales. Aspecto importante de este mercado, y que no se puede omitir, es la posibilidad de compra de títulos extranjeros, pues importantes volúmenes de capitales están dispuestos para cambiarse de un país a otro, en la búsqueda de mejores atractivos.

Las operaciones del mercado de capitales no se circunscriben a la Bolsa de valores que es el mercado oficial. Hay mercados no oficiales bastante activos que son legítimos y funcionan conjuntamente con la Bolsa. Nueva York, por ejemplo, además de tres Bolsas, la Bolsa de Valores de Nueva York (New York Stock Exchange), la Bolsa Americana de Valores (American Stock Exchange) y la Bolsa Nacional de Valores (National Stock Exchange), de las cuales la primera es la mayor y más rigurosa, seguida de la segunda que no es tan rígida y es utilizada preferentemente por las sociedades que desean inscribirse en la cotización, y la tercera que no tiene la importancia de las anteriores, posee otros mercados no oficiales muy desarrollados. Londres, no tiene más que una Bolsa de valores donde, obligatoriamente, se efectúan todas las operaciones por su intermediación, no obstante los miembros de ella puedan concluir transacciones entre sí a cualquier momento.

La diferencia entre los mercados oficiales y los no oficiales es que, en éstos, las operaciones pueden realizarse directamente, a precio convenido, no quedan registradas ni tienen publicidad, mientras en los primeros, las operaciones son fiscalizadas, registradas, quedan sujetas a la oferta y de-

manda, son impersonales, tienen publicidad y se realizan en el parquet.¹⁵

Países como Francia y Bélgica exigen que toda transacción de títulos sea hecha por intermediarios miembros de una Bolsa de valores, lo que se trata de un monopolio destinado a proteger al inversor. Una comisión de expertos de la CEE, estudiando el tema, ha considerado que el monopolio bursátil puede salvaguardar la formación de precios genuinos y es preferible en la medida que no intervenga en transacciones especiales como por ejemplo de grandes paquetes de títulos (block trade) ¹⁶

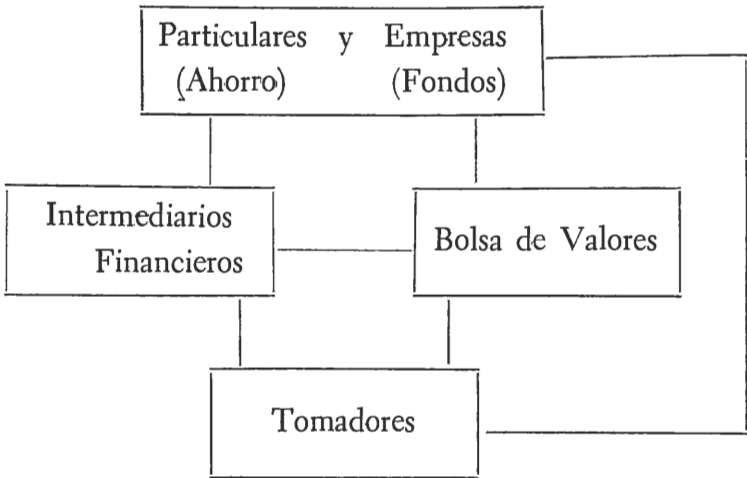
Un mercado bursátil tendrá anchura en la medida que ofrezca y absorba una gran variedad de títulos como obligaciones convertibles o no, acciones preferentes u ordinarias, etc., emitidas por entidades públicas o privadas, Bancos, etc. La profundidad del mismo mercado depende de la facilidad de suministro y absorción, a precios corrientes, de cantidades substanciales de títulos. Para la estabilización de los precios un alza rápida es tan dañosa como un descenso, porque la primera provoca una euforia irreal y perjudicial al concepto de ahorro por medio de la Bolsa y, el segundo, acarrea una destrucción de la confianza en la Bolsa.

15. Matizando un poco más la diferencia, se añade, que los mercados oficiales son siempre abiertos mientras que los no oficiales pueden ser negociados y abiertos. Negociados, porque permiten que las transacciones se hagan de modo directo, personal, a un precio convenido entre las partes. Abiertos, porque las transacciones son competitivas y tienen carácter impersonal. Ejemplo de estas últimas son las realizadas en el mercado de dinero. Los americanos llaman de "over the counter" el mercado de títulos no cotizados en Bolsa.

16. Le développement d'un marché européen des capitaux, Rapport d'un groupe d'experts constitué par la Commission de la CEE, Bruxelles, 1967. Cita recogida en OCDE. Comité des Transactions Invisibles. O.c., p. 207.

C — Gráfico.

Flujo de la Inversion.



Concepto de intermediario financiero.

Después de haberse repasado desde la intermediación monetaria hasta la intermediación financiera y, aunque de modo somero, las clasificaciones de los intermediarios financieros, los mercados en los cuales actúan y los principales instrumentos y prácticas utilizadas por dichos intermediarios, se puede intentar conceptualizarlos a pesar de las idiosincrasias de cada uno de ellos.

Así, intermediario financiero es toda institución que tenga por objetivo la mediación y transacción de activos financieros, y se valga de la creación y emisión de títulos propios como medio para adquirir activos financieros de terceros.

A Faculdade Direito de São Paulo
na Cultura Brasileira.

Miguel Reale

Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

“Não podia ser senão assim. Não podia ser de outra forma. Esta noite só podia começar pela poesia, porque a poesia sempre esteve presente na história da Faculdade de Direito de São Paulo.

Poesia significa instauração criadora, penetração nas raízes do ser, porque é o mito que se faz palavra. E é palavra que se faz mito. Identidade absoluta entre a idéia e o sentimento, a poesia inspiradora e criadora figura no pórtico desta Casa com os nomes de Álvares de Azevedo, Castro Alves e Fagundes Varela, de tal modo que não se sabe se se entra nesta Faculdade para estudar Direito ou para realizar obra de arte, para fazer poesia. Poesia da mocidade que muitas vezes ensina mais do que a Cátedra; poesia desveladora que põe em dificuldade imensa quem vos fala, dado o vulto das realizações históricas que compõem a memória cultural da nossa Academia.

*. Discurso proferido na Sessão Solene da Congregação, realizada no salão nobre a 11 de agosto de 1976, inaugurando os festejos do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, e reconstituído pelo autor, à vista de gravação.

Andou bem a Congregação dos Professores, em cujo nome estou falando neste instante, andou bem a Congregação ao destinar um ano todo às comemorações do sesquicentário da Lei de 11 de Agosto de 1827, dando início ao Ano Nacional do Direito, que começa hoje, só podendo começar com consciência histórica e com consciência crítica.

Não venho aqui para fazer o panegírico de nossa Faculdade, muito embora seja impossível falar dela sem que o coração bata de maneira mais apressada, mas venho para dizer o que representou e o que representa a Faculdade de Direito na cultura brasileira e, especialmente, na civilização de São Paulo.

11 de agosto de 1827 não foi uma conquista fácil, mas, ao contrário, o resultado de muitos contrastes e posições.

Quando, na Assembléia Constituinte de 1823, José Feliciano Fernandes Pinheiro, depois Visconde de São Leopoldo, propôs que se criasse a Faculdade de Direito em São Paulo, suscitou violenta oposição. Que é que se argüiu naquela época? É indispensável meditarmos sobre as críticas e o sentido final de uma diretriz fadada a exercer tão poderosa influência política e pedagógica em nosso País.

Dizia-se que São Paulo era pobre demais para receber uma Faculdade de Direito. Eis a primeira surpresa. A megalópolis de hoje, esta cidade que a todos assusta por seu vertiginoso crescimento, era apontada, nos primórdios da nossa Independência, como uma pobre Vila, onde os estudantes não teriam sequer lugar onde morar. — “Sessenta estudantes não terão onde passar a noite” — proclamava um dos deputados da Assembléia Constituinte.

Um outro acrescentava que em São Paulo, — que se tornou a cidade das mil línguas, nesta Torre de Babel em sentido inverso, que encontra na linguagem do trabalho o ponto de referência de todas as línguas do mundo, — só se falava um

pobre dialeto caboclo, capaz de corromper a mocidade. Terra sem morada, pobreza de morar que é das mais tristes formas de pobreza; povo sem linguagem, carência de expressão, que é a outra forma opressiva de pobreza; mas, debaixo dessas cinzas, mantinha-se viva a antiga força, o mesmo sentido de audácia e de realização que distinguira os bandeirantes e pulsava ainda no coração dos Andrada e de Feijó.

Valores há, e são os valores espirituais, que momentâneas deficiências de ordem material não logram destruir. Em nossos dias, temos o exemplo impressionante de nações que, destroçadas pela guerra, ressurgiram em poucos anos, graças ao poder demiurgo da inteligência e ao patrimônio da ciência, o único que não se exaure, pela força do amor às coisas do espírito que não projeta sombras, como a luz que se revela a si mesma, como a palma da mão que se abre e a si mesma se manifesta.

Meus caros amigos, ocultava-se um sentido subjacente e misterioso nos alicerces do velho convento franciscano que então se convertia em Casa do Direito. Sentido “poético”, na acepção mais profunda deste termo, que significa instauração originária e fecunda, marcando a linha de nosso destino histórico, porque São Paulo, que nascera de uma Escola, iria ressurgir em virtude de outra Escola: a primeira fizera uma Província; a outra se destinava a fazer uma Nação!

Não julgueis que estou exagerando, ao dizer-vos que a esta Casa ficou intimamente vinculado o futuro da nacionalidade. Não preciso lembrar que a grande maioria dos Presidentes civis da República saiu dos bancos de nossa Academia. Nem evocar os grandes vultos da Jurisprudência, da Política, da Diplomacia, do Jornalismo, da Economia ou da Oratória, filhos desta Escola. Penso antes no bacharel anônimo que se esparramou pelo Brasil afora. Penso mais no advogado humilde que, de Vila em Vila, foi compondo o florilégio da consciência jurídica nacional, convertendo o sentimento do Direito

numa das fontes de nossa consciência cívica, que brilha com esplendor insólito onde e quando violada.

Esta Faculdade nasceu, pois, para pulsar em unísono com o coração de nossa Pátria. Todas as objeções, a que já aludi, e outras mais, como a dificuldade de se galgar a Serra do Mar para atingir-se o Planalto de Piratininga, todas elas vieram sendo superadas desde o primeiro ano, quando para São Paulo acorreram jovens de todas as províncias, de todas as categorias sociais.

Bastará dizer-vos que, logo com a primeira turma, a de 1828, se matriculava nas Arcadas um dos vultos mais altos da intelectualidade brasileira, Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, que Pontes de Miranda considera o maior de nossos juristas no século passado, ao lado de Teixeira de Freitas.

José Antonio Pimenta Bueno, filho de pais incógnitos, demonstra-nos que o elitismo não acompanhou o surgimento desta Faculdade, que se abria a todas as camadas sociais, em sentido profundo de igualdade e de compreensão humana.

Como contestar o acerto da localização dos Cursos Jurídicos em São Paulo, se um filho humilde da terra paulistana pôde receber ensinamentos que o tornaram um dos fundadores da Ciência Jurídica pátria, com obras que se espraiam desde o Processo Civil e Criminal ao Direito Internacional Privado, para culminar nas suas preciosas lições de Direito Constitucional, base imperecível de nosso literalismo político?

Três anos depois, chegava da Bahia, para ingressar nesta Escola, aquele que, sem sombra de dúvida, é a mais poderosa expressão do Direito Civil Brasileiro, — Teixeira de Freitas. Ele não era de origem humilde como Pimenta Bueno, mas, um fidalgo de Cachoeira, filho dos Barões de Itaparica. O nobre e o plebeu unidos pela mesma destinação de implantar, cada qual no domínio jurídico de sua predileção, — um no Direito Privado, outro no Direito Público, — os alicerces da

Jurisprudência nacional. Um paulista, o outro baiano; um filho do Sul, o outro do Norte, a demonstrar os bons auspícios que cercaram a instauração dos Cursos Jurídicos no Brasil, sob a égide de um grande Príncipe, cujo nome não poderíamos olvidar nesta noite de evocação e de justiça histórica.

Teixeira de Freitas, permaneceu pelo menos dois anos entre nós, terminando o seu curso no Recife. Começou, assim, uma tradição singular, na qual poder-se-ia vislumbrar um misterioso desígnio de constante intercâmbio de estudantes entre as duas Academias de Direito do País, como se a juventude espontaneamente sentisse a necessidade de ir tecendo, do Norte ao Sul, do Sul ao Norte, o tecido variegado da cultura brasileira.

Teixeira de Freitas foi o primeiro a vir do Recife para São Paulo, lá retornando para se diplomar. Depois dele quantos outros não repetiram essa mesma façanha nacional. Bastará recordar os nomes de Castro Alves, cujo estro é do Capibaribe e do Tietê; de Joaquim Nabuco, que harmoniza as duas latitudes em sentido de universalidade; e Rui Barbosa, cuja realização ciclópica no mundo da inteligência é tanto paulista quanto da Bahia e de Pernambuco.

Constituíram-se, desse modo, dois polos, em torno dos quais se traçou a elipse da cultura brasileira. Digo elipse da cultura brasileira e não apenas da cultura jurídica, porque, por uma predestinação histórica fundamental, enquanto que as áreas técnicas ou científico-naturais se distribuíram, desde o tempo de D. João VI, em vários institutos, como as Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio Janeiro, as Academias Militares, as de Agricultura ou de Engenharia, toda a área humanística se concentrou, até bem poucos anos, nas duas Escolas de Direito.

Tal fato faz meu espírito remontar à época do Renascimento Italiano, quando todas as formas de saber se ordenavam apenas segundo duas esferas de conhecimento, que o

humanista Marcílio Ficino, fiel às antigas tradições, denominava “Jurisprudencia ac Medicina”.

Na linha do pensamento clássico, o termo “Jurisprudência” não se referia tão somente ao Direito, mas englobava todas as pesquisas sobre o homem, exigindo também atenção para as coisas divinas, consoante a lição esculpida no pórtico do Digesto: “divinarum atque humanarum rerum notitia: iusti atque injusti scientia” Embora se possa considerar superada essa compreensão do problema, resta-nos sempre a lição de que o Direito, como dimensão radical do ser humano, não se reduz às suas expressões formais, mas, ao contrário, reclama um conteúdo de justiça inerente aos valores sociais.

Ainda não se fez um estudo profundo, como devera ser feito, sobre o que significou o fato de ter saído da Faculdade de Direito a grande maioria daqueles que se tornaram mentores da nacionalidade, pois, durante mais de um século, foram elas, repito, a morada inicial de poetas e romancistas, historiadores e diplomatas, economistas e sociólogos, psicólogos e políticos, jornalistas e historiadores.

Que significou a circunstância de se formarem em Escolas de Direito milhares de jovens que não iriam ser advogados, juízes, delegados ou promotores, mas exercer as mais diferentes atividades, nos domínios da indústria e do comércio, da política e das ciências sociais?

No se pode dizer que, no início de nossa formação cultural, como Nação independente, tenha sido um mal a concentração das atividades humanísticas nas Escolas de Jurisprudência. Na realidade, elaborava-se, sob a inspiração dos valores jurídicos, uma visão global de nós mesmos, correspondente a uma intuição sintética destinada a progressivas análises e desmembramentos.

É possível que a visão ordenada e sistemática do todo, inerente à experiência jurídica, tenha representado um bem,

poupando-nos a distorção das especializações imaturas. Assim é que tivemos, de início, economistas dotados da compreensão unitária e global dos problemas sociais, sabendo distinguir entre Economia Política e Política Econômica, esta necessariamente interdisciplinar e sintética, utilizando-se da “ciência econômica” como instrumento básico para a compreensão e o desenvolvimento das “situações existenciais” que constituem o valor essencial de um povo.

Pelas mesmas razões, os “nossos” sociólogos, imbuídos do senso normativo do Direito, jamais se iludiram com o tratamento dos fatos humanos “como se fossem coisas”, dispensando sempre a necessária atenção ao conteúdo axiológico da conduta humana e das estruturas comunitárias.

Tivemos, igualmente, políticos que souberam aliar o senso das oportunidades emergentes, em sua particularidade, com a independência dos planos de ação governamental, obedecendo a uma “dialética de funcionalidade”, quase instintiva, entre meios adequados e fins concretos de agir. Políticos, em suma, que marcados pela virtude da *prudência*, souberam compreender a sedução, bem como os riscos do Poder, cientes e conscientes de que não há possibilidade de Política fecunda quando inexiste a composição harmônica entre o poder de agir e a responsabilidade jurídica que lhe corresponde.

Esse vivo sentimento de responsabilidade e concreção, esse sentido unitário e profundo da vida nacional, que o Direito propicia, pelo receio que seus cultores têm das soluções setorizadas e monocórdicas, explica a personalidade de um Prudente de Moraes, de um Campos Sales ou de um Rodrigues Alves. Sim meus amigos, o Direito é acima de tudo, um empenho global de vida, porque é a vida mesma em todas as suas expressões, na medida em que todas devem se submeter às exigências éticas de uma convivência ordenada.

Nada de estranho, por conseguinte, que os maiores movimentos cívicos de nossa história, monárquica ou republica-

na, tenham tido como principais personagens ex-alunos de São Paulo ou do Recife.

Épocas houve em que os estudantes formaram na vanguarda do processo histórico, porque eu vos digo que, às vezes, os mestres estão nas cátedras; outras vezes, estão nos pátios, abrindo o futuro pela voz da mocidade. Foi assim quando a juventude desfraldou a bandeira da emancipação dos escravos pela voz de Joaquim Nabuco e Castro Alves; de Tobias Barreto que ensinou, como estudante, aquilo que haveria de ensinar depois como mestre, instituindo a Escola do Recife.

Há, pois, uma continuidade fundamental entre a vida do estudante e a vida do mestre, revelando outra lição que não pode ficar esquecida: a da correlação ou complementaridade entre o pensamento e a ação.

Perdoai se vos lembro, neste instante, que, ao redigir, ainda nos bancos acadêmicos, o meu primeiro livro, *O Estado Moderno*, certo de estar interpretando a atitude espiritual de minha geração, manifestava o meu propósito de “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”

Sim, quem entra para esta Faculdade pode tornar-se poeta, político, historiador, diplomata, sociólogo ou jurista (porque nas Arcadas também se estuda Direito.) mas há algo que é comum a todos, numa força unificante: é o sentido da concreção humana. Nossos poetas, por exemplo, jamais se isolam na torre de marfim de suas imagens, vaidosos de suas formas ou fórmulas esotéricas. Não há lugar nesta Casa para a poesia rebuscada que só se comunica de um cume de iniciados a outro, indiferentes à compreensão popular. A “nossa” poesia, a que nasce à luz ou à sombra das Arcadas, confunde-se espontânea e naturalmente com o falar da gente brasileira; é poesia que penetra, sem artifício, no coração do povo, tão imbuído está o poeta de seus sentimentos e aspirações.

Vede como a Academia do Largo de São Francisco veio desfiando a sua história através do tempo, confundindo-se com a história do Brasil.

Não quero dizer-vos que tudo tenha sido rosas, que não tenha havido sombras e eclípses. Houve, fora de dúvidas, flexões e descaídas nas curvas existenciais das Arcadas, mas nunca nos faltou o senso de novas caminhadas, tal como se revela na carinhosa expressão a todo instante usada: “velha e sempre nova Academia” Faltar-nos-ia espírito crítico se ocultássemos as épocas incolores que atravessamos, em triste descompasso com as aspirações populares, ou com os progressos da ciência, mas o que nos tem valido, nestes cento e cinquenta anos, é o *sentido institucional da obra comum*, a coragem de retomar a caminhada momentaneamente interrompida, ou comprometida, por termos olvidado, às vezes, que, acima de preferências ou impulsos afetivos, devem prevalecer os méritos intelectuais e éticos de mestres e alunos.

Crises e crises graves foram vencidas. Uma delas deu-se logo no início de nossa vida docente, quando um vazio deixou perplexos e preocupados os professores da época. O fato ocorreu em 1836, no mesmo ano em que Ramalho se tornava mestre nesta Academia, ao lado de Crispiniano: nesse ano apenas quatro estudantes requereram matrícula em nossa Faculdade! Quatro estudantes apenas se apresentaram para o curso de Direito! Parecia que a Nação estava rejeitando a instalação dos cursos jurídicos em São Paulo, mas, logo no ano seguinte, o afluxo dos jovens às Arcadas demonstrou que se tratara de ocorrência fortuita.

Crises e descaídas, inevitáveis e incompreensíveis, pouco significam no sentido fundamental da existência de uma instituição como a nossa, cujo papel deve ser medido segundo suas linhas dominantes, e não por um ou outro fator negativo.

Mas, meus amigos, quero dizer-vos que assistia razão ao deputado José Custódio Dias, representante da Província de

Minas Gerais, quando, na Câmara dos Deputados, apoiava a emenda de Nicolau Vergueiro e de Francisco de Paula Souza e Mello, que transferia para São Paulo o Curso Jurídico já destinado à cidade do Rio de Janeiro. Tinha razão o deputado mineiro, ao dizer (e eu vou ler suas palavras, para que não haja traição do pensamento): “É preciso animar aqueles povos (os povos de São Paulo), de tantas vexações que têm sofrido, e restaurar aquela Província da decadência a que a tem reduzido o continuado estado de opressão”

Eis aí uma verdade não raro esquecida: justificava-se a instalação dos cursos jurídicos na Província de São Paulo pela esperança de arrancá-la do torpor em que se encontrava, para que cessasse, em suma, a opressão psicológica e social em que vivia a gente bandeirante. Como vedes, a Faculdade de Direito surgia para mudar o estado de espírito “dos povos” de Piratininga. Não se podia prever que a mudança seria de maior alcance, alterando o panorama espiritual de São Paulo e do Brasil.

É que, trazida para São Paulo uma Escola, ela se converteu logo em Bandeira, em foco de bandeirismo. É, com efeito, necessário compreender que esta Escola cultiva o Direito e a Política em termos de Escola e em termos de Bandeira.

Que quero dizer com tais palavras? A Escola inicial, a Escola humilde de Anchieta, onde eram ensinados os curumins através da arte e da poesia, a Escola de Anchieta era uma projeção do Planalto, a falar para todo o Brasil. Depois, da cidade que nascera de uma Escola, projetou-se a audácia das Bandeiras. O bandeirismo foi um dar infinito e um pouco receber, o que explica a pobreza de São Paulo, em contraste com as riquezas daquelas paragens por onde ecoaram as pisadas dos desbravadores. Comparai a riqueza de Minas, de Ouro Preto e Sabará, Tiradentes e São João d’El Rei, com a penúria de São Paulo, onde mal podiam modestamente viver algu-

mas dezenas de estudantes. Isso mostra que o bandeirismo redundou em ato coletivo de dedicação, o sonho e a cobiça das esmeraldas transformados no rude balisamento do território, “dobrando-as a linha das Tordesilhas”.

Mas, na terceira década do século XVIII, o bandeirismo havia desaparecido, e a gente paulista, como já foi lembrado, sente-se oprimida. Nessa conjuntura, as Arcadas surgem como a bandeira imortal da cultura, dando início a uma tarefa de auto-consciência jurídica e auto-consciência histórica, a uma operação de desbravamento que jamais terminará.

150 anos, em qualquer país da América, já tem um profundo significado histórico, mas os nossos são 150 anos intensamente vividos, como aquele em que o destino reunia, numa única turma, a de 1870, figuras como as de Rui Barbosa, Castro Alves, Joaquim Nabuco, Afonso Pena e Rodrigues Alves, homens de todos os quadrantes e de todos os destinos.

O tempo vivido intensamente, é isto o que importa, meus caros amigos, estudantes do Largo São Francisco, porque o tempo, — já vos tenho dito e não será demais repetir, — o tempo, em si mesmo, nada é quando contado pelas batidas uniformes do relógio. O tempo nada é quando quantitativamente medido em termos de séculos, anos ou segundos. O que interessa é o tempo existencial, o que importa é o tempo vivido com a riqueza de nossas intencionalidades; o que se impõe e vale é o tempo de nossa dedicada participação, convertido em duração fecunda de vida; é o tempo que se incorpora à nossa personalidade e com ela se confunde. É esse o tempo da Faculdade de Direito, que é tempo e templo da nacionalidade.

A Corte Internacional de Justiça e o Direito do Mar*

Vicente Marotta Rangel

Professor Titular de Direito Internacional Público na
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

É postulado básico do direito internacional o dever dos Estados de resolverem pacificamente as controvérsias de que participarem. Não se exigem processos específicos. A solução dos litígios pode ser alcançada através de processos políticos (negociação, bons ofícios, conciliação, consulta, resolução de órgãos políticos) ou de processos jurídicos (arbitragem e solução judiciária). Da solução jurídica é a Corte Internacional de Justiça o principal órgão das Nações Unidas. É natural, pois, que a ela tenham solicitado os Estados solução para suas controvérsias, inclusive as referentes ao direito do mar, como veremos a seguir.

Constituída, ao término da segunda guerra mundial, como novo tribunal, não deixa a Corte de manter semelhanças substanciais com o órgão de solução judiciária da Sociedade das Nações. Também este dirimiu controvérsias sobre direito do mar. Tendem os litígios, porém, a aumentar de importância e número com o decorrer dos anos, conquanto nem sempre cresçam no mesmo grau e se aprimorem adequadamente os respectivos sistemas de soluções. Não cabe estranhar a frequência de litígios a que esse direito se aplica, uma vez que três quartas partes do planeta formam a hidrosfera e avulta, progressivamente, a quantidade de navios que sigam o oceano, tanto quanto nele se acentuam, cada vez mais, in-

*. Aula inaugural do ano letivo de 1976.

teresses econômicos, políticos, estratégicos. Foi e continua sendo o mar o principal meio de comunicação entre os povos, pois que é através dele que cerca de oitenta por cento do intercâmbio de bens se processa. As estatísticas revelam haver duplicado o comércio internacional durante a década de 1960-1970, devido, em grande parte, ao transporte de petróleo, sendo oportuno lembrar que já para 1980 se prevê que somente a Europa Ocidental importará 680 bilhões de toneladas (métricas) de ouro negro conduzido por navios-cisternas.

Do relevo e alcance do direito do mar dizem os nomes dos navios que vão perpassando nos capítulos mais diversos do Direito Internacional: Santa Catarina, no da polêmica da liberdade dos mares; Alabama, no do estatuto da neutralidade; Montijo, no das relações entre normas internas e internacionais; Sapphire, no da representação estatal; Schooner Exchange, no da imunidade do Estado; Caroline, em matéria de legítima defesa. . . No rol da jurisprudência da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, nomes de navios também se fazem presentes. Basta lembrar o do Lotus que se invoca para as questões sobre competência criminal em alto mar e o do Wimbledon que se cita a respeito de tópicos sobre conflito de normas bem como sobre responsabilidade internacional dos Estados.

Embora sem a constância de outrora, nomes de navios também permeiam fastos do direito internacional mais recentes, posteriores à segunda guerra mundial. É o caso do Saumarez e Volage, citados a propósito do conflito entre a Grã-Bretanha e a Albânia sobre o trânsito no estreito de Corfu. A menção de nomes de navios atesta, por sinal, a presença de dois tradicionais usos do mar: o relativo ao transporte de pessoas e bens e o concernente à exploração dos recursos biológicos. Tendência moderna da jurisprudência é a de refletir a influência crescente de outros usos oceânicos, tais como o são a exploração dos recursos naturais da plataforma continental e dos fundos oceânicos, a produção de energia, a pes-

quisa científica. À medida que esses novos usos surgem e se intensificam, a incidência de navios tenderia, parece, a constituir-se menor. Em relação à pesca, as embarcações utilizadas, por outro lado, são numerosas e de dimensões reduzidas. Dir-se-ia que quase não mereceriam serem conhecidas pelo nome. . . Dos diferentes usos do mar, cada vez mais variados, cada vez mais intensos, resulta, outrossim, o fenômeno alarmante de poluição oceânica, a qual tende, por sua vez, a ser fator de litígios, alguns dos quais se delineiam no plano internacional, como o que poderia surgir entre a Finlândia, de um lado, e países do Atlântico sul, como o nosso, de outro lado, a propósito da carga delectéria transportada em maio do ano passado pelo Enskeri, o qual, em boa hora, retornou à sua base de partida.

Às portas da Corte Internacional de Justiça o tema da poluição teve ensejo, por sua vez, de ressoar, de modo aliás candente, a propósito de controvérsias sobre as experiências nucleares atmosféricas que Paris se propusera a promover sobre Mururoa e Fangataufa, no arquipélago de Tonamotu, Polinésia francesa. A 9 de maio de 1973, os governos da Austrália e da Nova Zelândia, submetendo à Corte pedido para que o governo gaulês suspendesse esses testes, requereu fossem eles julgados incompatíveis com normas de direito internacional. À pertinência dessa controvérsia com o direito do mar reside na alegação dos Estados autores de que as experiências importariam em transgressão da liberdade oceânica. Elas implicariam na proibição do acesso de navios a determinadas áreas do alto mar. Haveria também riscos de contaminação do oceano. Menos de dois meses após o ajuizamento da ação (22 de junho de 1973), concedeu a Corte, com base no artigo 41 de seu Estatuto, por 8 votos contra 6, medidas provisórias requeridas pela Austrália e Nova Zelândia, consistentes em que “o governo francês deveria evitar testes nucleares causadores de depósito de precipitações radioativas sobre o território daqueles dois Estados”¹. Entendeu o

governo de Paris, todavia, realizá-los, e assim o fez a 21 de julho do mesmo ano, declarando, a seguir, reiteradamente, desistir de promovê-los no ano seguinte, em 1974. Reunida a Corte no decurso desse mesmo ano, reconheceu os efeitos jurídicos dessas declarações, que vinculariam o governo francês e, por nove votos contra seis, entendeu, não haver mais controvérsias e decidir²

Teve a Corte, porém, ensejo de examinar o mérito de quatro controvérsias, as quais em menor ou maior grau, se reportam à problemática do direito do mar. Trata-se das seguintes, enumeradas em ordem cronológica: 1) sobre o estreito de Corfu: sentença de 9 de abril de 1949; 2) sobre zonas de pesca: sentença de 18 de dezembro de 1951; 3) sobre a plataforma continental do mar do Norte: sentença de 20 de fevereiro de 1969; e finalmente, 4) as sobre jurisdição de pesca: sentença de 25 de julho de 1974.

Ao examinar essas disputas, nosso propósito é duplo: o de inferir das respectivas decisões normas de direito internacional, do qual a jurisprudência é uma das fontes (art. 38, n. 2, letra c do Estatuto da C. I. J.); e o de aquilatar o grau de receptividade da Corte Internacional de Justiça, pelos membros da comunidade internacional, em face do atual processo de reformulação do direito do mar.

É óbvio que essas controvérsias suscitam sedutoras questões de ordem processual e outras tantas de ordem substan-

1. Nuclear Tests Case (Australia v. France) (Interim Protection Order) (1973) I.C.J.; Nuclear Tests Case (New Zealand v. France) (Interim Protection Order) (1973) (I.C.J.) — Vide igualmente, Goldsworthy, *Interim Measures of Protection in the International Court of Justice*, A.J.I.L., 1974, pp. 68 e segs.; Lacharrière, *Cour Internationale de Justice. Commentaires sur la position Juridique de la France à l'égard de la licéité de ses expériences*. *AFDI*, 1973, pp. 253 e segs.

2. Nuclear Tests Case (Australia v. France), *Judgement of December 20, 1974*, I.C.J. Rep. 253; Nuclear Tests Case (New Zealand v. France), *Judgement of December 20, 1974*, I.C.J. Rep. 457 — Sobre as sentenças: MAC WHINNEY EDWARD, *International — Law Making and the Judicial Process: The World Court and The French Nuclear Tests Case*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 3, 1975, n. 1, pp. 9/46.

tiva, que, por carência de tempo, e considerados os objetivos a que nos propusemos, seremos forçados a descurar.

Examinemos a primeira dessas controvérsias que, coincidentemente, foi também a primeira, em sentido cronológico, submetida à jurisdição da Corte.

O litígio ocorreu entre a Grã-Bretanha e a Albânia e disse respeito à passagem de navios de guerra pelo estreito de Corfu, nome de ilha, como se sabe, pertencente à Grécia, mas situada em frente aos limites terrestres desta com a Albânia, de modo que as águas do estreito banham igualmente os dois países, ao norte e ao sul, respectivamente.³

Os dados da questão são os seguintes: no dia 15 de maio de 1946, os cruzadores britânicos “Orion” e “Superb”, quando passavam pela parte norte de Corfu e se dirigiam para o sul, foram alvo de fogo de bateria albanesa sita na vizinhança de Saranda. O governo do Reino Unido protestara imediatamente. Em troca de notas diplomáticas subsequentes, cada parte insistia na procedência de sua tese, a Grã-Bretanha em afirmar o princípio de liberdade de navegação pelo estreito e a Albânia, em contestá-lo. Como, porém, nenhum navio fora atingido, a questão circunscrevera-se então a âmbito diplomático e a sustentação de teses doutrinárias. Posteriormente, contudo, houve incidente de maior gravidade, em que navios britânicos foram danificados: o “Saumarez” e o “Volage”, que, a 22 de outubro de 1946, transitavam pelo estreito, se chocaram com minas submarinas. Houve também mortes e ferimentos em oficiais e marinheiros da tripulação.

Três questões principais a Corte examinou. A primeira delas — suscitada pelo governo albanês — dizia respeito à licitude da passagem dos navios de guerra britânicos pelo estreito.

3. Corfu Channel Case, Judgement of April 9th, 1949: I C J Reports 1949, p. 4. CHUNG, Il Yung, *Legal Problems involved in the Corfu Channel incident*. Genève, Droz-Paris, Minard, 1959. *Peacetime passage by warships through territorial straits* (Columbia Law Review, v. 50, n. 2, 1950, pp. 220-225).

to, no dia da colisão, apesar da oposição do Estado costeiro. Teria o governo britânico violado, então, a soberania da Albânia? A resposta da Corte foi negativa. Favorável à licitude do trânsito de navios de guerra em estreitos internacionais, a sentença repercutiu, cerca de uma década após, na Convenção de Genebra sobre Mar Territorial e Zona Contígua (artigo 16, § 4.º). Essa disposição — convém lembrar — se reporta à passagem em estreito internacional. Ela não se refere à passagem por mar territorial. Cabe também notar que, em face do vigente processo de revisão das normas sobre direito do mar, o tema “regime jurídico dos estreitos internacionais” é dos mais complexos na agenda da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar e se encaminha para alcançar sistematização própria, em que ele se distinga quer do regime do mar territorial, quer do regime das águas interiores, quer, enfim, do regime das águas internacionais.

A segunda questão — argüida aliás pela Grã-Bretanha — tinha o seguinte enunciado: “Seria a Albânia responsável, de acordo com o direito internacional, pelas explosões que tiveram lugar a 22 de outubro de 1946 nas águas albanesas, por danos e por perdas de vidas humanas que daí resultaram, e existiriam reparações em consequência a promover?” Foi afirmativa a resposta da Corte. Não porque houvera transgressão da Convenção oitava da Segunda Conferência da Paz de Haia de 1907, como entendera a Grã-Bretanha, pois a Convenção só se aplica em tempo de guerra e as relações entre os litigantes se examinavam em função do direito internacional em tempo de paz, mas porque ocorrera a transgressão de princípios gerais de direito bem como considerações elementares de humanidade mais absolutas vigentes em tempo de paz e de guerra, o princípio da liberdade das comunicações marítimas e a obrigação para todo Estado de não deixar utilizar seu território para fins contrários ao direito de outros Estados. E porque a Albânia, devendo estar ciente da existência das minas, não diligenciara para que com elas não colidissem os navios britânicos.

A 13 de novembro de 1946, alguns dias após o infausto acidente, o governo britânico realizou, não obstante formal oposição albanesa, operação de varredura de minas no estreito. Daí a terceira questão: teria esse governo transgredido a soberania da Albânia e deveria, em conseqüência, sujeitar-se a reparações? Alegou a Grã-Bretanha estar, naquelas circunstâncias, autorizada a intervir assim como a colher provas e a agir “para a própria proteção” Não lhe deu razão o Tribunal: “o alegado direito de intervenção” disse ele, “como expressão de uma polícia de força, tal como, no passado, deu origem aos mais sérios abusos, não pode, quaisquer que sejam os defeitos atuais da organização internacional, encontrar lugar no direito internacional”. “Entre Estados independentes” — acrescentou a sentença — “o respeito pela soberania territorial é base essencial das relações internacionais”

Menos ericada de questões, a segunda controvérsia disse respeito, em síntese, à contestação da Grã-Bretanha sobre a juridicidade do decreto norueguês de 12 de julho de 1935, quer quanto às linhas de base, quer quanto ao método empregado para a delimitação das zonas de pesca⁴. Tratava-se de esclarecer, pois, o traçado da linha de base do mar territorial da Noruega, condição preliminar para se apurar a delimitação das zonas de pesca desse país. Segundo o governo britânico, que invocara prática internacional e proposta subsistente na Conferência de Codificação de 1930, deveria a linha de base consistir na linha de baixa-mar, a qual deveria seguir “todas as sinuosidades da costa” Entendeu o governo de Oslo, porém, haver no litoral norueguês condições peculiaríssimas, históricas, geográficas, econômicas, que justificariam se introduzisse exceção ao sistema de linha de baixa-mar. Costume formado entre os países litigantes dava, ademais, lici-

4. Fisheries Case. Judgement of December 18th, 1951. I.C.J. Reports 1951, p. 116. AUBI J.M., *Les Problèmes de la mer territoriale devant la Cour internationale de Justice*, J.D.F., 1953, pp. 24-55. EVENSEN, JENS, *The Anglo-Norwegian Fisheries Case and its legal consequences*. AJIL, v. 46 1952, pp. 609-630.

tude ao decreto questionado. Deu a Corte razão à Noruega, tendo a sentença repercutido na Convenção sobre Mar Territorial e Zona Contígua, cujo artigo 4.º dispõe, em seus parágrafos primeiro e quarto, o seguinte: “Nas regiões onde a linha costeira apresenta reentrâncias profundas e saliências, o método das linhas retas, ligando os pontos apropriados pode ser adotado para o traçado da linha de base”; “ter-se-ão em conta, para fixação de determinadas linhas de base, interesses econômicos próprios à região considerada e cuja realidade e importância sejam claramente atestadas por longo uso”. Tais preceitos se incorporaram, desde então, pacificamente ao direito internacional e sobre eles não questiona a Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, ora em processo de tramitação.

A terceira controvérsia disse respeito à delimitação da plataforma continental do Mar do Norte, o qual, como se sabe, de forma aproximadamente oval, pouco profundo, se encontra quase inteiramente cercado pelas terras do continente europeu e das ilhas britânicas. Prolongamento dessas terras, a plataforma continental aí permanece, com exceção apenas da chamada “fossa norueguesa”, a uma distância inferior, em geral, a duzentos metros de profundidade. Rica de petróleo, como o atestam as sondagens que, desde 1963, nela sistematicamente se vêm fazendo, essa plataforma passou a ser objeto de delimitação através de acordos bilaterais entre os Estados da região. Delimitação parcial foi alcançada entre a República Federal da Alemanha e seus vizinhos, ao sul e ao norte, a Holanda e a Dinamarca, respectivamente, nos acordos concluídos a 1.º de dezembro de 1964 e 9 de junho de 1965. Dúvidas, porém, persistiram no prosseguimento do traçado dessa delimitação. Para dirimi-las, deveria a Corte — segundo precisavam os compromissos então assinados — decidir “quais os princípios e regras de direito internacional aplicáveis” A controvérsia foi submetida à Corte Internacional de Justiça, a 2 de fevereiro de 1967, pela República Federal da

Alemanha, de um lado, e, de outro lado, conjuntamente, pela Dinamarca e Holanda.⁵

Estava em causa a interpretação do parágrafo 2.º do artigo 6.º da Convenção de Genebra sobre a Plataforma Continental. Diz esse parágrafo que se u'a mesma plataforma continental for adjacente aos territórios de dois Estados limítrofes, a delimitação da plataforma é determinada por acordo entre esses Estados e que, na ausência de acordo, e salvo circunstâncias especiais, "a delimitação se opera por aplicação do princípio de equidistância dos pontos mais próximos das linhas de base a partir das quais é medida a largura do mar territorial de cada um desses Estados" Não tendo havido acordo, entre, de um lado, a República Federal da Alemanha e, de outro lado, a Dinamarca e a Holanda, a respeito dessa delimitação, entenderam estes dois países que, inexistindo também circunstâncias especiais, deveria prevalecer o princípio da equidistância tal como está prescrito no referido parágrafo. Aduziram ambos os países que, se essa disposição não fosse aplicável às Partes litigantes, a delimitação deveria se operar entre elas "com base nos direitos exclusivos de cada qual sobre a plataforma continental adjacente às suas costas e no princípio segundo o qual a delimitação deve deixar a cada uma das Partes todos os pontos da plataforma continental que estejam mais próximos de suas costas que das costas da outra Parte".

Sustentou a República Federal da Alemanha, em contraposição, que, tendo apenas assinado mas não ratificado a Convenção sobre a Plataforma Continental, não estaria vinculada ao princípio da equidistância, o qual ademais não havia se convertido em norma consuetudinária internacional. Mesmo que estivesse vinculada à Convenção, esse princípio não

5. North Sea Continental Shelf, Judgement, I.C.J. Reports 1969, p. 3. VALLÉE, Charles, *le Plateau Continental dans le Droit Positif Actuel*, Paris, Pedone, 1971. LANG, Jacques, *Le Plateau Continental de la Mer du Nord*, Paris, L. G.D.S., 1970.

prevaleceria nos termos do citado parágrafo 2.º do artigo 6.º — no caso de existirem *circunstâncias especiais*. Ora, tais circunstâncias especiais subsistiam, aduzia a República Federal da Alemanha, tendo em conta, principalmente, a configuração côncava de suas costas no Mar do Norte. O princípio que deve reger a delimitação — ainda segundo o mesmo país — é aquele segundo o qual “cada Estado ribeirinho tem direito a uma *parte justa e equitativa*, da plataforma continental disponível, proporcionalmente ao comprimento do seu litoral ou de sua fachada marítima”

A sentença, proferida cerca de dois anos depois de ajuizada a ação, ou seja, a 20 de fevereiro de 1969, decidiu rejeitar quer o princípio da *distribuição justa e equitativa*, proposto pela República Federal da Alemanha, quer o *princípio da equidistância*, defendido pela Holanda e Dinamarca. Sustentou a Corte que o fundamento do direito do Estado sobre a sua plataforma continental reside no fato desta ser o *prolongamento natural* do território terrestre desse Estado, fundamento este que, aliás, também as Partes litigantes sufragavam, a qual, se bem que, consagrado no artigo 2 da Convenção de Genebra de 1958, era dele inteiramente independente. “A área da plataforma continental” — declara a sentença — “constitui prolongamento natural do território do Estado ribeirinho sob o mar. Os direitos deste Estado sobre essa área existem *ipso facto* e *ab initio* em virtude da soberania do Estado sobre esse território e, subsistem, como uma extensão dessa soberania, sob a forma do exercício de direitos soberanos para os fins de exploração do leito do mar e de exploração de seus recursos naturais” “Em suma, há aí um direito inerte. Para exercê-lo não é necessário seguir processo jurídico particular nem cumprir atos jurídicos especiais. A sua existência pode ser verificada, como o fizeram numerosos Estados, mas ela não requer nenhum ato constitutivo” Tal direito é, ademais independente de seu exercício efetivo. Para retomar o termo da Convenção de Genebra, ele é *exclusivo* no sentido de que, “se um Estado ribeirinho preferir não ex-

plorar sua área de plataforma continental, isto é de sua própria competência e ninguém pode fazê-lo sem seu consentimento expresso” (§ 19).

Embora ambos os lados considerassem o princípio do prolongamento do território do Estado como fundamental, acabaram por interpretá-lo de maneiras diferentes e inaceitáveis para o Tribunal (§ 44) Quanto ao princípio da justa e equitativa distribuição, preconizado pela República Federal da Alemanha, entendeu a Corte estar subjacente a idéia de repartir uma zona ainda não delimitada, idéia essa, no dizer da sentença, “absolutamente estranha e oposta à concepção fundamental do regime da plataforma continental, segundo a qual o ato de delimitação consiste essencialmente em traçar uma linha de demarcação entre zonas já pertencentes a um ou outro dos Estados interessados” “Certo”, prossegue a sentença — “a delimitação deve efetivar-se equitativamente, mas ela não poderia ter por objeto atribuir uma parte equitativa nem mesmo simplesmente uma parte, pois a concepção fundamental na matéria exclui qualquer coisa de indivisível para partilhar” (§ 20) Quanto ao princípio da equidistância, apoiado pela Dinamarca e Holanda, não havia confundido também com o princípio do prolongamento natural do território do Estado ribeirinho. Nem sempre o ponto mais próximo da costa — em áreas sujeitas à delimitação — significaria ser ele prolongamento natural dessa costa. A fossa norueguesa, de oitenta a cem quilômetros de largura, impedia, por exemplo, fossem as zonas da plataforma continental do mar do Norte, por ela separadas, ser consideradas, no sentido geográfico, adjacentes a esse litoral ou como sendo dele o prolongamento natural (§ 45)

Ao examinar o parágrafo 2.º do artigo 6.º da Convenção, interpretando-o histórica e sistematicamente, negou o Tribunal estivesse nele reconhecido, em caráter absoluto, o princípio da equidistância. Este princípio, tal qual está enunciado nessa disposição, fora proposto pela Comissão de Di-

reito Internacional à Conferência de 1958 com muita hesitação, a título sobretudo experimental e de *lege ferenda*, e de nenhum modo de *lege lata* e nem mesmo a título de regra de direito internacional costumeiro em vias de formação (§ 62). Admite o artigo 6.º, por sinal, reservas. Tal princípio — conclui o Tribunal — também não se converteu em norma consuetudinária depois de concluída a Convenção (§ 81).

Sublinhou a Corte os resultados diferentes a que o método da equidistância conduz em razão da concavidade ou da convexidade do litoral. Em vantagem do Estado de costas convexas; ou em desvantagem do Estado de costas côncavas, como era precisamente o caso da República Federal da Alemanha. Pode esse método conduzir, em certas hipóteses, “a resultados primacialmente extraordinários, anormais ou incongruentes” (§ 24), “a uma incontestável iniquidade” (§ 89). “A menor deformação do litoral é automaticamente amplificada pela linha de equidistância com projeções na delimitação da plataforma continental” Por outro lado, nem a República Federal da Alemanha havia ratificado a Convenção sobre Plataforma Continental, nem havia ela reconhecido o princípio de equidistância, nem esse princípio se tornara consuetudinariamente obrigatório.

Em conclusão, a Corte decidiu, por maioria de votos (onze contra seis), não ser obrigatório entre as Partes o método de delimitação baseado na equidistância; e inexistir método único de delimitação obrigatório em todas as circunstâncias. A delimitação deve operar-se por via de acordo, atribuindo-se a cada Parte, na medida do possível, a totalidade das zonas de plataforma continental que constituam o prolongamento natural de seu território sob o mar e não interfiram no prolongamento natural do território da outra parte.

Tem sido a sentença da Corte considerada bastante fecunda e elucidativa, em relação à problemática das fontes de direito internacional, sobretudo no exame de questões relacio-

nadas com tratados e costumes internacionais. Quanto ao regime jurídico da plataforma continental, a sentença, além de esclarecer o alcance do critério da equidistância, teve consequência relevante ao acolher e ressaltar o conceito da plataforma como o “prolongamento natural”, sob o mar, do território do Estado ribeirinho. Tal conceituação acabou de servir de premissa da tese da autonomia do regime da plataforma continental, em face do regime emergente da zona econômica exclusiva, o qual tem sido acolhido, ainda na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, como área autônoma sujeita a regime jurídico próprio, distinto quer do pertinente ao mar territorial, quer também do relativo ao alto mar. Excluiria o conceito da zona econômica exclusiva o da plataforma continental? Como se sabe, este é um dos poucos pontos discrepantes entre princípios da Conferência de Santo Domingo e os da reunião de Yaoundé; entre países latino-americanos, de um lado, e países africanos, de outro lado; entre, enfim, países de plataforma continental extensa e os que a têm circunscrita ao âmbito das duzentas milhas marítimas. Diretriz dominante na Conferência das Nações Unidas tende, neste passo, a sufragar os princípios da reunião de Santo Domingo.

Subsistente a idéia da plataforma continental como “prolongamento natural” do território terrestre, a plataforma não findaria no limite das duzentas milhas marítimas. Uma vez rejeitado o critério de explorabilidade, que equivocadamente a Convenção de 1958 sobre Plataforma Continental contemplou, o término da plataforma poderá ser determinado em razão de um critério geológico preciso, o do limite exterior da margem continental. Esta é a tendência que, por outro lado, se afigura prevalecente nas reuniões diplomáticas ora em curso.

Examinemos, finalmente, as mais recentes controvérsias concernentes ao direito do mar, as referentes à jurisdição sobre pesca e suscitadas pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e pela República Federal da Alemanha contra a Islândia, res-

pectivamente, a 14 de abril de 1972 e a 26 de maio de 1972. Julgadas pela Corte na mesma data, ou seja, a 25 de julho do ano passado (há pouco mais de ano e meio), essas controvérsias se relacionam com o gradual aumento de zonas de pesca promovido pela Islândia em torno de seu território insular, aumento esse relacionado com o decreto de 30 de junho de 1958, que elevou para doze milhas a zona em que as embarcações islandesas passariam a nela exercer com exclusividade os seus direitos de pesca. Foi esse decreto promulgado, como se verifica, após o malogro da primeira conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar em delimitar a largura do mar territorial e das zonas de pesca, malogro esse que, como se sabe, atingiu igualmente a segunda Conferência, realizada, também em Genebra, dois anos mais tarde.

Após período de crise, decorrente da execução desse decreto, houve acordo entre os interessados. Mediante troca de notas, de 11 de março de 1961 e de 19 de julho do mesmo ano, a Grã-Bretanha e a República Federal da Alemanha, respectivamente, acabaram por reconhecer a ampliação da zona de pesca islandesa.

Transcorridos dez anos, ou seja, a 14 de julho de 1971, o governo da Islândia anunciava o término dos acordos de pesca então subsistentes com a Grã-Bretanha e a Alemanha Ocidental assim como a ampliação dos limites de pesca para cinquenta milhas. A majoração se iniciaria um ano mais tarde, a 14 de julho de 1972. Após o anúncio da nova majoração, para cinquenta milhas, e antes que ela se tornasse efetiva, a Grã-Bretanha, de início, e a seguir, a República Federal da Alemanha ajuizaram ação contra a Islândia. Correram os processos autonomamente, conquanto na essência o fundamento dos pedidos fosse o mesmo.

A inicial e o memorial dos autores pediam que a Corte julgasse e declarasse: a) não encontrar fundamento no direito internacional a pretensão da Islândia de estender sua

jurisdição através do estabelecimento de zonas exclusivas de jurisdição de pesca até 50 milhas de distância das linhas de base; b) não ser lícito à Islândia reservar-se jurisdição exclusiva de pesca além dos limites acordados na Troca de Notas de 1961, ou impedir a presença de barcos de pesca além desses limites ou impor-lhe restrições; c) dever a Islândia pagar indenização por atos ilícitos cometidos além desses limites⁶.

A sentença sobre o mérito da controvérsia, é de 25 de julho de 1974. Após as Conferências de Genebra de 1958 e 1960, lembra a Corte, dois conceitos se cristalizaram como direito consuetudinário: o de zona de pesca, área em que, até o limite presumível de doze milhas, o Estado pode reivindicar jurisdição exclusiva para exploração de recursos biológicos, independentemente de seu mar territorial; e o de direitos preferenciais de pesca em águas adjacentes em favor do Estado costeiro em uma situação de dependência especial sobre sua pesca litorânea, preferência essa oponível aos demais Estados interessados na exploração das mesmas águas, a ser implementada por via de acordo entre todos esses Estados ou, não sendo esse acordo possível, através dos meios de solução pacífica de controvérsias previstas no artigo 33 da Carta das Nações Unidas. A Corte declara estar ciente de que um certo número de Estados costeiros se tem manifestado em favor do alargamento de sua jurisdição costeira. Está ciente ademais da convocação da terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Todavia, acrescenta, “como um Tribunal de direito, não pode proferir julgamento *sub specie legis ferendae*, ou antecipar o direito antes que o legislador o tenha elaborado”.

6. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1974, p. 3. Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1974, p. 175. CHURCHILL, R.R. *The Fisheries Jurisdiction Cases: The Contribution of the International Court of Justice to the debate on Coastal States' Fisheries Rights*, ICLQ, 1975, pp.82-105.

Não se referiu a sentença, em sua conclusão, ao primeiro pedido dos Estados autores, a saber, de que a Corte declarasse que a pretensão da Islândia de estender uma zona de jurisdição de pesca até 50 milhas não encontrava amparo no direito internacional. Acolheu, porém, os demais pedidos. Por dez votos contra quatro, entendeu não prevalecer contra a Grã-Bretanha o Regulamento de 14 de julho de 1971 que estendera até 50 milhas os direitos exclusivos de pesca da Islândia; julgou não estar o governo islandês autorizado, por atos unilaterais, a excluir barcos pesqueiros britânicos ou alemães de áreas entre 12 milhas, tal como se estipulara no acordo de 11 de março de 1961, e 50 milhas como passou a prescrever aquele Regulamento. Também por dez votos contra quatro, o Tribunal prescreveu estarem os governos litigantes na obrigação recíproca de encetarem negociações de boa fé para solução equitativa de suas disputas, recomendando-lhes, para tanto, uma série de prescrições a serem atendidas por essas negociações.

Em suma, a decisão do Tribunal, contrária à Islândia, partiu da premissa de que a majoração da zona de pesca para cinquenta milhas infringia acordos bilaterais em que se restringia essa zona a doze milhas marítimas. Teria essa majoração importado, igualmente, em infringência do direito internacional comum ou geral, de princípios gerais de direito, de normas consuetudinárias universais? A Corte nada esclareceu a respeito. Ela se cingiu, em grande parte, a examinar a licitude de ato unilateral de um governo em face de acordos bilaterais subscritos por esse governo dez anos antes.

É, nesse sentido, restrita, se não nula, a contribuição da sentença ao desenvolvimento do direito internacional. A Corte dera, precedentemente, contribuições mais sensíveis e mesmo marcantes, usando, por vezes, de equidade não apenas “secundum” mas também “praeter legem”: a regra da licitude da passagem de navios de guerra por estreitos internacionais, o reconhecimento de princípios gerais de direito apli-

cáveis ao direito do mar, a condenação de atos de força sob a invocação do direito de proteção, como se infere do litígio sobre o canal de Corfu; a admissibilidade do traçado de linha reta em circunstâncias especiais, segundo se preceituou na sentença sobre delimitação do mar territorial norueguês; o conceito de plataforma continental como prolongamento natural do território terrestre do Estado ribeirinho, segundo reza a sentença sobre a delimitação da plataforma continental do mar do Norte. Sem embargo, a controvérsia sobre a ampliação da zona de pesca islandesa poderia ser esclarecida sobre outros aspectos, inclusive sobre a natureza do direito do mar e legitimidade da Corte Internacional de Justiça.

Ponto de relevância consiste no fato de haver a Corte silenciado sobre o primeiro pedido dos autores, o de que os atos da Islândia constituíam transgressão do direito internacional. Não haveria necessidade de o dizer, embora fosse conveniente o dissesse, eis a linha de argumentação de sir HUMPHREY WALDOCK e de GROS, em seus votos vencidos. Para o juiz IGNÁCIO PINTO, ao não dar resposta inequívoca ao principal pedido, a Corte descumpriu ato de justiça que se lhe requerera. Cinco juízes assinalaram, porém, em voto separado, subscrito conjuntamente, o fato que lhes tornou possível subscrever a sentença: enquanto ela declarava ser o alargamento da jurisdição de pesca pela Islândia contrário aos direitos históricos dos Estados autores, a mesma sentença não estatua, porém, como pediram esses Estados, que tal alargamento era contrário ao direito internacional e inválido *erga omnes*. Não há, no presente, dizem esses juízes, (FORSTER, BENZON, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, NAGENDRA SINGH e RUDÁ), regra geral de direito consuetudinário estabelecendo para o Estado Costeiro o limite de pesca máximo de doze milhas. Iniciada na América Latina, a tendência para o alargamento desse limite — aduzem eles — acabou se estendendo a países do continente africano e asiático, provocando reformulação tal do direito do mar que motivou a convenção da Terceira Conferência sobre o Direito do Mar. O aparecimento de

novos conceitos, como o de zona econômica exclusiva, largamente aceitos, favoreceram, outrossim, no dizer dos mesmos juizes, a incerteza das regras sobre direito do mar e impossibilitaram à Corte acolher integralmente o pedido dos autores.

Como se notou, enquanto as sentenças eram proferidas, realizava-se a segunda sessão da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, onde elas acabaram repercutindo, como que a dar a penosa impressão de deliberada advertência ou intervenção. De um lado, em Haia, cuidava-se, em princípio, de aplicar o direito vigente, de decidir de *lege lata*; de outro lado, em Caracas, cuidava-se de codificar e de desenvolver o direito internacional do mar, em franco processo tanto então como hoje, de transformação, processo esse no qual se havia de ter em conta quer o direito constituído, quer o direito constituendo. Expressa numa perspectiva assaz conservadora, de que apenas poucos Estados, desenvolvidos, eram solidários em Caracas, a sentença sufragava categorias — como de zona de pesca e direitos preferenciais — que a Conferência acabaria por entender obsoletas ou inaceitáveis.

O ritmo de transformação do direito do mar é, na verdade, poderoso e surpreendente, e nem sempre é fácil de marcar com nitidez absoluta as fronteiras entre as normas de *lege lata* e as normas de *lege ferenda*. Foi o que, aliás, de certo modo, se deu conta a Corte ao examinar a sua própria tarefa em face de um direito tão dinâmico como as próprias ondas do mar. Em face da transformação constante desse direito, não deveria, ela, é claro, abdicar de suas funções. “A Corte” — disse a sentença (§ 40) — “é de parecer não haver incompatibilidade com suas funções judiciais ao fazer pronunciamento sobre direitos e deveres das Partes em face do direito internacional vigente, o qual poderia ser claramente capaz de ter um progressivo avanço” “A possibilidade de um direito cambiante é sempre presente: mas isso não exime a Corte de seu dever de decidir na base do direito vigente ao tempo em que a decisão for tomada” (*ibidem*).

A sentença não fora proferida, contudo, no entender de juízes dissidentes, em função do direito constituído. A Corte ter-se-ia deixado levar pelas tentações do direito constituído. Conforme a crítica do juiz IGNÁCIO-PINTO, “a maioria da Corte parece ter adotado posição com a intenção de indicar o caminho para os participantes da Conferência sobre o Direito do Mar”. Coube ao juiz DILLARD focalizar acuradamente, com remissões até a ARISTÓTELES, distinção entre justiça *corretiva* e justiça *distributiva*. Enquanto a justiça *corretiva*, adequada às funções e natureza da Corte, trataria de restabelecer o direito violado, a justiça *distributiva* cuidaria de estabelecer um sistema de repartição equitativa de recursos. Da justiça *distributiva* estaria a cuidar a Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Da justiça *corretiva* haveria de cuidar, primacialmente o tribunal de Haia. A dificuldade dos pleitos contra a Islândia estava, contudo, em que neles se envolviam não apenas elementos de justiça *corretiva* mas também de justiça *distributiva*. Essa foi a razão pela qual, explica DILLARDE, a parte conclusiva da sentença acabaria por remeter as partes a uma negociação bilateral, de um gênero por sinal semelhante às negociações que, embora coletiva e universalmente, estavam em curso, concomitantemente, sob o patrocínio das Nações Unidas.

Em relação à mesma temática, assinalaram, em seu voto separado conjunto, os cinco juízes acima citados, não poder a Corte eximir-se de conhecer de diversos pronunciamentos de Estados, feitos em sentido claramente reformista, sob a alegação de que teriam sido formulados num contexto de *lege ferenda*. Não seria possível repeli-los, considerando-os como despidos de significação jurídica (§ 12)

A questão a nosso ver talvez pudesse ser devidamente equacionada num sentido de perquirição de nova fonte do direito internacional. Depois de haver quase a totalidade dos Estados se manifestado nas sessões plenárias iniciais da reunião de Caracas, em favor de novos conceitos como o de mar

patrimonial ou de zona econômica exclusiva, que absorve e transcende, e por isso mesmo os exclui, os conceitos de direitos preferenciais e de zona de pesca, depois desse pronunciamento fortemente majoritário dos Estados participantes da reunião, é lícito perguntar se o direito internacional positivo estaria no costume internacional, objeto de veneração especial em Haia, ou nessas manifestações oficiais e concordantes de governo que não são a rigor nem costume nem tratado internacional. Como lembrava VIRALLY, há mais de uma década, as contribuições respectivas do costume e dos tratados não terão logo mais nada a ver com o que eles representavam outrora. “Durante muito tempo, o direito internacional geral foi exclusivamente de origem costumeira e era inconcebível fosse de outra maneira: os tratados não podiam regulamentar senão as relações particulares entre dois ou alguns Estados. A convocação das conferências internacionais, ao reunirem a quase totalidade dos Estados do mundo, está em vias de mudar essa situação. Divisa-se o momento em que as regras escritas constituirão o direito internacional geral”⁷.

Cremos que este momento chegou, pelo menos no tocante ao direito do mar, pois as sessões pertinentes da III Conferência das Nações Unidas abrangem maior número de membros componentes do que a própria Organização que as promove e patrocina. Não apenas todos os Estados, praticamente, delas participam, banhados ou não por águas marítimas, senão também — com direito de palavra embora não de voto — os chamados “movimentos de libertação nacional” que aspiram converter-se, proximamente, em Estados. Após o início da Conferência, ocorrido há dois anos e meio, alguns desses movimentos já atingiram o seu desideratum. É o caso de Moçambique e o de Angola.

Prevalece na Conferência a tendência de constituírem-se dois novos tribunais, órgãos de solução judiciária com com-

7. *Le Droit International en Question*, Archives de Philosophie du Droit, 1963, n. 8, p. 153.

petência para dirimir controvérsias sobre direito do mar. Um deles se denomina precisamente “Tribunal sobre Direito do Mar”. Integrá-lo-ão, em princípio, segundo o atual Texto Informal Único de Negociações, nove juizes, eleitos para um período de nove anos, podendo ser reeleitos. Com o mesmo número de juizes, providos, contudo, de mandato de apenas cinco anos, com possibilidade também de renovação, está previsto, igualmente, o Tribunal da Autoridade dos Fundos Oceânicos Internacionais. Essa Autoridade, cuja sede foi proposta para a Jamaica, é a organização através da qual os Estados administrarão o leito oceânico, seu sub-solo e respectivos recursos, situados além dos limites da jurisdição nacional, área e recursos esses qualificados, de forma lapidar, como “herança comum da humanidade”. O Tribunal é um dos cinco órgãos da Autoridade. Os demais são a Assembléia, o Conselho, o Secretariado e, finalmente, a Empresa, cujo escopo é o de prospectar e explorar os recursos dos fundos oceânicos, devendo, para tanto, ostentar personalidade jurídica internacional e capacidade para a consecução de seus objetivos.

Quanto à escolha dos juizes, o processo diferirá sensivelmente, segundo se prevê, do estipulado para a Corte Internacional de Justiça. Os juizes do Tribunal do Direito do Mar serão eleitos pelas Partes Contratantes em votação secreta, tendo por base uma lista em que competirá a cada Parte indicar no máximo duas pessoas. Os juizes do Tribunal da Autoridade da Área (ou seja dos Fundos Oceânicos) serão escolhidos pela Assembléia, mediante recomendação do Conselho. Enquanto a Assembléia é integrada por todos os Estados partes da Convenção, o Conselho será composto por 36 membros, em que os Estados desenvolvidos e poderosos não terão o caráter de permanência ou de predomínio como o possuem no Conselho de Segurança das Nações Unidas, cuja vontade, como se sabe, é decisiva na escolha das pessoas componentes da Corte Internacional de Justiça, e, a prova está em que juizes deles originários estão constantemente a integrá-la (exceção apenas dos de nacionalidade chinesa).

A intenção de constituir novos órgãos de solução judiciária não decorre do desejo de aliviar eventual sobrecarga de tarefas da Corte Internacional de Justiça, mas reflete atmosfera de ceticismo e desencanto que a envolve. Certo, invoca-se, como argumento, a conveniência de se instituírem órgãos destinados a aplicarem aos litígios normas de um ramo do direito internacional e a vantagem de haver juízes especializados. A alegação, contudo, não procederia. Os Estatutos da Corte Internacional de Justiça permitem a instituição de câmaras para conhecerem de determinadas categorias de matérias (artigo 26, § 1.º). Ao contrário de sobrecarga, tem a Corte padecido de carência de atividade judicante, o que demonstra a natureza da crise que a assola. Ao longo de toda a sua existência, no total de 17 anos, a Corte Permanente de Justiça Internacional, órgão de solução judiciária da Sociedade das Nações, havia examinado 69 litígios; 51 em matéria contenciosa e 28 em matéria consultiva⁸; em igual número de anos, a atual Corte proferiu apenas a metade dessas decisões. Menos de 50 Estados — ou seja, menos de um terço dos Membros das Nações Unidas — aceitam a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça e poucos o fazem sem reservas.

A inércia do Tribunal, por um lado, é verdade, resulta do reconhecimento de que grande parte dos litígios internacionais mais bem se adapta a processos políticos que jurídicos. Mas reside, outrossim, em fatores intrínsecos, na posição reiterada em negar sua própria competência em diversos pleitos a ele submetidos, abdicando como que voluntariamente de uma função positiva e marcante, que lhe fora especialmente destinada. Não se ignoram também as tergiversações, a que a Corte tem estado sujeita, arguição essa sustentada, em diversos núcleos governamentais e doutrinários, em razão principalmente de seu comportamento em face do pleito sobre

8. LUIZ GARCIA ARIAS, *El Primer Caso del Canal de Corfu*, REDI, 1948, p. 411.

o Sudoeste Africano. Ainda agora, em relação à controvérsia da Grã-Bretanha e República Federal da Alemanha contra a Islândia, a Corte se eximiu, como vimos, de responder ao primeiro pedido dos autores, o de que a Islândia teria transgredido normas de direito internacional geral ou costumeiro. A Corte não respondeu nem sim nem não. Ela tão somente silenciou. Explica-se, desse modo, haja a Islândia — que, aliás, nem sequer se defendeu perante a Corte, à qual negou sempre competência — persistido em suas teses e, mais do que isso, as ampliado. Enquanto ela majora sua jurisdição não apenas de doze para cinquenta milhas mas de cinquenta para duzentas milhas marítimas, o que ocorre desde 15 de outubro do ano passado, e enquanto essa ampliação não se refere apenas a zonas de pesca mas ao próprio mar territorial, acirra-se o conflito a que pitorescamente se denomina de “guerra do bacalhau” O pitoresco apenas suaviza mas não elide a gravidade do conflito do qual emergem sérias conseqüências políticas, econômicas e sociais.

Se indagarmos das causas do ceticismo que cerca o Tribunal, convém atentar para o fato de que, nas controvérsias sobre direito do mar, o círculo dos litigantes se encontra circunscrito a Estados europeus. A Corte das Nações Unidas parece reduzir-se a um tribunal regional. Não será difícil identificar entre essas causas a forma de escolha dos juizes, a qual atende a critério, não de igualdade, como o defendido por RUY BARBOSA na Conferência da Paz de 1907, mas àquele justificado em contraposição por ALBERT DE LA PRADELLE, em curso professado há mais de quatro décadas, precisamente sobre direito do mar, em que o insigne jurista assim se expressava: “Se toda nação deve ter um juiz no tribunal, quando para ela se trata de ser julgada, apenas as grandes potências, órgão diretor da Sociedade dos Estados, merecem ter nele um juiz quando se trata não de seu próprio litígio, mas dos litígios dos outros” Ocorre, porém, que, no tocante a esse direito — eis a ponderação com que desejamos encerrar esta aula — a função das grandes potências não se circunscribe a

de julgar, como órgãos eventualmente neutros e imparciais, mas abrange também o de participar do processo legiferante das normas internacionais e em função de critérios e de interesses próprios que não coincidem necessariamente com os dos demais membros da comunidade internacional. Significam os oceanos veículo de comunicação, reserva de riquezas, fonte de energia, centro de poder. A alimentação do homem neles encontra sustentáculo. Estão à espera de serem escolhidos os nódulos de minerais depositados nos leitos oceânicos, enquanto no sub-solo das plataformas continentais jazem os cobiçados recursos petrolíferos. A ciência jurídica é convocada para dar sua contribuição. É indispensável dá-la. “O mar”, como lembrara a propósito Ruy BARBOSA, em outra oportunidade, “é o grande avisador”. “Pô-lo Deus a bramir junto ao nosso sono, para nos pregar que não durmamos”. Importa permançamos despertos e vigilantes.

Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo.

Manoel Pedro Pimentel

Professor Titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Secretário da Justiça do Estado de São Paulo.

A minha presença nesta solenidade, atendendo ao honroso convite que me foi feito, tem o sentido do cumprimento de uma obrigação, ao mesmo tempo afetiva e funcional, pois aqui compareço na qualidade de amigo desta Casa e de Secretário da Justiça do Estado de São Paulo.

Minha intenção, aqui comparecendo, é apenas a de dar um testemunho de verdade e de sinceridade, procurando informar aos estudiosos da Ciência Penitenciária e de Direito Penal o que se passa no sistema penitenciário do Estado de São Paulo.

Para o bom esclarecimento dos pontos que serão tocados nesta palestra, devo colocar-me diante do problema, definindo o meu pensamento a respeito da pena de prisão e da sua aplicação.

A origem da pena, em si, é muito discutida e penso que não há possibilidade de uma afirmação incontestada a respeito. Será sempre questionada essa origem, que se perde nos primeiros albos da humanidade. Todavia, alguns dados cientificamente apurados nos permitem formular uma teoria, tão boa quanto as demais.

*. Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, em 9-6-75.

Estamos convencidos de que a pena teve, na origem, o carácter sacral. A idéia de punição, acreditamos, não está ligada ontologicamente à idéia de vingança, quer pública, quer privada. A pena — reação jurídica contra o crime — é uma categoria racional, enquanto que a vingança — reação emocional contra um dano — é uma categoria irracional. Ambas, pena e vingança, certamente coexistiram em certo período histórico, porém não eram a mesma coisa. Após essa experiência a pena continuou sendo a reação jurídica contra o crime e a vingança prosseguiu na sua caracterização de reação emocional contra o dano.

O carácter sacral da pena cifra-se, sobretudo, na pesquisa das primeiras formas de punição conhecidas, e que eram, sem dúvida, representadas pelas reações contra o desrespeito aos *tabus*.

O homem primitivo não se regia pelo princípio da razão, mas se impulsionava por reações ditadas pelos sentimentos. É natural que assim fosse, porque sua visão cósmica era muito limitada, servida por um conhecimento exíguo de realidade que o cercava e sem possibilidade de compreender o mundo da natureza e os seus fenômenos.

Para o homem primitivo, o que parecia ser, era. Não podendo explicar fenômenos objetivos, atribuiria os efeitos visíveis a causas misteriosas, sobrenaturais. A chuva, o vento, o trovão, os terremotos, eram sempre atribuídos a manifestações de uma vontade superior. Cedo acreditou que poderia, de certa forma, obter as boas graças dos entes sobrenaturais mudando a vontade, que se fazia imperiosa, através de oferendas e sacrifícios, com os quais se deleitavam e se tornavam propícias as deidades.

Daí os rituais de cunho religioso encontrados em todos os agrupamentos humanos primitivos, cujas expressões mais antigas, em termos culturais, são as instituições do *totem* e do *tabu*. O *totem* significando o aspecto positivo do culto, com

a entronização de um símbolo, geralmente um animal, que traria a proteção e a felicidade a um homem, a um grupo, ou a um clã.

Interessa-nos, no entanto, de modo particular, a instituição *tabu*. A palavra *tabu*, de origem polinésia, não tem significado preciso. Como o vocábulo *sacer*, do latim, tanto pode indicar o *sagrado* como o *terrível*. Parece-nos que o *tabu* tinha uma função normativa na horda, visando declarar proibidos determinados comportamentos, tidos como prejudiciais para os integrantes do grupo.

Vamos dar um exemplo bem simples: se alguém do grupo, em um dia de chuva, fosse atingido por um raio e morresse no momento em que tentava apanhar um fruto, tornava-se proibido apanhar frutos em dias de chuva. O simples acontecimento fatal, objetivamente constatado, fazia acreditar que um deus desconhecido não aprovava a conduta de apanhar frutos nos dias de chuva. E, irritado, mandava a morte ao transgressor.

Acreditavam, também, que o castigo ministrado ao ofensor tinha força para liberar os demais de qualquer punição. Por isso era preciso castigar sempre o infrator, para evitar que o deus desconhecido, enfurecido, viesse a castigar todo o grupo. E o grupo passou a assumir o encargo de punir, mostrando os autores que mais se aprofundaram no exame do assunto, que a isso se deve o fato de serem de *caráter coletivo* os primeiros castigos. A lapidação é uma das formas mais antigas de execução que se conhece. Era preciso que todos do grupo participassem da punição do infrator, a fim de que todos se livrassem da eventual ira da entidade ofendida.

O que se percebe claramente, através desta forma de examinar o problema, é que a pena não era propriamente uma vingança, mas a expressão de um temor de castigo. O ofensor era punido pelo grupo temeroso de uma reação sobrenatural,

para evitar um castigo indiscriminado a todo o grupo, e não porque se exercesse sobre o infrator um ato de vingança.

Mas, é da natureza do homem, em uma outra ordem de considerações, desejar a reparação do mal com a prática da vingança. As leis de alguns povos, já na fase histórica mais conhecida, consagraram a vingança proporcional, conhecida como o *talião*. E, até agora, não desapareceu inteiramente o sentimento de que a pena deve atribular o criminoso, fazê-lo sofrer, não sendo raros os que sustentam que a palavra *pena* deriva da expressão grega *ponos*, que significa castigo, dor, suplício.

Dessa mistura de conceitos é que deriva uma das mais importantes distorções encontradas no campo da ciência penal. Afastada a idéia do *tabu* pelos postulados da experiência científica, que autorizam uma nova visão cósmica, e não admitida eticamente a idéia da vingança, persistiu, todavia, a crença de que a pena deve ter uma conotação de castigo e, ao mesmo tempo, de reparação emocional ao ofendido.

Este é o erro de perspectiva que mais contribuiu para o atraso da penologia. Apesar da influência do jusnaturalismo, afastando o teocentrismo da idéia do direito, a Escola Clássica persistiu na afirmação do caráter retributivo da pena. A reação positivista não bastou para eliminar totalmente o ranço aflitivo da sanção penal. Somente agora, depois da colocação feita pelos pregadores da Escola Técnico-Jurídica, é que se chegou a um novo conceito da pena, a partir do entendimento de que a pena é uma reação jurídica contra o crime. O Neodefensismo social contemporâneo permitiu a compreensão do caráter utilitário da sanção penal, e recomenda o seu emprego como um meio de defesa atuante não apenas em favor da sociedade, mas igualmente em favor do réu.

Nesse contexto é que deve ser analisada a pena de prisão. Nascida no século V, teve inicialmente aplicação apenas nos mosteiros. A Igreja não podia impor penas seculares, especial-

mente a pena de morte. Daí encarecer o valor da segregação, que favorecia a penitência. O encarceramento na cela, chamado *in pace*, deu origem à chamada prisão celular, nome que até bem pouco tempo era usado na legislação penal.

Transplantado o sistema para o âmbito secular, a prisão se converteu na forma principal de punição a partir da segunda metade do século passado. Todavia, é unânime a afirmação dos estudiosos, fracassou como forma de punir em si mesma. Proclama-se hoje, em todos os congressos nacionais e internacionais, que a prisão não é, finalisticamente considerada em si mesma, uma forma adequada para que sejam atingidos os objetivos da pena.

No entanto, esta é a grande verdade, ainda estamos usando as prisões como meio para punir, sem outro fim que não a punição em si mesma. O prestígio da pena de prisão está declinando, mas ainda não se encontrou um substitutivo ideal, capaz de eliminar os inconvenientes que ela acarreta. Continuamos a lançar mão da prisão como se fosse o melhor remédio, quando está provado que é apenas uma panacéia.

A conseqüência, porém, é que este enfoque exige um esforço para a construção de prisões, insuportável do ponto de vista econômico, e que se esvai na inutilidade da reclusão que deixa de ser acompanhada do necessário tratamento penal. Podemos afirmar, agora, que a prisão somente se justifica como uma oportunidade para o recolhimento do sentenciado, propiciando-lhe o adequado tratamento, capaz de recuperá-lo para a vida em sociedade.

O espetáculo que hoje se oferece ao observador mais desprevenido é o das prisões superlotadas, sem um mínimo de condições para cumprirem o seu objetivo de ensejar o necessário tratamento penal.

É o que acontece no Estado de São Paulo. Ao lado de um sistema penitenciário bem organizado, que possibilita o

satisfatório tratamento penal para cerca de 2.000 sentenciados, temos uma lamentável rede de depósitos de presos, onde se amontoam aproximadamente 10.000 detentos, sem qualquer possibilidade de receber um mínimo de atenção e de tratamento.

A saída para o impasse não pode ser meramente o expediente de construção de presídios, com a finalidade de acomodar melhor e de propiciar o tratamento penal a esse grande número de sentenciados amontoados em exíguo número de vagas. Uma demonstração feita com os dados concretos basta para convencer de que não está aí a solução. Vamos falar do Estado de São Paulo, que é o que melhor conhecemos.

Existem, hoje, nas Cadeias Públicas administradas pela Secretaria da Segurança Pública, 6.517 sentenciados definitivamente condenados, que deveriam estar recolhidos em Presídios da Secretaria da Justiça. A Casa de Detenção de São Paulo, construída para oferecer 2.200 vagas, conta hoje com uma população carcerária da ordem de 5.705 presos. Há, portanto, um excesso de 10.000 homens, em números redondos, somente na área da Secretaria da Justiça, sem contar os excedentes na área da Secretaria da Segurança Pública.

Para absorver o excesso na área da Secretaria da Justiça, e tendo em vista que a lotação ideal de um presídio é da ordem de 500 presos, seria necessário construir 20 penitenciárias iguais a que se está construindo em Araraquara. Todavia, o custo de uma penitenciária de segurança máxima, como a indicada, é da ordem de cem milhões de cruzeiros, segundo estimativa atual. Assim sendo, o custo total dessas 20 penitenciárias seria de aproximadamente 2 bilhões de cruzeiros.

Mas, não é tudo. Existem no Estado de São Paulo mais de 75.000 mandados de prisão por cumprir. Presume-se que esse número de mandados não corresponda exatamente ao número de pessoas que devem ser presas. Muitos mandados se referem à mesma pessoa. Outros decorrem de prisões pre-

ventivas já caducas, enquanto que outros mais se relacionam com penas já prescritas.

Dando um balanço muito otimista, podemos chegar a um número estimado em 20.000 mandados ativos, que devem ser cumpridos e, assim, à necessidade de construir outras 40 penitenciárias na rede de presídios da Secretaria da Justiça, o que traria nova despesa, desta vez da ordem de 4 bilhões de cruzeiros que somados aos 2 bilhões já mencionados, importariam na despesa total de 6 bilhões de cruzeiros, cifra que comprovadamente é impossível de ser atendida pelo mais generoso dos orçamentos no prazo de 50 anos.

Finalmente, ainda que pudéssemos admitir tal extravagância, devemos recordar que os mandados de prisão crescem à razão de 1.000 por mês, o que demandaria o esforço paralelo da construção, além das já mencionadas, de duas penitenciárias por mês.

Penso que não errarei se afirmar que é impossível resolver o grave problema através do expediente de construir presídios. A solução deve ser buscada alhures, criando-se novas formas de punir e reservando-se os presídios de segurança máxima para os casos de sentenciados perigosos, que devam efetivamente receber o tratamento penal no regime carcerário fechado.

Isto acontece no maior Estado da Federação, e que até hoje construiu o melhor sistema penitenciário do país. Contamos, na rede de presídios da Secretaria da Justiça, com o mais completo elenco de prisões, cumprindo rigorosamente o que foi determinado pelo Código penal de 1940. E, acreditamos, somente o Estado de São Paulo construiu uma Casa de Custódia e Tratamento e um Instituto de Reeducação para os perigosos imputáveis, além dos Institutos Penais Agrícolas de Bauru e de São José do Rio Preto, considerados modelares por quantos os visitam.

Acrescentando-se a estas observações a circunstância de que 60% das Cadeias Públicas, da rede da Secretaria da Segurança Pública, estão interditadas, podemos formar uma idéia do que é a realidade, hoje, no Estado de São Paulo. De um lado, um sistema penitenciário bom, atendendo a uma população de cerca de 2.000 sentenciados. De outro, uma carência enorme de vagas, para recolher os condenados que se encontram amontoados em precárias Cadeias, além da necessidade de construção de novos presídios para recolher os sentenciados, cujos mandados de prisão não podem ser cumpridos, exatamente porque não há possibilidade de recolhimento nos estabelecimentos penais.

Pergunta-se, então, qual a solução?

Penso que não é possível dar uma resposta simples a esta pergunta aparentemente tão singela. Em termos de construção, a nossa previsão, para um período relativamente curto, é esta: recuperação de 217 celas no segundo raio do terceiro pavilhão da Penitenciária Estadual da Capital; construção de mais dois pavilhões na Casa de Detenção, para recolher 800 sentenciados; término da construção das Penitenciárias de Araraquara (500 sentenciados); Itirapina (250 sentenciados); Sorocaba (250 sentenciados), perfazendo o total de 2.017 vagas, o que daria para absorver uma parte do excesso de presos recolhidos à Casa de Detenção.

Em termos de soluções criativas, verificamos que há necessidade de incentivar os meios que impeçam o fluxo de ingresso de novos condenados na Casa de Detenção. Entre esses meios pensamos na Prisão Albergue, como a solução mais adequada. Entretanto, não é fácil a execução dessa idéia, que exige a construção das Casas do Albergado, não previstas anteriormente nos planos da Secretaria da Justiça.

O recente Provimento XCII, do Egrégio Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, ensejou um exame do assunto, mostrando que existem nos presídios da Secretaria da Justiça cerca de 2.000 sentenciados com direito ao benefício.

Ora, não é possível a imediata transferência desses sentenciados, porque não há estabelecimentos próprios para recolhê-los, sem contar que é desconhecido o número de novos condenados que teriam o mesmo direito.

Além deste problema, há que se considerar a necessidade de preparo de toda a infra-estrutura do novo sistema, com a formação de pessoal próprio e do aparelhamento dos estabelecimentos para receber os albergados. Não podemos afirmar, portanto, que a Prisão Albergue seja uma solução a curto prazo.

Acreditamos que um reforço ponderável para a solução do grave problema seria a alteração de certos dispositivos do Código penal, alguns dos quais já foram modificados pela Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Seria preciso dar ao *sursis* uma extensão maior; conferir vigência imediata ao instituto da prescrição da reincidência; permitir maior franquia ao perdão judicial; erigir as penas acessórias à categoria de penas principais; reservar os presídios de segurança máxima para os sentenciados realmente perigosos, permitindo outros tipos de tratamento penal aos de escassa ou de nenhuma periculosidade.

Estas sugestões serão feitas brevemente ao Excelentíssimo Sr. Ministro da Justiça por um Grupo de Trabalho constituído pelo Governo do Estado para tal fim. Esperamos que haja receptividade para as novas idéias, o que traria certamente um alívio para a situação que é, realmente, dramática.

Para completar o quadro das soluções que entendemos viáveis, estamos trabalhando no sentido de efetuar um levantamento de dados, visando ao conhecimento mais aprofundado dos problemas emergentes. Constituímos dois Grupos de Trabalho: o primeiro examinará o problema do ensino e do trabalho penitenciário, com o objetivo de dinamizar a produção industrial e agro-pecuária dos presídios, permitindo um

aproveitamento da mão de obra dos sentenciados. As vantagens, quer como terapia penal, quer como fonte de maior renda para os presos e suas famílias, são notórias. Além disso, o Estado poderá recuperar, como retorno, uma parte dos investimentos que faz no sistema penitenciário, ainda que com a única intenção de reverter tais benefícios em favor do próprio sistema penitenciário. O segundo Grupo de Trabalho cuidará do planejamento e da orientação de pesquisas imprescindíveis para uma tomada de consciência a respeito dos problemas envolvidos na ampliação do sistema penitenciário, inclusive com vistas à implantação da Prisão Albergue.

Nem todos sabem que um preso custa para o Estado, somente quanto à alimentação, cerca de Cr.\$ 700,00 por mês, sendo certo que o seu custo global, levando-se em conta todas as despesas, inclusive as de capital, é de aproximadamente Cr.\$ 4.000 mensais. Esta é uma situação sumamente onerosa e injusta, que deve cessar. Muitos homens de bem, com família numerosa, vivendo honestamente, não dispõem de recursos tão significativos para enfrentar as dificuldades da vida quotidiana. Esta situação também precisa ser encarada com senso de realidade, para que o delinqüente não se converta em um privilegiado beneficiário de um tipo de vida, às custas do Estado.

É preciso, portanto, uma mudança de atitude frente aos problemas do crime e da pena. É preciso que a sociedade mude sua atitude frente ao criminoso, procurando compreendê-lo, e considerando-o como sujeito de uma recuperação e não objeto de castigo. Mas é preciso que o sentenciado também mude de atitude frente à sociedade, encarando-a com respeito e procurando tornar-se responsável pela sua própria recuperação, assumindo-se como pessoa e dirigindo satisfatoriamente o seu destino, com vistas ao retorno à vida social, como elemento útil na comunidade.

Tudo isto depende muito de todos nós. Todos somos responsáveis. O crime é, antes de mais nada, um fenômeno

social. E todos os que vivem em sociedade devem ter interesse na extinção desse fenômeno, ou pelo menos na redução da sua freqüência. É preciso prestar atenção no que acontece à nossa volta, com o nosso vizinho, com o nosso empregado. É preciso olhar com carinho pelo menor abandonado, ampará-lo e cuidar dele, sem esperar que isso seja feito exclusivamente pelo Estado e pelas autoridades. É preciso olhar com zelo pelo homem marginalizado, pelo “volante”, pelo “boia-fria”, pelo migrante. Todos somos responsáveis, porque todos somos parte da mesma sociedade humana.

Conta uma lenda antiga que o castigo imposto pelo rei a certos prisioneiros consistia na morte pela fome, embora os condenados estivessem sentados à frente de pratos da melhor comida, renovados todos os dias. Tinham eles os braços presos por sistemas que impediam os gestos levar a comida à própria boca. E assim estavam definhando, até que um dia, um deles, prestando atenção no sofrimento do vizinho, esqueceu-se de si mesmo, da sua fome, e procurou socorrê-lo. Verificou, então, com grande surpresa, que podia alcançar com seus movimentos a boca do vizinho e, assim, alimentou-o. Os demais companheiros vendo aquele gesto, fizeram a mesma coisa, e passaram a alimentar o prisioneiro que estava ao seu lado. E, todos fizeram o mesmo, de sorte que puderam alimentar-se. E o rei, tomando conhecimento desse gesto de solidariedade, mandou que todos fossem libertados.

Penso que é isto que devemos fazer. Deixei minha vida calma, minha aposentadoria, meus estudos, meus alunos e até mesmo, em parte, minha família. Penso que procurei alimentar o meu vizinho. Quem sabe se parte da solução não estaria no esforço que todos fizessem para compreender e para ajudar o próximo?

Francisco Morato*.

Mário Hoepfner Dutra

Que fadário feliz este meu e quanta alegria me desponta n'alma por encontrar-me aqui, diante de vós, eleito que fui pela vossa bondade para integrar este cenáculo majestoso e poder desfrutar da vossa honrosa amizade, carinho e ainda abeberar-me do saber que propiciais em todas as trilhas do pensamento, doce néctar para deleite do espírito que somente aos afortunados é dado delibar.

Que fadário feliz este meu e que honraria soberana esplende o galardão que me foi outorgado, de caber a mim¹ a escolha do patrono da cadeira, proporcionando-me o regalo de entalhar em seu dossel, em iluminuras, o nome de um vulto inesquecível, para que em seus rendilhados áuricos sempre perdure, na projeção que terá a nossa gloriosa Academia Paulista de Direito.

Confesso-vos que não sei se poderei desobrigar-me de tão sutil empenho, faina que está a exigir de mim préstimos tão supernais e moldados em tais excelsitudes de que me sinto carecente. Mas, delegado que me foi o dever, tudo hei de fazer para cumpri-lo, afervorando o ânimo sempre crescente no bem servir. Vazado na fé, creio que hei de fazê-lo e, com a alma pulsada em devotamento quase hierático, procurarei realçar a beleza que se encastrou numa existência de-

*. Discurso de posse na ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO, pronunciado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 18 de dezembro de 1975.

votada ao bem, agrinaldada de saber e de sublime espiritualidade.

Hei de fazê-lo, senão com os primores de um hábil to-reuta, por faltar-me a destreza requerida, pelo menos com mãos retráteis maneadas em doçura e com a veneração sempre a campear meu desígnio. Assim, saberão elas cursar o buril e imprimir-lhe o divino sopro que o madeiro nobre exige e deixar transparecer nas velaturas o nome augusto de FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO.

Elegi-o patrono de minha cadeira porque FRANCISCO MORATO era um conspícuo homem público, exímio e provecto advogado, mestre incomparável e insígne, jurista excelso e um grande sacerdote do Direito.

Plutarco, em referência a Alexandre, nas *Vidas Paralelas*, escreveu que os pintores, em seus retratos, procuram aprimorar as feições e a expressão dos olhos de suas figuras para assim melhor despontarem a personalidade, esquecendo-se não raro de outras aparências que traduziriam as profundezas espirituais onde um biógrafo perspicaz poderia inspirar-se para melhor estilizar a pessoa do retratado.

Valham-me os ensinamentos do moralista de Queroneia.

Deixarei que outros, mais versáteis, com maior apuro e mestria, pinchem a figura enaltecida, e nela, o perfil do homem nobre, magnificante em sua individualidade, de virtudes sobejas a sobalçar-lhe o espírito, e contar do coração que pulsava doçura e generosidade, porque nele tudo se mesclava em carinho, ternura e amor.

Cuidarei, em minha oblação, de levantar ao céu o enlevo que conchega em minha alma ternecida na saudade, desde que a saudade traz em si os primores da eternidade do amor. Já se disse, em serena reflexão, que “a saudade são os cabelos brancos do coração”.

Procurarei, na singelez do encômio, assinalar a incansável luta do homem que, aformoseado na subtileza de uma criatura de Göethe, se projetou como um lidador coroado de mirtos na peregrinação encetada em busca de ideal.

Nele, o gênio madrugou. Em Piracicaba, seu amado torrão, onde nasceu no dia 17 de outubro de 1868, iniciou sua fulgurante carreira, cedo cantando com acrisolado amor em destemidos artigos pela imprensa os vultos que cultuaram sua terra e a pujança de todos nós paulistas e brasileiros, a tudo sobrepondo a tradição de um povo que se plasmava rigorosamente dentro do trinômio: Deus, Pátria e Família, porque — dizia ele: — “uma nação sem tradições é uma coletividade sem cultura, sem vida, sem consciência de si mesma”

Professava sua fé inabalável no Cristianismo, sempre estimando o cumprimento dos deveres para com Deus, para com o próximo e para consigo mesmo, para assim atingir um êxtase espiritual, “um estado de doçura infinita para a alma católica, um remanso em que se estenuam, definham e somem os contratempos e desenganos desta vida perecedeira”

Dentro da mais viva simpatia, a sua voz ergueu-se num Congresso Religioso promovido pelos Salesianos de São Paulo, onde, com a limpidez de sua linguagem proclamou: “Não há nenhuma beleza terrestre, nenhum reluzir de metais, nenhum frescor de florestas, nenhuma púrpura de rosas, nenhum som de música, nenhum inebriamento de aroma, nenhuma suavidade de gosto, nenhuns enlevos de carícias, que se possam comparar à beleza e à doçura da virtude cristã. Nós não vos proibimos de amar, exclama enfaticamente o grande príncipe da filosofia e da oratória; nós vos proibimos de amar aquilo que não deve ser amado e vos exortamos a amar aquilo que deve ser amado”.

“Depositou o Criador no íntimo da criatura o amor como princípio de moralidade, a fim de se servir dele o homem para se guindar aos domínios da razão e da virtude. É

trionfando, pelo próprio esforço, das pequenezas da baixa animalidade e jugulando as tendências mesquinhas da natureza, que o homem se alça até as bênçãos e afeição do Infinito.”

A sua fé entrançava-se à sublimidade de tais virtudes e elevava-se em todos os gestos humanos em doçura, sempre prosternando a alma unvida aos pés do Criador.

Havia em FRANCISCO MORATO uma profissão de fé tradicionalista a serviço das causas supremas. Com a voz tonificada no alento para a luta, exortando espíritos e exornando consciências, num verbo de luz e verdade, um dia predicou aos seus discípulos: “Tende coragem e firmeza: é assim que se chega às alturas, é assim que o cidadão se faz digno da pátria”.

Nesta elocução, há como que uma profecia de seus passos, uma legenda a engrinaldar o ânimo que sempre escudou em sua missão histórica, tudo efervescido no louvor que votava a sua pátria, que tanto amou, sublimou e enalteceu.

Jovem ainda, em sua terra natal, exerceu o Ministério Público e, esgrimindo pela imprensa, em artigos sucessivos, foi um estrênuo defensor do regime monárquico.

Com o advento da República, sua vibração não se desvaneceu.

Jungido a uma plêiade de nacionalistas sobranceiros, inscreveu-se como um dos membros da “Liga Nacionalista” e com denodo e afervorado patriotismo escreveu uma das páginas mais eloqüentes que os fastos de nossas lutas políticas registram.

Fundou o Partido Democrático, do qual foi Presidente e o seu nome já escañelara os portais da nomeada quando foi eleito Deputado Federal por São Paulo.

No exercício de seu mandato, mereceu de seus pares o maior respeito, pela grandeza de sua alma, pela dedicação à causa pública, pelo talento e a onímoda cultura que o distinguia.

O país atravessava, então, um período agudo de remodelação política, e a sua voz sempre escandida de civismo e visão transcendente, ligou-se à causa da remodelação.

Venceu. Com os vencedores teve em suas mãos as palmas do quadro político reinante, e nelas, tudo quanto almejasse, inclusive o governo desta terra bandeirante, se o tivesse desejado. Mas a sua dignidade, a sua honradez, a sua destemida coragem e a suprema elevação do ideal eram barreiras que se erguiam às veniagens, que a tantos seduziu nos atropelos prófugos.

Perdia-se, então, o equilíbrio das coisas, num sectarismo de moral prática, não raro descambado para o aético, na ânsia de renovação entre o velho e o novo, tão próprio das transmutações radicais.

Era o regime novo, e os regimes adolescentes, como judiciosamente observou ALCÂNTARA MACHADO, “têm os mesmos defeitos da mocidade: são impacientes, dogmáticos, irreverentes, iconoclastas, como todos os moços... Demolir o que existe para levantar em bases diferentes, com materiais diversos, outras construções é a ânsia irreprimível dos governos que sobrevêm às revoluções”

Mas, para felicidade nossa, homens tivemos como FRANCISCO MORATO que, levados pela experiência e saber, pregaram o ideal lastreado na compreensão indissimulável de que a história de um povo se funda na esteira do progresso e que este tem compromisso com o passado. As instituições fundamentais solidificam-se com alicerces e é sobre eles que se erguem os novos empreendimentos da nacionalidade, sob pena de total comprometimento de todo o seu arcabouço.

Esta era a eloqüente fórmula de sabedoria política propagada pelo mestre, e que, no momento exato, norteou a rota de quantos se bateram pela reintegração constitucional de nossa pátria.

Afastou-se dignamente de quantos o cercavam no movimento solapado, relegando proveitos e favores, convicto da verdade exaltada por TOBIAS BARRETO de que “os partidos políticos, como os corpos vivos, sempre que alheados de seu espírito, desagregam-se e se dissolvem”

Se, como os companheiros de jornada, encetou a mesma trilha, se percorreu e sentiu o cansaço da ingente luta, uma diferença o distinguiu dos demais: não descansou à sombra das mesmas árvores, nem colheu na vereda as mesmas flores, porque cedo se desiludiu dos motivos e da sinceridade dos que empunhavam o estandarte da redenção.

Veio a Revolução. São Paulo pôs-se de pé como um só homem em prol da reconstitucionalização do país. Nessa marcha fascinante FRANCISCO MORATO elevou-se como um dos mentores da causa, compondo a “Junta Governativa” instalada e, a final, padeceu, como tantos outros paulistas padeceram, o amargor da prisão e o fel do exílio.

Preso, foi conduzido à Casa de Detenção, no Rio de Janeiro, onde, para maior glória de seu nome, prestou seu depoimento: um relicário de palavras que definiam a sua coragem, o seu caráter, a inabalável convicção de seu ideal, a sua consciência cívica, o seu destemido patriotismo.

Nesse instante de sua vida, como uma legenda, projeta-se aquela profecia de seus passos, de que vos adverti e que me apraz repeti-la: “Tende coragem e firmeza: é assim que se chega às alturas, é assim que o cidadão se faz digno da Pátria”

Essa coragem, essa firmeza, para gáudio de sua memória, finca-se nesse depoimento de emocionante elevação moral e cívica, quando disse que:

“A maior ofensa e o mais pungente ultraje que poderia padecer em sua vida, seria o de supor capaz de sair da linha de compostura e altivez nos sofrimentos, de faltar à solidariedade para com seus companheiros, de esconder seu devotamento infinito ao seu Estado e de procurar atenuar a sua responsabilidade, nas horas aflitivas em que São Paulo, solitário e desamparado nos sonhos de um grande idealismo, estremece nas amarguras de sua própria grandeza”.

Se o tempo é um punhado de cal, há, entretanto, páginas de civismo nos passos da história que a sua voragem não consegue desvanecer, porque ficam marcadas, ou com sangue, ou com o negror do nanquim no pergaminho da memória.

Esta, é uma delas, sem esquecer que aquelas palavras, num crescendo, qual empolgante rapsódia, ainda mais se iluminaram quando o mestre de civismo, aos seus candentes desejos ajuntou que uma graça pedia aos vencedores, a única que podia pedir:

“a de fazerem recair sobre sua pessoa, somente sobre sua pessoa, toda a responsabilidade pelo movimento que participara”

— “Página estóica”, disse alguém.

— “Página de fé”, exclamou VICENTE RÁO, seu companheiro de lutas diuturnas, em memorável discurso que proferiu nesta sala, no dia 6 de junho de 1938, quando a Egrégia Congregação desta Faculdade conferiu a FRANCISCO MORATO o título de Professor Emérito.

Professor Emérito: a maior insígnia acadêmica que a nossa “Velha Faculdade” poderia outorgar-lhe e que, no realçar do homenageado constituía “a mais excelsa, a conspícua, a mais dignificante, a mais cobiçada das honras” que podia receber.

Aceitando-a, como um prêmio a coroar sua jubilação oficial na cátedra, com a alma cativa de enlevos, afirmou que aquela distinção, de excepcional relevância, era uma honra que se alteava na sua munificência e o prostrava nos recessos da alma por considerar, por um lado que era a primeira vez que a nossa tradicional Academia liberalizava a supina distinção a um de seus professores; por outro, porque a homenagem o atingira de surpresa, pelo voto unânime de seus queridos colegas.

Professor emérito, mestre inesquecível deste “Templo de Luzes” — como assim ele o chamava — em que suas aulas eram o enfeixe da eloquência moldada na limpidez clássica e da versatilidade doutrinária haurida nos mais renomados cultores do Direito. Versatilidade doutrinária que se abeberava nos práticos lusitanos dos séculos XVI a XVIII, em cuja galeria figuravam, entre outros, MENDES DE CASTRO, CUNHA FRANÇA, MARTINS CAMINHA, ALVARES PIEGAS, e, entre os nossos, os lineamentos perfilhados por PEREIRA E SOUZA, TEIXEIRA DE FREITAS, SOUZA PINTO, PAULA BATISTA, RAMALHO, JOÃO MONTEIRO, JOÃO MENDES, neles traduzindo a evolução processual, as controvérsias e os refinados conhecimentos até alcançar nossos dias, sem que se despercebesse de próceros alienígenas do porte de MORTARA, CHIOVENDA ou CARNELUTTI.

Havia nele a vocação do jurista. A par com seus ensaios, pareceres e conferências legou-nos obras do mais alto alcance jurídico, entre elas a *Carta Testemunhável*, *Miscelânea Jurídica* e *Da Prescrição nas Ações Divisórias*, gemas de valor elevado e clássicas.

Lamentável é que não tivesse enriquecido nosso mundo jurídico com o seu *Direito Judiciário Brasileiro*, que deliberou escrever, iniciando suas primeiras páginas em maio de 1947, chegando a redigir quarenta e sete delas quando a morte, sempre impiedosa, ceifou sua existência. Morreu com os olhos postos no futuro, sempre guardando a fé e a esperança.

Eu vos disse que FRANCISCO MORATO era um exímio e provector advogado.

Não sei o que mais louvar, o que mais enaltecer, no descortino que emprestava ao exercício de sua profissão, se a limpidez da linguagem sempre entretecida em encantadora facundidade, ou o surto altiloquente de seu gênio sempre a decantar ensinamentos profundos, subjungidos na fé dos conhecimentos que enraigava e nos quais a tudo sobrepunha os postulados da liberdade e da justiça.

Magistrado que sou, não desejo alçar minha voz, retratando-o.

Para tal mister, valho-me dos esplendores evidenciados pelos seus colegas, deixando que outro advogado, alguém que, como ele, sentiu na carne tanto as amarguras como as doçuras da lida diária, diga da sua luta e da projeção que seu nome alcançou.

NOÉ AZEVEDO, nosso confrade, que sempre viverá nas prantinas de nossas evocações, no dia 21 de maio de 1948, quando FRANCISCO MORATO baixava ao túmulo, orava numa palavra de adeus: “Para fazer o seu elogio, bastaria dizer que foi um advogado perfeito, representando o tipo ideal de nossa profissão. Tinha da mesma um extraordinário orgulho, e demonstrava inexcedível amor ao seu exercício. Sentia-se que era com verdadeiro amor que ele redigia os artigos dos libelos e contestações, apresentando-os como os primores de síntese e de lógica. As alegações, escritas ou orais, desenvolviam-se com a solidez e harmonia vazadas na sobriedade da arquitetura clássica. Jamais abusou das citações, que carregam os arrazoados como o excesso de enfeites do estilo barroco; guardava a pureza de linhas que só conseguem traçar os estetas consumados. Redigia e falava um português clássico, muito mais achegado aos moldes límpidos de BERNARDES que os pomposos artifícios de VIEIRA. Considerando a palavra falada como a ressonância perpétua daquele verbo divino com

que se lançou ao mundo a criatura humana, timbrava em comunicar diretamente ao auditório as idéias que brotavam da inteligência e vinham sempre aquecidas pela emoção. Conseguiu, assim, produzir orações em que palpitava a vida”

Do advogado, que ele próprio o diga. Em memorável oração que proferiu nesta Casa, rendendo sua homenagem ao gênio e à fidalguia de ESTEVAM DE ALMEIDA, exalçou os deveres do profissional, os cruentos instantes que o cercam na labuta diária, os conhecimentos e erudição que devem exorná-lo, a elegância, ornamentos e finura de homens familiares com as belas-lettras e belas-artes, a coragem e o zelo que deve ter no empreendimento, tudo enleado a respeito para com seus pares e magistrados e a coberto de plena independência moral.

Afervorado numa passagem do grande magistrado francês, HENRI AGUESSEAU advertiu: “Os advogados devem inspirar-se nos grandes modelos, de maneira a reproduzir-lhes antes o gênio e o caráter que o pensamento e a linguagem: imitar Cícero como Cícero imitava Demóstenes, acompanhar Virgílio como Virgílio elegantemente acompanhava Homero e de suas belezas aproveitava, trilhar Vieira como o maravilhoso jesuíta trilhava a São João Crisóstemo, reproduzir Lafayette como quando Lafayette, na exação impecável do pensamento, no incomparável primor do estilo e nos prodígios das sínteses estupendas, escrevia e ensinava como se fora Ulpiano escrevendo e ensinando direito na linguagem portuguesa”.

Do advogado só me resta acrescentar, louvado sempre na oração magnífica, que a sua atividade não se restringia aos ditames do Direito, ou à dialética sublimada dos torneios processuais. Ia além, porque a tudo soerguia a retidão do procedimento moral, elevando-se sua ação como exemplo, como paradigma de conduta, porque trazia em si o sentimento enraigado da dignidade da profissão. Dignidade que enunciava e repetia com verdadeira untura, como que a compor

um breviário de conceitos morais, um evangelho de princípios éticos da profissão do advogado.

Esse evangelho foi condensado em esplendoroso *Código de Ética Profissional* onde se decalca todo o substrato moral da profissão, elevando a advocacia a um sacerdócio, obra magnífica que mereceu de nosso ilustre confrade RUY DE AZEVEDO SODRÉ, em seu esmerado livro *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*, especial reparo, quando assinala: “Em São Paulo funciona regularmente, prestando reais serviços à classe, o Tribunal de Ética, cujo regimento interno foi redigido pelo saudoso Professor FRANCISCO MORATO, seu primeiro e grande presidente”

Senhores. Os gênios têm o divino dom de transformar em epopéia o que para o normal dos homens é vulgar. “Como as estrelas, beijam eles os pés do Onipotente”.

Atentai para MIGUEL ÂNGELO. Sua arte não se ateve ao ciclo de civilização de seu tempo. Sua visão não se aperrou ao momento estático, mas espelhou perspectiva de formas que permeavam a exaltação que os homens do futuro vieram a espreitar, traduzindo-se num assomo de modernidade.

Em seu vô condoreiro, perscrutou a alma humana, devassou-a, desvendou-a.

Se de um lado foi volutuoso, quase sensual, de outro, foi suave, romântico, quase litúrgico. Contemplai-o: da lascívia complexa de “Baco”, paradoxalmente, legou-nos a delicada “Madonna Pitti”, de tenra e mansa doçura; o exultante triunfo da juventude que suscita na “Vitória” transfigura-se na consternação da “Madame de Medicis”; da espiritualidade de São Mateus à sensualidade da “Aurora”; do orgulho e a ira imperiosa de “Moisés” à mansa resignação do “Prisioneiro”.

É o gênio. Para esses gigantes, criadores de formas, o mármore é o elemento e o meio para atingirem a deificação,

porque nele burilam a arte requintada, imprimindo à sua pureza ebúrnea o plasticismo e o linearismo que a inspiração exuberava.

Caberia a mim cinzelar a magnífica personalidade do patrono eleito e, por certo, desfalquei-o ao plasmá-lo, tão desprimorado que sou de engenhos sutis.

Tive nas mãos o melhor mármore e o melhor modelo, mas faltaram-me predicados de espírito, aquela arte soberana que sabe divinizar a mensagem, nela incrustando o adereço mais delicado da expressão poética.

Todavia, fui sincero. Dei de mim o que mais poderia atinar e ter feito, sem que, entretanto, pudesse expungir-me do vício da falta de desteridade.

Essa balda, falha inescusável traz-me à lembrança uma página de ANATOLE FRANCE quando, com peregrina arte e beleza, descreve que, certa feita, num templo, o prior e dois veneráveis de um convento surpreenderam um de seus irmãos diante do altar da Virgem, a cabeça para baixo, pés no ar, a executar em seu louvor jogos espertos, fazendo pelóticas com bolas de bronze luzidias e facas aduncas.

Rude que era e sem ilustração para tecer sermões edificantes, finas pinturas ou versos bem rimados, desenvolvia ele as suas habilidades e lhes emprestava tudo quanto havia de mais elástico e atraente no jogo da destreza.

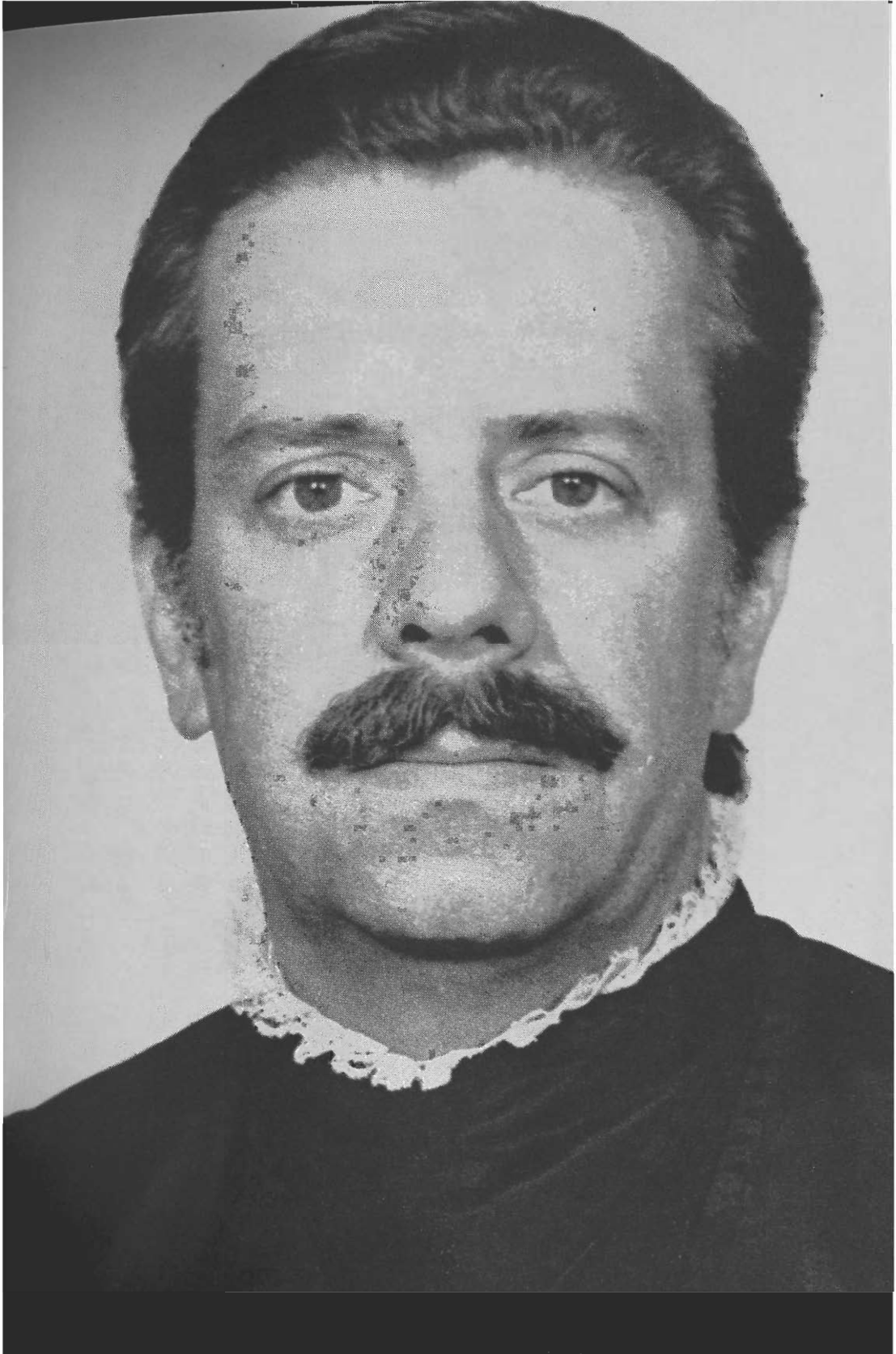
Era a sua maneira, tão sinceramente sua, de louvar a Mãe de Deus, na mais simplória e humilde devoção.

E os três espectadores já se aprestavam a arrastá-lo dali quando viram a Santa Virgem descer os degraus do altar, para enxugar com a ponta do manto azul o suor que escorria da frente de seu jogonal.

Senhores Acadêmicos: perdoai também a canhestrice deste vosso confrade que, à semelhança daquele “jongleur

de Notre Dame”, prédica outra soube encarecer àquele que de tanto era merecedor, senão enredando este tão desordenado devotamento que só traz em si o prêmio da sinceridade.

Asseguro-vos que tudo foi para mim motivo de orgulho e da mais sublimada inspiração porque, com ênfase repito: FRANCISCO MORATO era um conspícuo homem público, exímio e proecto advogado, mestre incomparável e insígne, jurista excelso e um grande sacerdote do Direito.



José Ignácio Botelho de Mesquita,
Professor Titular de Direito Processual Civil,

**José Ignácio Botelho de Mesquita, Titular de
Direito Processual Civil.**

A Redação

José Ignácio Botelho de Mesquita nasceu nesta capital aos 11 de julho de 1935. É filho do Dr. Paulo de Mesquita e de D.^a Lúcia Botelho de Mesquita.

Fez o curso ginásial e clássico no Colégio São Luís, desta cidade, de 1947 a 1953.

Em 1954 ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde concluiu o curso de Ciências Jurídicas e Sociais, em 1958.

Continuou os estudos de Direito na Faculdade de Direito de Madrid, com bolsa concedida pelo Ministério das Relações Exteriores da Espanha. Naquela Universidade fez os estudos superiores de Direito Processual, Direito Administrativo, e Direito Civil, durante os anos de 1959 e 1960.

Retornando ao Brasil, iniciou o curso de Especialização em Direito Processual Civil nesta Faculdade, concluindo-o em 1962.

Em 1963, obteve o título de doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, em virtude de aprovação em concurso para a Livre Docência de Direito Judiciário Civil, hoje Direito Processual Civil.

Após esse concurso, dedica-se intensivamente à docência da matéria, nesta Faculdade, onde também lecionou por vários anos, Direito Civil.

Além da atividade docente, dedica-se a outras paralelas. Profere Conferências e organiza Seminários sobre temas de sua especialidade, em importantes centros jurídicos da Capital, do Interior e outros Estados. Participa do Primeiro Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em São Paulo e Campos do Jordão, em 1965, para exame e discussão do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Exerce a advocacia nesta Capital.

Participa da Comissão designada pelo Governador do Estado, em 1967, para elaborar o Anteprojeto do Código Judiciário do Estado.

Em 1973, por concurso de títulos, obtém o título de professor adjunto do Departamento de Direito Processual.

É membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Conselho Consultivo do Instituto Jurídico da Associação Comercial deste Estado.

Em razão do nível científico de suas aulas e da dedicação aos seus alunos, fiel aos ideais que o seu discurso de posse revela, mereceu ser distinguido com sua escolha para patrono ou paraninfo de praticamente todas as turmas de bacharelandos que lecionou.

Os trabalhos que publicou, estritamente vinculados à matéria de sua especialidade, compõem sua bibliografia, essencialmente doutrinária.

Bibliografia.

1. *A autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença*, São Paulo, 1963, tese apresentada ao concurso para obtenção do título de Livre Docente;
2. *A "Causa Petendi" nas Ações Reivindicatórias*, "in" Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, 1967, ano III, v. 6, p. 183 e segs.
3. *Da Propositura da Ação de Mandado de Segurança*, "in" Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, v. 418, p. 19 e segs. — preleção proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ciclo de conferência sobre o Mandado de Segurança, organizado pelo Instituto de Direito Público desta Faculdade em conjunto com o Instituto dos Advogados de São Paulo.
4. *Trabalhos publicados na seção de Jurisprudência da Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo:
 - a) *Sobre a Aplicabilidade do Princípio da Imediatidade no Processo Falimentar*, "in" Revista cit., 1971, ano X, v. 2, p. 63 e segs. — Comentário a acórdão.
 - b) *Sobre o Recurso Cabível da Decisão que Homologa pedido de Desistência de Concordata Preventiva*, "in" Revista cit., 1972, ano XI, v. 6, p. 74 e segs. — Comentário a acórdão.
 - c) *Sobre a Inteligência do n. I do Artigo 2.º da Lei de Falências*, "in" Revista cit., 1972, ano XI, v. 7, p. 81 e segs. — Comentário a acórdão.
5. *Da Liquidez Suficiente para Requerer a Falência*, "in" Revista de Direito Mercantil, cit., 1972, ano XI, v. 7, p. 47 e segs.
6. *Da Ação Civil*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, — tese para o concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP.

A Titularidade e a Recepção no Doutoral.

Em brilhante concurso de títulos e provas, apresentando a tese *Da Ação Civil*, o professor José Inácio Botelho de Mesquita, aprovado por unanimidade, obtém a titularidade de Direito Processual Civil, vaga pela aposentadoria do professor Moacyr Amaral Santos.

Nomeado a 15 de novembro de 1975, é recebido solenemente pela Congregação dos Professores aos 22 de abril deste ano. A sessão realizada no salão nobre foi presidida pelo Senhor Diretor, Professor Doutor Ruy Barbosa Nogueira, que

designou os professores Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Miguel Reale e Goffredo da Silva Telles Júnior para introduzirem o novo titular no recinto.

Foi, então, saudado pelo professor Goffredo da Silva Telles Júnior que, de improviso, enalteceu a personalidade e a obra do novo titular, em discurso publicado a seguir

**Discurso de Saudação de
Goffredo da Silva Telles Júnior*.**

Estamos em fins de abril. Pleno outono. Logo virá o inverno. Mas sei que a primavera chegou nesta nossa Academia.

José Inácio Botelho de Mesquita.

Vejamos se consigo, em rápidas pinceladas, revelar a personalidade do Professor que agora atinge o pináculo da carreira docente e ingressa em nossa Congregação.

Seu avô paterno costumava dizer que o título de Professor de Direito da Academia do Largo São Francisco era o mais alto grau que alguém poderia alcançar na vida.

Esse avô era bacharel por nossa Academia. Chamava-se Ignácio Mesquita. Era de Itu e foi Republicano histórico.

As palavras do avô, o pai as repetia em casa.

O pai, Paulo de Mesquita, também se formou nesta Academia e pertenceu ao “14 de julho”, como combatente em 1932. Casou-se com Dona Lúcia, da tradicional família Arruda Botelho, de São Carlos.

O avô materno, José de Arruda Botelho, natural de São Carlos, fazendeiro de café, pertencia a uma cepa de monarquistas, entre os quais pontificaram alguns dignatários da no-

*. Este discurso foi apanhado pelo serviço de gravação da Faculdade de Direito.

breza imperial, como por exemplo, o Conde de Pinhal, fundador de São Carlos, o Barão de Dourados e o Visconde de Rio Claro. Mas, curiosamente, ele próprio sempre foi um republicano convicto.

Adivinho, sem dificuldade, o espírito que certamente reinou no ambiente doméstico do menino José Ignácio, filho e neto dessa gente.

Entre os que, neste momento, me ouvem, deve haver muitos que sabem, por experiência própria, o que é ser filho de quem passou pelas Arcadas, e bem podem imaginar o que é ser não somente filho, mas também neto de antigos alunos da velha Academia do Largo de São Francisco.

Uma certa mentalidade, um modo característico de pensar, não sei como dizê-lo: um amor quase cego pela Liberdade; uma fé quase religiosa na Lei e na Justiça; a chama de uma sempre acesa cordialidade, de uma permanente vontade de compreensão, de um amor constante pelo ser humano; tudo isto, e ainda um apego afetivo pela Velha Academia; um orgulho insopitável por tudo quanto fizeram pelo Brasil os filhos de nossa Escola — tais são algumas das causas da atmosfera sentimental numa casa de verdadeiros bacharéis da São Francisco.

O Direito já é, em si próprio, a disciplina da convivência. A Ciência do Direito, por sua vez, é a chave, a Ciência-Chave da Comunicação humana. E esta Academia, pela sua tradição de luta, pela sua vibração, por sua extrema sensibilidade, pelo seu vibrante idealismo, pelos seus sacrifícios, por todo o seu modo de ser, se constitui numa escola de vida. Isto, aliás, é o que faz a sua grandeza. Aqui dentro uma humanidade em miniatura palpita, com seus problemas, suas esperanças, suas alegrias, suas decepções. Antes de ser uma Escola de Direito, nossa Faculdade é uma Escola de Vida. É evidente que as duas expressões quase coincidem, em seu sentido, uma com a outra. Pois o Direito há de ser um reflexo da vida.

A Casa do Doutor Paulo de Mesquita recebeu, de certo, o misterioso influxo desta Escola. E foi nessa casa que José Ignácio Botelho de Mesquita começou a tomar consciência das coisas do mundo.

Ignácio de Mesquita nasceu em julho de 1935, na cidade de São Paulo. Nas pegadas do avô, fez o ginásio e o curso clássico, no Colégio São Luiz.

Sua formação moral foi extremamente severa. Toda a sua juventude esteve marcada pela obstinada obediência a princípios rígidos. “Excessivamente rígidos”, segredou-me ele um dia.

A cultura, em alto sentido, ele principiou a vislumbrá-la no curso clássico, quando os padres ergueram, diante de seus olhos espantados, os primeiros véus da filosofia.

Nessa época, o nazismo tenebroso obscurecia os céus da terra. No Brasil, um anseio de legalidade forcejava para romper os quadros do regime de Getúlio Vargas. O cataclisma da segunda guerra mundial e a tragédia da bomba atômica acabaram devastando o coração da juventude.

No espírito do ginásio Ignácio Mesquita, já se instalara o horror por todos os governos de força, fossem eles comunistas, nazistas ou fascistas.

Eu creio, sinceramente, que Ignácio Mesquita, nesse tempo, ainda não saberia definir a democracia. O que ele certamente sabia, vivendo no clima de sua casa, era que todo governo não escolhido pelo povo era governo que se impunha a si próprio, pela força das armas, sendo, portanto, um governo ilegítimo, talvez ilegal e quase sempre intolerável. O que ele sabia, certamente, era que nenhum governo podia se declarar proprietário exclusivo da verdade, sob pena de conduzir a nação às hecatombes totalitárias.

Ali estava, diante dele, a ditadura de Vargas, que o pai lhe descrevia com a imaginação de um combatente de 32. Eu presumo que seu pai lhe deve ter falado sobre a censura odiosa, feita pelos donos da “sabedoria”, a impedir a manifestação das idéias; sobre cassação do parlamento nacional e das assembléias legislativas, destruindo as frágeis, mas únicas bases então existentes, da legitimidade das leis; e sobre a nefanda tortura, nos calabouços da ditadura, a destroçar qualquer esperança nos escalões do poder.

Em 1954, Ignácio Mesquita obteve uma bela terceira colocação nos exames vestibulares, e matriculou-se na Faculdade de Direito.

Ele foi meu aluno no 1.º ano. Guardo, até hoje, a lembrança de sua figura de estudante. Já naquele tempo, ele tinha uma expressão grave, como a de alguém que está preocupado com os problemas da humanidade. Era moço muito bem educado, muito atento às aulas. Sua fisionomia séria, ele não somente a mantinha na classe, mas também nos corredores e no patio. Séria, sim, mas um rosto que não se negava a logo abrir-se, num claro e doce sorriso, ao mais leve gesto, à mais simples palavra que lhe dirigisse o professor.

Durante os dois primeiros anos da Faculdade, ele fez o CPOR. Foi eleito orador de sua turma. E depois estagiou na Base Militar de Ponta Porã, onde completou seus conhecimentos sobre as Forças Armadas. Conhecimentos estes que, segundo ele mesmo me disse, lhe foram muito úteis, para seus julgamentos futuros, sobre certos fatos da política brasileira.

Recebeu seu grau de Bacharel em 1958. Ele já sabia advogar, porque vinha trabalhando com afinco, num grande escritório de São Paulo.

Uma vez formado, obteve uma bolsa de estudos, concedida pelo governo da Espanha. Foi doutorar-se na Universidade de Madri. Logo após sua chegada nessa Capital,

foi logo eleito Presidente da Associação dos Universitários Brasileiros na Espanha.

Procurou Legaz y Lacambra, para estudar Filosofia do Direito. Mas, como todos nós sabemos, o grande mestre se ausentara da Espanha. Então, procurou o professor Jayme Guasp, que desfrutava de grande reputação entre os alunos. Este mestre era professor de Processo. E assim foi que Ignácio Mesquita começou a estudar Processo, quase por acaso.

Um extraordinário acontecimento marcou, nessa época, a vida de Ignácio Mesquita: a Espanha se revelou a ele, exercendo o seu fascínio sobre o espírito do jovem bacharel. A Espanha medieval e moura; amorosa, arrebatada; petulante, heróica e autêntica. O que, sobretudo, deve ter impressionado Ignácio Mesquita, foi o incêndio pela Liberdade, abrasando as consciências espanholas; incêndio que se propagou para a sua alma generosa, ainda em formação.

Uma convicção se firmou em seu espírito: a da influência que um regime político pode ter na formação da mocidade. O regime da Espanha havia mutilado a inteligência da juventude, e a vida universitária se apresentava amorfa, apática, anestesiada, desligada da política do país, desinteressada pelos destinos do mundo.

Em setembro de 1960, voltou para o Brasil. Seu espírito estava preparado para enfrentar a luta da vida. Ele trouxera da Espanha uma resolução definitiva. Resolvera ser sempre *ele próprio*, isto é, um homem autêntico. Um dia, ele me perguntou se um homem autêntico não tinha um pouco de Dom Quixote. Eu lhe quis dar uma resposta sincera e disse-lhe que o progresso espiritual da humanidade é uma arremetida constante contra moinhos de vento. Dom Quixote se viu derrotado pelos seus moinhos de vento. Mas Dom Quixote era um só. Quando se formam batalhões de Dom Quixotes, a humanidade dá um passo para a frente.

Nos anos de 1961 e 1962, ele fez o curso de especialização na Faculdade de Direito. Ao terminá-lo, o Professor Luiz Eulálio Bueno Vidigal o chamou, incentivando-o a prosseguir nos seus estudos e a ingressar na carreira docente da USP. Com isto, o Professor Vidigal demonstrou a sua rara sensibilidade de professor, ao descobrir, em seu discípulo, todas as potencialidades que nele existiam.

Em dezembro de 1963, Ignácio Mesquita fez o seu concurso de Livre-Docente de Direito Judiciário Civil. Sua tese se intitulava: *A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença*.

Assisti às provas deste concurso e quero dar a minha opinião sobre as mesmas. Na prova de defesa de tese, o candidato demonstrou tanta calma e segurança que desde logo ficou patenteada a sua competência na disciplina em concurso. Na prova didática, Ignácio Mesquita soube manter-se na difícil linha que caracteriza o professor acostumado a disertar perante assembléias heterogêneas. Como todos sabem, a prova didática é extremamente delicada, uma vez que uma exposição demasiado singela pode levar a comissão julgadora a pensar que a matéria explicada não tem qualquer interesse, por ser do conhecimento de todos; e que uma exposição de alta cultura pode levar a comissão julgadora à convicção de que a matéria explicada não tem condições de ser entendida por uma classe de alunos. Sendo aprovado, Ignácio Mesquita obteve o título de Livre Docente desta Faculdade.

Começou a lecionar em 1964. Lecionou também Direito Civil, de 1965 a 1968.

Logo se manifestaram os traços característicos do novo professor. Creio que os principais são os seguintes. Primeiro, Ignácio Mesquita soube estabelecer um ótimo relacionamento entre ele e seus alunos, relacionamento direto e estreito,

não somente na classe de aula, mas também fora dela. Segundo, a sua independência intelectual: ao expor os pontos do programa demonstrou a sua efetiva autonomia de convicções. Finalmente, a clareza das suas aulas lhe deu imediatamente a reputação de excelente comunicador de idéias.

Ele bem entendeu a alta missão de um professor universitário. O seu papel não era apenas o de informar, mas também o de formar os seus discípulos. O seu papel não era apenas o de levar aos alunos os seus próprios conhecimentos sobre a sua disciplina, mas sobretudo o de despertar o amor pelo estudo da sua disciplina.

Tenho para mim que a maior vitória de Ignácio Mesquita foi aquela que obteve na difícil prova de classe, a prova de todos os dias, ao dar as suas aulas do currículo. Pois conquistou ele, sem demora, a admiração e a estima de seus alunos. A prova do que acabo de afirmar, encontro-a no seguinte: foi eleito tres vezes patrono dos bacharelados da Academia — turmas de 1966, 1968 e 1969, sendo que em 1966, ele ainda estava no segundo ano da carreira docente. E foi eleito duas vezes paraninfo, em 1972 e 1974, sendo que em 1972, ele ainda era Livre-Docente.

Assim se vai delineando a figura do Professor Ignácio Mesquita. Exato cumpridor dos seus deveres, extremamente competente em sua disciplina, querido de seus alunos, modelo de integridade moral e de compostura.

Suas publicações começaram a vir a lume: *A Causa Petendi nas Ações Reivindicatórias, Da Propositura da Ação de Mandado de Segurança, A Aplicabilidade do Princípio da Imediatidade no Processo Falimentar, O Recurso Cabível da Decisão que Homologa Pedido de Desistência de Concordata Preventiva, A Inteligência do n.º 1 do Art. 2.º da Lei de Falências, Liquidez Suficiente para Requerer a Falência.*

Realizou cursos, seminários, conferências, em faculdades diversas, centros de estudos e institutos especializados, tanto em São Paulo como em outros Estados.

Em junho de 1974, fez o concurso para o cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Processual. Concorrendo com dois eminentes juristas de São Paulo, obteve, com toda justiça, o primeiro lugar. Apresentou a tese *Da Ação Civil*. Não é um livro de vastas dimensões, mas constitui uma curiosa monografia. A meu ver essa obra é um marco na evolução das chamadas teorias processuais “concretas”. Note-se que ela se opõe corajosamente à teoria de Liebman, teoria esta que, segundo a opinião de nosso professor, trouxe grandes benefícios, mas contribuiu para esterilizar a doutrina brasileira.

Em dez anos, Ignácio Mesquita subiu os degraus da carreira docente. Conquistou lugar de grande relevo. É membro do Instituto dos Advogados de São Paulo; foi membro da Comissão do Governo do Estado de São Paulo para elaboração do anteprojeto do Código Judiciário do Estado. Pertence ao Conselho consultivo do Instituto Jurídico da Associação Comercial. Figurou duas vezes, como jurista, na lista tríplice para o cargo de Juiz do Tribunal Eleitoral do Estado.

O que não pode ser esquecido é que Ignácio Mesquita é advogado militante, exercendo ativamente aquele tipo de advocacia que eu chamaria de advocacia artesanal. Ele é, de fato, um advogado artesão, isto é, um advogado que, sozinho, cuida integralmente de cada causa, como se cada causa fosse a causa de sua vida.

Vejo em Ignácio Mesquita duas vocações absolutas: a vocação para a docência universitária e a vocação para a advocacia. Estas vocações constituem, em verdade, chamamentos de sua natureza autêntica. O termo “vocação”, de “vocatio”, “vocare”, chamar, designa uma atração natural, ou seja, uma inclinação por força da natureza da pessoa. Falsas vocações

se manifestam às vezes, como quando uma pessoa exerce uma função por achá-la atraente ou bela, mas não por ser arrastado a executá-la em virtude de uma tendência espontânea. A verdadeira vocação é um constrangimento da natureza. Ninguém se surpreenda com a aproximação que acabo de fazer entre os termos *vocação* e *constrangimento*.

Lembro-me do diálogo entre Juliano e uma voz desconhecida, numa célebre página de Ibsen. Juliano pergunta: “Qual é minha vocação?” A voz lhe responde: “A vocação de teu querer.” Juliano pergunta: “Que devo eu querer?” A voz lhe responde: “Aquilo a que és constrangido.”

Mas como descobrir a vocação? Esta pergunta, Rilke a responde ao jovem poeta: “Não há senão um caminho. Procure entrar em si mesmo. Investigue o motivo que o manda escrever, examine se esse motivo estende suas raízes pelos recantos mais profundos de sua alma; confesse a si mesmo: morreria, se me fosse vedado escrever? Isto acima de tudo: pergunte a si mesmo, na hora mais tranqüila de sua noite: “Sou mesmo forçado a escrever?”

Vocação é essa força interna, íntima. É esse constrangimento inerente.

A vida de Ignácio Mesquita é o sinal e o testemunho de sua vocação. O que o qualifica é a sua autenticidade. Ele vive o que pensa. Não sei se posso fazer elogio maior a um homem. Não sei se haverá vida melhor do que a daquele cuja existência reflete o seu pensamento.

Houve uma hora de trevas nesta Faculdade. Todos ainda se lembram dela. Um vento levantino crestara o chão de nossa Academia. Nas trevas, ouvia-se a voz iluminada de Rocha Barros: “Mais vale acender uma vela do que maldizer a escuridão”

Ignácio Mesquita acendeu a sua vela. Outras velas também se acenderam. Mais uma vez, ficou patente que “não é matando passarinhos que se vai acabar com a primavera”.

Ignácio Mesquita tem apenas quarenta anos de idade. Está na flor da vida. Mas há velhos de dezoito anos e há moços de oitenta. Ignácio Mesquita é daqueles que sabem continuar moços pela vida afora. Ele sabe que a mocidade também é um estado de espírito. E que a mocidade de espírito consiste na abertura da inteligência para as novas paisagens de cada dia.

É doce o enlevo de reler os velhos livros, queridos livros de ontem, de hoje, de sempre. Mas é um arrebatamento o livro que abre, diante dos olhos do espírito, um caminho imprevisto, um horizonte insuspeitado, talvez um universo diferente.

O segredo da eterna juventude está na sabedoria de nascer de novo em cada madrugada.

Quem é Ignácio Mesquita?

Ele é o professor por vocação, autêntico, íntegro, sincero, fiel em todos os sentidos, jurista na melhor acepção do termo, espírito aberto para a cultura dos novos tempos, valoroso, intrépido. Antifacista e anti-comunista, mas homem do presente e do futuro. Ignácio Mesquita é filho autêntico desta Academia.

Estamos em fins de abril. Pleno outono. Logo virá o inverno. Mas eis que a primavera já chegou nesta nossa Academia.

O Novo Titular Profere seu Discurso de Posse.

Após a saudação de Goffredo Telles Junior, o novo titular profere seu discurso de posse. Agradece as palavras do representante da Congregação e expõe seu ideal de Professor Universitário das Arcadas: a "integração de todos num corpo único" para a realização de um programa, cujas metas básicas sejam a liberdade, a cultura e o Direito.

No momento que, perante os meus pares, me vejo investido, em ato solene, da condição de professor titular de Direito

Processual Civil, e com ela das responsabilidades inerentes ao meu cargo, quero reafirmar, ante esta augusta assembléa, o meu compromisso para com esta Faculdade, de envidar o melhor dos meus esforços para manter-me, sem vacilações, no mesmo caminho que me trouxe até aqui.

Por haver merecido a confiança dos meus mestres, especialmente a dos que hoje me honram com a sua presença, considero que a via escolhida guardou a necessária conformidade com os caminhos que a História apontou para esta Faculdade, a gloriosa e imperecível Academia de Direito do Largo de São Francisco.

Hoje, contudo, mais do que nunca, tenho a consciência, informada de um conhecimento todo de experiências feito, que nada é mais difícil, na idade madura, que dar consequência às idéias semeadas ao longo dos anos mais jovens. Na medida em que os anos passam, tende a razão a espalhar seu frio manto, sobre as lavas ainda quentes do estado de permanente erupção, em que vivemos enquanto moços.

É tempo, portanto, de recolher as experiências vividas, antes que esfriem, iluminá-las à luz do momento atual, e extrair delas alguma contribuição, que possa servir de ponto de partida para novos e mais árduos cometimentos.

Os que me acompanharam nesta Faculdade sabem que fui honrado com a amizade de muitos de meus colegas; sabem igualmente que, nos momentos difíceis, tive sempre ao meu lado, aliados firmes e corajosos, que repartiram comigo as agruras dos ventos e o fragor das tempestades, e com quem hoje reparto as alegrias e as honras da vitória, do mesmo modo como partilhei com eles do entusiasmo pelas vitórias que alcançaram. Mas sabem também que, fundamentalmente, na maior parte do meu tempo, voltado quase que apenas para os meus alunos, trajetei solitariamente no círculo de meus colegas, professores.

Esta atitude, que é também a de muitos dos nossos, mergulha suas raízes, em última análise, na compreensão mítica desta Faculdade, gerada pelo seu destino, a um só tempo heróico e poético, que a todos, alunos e professores, igualmente e irresistivelmente nos empolga. Sob o influxo poderosíssimo desta visão perturbadora, que nos é transmitida pela tradição de que se emprenham nossas arcadas, vemos os nossos passos conduzidos freqüentemente, antes pela nossa ligação individual com as crenças que fizeram a grandeza desta Casa, que para a consideração dela, enquanto corpo de homens, em si mesmos díspares, tanto no entendimento e na sensibilidade, como na formação cultural e espiritual, unidos apenas por uma igual vocação para o estudo e o ensino do Direito.

Os que conhecem a história desta Casa sabem, contudo, que ela nem sempre foi poética ou heróica, como nem sempre foi santa. Sabem-no também, que o território livre de São Francisco, nem sempre foi livre, e hoje como no passado, temos disso o exemplo e a consciência.

Ora, ao cabo de mais de vinte anos vividos sob estas arcadas, como aluno ou como professor, e a elas dedicados até os extremos de minhas possibilidades pessoais, posso me permitir ponderar que nada satisfaz menos às necessidades desta Faculdade, nem mais contribui para que ela se desvie de seu destino histórico, que a errônea conceituação de sua própria natureza, de seu peculiar modo de ser, e dos objetivos que ela verdadeiramente está preparada para atingir.

A conceituação desta Faculdade como algo de místico, e de suas tradições como alguma coisa que se realiza no presente, pelo simples fato de se ter realizado no passado, pode ocasionalmente gerar homens que sejam poetas, santos ou heróis, mas não conduzirá jamais à união de todos os pretendentes a poeta, santo ou herói, em torno de um objetivo comum que atenda de fato aos fins mediatos e imediatos que a esta escola verdadeiramente se propõem.

O que esta Faculdade efetivamente tem, como nota característica, é a sua natureza de entidade votada à execução de um programa que, na sua fundação — consequência de nossa independência política de Portugal, nos foi assinado por exigências históricas de nacionalidade, em termos de sobrevivência como Nação livre e soberana. Vem daí o fato de que, nesta Casa, o ensino das leis nunca foi feito apenas pelo ensino das leis, mas pela consciência de que nenhum povo pode ser livre e soberano se não dispuser de um ordenamento jurídico que lhe garanta esses bens fundamentais; nem poderá dispor de tal ordenamento a nação que não for dotada de um elevado grau de cultura jurídica.

Liberdade, cultura e direito constituem as metas básicas de nosso programa, que se realiza, cotidianamente, por meio do ensino das ciências jurídicas. Daí porque, entrar nesta Casa, como aluno ou professor, é bem mais do que pagar matrícula ou assinar um contrato de trabalho; é tomar partido, é assumir um compromisso de ação, é dispor-se a servir o País naquilo de que ele mais fundamentalmente necessita, — hoje, como no passado: o aprimoramento do Direito e a defesa das liberdades fundamentais.

A menos que consideremos tais bens como supérfluos, a menos que nos convençamos da inutilidade do Direito, seremos sempre forçados, ainda que despidos de qualquer poesia, mas pela simples e natural pressão dos valores fundamentais da sociedade em que vivemos, a reconhecer a existência desse programa, e a sentir-nos obrigados a cumpri-lo.

É evidente, contudo, e a experiência dos anos vividos sob estas arcadas m'o demonstrou à saciedade, que a execução de um tal programa não pode ficar na dependência da ação isolada de cada um, eventual e transitória ou ainda que permanente e duradoura. Por tratar-se de um objetivo que transcende a esfera individual de cada um, somente pela nossa reunião num corpo só, organicamente orientado à consecução deste fim, é que poderemos realizá-lo.

Neste setor, a atividade individual de cada um, ao sabor apenas de suas convicções pessoais, correrá sempre dois riscos inarredáveis dessa modalidade de ação. O risco de não satisfazer aos anseios da coletividade mas sim os do agente isolado, e o risco de este atuar contra tais interesses, ainda quando esteja convicto de estar-lhes dando cabal realização.

Creio, portanto, que somente na integração de todos num corpo único, é que lograremos a realização do programa desta Faculdade.

A História, contudo, nos demonstra que tais corpos, por força da sua burocracia interna, tendem sempre à formação de uma ditadura das cúpulas, perdendo-se nos degraus de sua hierarquia todo o ímpeto da força original que lhes deu nascimento.

Ora, uma das alternativas para evitar essa perda de potência e de coesão já foi tentada sem êxito no passado desta escola. Consistiu em restringir o corpo docente quase que só aos professores catedráticos e a uns poucos professores livre-docentes. Estes, escolhidos a dedo, mais sob a condição de estrita obediência, que com atenção à sua capacidade de exercer na plenitude as funções reservadas a um mestre de Direito.

Coube ao extraordinário descortino de Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, enquanto diretor desta Faculdade, pôr fim a esta opção suicida, que vinha estiolando a Academia e comprometendo irremediavelmente o seu futuro.

Assim que assumiu a Diretoria desta Casa, o professor emérito Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, por meio de uma só deliberação, que foi decisiva para os destinos da Faculdade, mudou o curso de sua história. Ordenou ele que se realizassem todos os concursos à livre-docência até então requeridos e cujos requerimentos, em alguns casos, há tempos jaziam nos arquivos desta Academia.

Transitamos assim, de um momento para outro, de uma situação de asfixiante confinamento para outra de campo aberto, onde se podiam descortinar horizontes amplos e arejados para o futuro desta Faculdade.

Ocorreu, porém, que Luiz Eulálio de Bueno Vidigal deixou prematuramente a Diretoria desta Faculdade. A partir daí, o alargamento e, portanto, a elasticidade da base desse organismo, constituída por inúmeros novos livre-docentes, passou a não se adequar à fixidez herdada do sistema anterior. Como não podia deixar de ser, seguiu-se a inevitável confrontação. E a ela a desarticulação, o isolamento, a dispersão das forças que deveriam impulsionar a Academia.

Esse processo acentou-se anos após, quando implantou-se entre nós o sistema departamental. Acrescente-se a isto o inevitável desdobramento do processo da abertura que introduziu na Faculdade dezenas e dezenas de docentes voluntários, auxiliares de ensino, assistentes e assistentes doutores, além da constante admissão de novos livres-docentes, que daí por diante não encontrariam mais nenhum obstáculo à realização dos respectivos concursos.

Essa realidade revela, que após havermos vencido uma alternativa, a do confinamento, ingressamos em outra, a da abertura, mas ainda não conseguimos extrair desta última os frutos que já se encontravam latentes na semente em boa hora plantada por seu criador.

Cumpra agora, segundo me parece, realizar um amplo movimento de reunião das forças dispersas, de concentração do esforço comum, de reorganização dessa nova realidade que a Academia ostenta, de modo a construirmos um novo corpo, que não terá naturalmente a consistência monolítica que resultava da proposta inicial e já superada, mas que seja o quanto possível permeável à participação de todos, de modo a evitar que torne a fechar-se sobre si mesmo e acabe por impor-nos o regresso aos erros do passado.

Nesse sentido, considero que um dos instrumentos básicos para lograr-se essa imprescindível permeabilidade, está no fortalecimento da instituição da livre-docência. Minha experiência pessoal, enquanto livre-docente, que foi talvez uma das épocas mais ricas e felizes de minha existência, demonstrou-me que é nas mãos dos livre-docentes que se concentra a maior soma de conhecimentos sobre os anseios de nossos alunos e sobre as necessidades desta Academia.

O livre-docente, por suas condições peculiares de idade, disposição para o trabalho com os alunos, proximidade maior em temperamento e linguagem com o corpo discente, sensibilidade maior para com as realidades do ensino, por estar mais rente a ela, aliadas, de outro lado, à necessária experiência científica que, hoje, a longa carreira docente lhe proporciona, é o livre-docente quem poderá colaborar de modo decisivo para que, à desejável união de todos nós em prol da realização de um programa comum, não se alie a indesejável ditadura da burocracia.

Não menos importante nesse processo, e até mesmo imprescindível, parece-me a participação do corpo discente. Os ecos da palavra “co-gestão”, ainda rugem ameaçadoramente nos ouvidos de muitos de nós, como sinônimo de conflagração. O nome não importa. Importa é lembrar que nos momentos em que esta escola tem sido verdadeiramente grande, alunos e professores sempre estiveram unidos sob os mesmos ideais.

Nessa matéria, colhi ao longo desses anos lições de que me não posso esquecer. Não se verificaram em momentos isolados, mas resultam de um conjunto de experiências que, cada qual a seu modo, cada um dos mestres aqui presentes também deverá ter vivido.

Aprendi que os alunos constituem o nosso mais poderoso aliado quando o nosso trabalho docente dá mostras de eficiên-

cia; e constituem o nosso mais implacável adversário, quando, ao contrário, nos mostramos deficientes.

O aluno é capaz de confiar integralmente num professor, e capaz, portanto, de prestar-lhe valiosa colaboração, quando percebe que este o dignifica mediante um trabalho honesto, intenso, dedicado e frutífero. Mas com a mesma intensidade é capaz de tudo contra um professor que o desrespeite, impondo-lhe o dever de assistir aulas mal preparadas, de ouvir exposições imprecisas ou insinceras, ou dê mostras de não ter coragem de assumir atitudes definitivas em face dos problemas que lhes sejam propostos.

Por isso, penso que devemos temer menos os nossos alunos e mais os obstáculos que nos impedem de dar-lhes o ensinamento a que têm direito. Dentre eles, o que me parece pior é a política de ensino — que não é nossa mas da qual sofremos os efeitos — de dar preferência ao número em prejuízo da qualidade; política essa pretensamente dirigida a uma assim chamada “democratização do ensino”.

Ora, não me parece possível, melhorar o nível do ensino se, de um lado, não dispuzermos da possibilidade elementar de trabalhar com grupos de menor número de alunos e, de outro lado, se não pudermos dispor de maior tempo de aulas. O direito moderno, não é preciso que eu diga, assumiu tal complexidade, que não pode passar despercebido a ninguém o contra-senso de continuarmos com a mesma estrutura de aulas, que tínhamos, quando à formação de um advogado bastava bem conhecer meia dúzia de Códigos.

Essa estrutura ostensivamente inadequada às exigências da atualidade, nos submete diariamente, alunos e professores, ao drama do desempenho de um trabalho que, por melhor que seja, não nos satisfará integralmente, conduzindo-nos a um violento desgaste, que ao cabo de alguns anos se transforma em desânimo e ceticismo.

A conseqüência não pode ser outra senão o rebaixamento do nível de ensino e o afrouxamento dos critérios de aprovação; um e outro traduzindo-se a final em incentivo para que esta Faculdade tenha de acolher, anualmente, um sem número de alunos, que jamais irão exercer atividades relacionadas com o Direito, que jamais restituirão à coletividade os bens culturais que esta lhes proporcionou, mantendo enfim a nossa Academia, como dizia causticamente Alberto da Rocha Barros, na codição de eterno desaguadouro de vocações indefinidas. E estes alunos de vocação indefinida jamais se unirão ao nosso esforço em prol da Academia.

Contra isto lutei durante todos esses anos, como sei que muitos de meus colegas também lutaram. A criação de novos instrumentos de integração desta Casa na comunidade, que é obra da atual Diretoria, é exemplo edificante desta luta e fruto dessas mesmas preocupações. Nossa luta, porém, trava-da sem obediência a um sistema mais amplo, sem estar iluminada e aquecida pela integração numa unidade de função, é uma luta de resultados provisórios, de prazo determinado, e por isso mesmo limitados.

Ora, sabidamente, sem qualquer despreço por outras Faculdades de Direito igualmente dignas de nossa melhor consideração, é esta Academia aquela que, por seu rigor na seleção, apresenta dentre todas a possibilidade de dispor do melhor corpo de professores e alunos. Temos a consciência de que, apesar de tudo, hoje como no passado, constituímos a guarda-avançada da cultura jurídica no Estado e no País. Não nos falta, nem nunca nos faltou, amor pelos nossos alunos nem devoção pela causa do Direito.

Se dispomos de tudo isso, não é possível duvidar de que tenhamos à nossa disposição o instrumental necessário, desde que unidos, a enfrentarmos a tarefa que a História nos legou.

Necessitamos, porém, além de uma estrutura adequada, de dispormos de liberdade para formar autênticos juristas.

Não seremos jamais fiéis ao nosso destino de filhos e mestres desta Academia, se nos limitarmos a erigir uma estrutura docente perfeita apenas para formarmos técnicos em legislação, sem ideal e sem bandeira, prontos para servir a qualquer patrão, e até mesmo aos que reneguem as crenças que nos inspiram, os ideais por que vivemos, o amor ao Direito e à Liberdade, que sempre informaram a consciência do brasileiro, como Homem e como Nação.

E quando falo nisto, não me refiro evidentemente à liberdade que cada um, individualmente, exerça na medida de sua coragem e de suas convicções pessoais. Esta será sempre a liberdade deste ou daquele, mas não a da Faculdade, não a da Academia.

É preciso que esta Faculdade, mesmo nos tempos de transição em que vivemos, exerça a mais ampla liberdade para que possa formar homens capazes de discernir entre o Direito e o Arbítrio, entre a Justiça e a Violência.

Nesta matéria, que é matéria jurídica, muito antes de ser política, econômica ou militar, cabe aos órgãos do Poder ouvir a Faculdade, e não esta a eles.

É preciso não perder de vista, que nenhum regime é eterno, por melhor ou pior que ele seja. Precisamente por isto, aqueles que julgam benéficas as restrições por que hoje passamos, têm que estar conscientes do fato elementar de que, quando terminada a vigência do regime atual, eles mesmos serão os primeiros a sair em busca dos homens que sejam capazes de discernir entre Direito e Arbítrio; quando menos fôr, em sua defesa contra outro regime ainda mais tirânico ou mais violento.

E a nós nos cabe a responsabilidade de formar esses homens, sob pena de amanhã virmos nós, e não os ocasionais detentores do Poder, a ser vítimas do julgamento inexorável da História.

Este julgamento, é bom frizar, não será feito apenas à luz da consciência dos homens. Não será feito a partir de normas de caráter singular ou pessoal, cuja ignorância pudéssemos invocar em nosso benefício. Exatamente para que a ninguém, e muito menos a nós juristas, fosse dado ignorar tais normas, a História as fez gravar em texto escrito, que denominou “Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

No artigo 26, segundo parágrafo, dessa Declaração, está inscrita a norma pela qual seremos julgados. Ela dispõe que

“A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais.”

A quem quer que nos interpele por causa da observância dessa norma, poderemos responder com as palavras milenares que Sófocles colocou na boca de Antígone; respondeu Antígone, quando Creon lhe perguntou “Não obstante (ser público o édito), ousaste infringir minha lei?”:

“Porque não foi Zeus quem a ditou — disse Antígone — nem foi a que vive com os deuses subterrâneos — a Justiça — quem aos homens deu tais normas.

Nem nas tuas ordens reconheço força
que a um mortal permita violar aquelas
não-escritas e intangíveis leis dos deuses.

Estas não são de hoje, ou de ontem; são de sempre;
ninguém sabe quando foram promulgadas.

A elas não há quem, por temor, me fizesse
transgredir, e então prestar contas aos Numes.

Bem sei, como não? que hei de morrer um dia
mesmo sem decreto teu; e se tombar

morta antes do tempo, então tanto melhor:
para quem, como eu, vive entre tantos males,
como não será de só proveito a morte?

.....

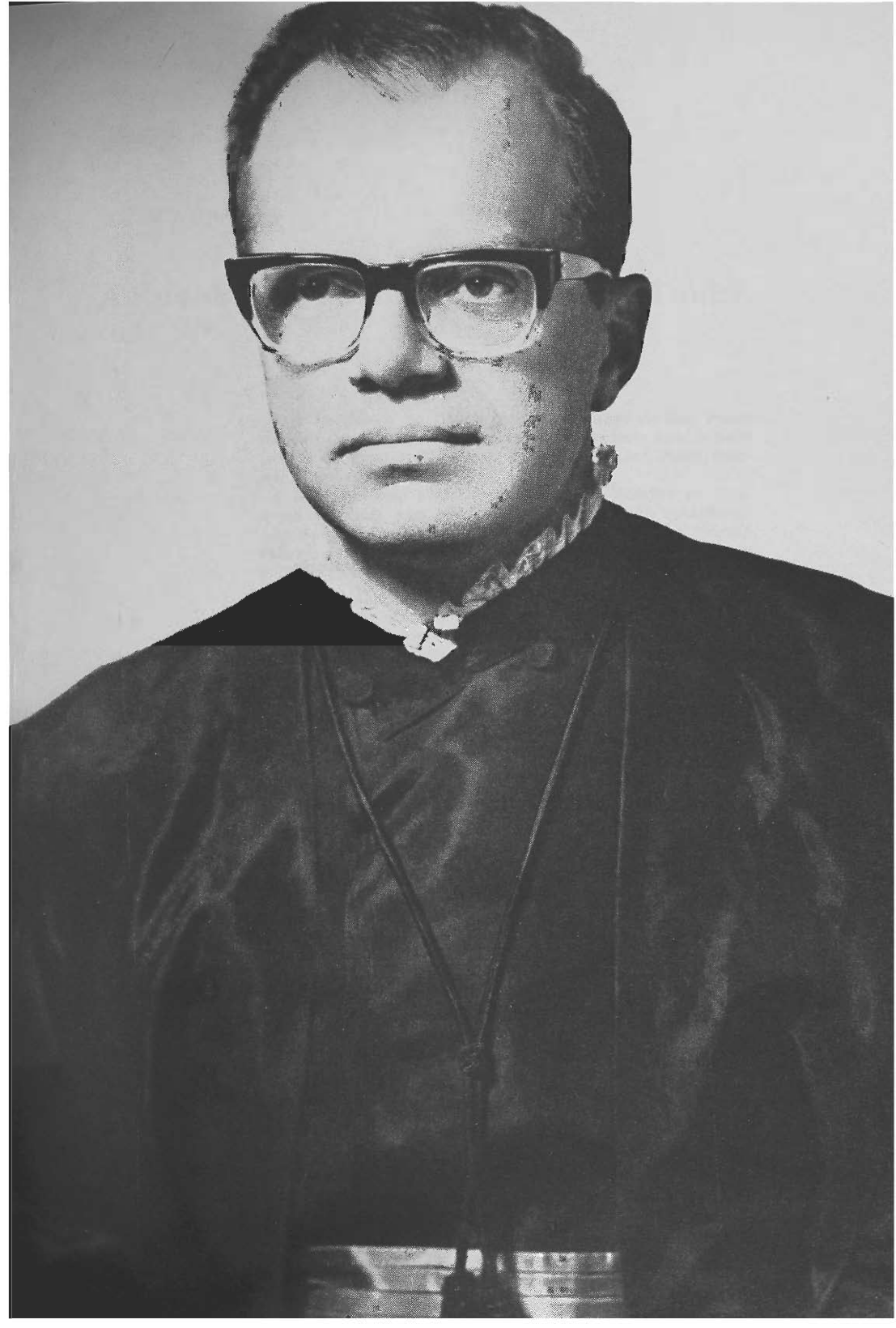
Posso parecer-te louca, talvez:
mais louco, porém, é o que me julga louca.”

E exatamente porque a nós e só a nós nos cabe a responsabilidade de dar cumprimento àquela norma, é a nós que compete fixar os limites de nossa própria conduta como juristas e como professores de Direito. Como sabemos, por uma tradição muito mais do que secular, que os regimes políticos passam por esta Casa e, nela, só a ciência permanece, esses limites hão de ser sempre os ditados pela ciência e, não, os impostos pela política.

Sem isso, não poderemos sobreviver como Faculdade de Direito.

Tudo isso porém, meus senhores, depende de nós mesmos. Não apenas de cada um, isoladamente, repito, mas do conjunto de todos nós, alunos e professores, posto que dele, e só dele, é que emerge a grandeza desta Academia.

Faço pois meu ingresso à E. Congregação desta Faculdade, imbuído do mais ardente desejo de união e de realização de nossos objetivos comuns. Com este espírito, dirijo minhas saudações a todos, professores, alunos e funcionários desta Casa, desejando a cada um a sua felicidade pessoal e, à nossa amada Academia, vida e vitória para sempre.



Professor Doutor Fábio Konder Comparato,
Titular de Direito Comercial.

A Faculdade de Direito Recebe mais um Titular.

A Redação.

A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo recebeu em seu doutoral, aos 20 de maio deste ano, o novo titular de Direito Comercial, Professor Doutor Fábio Konder Comparato.

Saudado pelo professor José Ignácio Botelho de Mesquita, responde com um libelo contra o Estado Totalitário. Analisa a transformação do "Jurisprudente" em "Homo Faber", sua conseqüência na política moderna, que reduz o "Forum" a mercado, e legitima a violência "enquanto degrada o poder" como método normal de governo.

Denuncia, ainda, o Estado Totalitário como inimigo da legalidade, aliciador de juristas a serviço do terror e do arbítrio. Declara, então, sua plataforma jurisdicente com a promessa de atuar contra esse servilismo jurídico, dentro e fora "desta Casa do Direito".

O Professor.

Fábio Konder Comparato nasceu em Santos, neste Estado, aos 8 de outubro de 1936. É filho de Antônio Comparato e de Maria Sulamita Konder Comparato.

Bacharelou-se por esta Faculdade em 1959. Logo depois, em 1961 e 1962, faz o curso de Direito Comparado no Instituto de Direito Comparado na Universidade de Paris, com aprovação em todos os exames.

De 1962 a 1963 frequenta a Faculdade de Direito e das Ciências Econômicas da mesma Universidade, e, com a tese *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, recebe o título de doutor, sendo laureado com o Prêmio Louis Milliot.

Exerce, ainda, de agosto de 1963 a março de 1964 o cargo de Secretário Jurídico do Supremo Tribunal Federal em Brasília.

Com bolsa de estudos concedida pelo Ministério Francês das Relações Exteriores, faz estágio de pesquisa sobre métodos jurídicos da planificação econômica em diversos ministérios da capital francesa, de 19 de outubro de 1964 a 30 de janeiro de 1965.

Retornando ao Brasil, submete-se à livre docência de Direito Comercial nesta Faculdade, em concurso de títulos e provas, sendo aprovado por unanimidade. Desde então leciona Direito Comercial no curso noturno, com algumas interrupções, até dezembro de 1971. Em 1973, mediante concurso de títulos, é nomeado professor adjunto ao Departamento de Direito Comercial.

Além de suas atividades docentes é diretor executivo da *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, publicada pelo Instituto de Direito Comercial Comparado, e Biblioteca Tullio Ascarelli e Direito Econômico e Financeiro desta Faculdade.

Participou da Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto de Código Civil Brasileiro, na parte referente ao Contrato de Seguro. Foi diretor e chefe do Departamento do Contencioso do Banco de Indústria de São Paulo, de 1970 a 1975, e é diretor da Metal Leve S.A. Indústria e Comércio, desde abril de 1975.

É membro da Société de Législation Comparée de Paris, do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli desta Faculdade e do Conselho Jurídico da Associação Comercial de São Paulo.

O professor Konder Comparato publicou densa bibliografia: livros, artigos doutrinários, conferências, Comentários de jurisprudência e pareceres sobre Direito Comercial e Direito Comparado, que se publica a seguir:

Bibliografia.

A. Livros

1. *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé* (Prêmio Louis Milliot, da Faculdade de Direito e das Ciências Econômicas da Universidade de Paris), Paris, *Librairie Dalloz*, 1964.
2. O Seguro de Crédito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.
3. Aspectos Jurídicos da Macro Empresa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.
4. O Poder de Controle da Sociedade Anônima. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

B. Artigos Doutrinários e conferências:

1. O Indispensável Direito Econômico — Revista dos Tribunais, 353/14.
2. Concorrência Desleal — Revista dos Tribunais, 375/29.
3. Contrato de *Leasing* — Revista dos Tribunais, 389/7.
4. Obrigações de meios, de resultado e de garantia — Revista dos Tribunais, 386/26.
5. *Insider Trading*: Sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais — na Revista de Direito Mercantil, n.º 2, ano X, nova série, 1971.
6. Novas formas jurídicas de concentração empresarial — na Revista de Direito Mercantil, n.º 5, ano XI, nova série, 1972, e na obra coletiva "Fusões e Incorporações", São Paulo, Editora Mestre Jou, 1972.
7. *Factoring* — na Revista de Direito Mercantil, n.º 6, ano XI, nova série, 1972.
8. O regime jurídico do cheque na Lei Uniforme de Genebra — na Revista de Direito Mercantil, n.º 7, ano XI, nova série, 1972.
9. *Les factures protestables, étude comparative de droit français et brésilien* na *Revue Trimestrielle de droit comercial*, 1968, n.º 1.
10. *Le Tribunal Maritime au Brésil* — em *Le Droit Maritime Français*, n.º 241, janeiro de 1969.
11. Poder de controle na sociedade anônima: na Revista de Direito Mercantil, n.º 9, ano XII, nova série, 1973.
12. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico — na Revista de Direito Mercantil, n.º 15/16, ano XIII, nova série, 1974.
13. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio — na Revista de Direito Mercantil, n.º 18, ano XIV, nova série, 1975.

C. Comentários de jurisprudência e notas de atualidades:

1. Falência — Interpretação analógica: na Revista de Direito Mercantil, n.º 1, ano X, nova série, 1971.

2. Seguro de responsabilidade civil — Ação direta da vítima do dano contra o segurador — Inadmissibilidade: Revista de Direito Mercantil, n.º 1, ano X, nova série, 1971.
 3. Nota introdutiva a Projeto holandês sobre a contabilidade das empresas: na Revista de Direito Mercantil, n.º 2, ano X, nova série, 1971.
 4. Abertura de crédito — Nulidade de cláusula contratual: na Revista de Direito Mercantil, n.º 3, ano X, nova série, 1971.
 5. Sociedade comercial — Marido e Mulher — Embargos de terceiros — Im-procedência — Recurso provido: na Revista de Direito Mercantil n.º 3, ano X, nova série, 1971.
 6. Nota introdutiva ao Projeto de lei do Conselho das Comunidades Euro-péias para a regulamentação da sociedade anônima européia: na Revista de Direito Mercantil, nos 3 e 4, ano X, nova série, 1971.
 7. Substituto ao capítulo referente ao contrato de seguro no Anteprojeto de Código Civil: na Revista de Direito Mercantil, n.º 5, ano XI, nova série, 1972.
 8. Seguro — cláusula de rateio proporcional — Juridicidade: na Revista de Direito Mercantil, n.º 7, ano XI, nova série, 1972.
 9. Seguro de vida em grupo — Segurado, vítima de tumor maligno, falecido poucos meses após o contrato — Boa-fé — Falta — Alegação pela Segu-radora — Inadmissibilidade — Exame médico não exigido, nem outros es-clarecimentos sobre as declarações prestadas — Ação executiva proceden-te: na Revista de Direito Mercantil, n.º 10, ano XII, nova série, 1973.
 10. Sociedade anônima — Controle acionário exercido por diretor — Alienação no curso do exercício social — Pretensão do alienante de haver uma parte de remuneração percentual sobre os lucros líquidos, prevista no exer-cício do mandato: na Rev. Dir. Mercantil, n.º 11, ano XII, nova série, 1973.
 11. Concordata preventiva — Sociedade corretora de títulos e valores mobi-liários: na Revista de Direito Mercantil, n.º 12, ano XII, nova série, 1973.
 12. Anteprojeto de lei de sociedades por ações — na Rev. Dir. Mercantil, n.º 17, nova série, 1975.
 13. Projeto de Código Civil — na Rev. Dir. Mercantil, n.º 17, nova série, 1975.
- D. Pareceres**
1. Vigência das Convenções de Genebra sobre letras de câmbio, promissórias e cheques: Revista dos Tribunais, 390/48.
 2. Nota promissória rural — Inconstitucionalidade e revogação dos arts. 107 e segs. do Estatuto da Lavoura Canavieira: Revista dos Tribunais, 412/43.
 3. Seguro de crédito financeiro e fraude do financiado: Revista dos Tribu-nais, 415/43.

4. Alienação de bens de sociedade anônima — Ato praticado pela diretoria, sem poderes — Impedimento dos diretores de votarem em assembléa geral convocada para sua ratificação: *Revista dos Tribunais*, 428/160.
5. Falência — Requerimento com base em créditos trabalhistas — Desnecessidade da renúncia ao privilégio para exercício do direito: *Revista dos Tribunais*, 432/53.
6. Falência — Legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la: *Revista dos Tribunais*, 442/48.
7. Cauçionamento de cheque bancário: *Revista dos Tribunais*, 449/63.
8. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada: *Revista dos Tribunais*, 473/33.

A Titularidade e a Recepção.

Com os títulos universitários e docentes conquistados nesta Faculdade e na Universidade de Paris, além de outros, Fabio Konder Comparato concorre à titularidade de Direito Comercial, aberta pela aposentadoria do Professor Philomeno Joaquim da Costa.

Aprovado por unanimidade, é nomeado a 9 de janeiro do corrente ano, e recebido no doutoral aos 20 de maio, em sessão solene da Congregação realizada no salão nobre, sob a presidência do Senhor Diretor, Professor Doutor Ruy Barbosa Nogueira.

Introduzido no recinto pelos professores Miguel Reale, Washington de Barros Monteiro e Sílvio Marcondes, é saudado em nome da Congregação pelo professor José Ignácio Botelho de Mesquita, que proferiu o seguinte discurso:

Discurso de saudação de José Ignácio Botelho de Mesquita.

Não há verdadeira riqueza, senão a de homens. “Il n’est de richesse que d’hommes”. Este axioma abre o prefácio com que ANDRE TUNC, Professor da Faculdade de Direito de Paris, introduz os leitores de FABIO KONDER COMPARATO à sua obra intitulada *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en Droit Privé*.

Foi esta sua tese de doutoramento na Universidade de Paris. Pode, por isto, dizer-se que, vindo à luz assinalou o local, a data e o modo do nascimento de FABIO COMPARATO para o mundo da Ciência do Direito.

Bem posso imaginar, portanto, o que teria significado para ele, o prêmio LOUIS MILLIOT com que a Universidade de Paris laureou esta obra. Não ainda, por certo, uma consagração; mas indiscutivelmente um notável batismo.

Não seria lícito, contudo, dizer-se que tivesse sido um batismo ou uma vitória, celebrados em terra estranha. A França, sua cultura, seus juristas, suas instituições, tornaram-se desde cedo familiares ao jovem estudioso.

Aliás, a leitura daquela tese revela não apenas familiaridade, conhecimento profundo. Revela mais, muito mais. Demonstra aquele conhecimento próprio de quem ama a força e o vigor de quem apaixonou-se pelo estudo que realizava, parte talvez do amor maior que conheceu na França, e sobre o qual alicerçou a sua vida.

Esta aurora, porém, que se levantava em Paris, às margens do Sena, fora precedida de uma longa e fecunda formação, que mergulhava suas raízes no ambiente cultural que FABIO COMPARATO respirara desde o berço.

Muito cedo revelou ele uma personalidade marcante. Lembro-me, dos tempos de colégio, que FABIO COMPARATO se tornara conhecido até mesmo por aqueles, como eu, que sendo mais velhos, não freqüentávamos as mesmas classes.

Então, como ainda hoje, um certo mistério impedia um pleno conhecimento da personalidade daquele estudante extremamente reservado. Não era possível conhecê-lo mais que pelos resultados de seus trabalhos.

FABIO COMPARATO destacava-se como aluno estudioso e inteligente, mas nos intrigava com a sua capacidade de aliar,

à dedicação aos estudos escolares, a dedicação não menor com que se entregava a outros estudos mais amplos, como fazia, por exemplo, em relação à arte, notadamente à música.

Naquela época, em que a todos, por igual, nos inquietavam as forças desordenadas da adolescência, pouco podíamos compreender daquela personalidade que, à luz e ao calor dos mesmos sóis, embora mais rapidamente do que nós, ia ao encontro de sua maturidade.

Pouco compreendíamos, então, do sentido profundamente humanístico que estava orientando e acelerando a sua formação; em perfeita harmonia, aliás, com as estruturas internas de sua jovem personalidade.

Foi somente depois, bem depois, anos mais tarde, quando FÁBIO COMPARATO iniciou-se nos escritos jurídicos, revelando neles o seu intelecto de cientista, a sua alma de cristão e católico, a sua sensibilidade de artista, foi somente então que pudemos compreender o que se passara naqueles distantes anos de formação, e que o preparara de tal modo para os êxitos que marcariam a sua carreira futura.

Ele havia procurado viver a sua realidade, o seu mundo, de forma global. Não o dividia em compartimentos, não o departamentaliza; através da ciência, via os fatos e, mirando os fatos, entrevia a ordem de que se achavam impregnados.

Não creio que seria avançar conjecturas excessivas, dizer que essa necessidade de uma informação global a respeito do Homem e de sua Cultura é que teria conduzido seus passos a Paris, tal como os dos peregrinos atraídos pelos átrios das catedrais.

É a partir daí, que a obra de FÁBIO COMPARATO passa a desvendar as características que informam a sua personalidade.

Há em suas obras uma preocupação fundamental, básica, que as inspira e domina.

Pode dizer-se, de um modo geral, que FÁBIO COMPARATO não escreve apenas para transmitir conhecimentos. Ele o faz com a preocupação de aperfeiçoar os institutos jurídicos, e de aperfeiçoá-los de um modo muito peculiar, muito seu, diríamos até mesmo muito raro.

Os juristas, em grande parte, costumam padecer do vizo, criticado por FÁBIO COMPARATO, de pensar que

“...o Direito seria o reino da lógica e da esquematização de categorias, cuja pureza repudia qualquer contacto com a realidade fenomenal. As instituições jurídicas conservariam uma lógica interna absolutamente imutável, e todo o esforço da “jurisprudência” consistiria exatamente na captação desta forma ideal pela qual elas se manifestam” (*O Indispensável Direito Econômico*, “in” *Rev. dos Tribs.* v. 353 p. 25).

Pois bem, a obra de FÁBIO COMPARATO revela uma preocupação, um esforço, dirigidos em sentido diametralmente oposto a este. Parafraçando-o, poderíamos dizer que toda a obra deste jurista representa um esforço no sentido de demonstrar que a pureza da realidade fenomenal é que repudia qualquer esquematização de categorias puramente lógicos.

FÁBIO COMPARATO procura ao nível da realidade, sempre o mais junto a ela que for possível, encontrar as soluções para os problemas que o Direito oferece.

Desde a sua já citada tese de doutoramento, vem ele trilhando esse caminho. Aquilo que ele chamou, modestamente, de *Ensaio de Análise Dualista da Obrigação*, não foi outra coisa senão já a demonstração mais cabal, extraída da própria realidade jurídica francesa, de que outra explicação satisfatória para o conceito de obrigação não haveria, senão a que emerge da análise dualista.

Ora, convém notar que a doutrina francesa, então dominante, obstinava-se em desconhecer a validade desse enfoque do conceito de obrigação, sem embargo dos favores de que já gozava em outros países.

A tese de FÁBIO COMPARATO, dentro desse panorama, implicava uma contribuição para o aperfeiçoamento da doutrina a partir dos dados fornecidos pelo próprio sistema jurídico.

Essa mesma preocupação vamos encontrar em outros trabalhos como nos artigos *O Indispensável Direito Econômico e Insider Trading — Sugestões para a moralização do nosso mercado de Capitais* (o primeiro já citado e o segundo “in” *Revista de Direito Mercantil*, 2/14).

Neste último, ele toma nas mãos um tema da mais viva atualidade, precisamente na época em que a especulação nas nossas Bolsas de Valores principiava a atingir as mais diversas camadas da população, prestes a sucumbir sob as conseqüências desastrosas que seguir-se-iam logo após. E ilumina essa realidade à luz da experiência do direito norte-americano para mostrar a possibilidade de uma regulamentação jurídica que, moralizando o mercado de capitais, o trouxesse para o plano das realidades socialmente úteis ao nosso País.

E o vemos também imbuído do mesmo propósito quando sistematiza, em sua tese de concurso a professor titular, o problema do poder de controle nas sociedades anônimas.

FÁBIO COMPARATO não censura, não critica, não opõe apenas argumentos contra argumentos. Ele mergulha sua investigação na experiência concreta e a partir dela constrói o sistema. Mostra a viabilidade da regulamentação jurídica e surpreende os teóricos com uma nova harmonia extraída do fato vivido e experimentado.

Quando enfrenta, por exemplo, o candente problema proposto pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica

ca (a “*disregard of legal entity*”), não o faz só para condenar os desvios a que abuso da personalidade jurídica tem conduzido a aplicação do direito, mas, sim, para mostrar em que termos seria possível e justo definir e disciplinar juridicamente a responsabilidade do grupo econômico e do controlador das empresas transparentes.

(Enfim, FÁBIO COMPARATO parece nesses momentos a síntese mais viva da velha máxima, de que mais vale acender uma vela que amaldiçoar a escuridão.)

Ora, meus senhores, quando vemos, nos dias que correm, acentuar-se violentamente o descompasso entre as categorias ultrapassadas, que viciam o conhecimento dos responsáveis pela aplicação do direito, e realidade a que devem julgar, a obra deste jovem professor, qual um ariete impossível de sofrer contenção, arremete firme e fundo contra as portas do ceticismo, contra portais das doutrinas inertes, contra o esnobismo fátuo das novidades inconsistentes, como a forçar a passagem da luz e do ar puro, mostrando ao sol do dia, em sua nudez magnífica, a carne viva de uma realidade a clamar por direito e por justiça.

É este o professor que hoje recebemos solenemente nesta Casa.

Não apenas por isto, contudo, alegra-se nesta noite a nossa Faculdade.

FÁBIO COMPARATO não é apenas o estudioso tenaz e culto. É também o advogado consciente e destemido, o administrador frio e eficiente. Ele é ainda, e oxalá o seja sempre, um homem que é capaz de um humor penetrante, às vezes corrosivo, mas que põe a mostra, com um sorriso da mais fina ironia, daquela de que já nos vamos desabituando mercê da vulgaridade crescente que nos assola, as realidades simples da vida, que muitos teimam em esconder atrás de formulações complexas e vazias.

Apenas para ilustrar esta faceta de sua personalidade, recordaria o preâmbulo com que FÁBIO COMPARATO iniciou certa vez uma conferência dirigida a um grupo de homens de empresa.

“Para evitar desde logo — disse ele — os equívocos fundamentais, que frequentemente dificultam a compreensão recíproca de juristas e empresários, principalmente quando os primeiros professam em Universidades, seja-me permitido principiar com a sábia advertência de BERNARD SHAW: ‘quem sabe faz, quem não sabe ensina’” (“*id*” *Rev. Dir. Mercantil*, 5/132).

Ora, quem pode ser melhor professor que aquele que considera uma agravante, e não uma atenuante, a sua própria condição de docente?

“Ridendo castigat mores”, é bem verdade; mas FÁBIO COMPARATO, que ainda nisto se revela filho desta Academia, o faz com modéstia, sem humilhar os seus contraditores, buscando antes conquistar a sua simpatia, que evocar o seu rancor.

Num ponto apenas o encontramos irreduzível, inabalável, temível, fechando como uma fortaleza mas contudente como uma bala.

É quando entram em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana.

Lembro-me de uma tarde, já faz alguns anos, em que nos encontramos casualmente aqui perto e caminhamos juntos algumas quadras.

Estávamos ambos indignados pelas notícias que tínhamos do que vinham padecendo os prisioneiros políticos.

FÁBIO chamou minha atenção para o fato de que o germe do nazismo existia dentro de todos nós; que ninguém es-

tava livre de ceder a ele, de contemporizar com ele, de alimentá-lo pela omissão, ou até mesmo de acabar sendo por ele mortalmente contaminado.

Foi então que percebi, que em FÁBIO COMPARATO a luta pela defesa dos direitos da pessoa humana mergulhava suas raízes no mais profundo de sua alma.

Não era a dor pelo padecimento físico, não era a humilhação em face da bestialidade, não era o horror diante da conspiração da dignidade da pessoa humana; era tudo isto e muito mais: era o sentido da luta crucial, do embate interminável, (da tragédia fundamental do ser humano), da batalha do bem contra o mal.

E nisto, meus senhores, toda a profundidade se revelava da figura de FÁBIO COMPARATO, enquanto jurista, enquanto cristão, enquanto homem.

Conhecendo-o, porém, como o conheço, não quero prolongar-lhe o tormento de fazê-lo, por mais tempo, ouvir-me falar de sua pessoa.

Se, para os que me ouvem e o conhecem, falei pouco e fui omisso, sei que para ele já falei demais.

Na verdade, são pobres as palavras, são toscas, são arremedos da realidade, são seu pálido reflexo.

Na sua pessoa, professor, homenagemos hoje os valores que lhe são caros, os bens culturais e espirituais que constituem as metas de sua vida, pois é em torno desses valores que nos reunimos, como se reuniam os antigos à volta do fogo, nas noites frias dos invernos escuros.

Na comunhão desses bens culturais e espirituais, é que nos tornamos irmãos, nos fortificamos, nos acendemos em nossos corações a chama da esperança, dessa esperança vital

de que tanto necessitamos para crer ainda, e de novo e outra vez e sempre, na vitória do Direito e na ressurreição da Justiça.

Saiba, caro professor: somos todos irmãos e somos muitos. Mas, porque somos sedentos de saber e de justiça, somos pobres. Temos, porém, em sua companhia, a certeza de possuir a única riqueza verdadeira, pois outra riqueza não há senão a de homens.

“Il n'est de richesse que d'hommes”.

Discurso de Posse de Fabio Konder Comparato.

Impõe a tradição desta Casa, amante de tradições, que, ao atingir o grau máximo da carreira docente, o professor seja recebido, em sessão solene, com saudação e resposta públicas.

Sempre interpretei este ato tradicional, não como homenagem à personalidade do recipiendário, a qual, no meu caso, sem falsa modéstia, não apresenta nenhuma virtude mais assinalada que a distinga da mediocridade ordinária, mas como uma declaração de princípios, uma promessa solene, em uma palavra, um juramento. Do bacharel em Direito exige-se que preste um juramento por ocasião da colação de grau. Por que se haveria de isentar dessa promessa solene o professor de Direito, quando toma assento, definitivamente, junto a seus pares?

Penso que é esta, aliás, a maneira mais digna de responder à saudação que, excessivamente cordial para ser justa e adequada, acaba de proferir o querido amigo Professor José Ignácio Botelho de Mesquita.

Do novo professor titular de Direito, exige-se que diga, publicamente, a que veio, o que pretende e qual a sua concepção da jurisdocência.

É o que desejo fazer neste momento, com total lhaneza, tomando os presentes como testemunhas.

Tenho por auto-evidente que a função do jurista não se esgota no exímio manejo da técnica normativa, a serviço de quaisquer finalidades; mas que ela só se realiza, de um lado, pela crítica permanente dos valores predominantes da sociedade em que atua e, de outro, pelo trabalho de contínua adaptação da técnica jurídica a esses valores.

Nos primórdios da nossa ciência, a tarefa de pensar o Direito e compor interesses foi algo bem diverso de uma arte normativa desbussolada, axiologicamente cega, como a encontramos no presente. Sob o influxo da filosofia grega, os jurisconsultos romanos conceberam *jus civile* e *jus gentium* como manifestações da *naturalis ratio*, ou seja, de uma ordem imanente ao mundo e à sociedade dos homens, e portanto superior ao arbítrio de governantes, legisladores e magistrados. A racionalidade jurídica, para os *prudentes*, não se desvinculava dos valores sociais, não se reduzia a uma lógica de conceitos. Se a *jurisprudência* era entendida como a ciência do justo e do injusto, ou a arte do bom e do equivo, segundo duas célebres definições que ainda hoje nos surpreendem, é porque o *jus naturale* — seu objeto — enquanto tradução normativa dessa razão imanente ao mundo e aos homens, concebia-se como *id quod semper aequum ac bonum est* (*Dig.*, I, 1, fr. 11).

Ora, esse discernimento constante do que é justo, socialmente bom e equitativo supõe uma ampla compreensão do homem e do mundo, irreduzível às habilidades do leguleio. Os romanos denominaram tal discernimento *prudencia*, como tradução da *frónesis* grega, essa sabedoria no agir que, como explicou *Aristóteles*, não se confunde nem com a ciência natural, cujo objeto são fatos necessários, nem tampouco com a técnica ou arte de fazer, que se subordina a quaisquer fins (*Ética a Nicômaco*, VI, 5).

Sabedoria no agir, por conseguinte, enquanto o agir se opõe, tanto à contemplação, quanto à fabricação. O jurisprudente, tal como o autêntico *zoon politikon*, é, pois, o homem

da *vita activa*, da vida superiormente humana, que não se limita a um mero cogitar, nem se transforma num simples produzir coisas, mas se expande em atos ou deliberações, isto é, num *inter agere*. Ora, a deliberação não tem por objeto fatos necessários, mas ações humanas, onde interfere a liberdade.

A era moderna, porém, veio revolucionar, no sentido próprio, essa concepção do homem e da vida. As atividades outrora julgadas desprezíveis — as de fazer e fabricar — passaram a ocupar o lugar eminente do antigo agir. O advento do *homo faber*, segundo a feliz expressão cunhada por HENRI BERGSON, transmudou a antiga razão natural e objetiva, a antiga capacidade de discernir os verdadeiros fins do homem e do mundo, em mera aptidão técnica de produzir qualquer resultado; degradou a inteligência em engenhosidade.

As conseqüências políticas dessa revolução são de fácil percepção. O Estado atual, sob os mais variados regimes políticos, persegue, como valores supremos, a estabilidade, a segurança e a produtividade, isto é, os fins próprios de uma atividade empresarial. Os cidadãos são excluídos, sistematicamente, da vida pública, seja pela repressão, seja pelos métodos mais sutis e menos primitivos da persuasão e da propaganda, para que se consagrem aos negócios privados. O Estado contemporâneo realizou enfim, com pleno sucesso, o objetivo próprio das antigas tiranias orientais, que o mundo greco-latino sempre denunciou com um misto de horror e desprezo: a transformação definitiva de *ágora* ou do *forum* em mercado.

É que o *homo faber*, tal novo Midas, transforma tudo que toca em instrumentos ou ferramentas; tudo degrada em meios, sem valor intrínseco e independente. E essa instrumentalização universal termina por suprimir o equilíbrio fundamental da vida humana, pela supressão de uma razão de viver. Afinal, como perguntava LESSING aos utilitaristas do seu tempo, para que serve a utilidade?

A antecipação, pioneiramente lançada por HOBBS, da sociedade como produto, por assim dizer, da fabricação humana, a modo de um autômato, passou a influenciar, ponderosamente, os séculos posteriores. Tudo pode ser fabricado, até o próprio homem e a sociedade dos homens.

Não há negar, portanto, que a autêntica *jurisprudencia* encontra graves dificuldades para subsistir na atual civilização. A sua atividade própria de deliberar, na livre interação humana, opõe-se, por demais frontalmente, à instrumentalização da vida, para que o conflito não se manifeste. Ao transpor para o espaço público o seu estilo, o *homo faber* legitimou a violência, enquanto degradação do poder, como método normal de governo. É preciso não esquecer, com efeito, que a violência insere-se em todo ato de fabricação. A produção de utensílios supõe, em qualquer circunstância, uma anterior destruição da natureza. Acostumado a lidar com a matéria inerte, o fabricante desconhece o diálogo e não tolera resistências. Nesse sentido, é o protótipo do ser apolítico.

Ora, essa concepção violenta do poder foi decisivamente acentuada com a simbiose industrial-militar, que representa o mais importante fenômeno político dos tempos modernos, identificável nos mais variados sistemas de governo, em qualquer parte do mundo. O governar tornou-se sinônimo de comandar, para a fabricação ou produção em tempo de guerra. E a própria atividade legislativa, considerada a parte mais nobre da vida pública, reduziu-se, na expressão consagrada, a um vulgar “fazer leis”

O jurista, como todos os demais profissionais da palavra, foi mobilizado para essa campanha bélico-produtiva, como escriba de comandantes, ou fabricante de normas. E é nessa posição humilhante que habitualmente o vemos trabalhar, a tal ponto que a defesa do imobilismo social passou a ser a função, por assim dizer, natural dos homens do Direito. Na primeira metade do século passado, ALEXIS DE TOCQUEVILLE

traçou do “legista”, ou profissional das leis, um retrato conservador. “O que os legistas apreciam sobre todas as coisas”, escreveu, “é a ordem, e a maior garantia da ordem é a autoridade. Não se deve esquecer, aliás, que se eles prezam a liberdade, costumam colocar a legalidade bem acima dela; eles temem menos a tirania do que o arbítrio, e, contanto que o legislador se encarregue, ele próprio, de retirar aos homens sua independência, eles ficam razoavelmente satisfeitos” (*De la Démocratie en Amérique*).

O atual século, porém, conheceu algo pior do que as tradicionais autocracias: o Estado totalitário, inimigo até da própria legalidade. E ainda aí, vimos juristas, engajados a serviço do terror e do arbítrio.

Pois bem, é contra esse servilismo jurídico, pávido e degradante, que prometo atuar, dentro e fora desta Casa do Direito. O próprio do jurisprudente, já disse, é saber deliberar, isto é, julgar e distinguir entre boas e más ações, valorar os atos humanos, compor interesses. Somos todos homens da palavra, e disso devemos nos orgulhar, a despeito de todas as crufas do *homo faber* contra o que se lhe afigura uma parolagem improdutiva. Pois a verdadeira ação pública, no seu sentido amplo, não se realiza pela violência e sim pela palavra. As palavras justas, proferidas no momento oportuno, como as sentenças de um magistrado, são ações do mais alto valor. Somente a violência bestial é muda, como salientou HANNAH ARENDT, e é por isso mesmo que ela jamais se manifesta com grandeza.

Qualquer que seja a sua posição na sociedade — como legislador, magistrado, advogado, consultor ou docente — o jurisperito atua como julgador.

O jurisprudente incapaz de julgar a sociedade em que vive, ou que se recusa a tomar partido, com receio dos poderosos do momento, é um prevaricador, a merecer a pena de atimia, que a democracia ateniense reservava aos cidadãos de-

sinteressados da vida pública. O seu destino, como simbolizou o Poeta, não é nem mesmo o inferno, do qual não foi julgado digno pela sua neutralidade desumana, mas o vestibulo do inferno, onde persegue sem descontinuar, em mal sofrido desespero, o que a sua ignávia se recusou a eleger, durante a vida terrena. “Têm a alma triste dos que viveram sem infâmia nem louvor”, misturados ao coro dos anjos que não se revoltaram nem tampouco se pronunciaram em favor de Deus ou de Lúcifer. *Questi hon hanno speranza di morte, e la lor cieca vita é tanto bassa, che 'invidiosi son d'ogni altra sorte* (*Divina Commedia, Inferno, III*).

O que se espera de um professor de Direito, no Brasil de hoje, não é a repetição enfadonha de dogmas oficiais, nem mesmo a exposição, ainda que profunda ou brilhante, de um pensamento teórico, ou a engenhosidade técnica na solução de problemas. O que se espera, antes de tudo, é uma declaração de princípios e um julgamento do nosso sistema jurídico à luz de tais princípios.

É esse julgamento, meus Senhores, que desejo prolar, aqui e agora, em público e raso, ao ter a honra de ingressar, oficialmente, nesta douta Congregação.

Entendo que a ordenação jurídica brasileira padece, desde as origens, de grave ilegitimidade, porque as suas normas, estabelecidas sem o necessário consenso público, aparecem, no conjunto, desligadas da situação existencial dos jurisdicionados.

Dessa ilegitimidade, a mais sentida e mais freqüentemente denunciada é, sem dúvida, a da nossa organização política. Seria talvez supérfluo relembrá-lo, uma vez mais, se ela não fosse a causa mais profunda de nossos males.

Há cento e cinquenta anos se vem ensaiando a democracia neste país, sem nunca haver existido, na realidade política, governo da maioria e proteção dos direitos da minoria, isto é,

sem autêntica soberania popular e sem efetiva garantia aos direitos fundamentais da pessoa humana. A evolução recente veio tornar ainda mais vincado o divórcio entre Estado e sociedade, entre povo e minoria no poder. Sob a invocação da liberdade e com proclamações anti-totalitárias, instituiu-se o abuso de poder como forma ordinária de governo.

Ora, a missão dos jurisperitos, no caso, não se esgota no protesto que, de resto, tem sido bem tímido, contra a subversão da justiça e a corrupção do poder político, com as conseqüências lamentáveis que todos conhecemos.

O que se espera de homens de pensamento é também uma análise das causas que nos têm conduzido a essa situação.

Elas se resumem, a meu ver, a uma divergência persistente entre o direito positivo e os costumes do povo. ARISTÓTELES já havia assinalado que cada Estado tem seus costumes, do qual dependem sua conservação e mesmo o seu estabelecimento. São os costumes democráticos que fazem a democracia, e não o contrário. MONTESQUIEU retomou a mesma idéia, colocando-a como princípio das leis. E TOCQUEVILLE descobri-a como um ponto central de seu espírito, divisando-a, como escreveu, ao cabo de todos os seus pensamentos.

Ora, manifestamente, os costumes do povo brasileiro nunca foram democráticos. O povo sempre se acomodou de sua posição à margem da vida pública. O espírito crítico jamais deitou raízes entre nós. Não existe uma virtude igualitária, como ideal de vida.

Quando Tomé de Souza desembarcou na Bahia, em 1549, munido do seu famoso Regimento do Governo, e flanqueado de um ouvidor-mor, um provedor-mor, clero e soldados, a organização político-administrativa do Brasil, como país unitário, principiou a existir. Tudo fora minuciosamente preparado e assentado, em oposição ao descentralismo feudal das capitâncias hereditárias. Notava-se apenas, como disse um his-

torizador, uma ligeira ausência: não havia povo. A população indígena, estimada na época em um milhão e meio de almas, não constituía, obviamente, o povo do novel Estado; tampouco o formavam os 1.200 funcionários — civis, religiosos e militares — que acompanharam o Governador Geral. Tivemos Estado antes de ter povo.

Foi este, na verdade, o primeiro ato, de uma longa série de eventos, em que começamos pelo fim, numa incontida impaciência de colher os frutos antes de plantar as árvores.

“Foi-se vendo pouco a pouco”, escreveu o jovem ALCEU AMOROSO LIMA, há meio século, “e até hoje o vemos ainda com surpresa, por vezes — que o Brasil se formara às avessas, começara pelo fim. Tivera Coroa antes de ter Povo. Tivera parlamentarismo antes de ter eleições. Tivera escolas superiores antes de ter alfabetismo. Tivera bancos antes de ter economias. Tivera salões antes de ter educação popular. Tivera artistas antes de ter arte. Tivera conceito exterior antes de ter consciência interna. Fizera empréstimos antes de ter riqueza consolidada. Aspirara a potência mundial antes de ter a paz e a força interior. Começara em quase tudo pelo fim. Fora um obra de inversão, produto (. .) de um longo oficialismo”.

Debalde procura-se o povo, nos principais fastos de nossa História. Ele teima em permanecer ausente, privado de palavra. É assim mesmo que VIEIRA o descreve, no sermão da visitação de Nossa Senhora, pregado por ocasião da chegada à Bahia do Marquês de Montalvão, Vice-Rei do Brasil, em junho de 1640: “*Ut facta est vox salutationis tuae in auribus meis, exultavit in gaudio infans. Comecemos por esta última palavra*”, propôs o grande pregador. “Bem sabem os que sabem a língua latina, que esta palavra, *infans*, infante, quer dizer o que não fala. Neste estado estava o menino Batista, quando a Senhora o visitou, e neste esteve o Brasil muitos anos, que foi, a meu ver, a maior ocasião de

seus males. Como o doente não pode falar, toda a outra conjectura dificulta muito a medicina. (...) O pior acidente que teve o Brasil em sua enfermidade foi o tolher-se-lhe a fala: muitas vezes se quis queixar justamente, muitas vezes quis pedir o remédio de seus males, mas sempre lhe afogou as palavras na garganta, ou o respeito, ou a violência; e se alguma vez chegou algum gemido aos ouvidos de quem o devera remediar, chegaram também as vozes do poder, e venceram os clamores da razão”

Dessa advertência, porém, pouco cuidaram os governantes. Um século após, um outro Vice-Rei, o Marquês de Lavradio, no relatório deixado a seu sucessor, aconselhava-o, tranqüilamente, a “não fazer algum caso das murmurações do povo”.

A nossa independência que, paradoxalmente, não foi o resultado de uma revolta do povo brasileiro contra o rei de Portugal, mas, ao contrário, do povo português contra o rei no Brasil, não suscitou — é escusado dizê-lo — o menor entusiasmo popular. Um observador judicioso, como SAINTE-HILAIRE, pôde testemunhar: “A massa do povo ficou indiferente a tudo, parecendo perguntar como o burro da fábula: — Não terei a vida toda de carregar a albarda?”

A mesma cena, com personagens diferentes, é repetida 67 anos depois, no 15 de novembro. “O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava”, lê-se na carta, tantas vezes citada, de ARISTIDES LOBO a um amigo. “Muitos acreditavam sinceramente estar vendo uma parada. Era um fenômeno digno de ver-se”. E acrescentava logo, como para justificar de alguma sorte o seu republicanismo decepcionado: “O entusiasmo veio depois, veio mesmo lentamente, quebrando o enleio dos espíritos”.

Tudo isso não impediu, como sabido, que a proclamação dos membros do Governo Provisório principiasse pela invocação do povo; o que levou o representante diplomático

norte-americano no Rio de Janeiro, embora francamente favorável ao novo regime, a deplorar, em despacho endereçado ao Secretário de Estado, em Washington, em 17 de dezembro de 1889, o pouco caso que assim se fazia da vontade popular.

Seria ousado pretender que o nosso século trouxe alguma alteração de monta nesse quadro tradicional. A única mudança, talvez, tenha sido o temor de que o povo venha, algum dia, a tomar uma iniciativa. O próprio movimento de 1930, por muitos reconhecido como data marcante de nossa evolução político-social, foi desencadeado sob o slogan do Presidente de Minas, ANTONIO CARLOS: “Façamos a revolução antes que o povo a faça”.

A tradição do patronato político é, sem dúvida, uma das mais enraizadas em nossa História. Contra ela, de pouco vale proclamar enfaticamente, em todas as Constituições que se sucederam a partir de 1934, que “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”.

Se isto sucede com a vontade popular, algo de semelhante encontramos do lado da igualdade, outro fundamento do regime democrático.

MONTESQUIEU muito insistiu no fato de que não há democracia que possa medrar, sem um generalizado amor da igualdade e da frugalidade, como base natural para a virtude política.

Essas qualidades parecem estranhas ao nosso modo de viver. CLOVIS BEVILÁQUA afirmou, algures, que o nosso sistema jurídico se diferenciaria, fundamente, dos sistemas europeus, pelo fato de a aristocracia não haver deitado raízes em nosso solo. Faltou, porém, ao notável juriconsulto a percepção de que o princípio aristocrático pode, perfeitamente, realizar-se sem armas e baronias. No seio dos povos ibéricos, ele decorre de um individualismo exacerbado, pelo qual, ainda

que inconscientemente, recusamos em qualquer outro concidadao a igualdade de condições com cada um de nós.

Herdeiros da tradição ibérica, somos um povo que ama os privilégios, o tratamento pessoal e diferenciado, de que a instituição nacional do “jeitinho” constitui a demonstração mais convincente.

Nesse contexto, a extrema desigualdade econômica — oposta àquela geral frugalidade de que falava MONTESQUIEU — não se nos apresenta como escandalosa ou lamentável. Parece-nos mesmo uma questão secundária.

Por outro lado, o espírito associativo jamais existiu entre nós. O nosso sentimento de solidariedade se manifesta espontâneo e até caloroso nas relações de afeto, entre parentes e amigos; jamais no campo dos empreendimentos impessoais e racionais. Daí o fato de que o princípio constitucional de isonomia sempre se nos afigurou um refinado embuste, por trás do qual deveria esconder-se algum protecionismo. Todos são iguais perante a lei, continuam a proclamar as nossas cartas políticas. Mas há sempre alguém mais igual do que os outros; disso estamos todos convencidos.

Dessa carência atávica de associação racional e sólida, em todos os níveis sociais — do sindicato ao partido político — decorre o fato de que o único princípio unificador da nossa Sociedade é o Estado; e que a vida política, à falta de um ponto de equilíbrio mediano, oscila constantemente entre os extremos da anarquia e da autocracia. “As ditaduras e o Santo Ofício”, como escreveu SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, “parecem constituir formas tão típicas do caráter ibérico, como a inclinação à anarquia e à desordem”.

Apesar de tudo, porém, fomos engendrados pelo Ocidente europeu, por uma civilização que conheceu a democracia e o respeito à pessoa humana, como superior e anterior — axiologicamente falando — à raça, à classe, à nação.

Como explicar, então, essa degenerescência em relação às nossas matrizes?

A razão está, como vários assinalaram, na total ausência de espírito crítico, cujo aparecimento, no Ocidente, inaugura a cultura moderna. Aquela “crise da consciência européia”, como a denominou PAUL. HAZARD, irrompida desde 1680, e que deu origem ao iluminismo e aos direitos do homem, passou ao largo da península ibérica.

A expressão do antigo professor do Collège de France é feliz, pois sintetiza o fenômeno histórico em seu duplo significado. Com efeito, “crítica” provém de “crise”, vocábulo correlato a “crivo”, com a acepção original grega de ação ou faculdade de distinguir, de eleger, de decidir. A crítica é, por conseguinte, a arte de julgar. *Krités* é o árbitro.

Reencontramos, aqui, mais uma vez, aquela aptidão decisória que, na sua ampla compreensão racional e valorativa, é a qualidade própria e eminente do jurista.

Ora, no momento em que o homem europeu teve a ousadia de passar pelo crivo da razão individual a tradição, o dogma e a ordem estabelecida, produziu-se uma autêntica ruptura na evolução histórica do Ocidente, uma verdadeira crise no sentido moderno do vocábulo.

É nesse momento, precisamente, que a península ibérica se desvia da rota ocidental e dá início a um inevitável processo de decadência, em todos os setores. O fenômeno é impressionante, pelo contraste violento que representa em relação à centúria imediatamente anterior, o grande século dos descobrimentos. Então, um pequeno povo de meio milhão de habitantes deixava estupefata a humanidade, ao dar sozinho “novos mundos ao mundo”, ao livrar, com isto, o Ocidente europeu, como reconhece um dos expoentes da moderna historiografia, daquela *Wüstungen* que representou o mais prolongado colapso econômico de sua história (IMMANUEL WALLERSTEIN,

The Modern World-System, Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century) Um punhado de marinheiros ousou, então, desafiar a tradição dogmática, provando, com um “saber só de experiências feito”, a verdade simples de que a terra é redonda. “. . . Nestas coisas”, escreveu DUARTE PACHECO PEREIRA, no *Esmeraldo de Situ Orbis*, “a nossa nação dos Portugueses precedeu todos os antigos e modernos em tanta quantidade, que sem repreensão podemos dizer que eles, a nosso respeito, não souberam nada” Ora, quando os demais povos do Ocidente Europeu atingiam, somente um século e meio após, essa atitude epistemológica, é justamente então que a nação portuguesa dá o salto mortal de que falou Antero, passando, sem transições, da Renascença ao Reino da Estupidez. “A uma geração de filósofos, de sábios, de artistas criadores, sucede a tribo vulgar dos eruditos sem crítica, dos acadêmicos, dos imitadores”.

Portugal — e, por via de consequência, o Brasil — tal como a Rússia, aliás, não conheceram, ou deixaram fenecer, o racionalismo crítico; não foram afetados pela crise da consciência europeia dos séculos XVII e XVIII. É daí que decorre, entre outros efeitos, a falta de tolerância e de aceitação do relativismo político, sem as quais não há pluralismo democrático.

Uma das causas determinantes desse resultado, no que concerne aos povos ibéricos, malgrado as reticências dos atuais historiadores, parece-me ter sido a peculiar função política assumida, no Estado espanhol e no português, pela instituição do Santo Ofício.

Com efeito, a Inquisição ibérica não foi uma instituição puramente religiosa, mas eminentemente política. Pior: ela não se inseriu no Estado como órgão governamental, nem tampouco na Igreja como órgão pontifício, mas subsistiu como um poder autônomo, que nomeava seus próprios funcionários, sustentava seus próprios clientes e vivia de receitas privadas.

Creio que não foi, ainda, suficientemente ressaltado o fato de que a Inquisição ibérica representou uma antecipação do Estado totalitário e ideocrático do século XX, enquanto distinto das simples ditaduras ou das tradicionais autocracias. No funcionamento do Santo Ofício, encontramos como peça central o princípio do “inimigo objetivo”, que não se define por ações nem mesmo por tentativas, mas pelo fato de ser um “portador de tendências”, assim como outros são “portadores de moléstias” (HANNAH ARENDT)

Daí a substituição do conceito de crime certo, ou mesmo provável, pelo de crime possível. O inimigo objetivo é aquele que seria capaz de cometer os atos de que é acusado. Isto basta.

Daí, finalmente, o entendimento da confissão — qualquer coisa como dever público e o estabelecimento da noção de culpabilidade por associação, envolvendo o círculo de amigos e familiares do acusado.

Daí, finalmente o entendimento da confissão — qualquer que tenha sido a maneira de extraí-la — como elemento central e indispensável de todo processo; uma espécie de confirmação *a posteriori* do crime possível. No processo inquisitorial, todos os réus se definem em função da confissão. Há os “negativos”, que se recusam a reconhecer suas faltas; os “diminutos”, que se limitam a reconhecer parte delas; os “fictos ou simulados”, que se apressam em confessar falsamente, para escapar à tortura; os “revogantes”, que se retratam, posteriormente, do que declararam sob os tormentos; afinal, os veros e próprios confitentes. Todos eles, confundidos na mesma condenação e no mesmo desprezo.

Seria inverossímil que uma instituição que marcou tão fundamente, durante mais de três séculos, a vida quotidiana dos povos ibéricos e suas colônias, não continue a influenciar, ainda hoje, os nossos hábitos políticos.

Eis aí, minhas Senhoras e meus Senhores, por que os costumes mais arraigados, ou a maneira de ser do nosso povo, não me parecem ter favorecido o estabelecimento de um autêntico regime democrático entre nós. O Brasil converte-se agora, com a fé do neófito, ao instrumentalismo e à sociedade de consumo, privado dessa formação crítica, que lhe permitiria resistir aos delírios do *homo faber*.

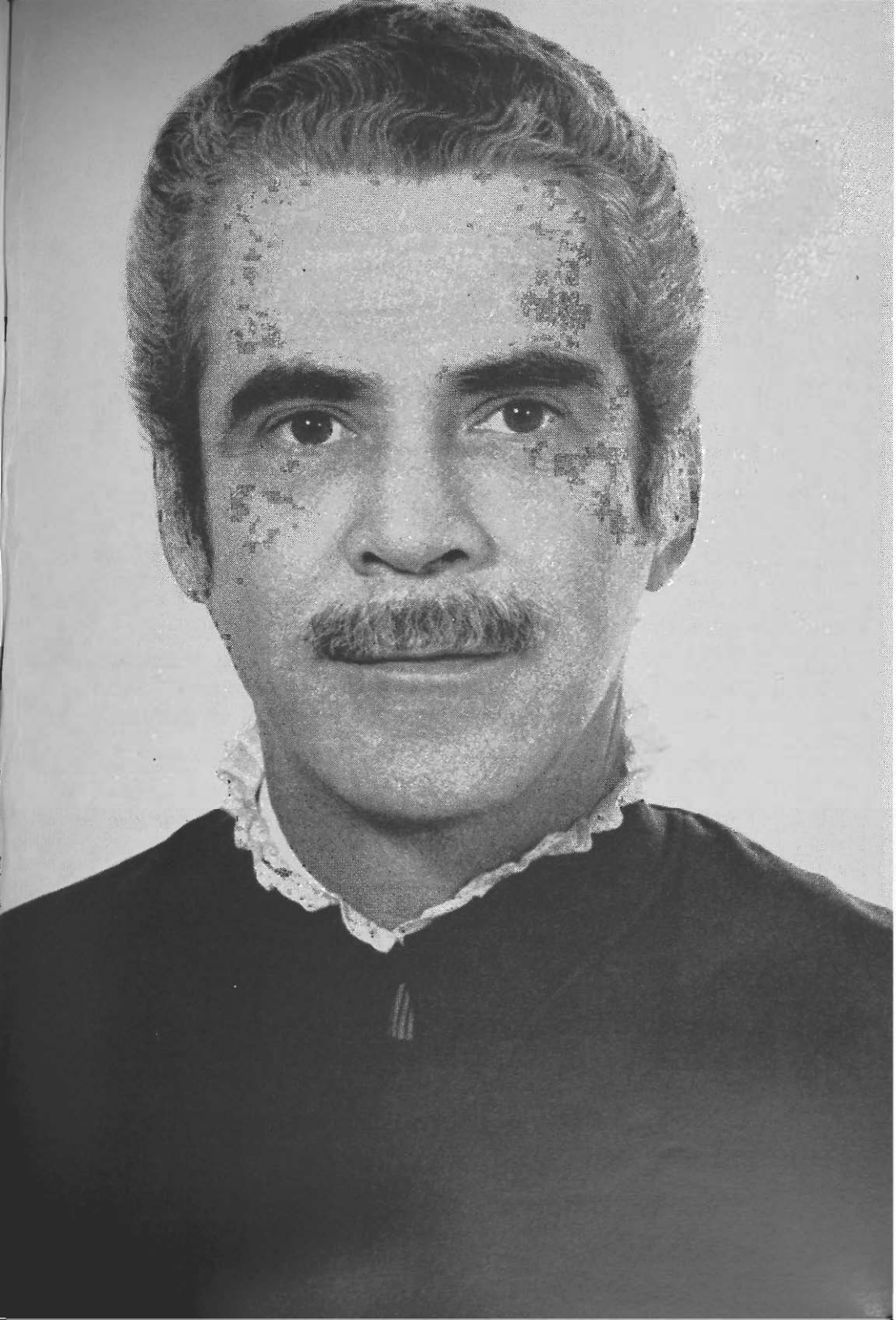
Seria tolo engano, no entanto, tomar essa minha apreciação como produto de um pessimismo estéril. Um Professor pessimista é, a meu ver, uma contradição *in adjecto*, pois nega a possibilidade de transformação do mundo. O ato de educar supõe a liberdade do educando, a sua capacidade de criação renovadora, o *fiat* recorrente a cada nascimento de um ser humano. No caso brasileiro, particularmente, a docência é um ato constante de fé na juventude, cuja febre, como disse excelentemente BERNANOS, é o único fator que mantém o mundo em sua temperatura normal.

Por isso mesmo, admitir que os costumes condicionem o Direito não é, absolutamente, aderir à “teoria do medalhão” de MACHADO DE ASSIS, com o acacianismo do “antes das leis, reformemos os costumes” Não há aqui cabida para interpretações mecanicistas, do gênero unilateral de causa a efeito, ou de estrutura e super-estrutura; mas, antes, uma dialética de implicações recíprocas. As leis também agem sobre os costumes, assim como estes condicionam a aplicação daquelas. A idéia da legislação como pedagoga, encarregada de formar e educar os homens, tal como SÓCRATES nô-la apresenta, no “Criton” de PLATÃO, é uma das mais fecundas tradições da civilização ocidental. Por isso mesmo, a edição de leis deformantes, como a de supressão permanente de garantias individuais, por exemplo, representa uma corrupção de costumes.

É neste sentido que se revela a excelência ímpar da missão de Professor de Direito, atuando criticamente, a um tempo, sobre as fontes da legislação e sobre o espírito jurídico

das novas gerações; missão augusta de educador — e não de mero instrutor — que confia no Homem e respeita a sua intangibilidade essencial, a exemplo do próprio Deus, segundo nos assevera o poeta:

“Conheço bem o homem, diz Deus.
Fui eu quem o fez. É um ser curioso.
Porque nele atua a liberdade, que é o mistério dos
mistérios”.



Professor Doutor João Bernardino Garcia Gonzaga,
Titular de Direito Penal.

O Novo Titular de Direito Penal, João Bernardino Garcia Gonzaga.

A Redação

O dr. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA, novo titular de Direito Penal, nasceu em Pirajuí, Estado de São Paulo, aos 19 de abril de 1927. Filho do Desembargador João Marcelino Gonzaga e de d. Zalina Garcia Gonzaga.

Fez os estudos secundários no Colégio São Luiz e bacharelou-se pela Faculdade de Direito da U.S.P. em 1950. Em 1951 seguiu curso de doutoramento em Direito Penal na Faculdade de Direito de Paris.

Dedicou-se sempre à advocacia, em São Paulo. Foi chefe do Departamento Legal do “The National City Bank of New York” e membro do Conselho Consultivo do Instituto Jurídico da Associação Comercial de S. Paulo.

Iniciou sua carreira docente na Faculdade de Direito da U.S.P. em 1954, como auxiliar de ensino. Em 1957, foi aprovado em concurso para livre docente de Direito Penal. Em 1973, através de concurso de títulos, tornou-se Professor adjunto da mesma disciplina. É, atualmente, o chefe do Departamento de Direito Penal.

Em 1955, foi também designado assistente da cadeira de Direito Penal na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, passando a Pro-

fessor contratado em 1958. Aprovado em concurso, foi provido na cátedra de Direito Penal em 1964. De 1968 a 1972, exerceu a Diretoria dessa Faculdade.

Participou de inúmeros congressos, no Brasil e no exterior, e tem figurado como examinador em vários concursos jurídicos. Em 1971, foi designado pelo sr. Ministro da Justiça para proceder à revisão do Código Penal de 1969. Por decreto de abril de 1975, o Governador de São Paulo o nomeou para compor Grupo de Trabalho constituído a fim de oferecer “sugestões relativas à reforma do sistema de penas e outras que possibilitem o encaminhamento da solução para o premente problema carcerário do Estado” É acadêmico suplente da Academia Paulista de Direito e Presidente do Instituto de Ciências Penais, seção de S. Paulo.

Casado com d. Jeanine Louise Gonzaga, tem os filhos Paula, Marta Maria, João Marcelino e Luiz Henrique.

Além de vários cursos e conferências, publicou os seguintes trabalhos:

1. *O Crime de Omissão de Socorro*, S. Paulo, 1957.
2. *Elementos de Gramática Francesa para o Concurso de Habilitação aos Cursos Superiores*, S. Paulo, 1961.
3. *Simulação da Qualidade de Funcionário Público*, *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 1960, v. 297.
4. *Crimes Comissivos por Omissão*, em *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Rio, 1962.
5. *Entorpecentes, Aspectos Criminológicos e Jurídico-Penais*, S. Paulo, 1963.
6. *Do Crime de Abandono da Família*, *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 1966, v. 374.
7. *O Crime de Sonegação Fiscal*, *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 1967, v. 380.
8. *Tentativa*, *Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia*, Rio, 1965, v. 9.
9. *Direito Penal Internacional*, *Revista da Univ. Católica de S. Paulo*, v. XXXVIII, 1970, f. 73 e 74.

10. *O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimto do Brasil*, S. Paulo, 1971.
11. *Concurso de Crimes. O Criminoso por Tendência e o Habitual*, publ. nos *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*, da Associação dos Advogados de S. Paulo, 1972.
12. *Considerações sobre o Pensamento da Escola Positiva, em Ciência Penal*, S. Paulo, 1974, f. 3.
13. *O Direito Penal dos Povos Primitivos*, na *Revista da Faculdade de Direito*, S. Paulo, 1973, v. LXVIII.
14. *Violação de Segredo Profissional*, S. Paulo, 1975.

A Congregação dos Professores recebe o Novo Titular.

Com a tese *Violação de Segredo Profissional*, João Bernardino Garcia Gonzaga submeteu-se a concurso para a titularidade da Cadeira de Direito Penal, vaga pela aposentadoria do Professor Basileu Garcia.

Aprovado por unanimidade, é nomeado a 12 de agosto e recebido pela Congregação dos professores, em sessão solene realizada no salão nobre a 14 de setembro deste ano.

Aberta a solenidade pelo presidente da mesa, o senhor Diretor da Faculdade Professor Ruy Barbosa Nogueira, João Bernardino Garcia Gonzaga é introduzido no doutoral pelos professores Canuto Mendes de Almeida, Goffredo Telles Júnior e Washington de Barros Monteiro.

Toma a palavra, então, o professor José Cretella Júnior, que em curta oração faz o panegírico do novo titular.

Oração de José Cretella Júnior.

João Bernardino Garcia Gonzaga.

Há muitos anos assisti a uma sessão solene na Academia Brasileira de Letras. Tratava-se da cerimônia de posse de novo acadêmico.

O acadêmico mais antigo, encarregado de receber o irmão imortal, o saudava gongoricamente e dizia: “Quando se atinge a idade em que o verdor das ilusões começa a fenecer ao sopro esterilizante das paixões ingratas. a vida” — e foi por aí afora durante duas longas e intermináveis horas.

A resposta do homenageado em nada desmereceu, quantitativamente, à saudação proferida. Superou-a mesmo. Duas horas e meia.

O auditório saiu cansado e eu prometi, desse dia em diante, nunca trazer laudas e laudas de papel, amedrontando o auditório e esparramando sobre os ouvintes a epidemia contagiante do bocejo.

Por isso, não me surpreendi quando mais tarde, num diálogo, ouvi dum futuro homenageado. “Prefiro ser decapitado. O suplício é mais rápido do que o de ouvir uma fileira de discursos longos”

Podem, pois, os senhores, e pode esta douta Congregação ficar tranqüila, porque embora a pessoa do homenageado merecesse alongado discurso, penso que me fuge o direito de enfasiar o atento auditório, dizendo mais do que deveria.

Já que recordar é viver, relembremos em rápidos traços o que tem sido a vida de nosso novo titular.

1946. Prestávamos os vestibulares para esta Casa. Entrávamos, pelo portal da frente, contemplando os vultos de Castro Alves, Fagundes Varela e Álvares de Azevedo. Eu já era professor de Latim, no Colégio Estadual, e, mesmo assim, estava apreensivo com a prova que tínhamos de fazer.

Lembro-me daquele dia, terror dos estudantes, que teriam de decifrar trechos difíceis de uma língua, que não mais se falava.

O trecho sorteado foi um passo difficilimo de Ovídio, extraído das *Metamorfoses*, referente ao Dilúvio, no momento

em que se encontram Deucalião e Pirra. “Dixerat et flebant” — *dissera e choravam*. Fora escolhido — depois soubemos — pelo Professor Miguel Reale, que, com estes versos insuperáveis, queria testar se os candidatos decoravam ou se sabiam traduzir a língua latina, já que os verbos, em tempos e pessoas diferentes, pretérito perfeito do singular e pretérito imperfeito no singular, só poderiam ser identificados por quem conhecesse a gramática latina. Não pelo improvisador de última hora, pelo decorador.

Era uma terça-feira, de manhã, bem me lembro.

Ao sair, vi, naquele instante, agora remoto, um rapaz magrinho, tímido, sobraçando o clássico e pesado *Dicionário Santos Saraiva*, muito divulgado, na época.

Perguntou-me, quase a sussurrar: “O Senhor, que é professor de Latim, poderia verificar se acertei mais ou menos a tradução”? Em poucas palavras reconstituiu o trecho e manifestei-lhe a convicção de que apreendera bem o pensamento do sulmonense. Tranquilei-o.

Foi este o meu primeiro e inesquecível encontro com João Bernardino Garcia Gonzaga — o nosso homenageado desta noite.

Passaram-se, como se passam depressa, os cinco anos de Faculdade.

As aulas, os exames, os professores, a tradição da casa, tudo envolvendo a todos e a cada um.

E a amizade de toda turma com João Bernardino se foi consolidando e estreitando, crescendo ainda que ele era “o sobrinho do Basileu”, mestre que empolgaria toda a turma, a partir do segundo ano, professor notável que marcou para sempre a nossa geração.

Esta convivência com Bernardino prolongou-se pelos cinco anos do curso.

Formâmo-nos. Cada um de nós tomou seu rumo, seguindo destinos diferentes, mas sempre cruzados, já que a Academia, referencial afetivo obrigatório, se interpunha na lembrança carinhosa de todos nós.

Nos encontros freqüentes de colegas, a figura simpática, agora menos tímida do João, estava sempre presente. E aquelas reuniões periódicas dos colegas de Direito me surpreendiam e maravilhavam. Era uma família que tinha uma fonte comum.

Bem antes, em 1946, quando ingressei nesta Casa, eu já era formado pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, onde tivera a honra de ser colega de Sílvio Rodrigues, hoje meu querido e sábio colega de Congregação.

Pois bem, por mais incrível que pareça, nunca houvera, como até agora nunca houve, uma reunião daqueles colegas da outra Escola, em 35 anos de formados, pois àqueles formados falta o espírito perene das Arcadas, que sobrepaira em cada momento de nossas vidas e marca a conduta de cada um.

Já disse, numa outra ocasião, que o espírito que liga os egressos da Academia me lembra aquela lenda da mitologia helênica, em que o poderoso gigante Géia, quando sentia que as forças lhe faleciam, apoiava-se à *terra-mãter* com as mãos, e a força telúrica lhe fornecia novo alento, como se o planeta fosse formidável bateria que recarregasse o motor desfalecido daquele corpo legendário, mas que se exauria nos embates que travara.

Também nós, nesta São Paulo trepidante, cidade desumana e desagregadora, quando nos sentimos deprimidos e exaustos, passamos pela Academia, olhamos para o velho prédio, entramos, damos uma volta pelo pátio histórico, ouvimos o borbulhar dos estudantes e sentimos vida nova, forças novas para, como o gigante da lenda, batalhar outras batalhas e pugnar outras pugnâncias.

1953. João Bernardino encontra a companheira de sua vida — Dona Jeanine —, aqui presente, amiga de todas as horas, a dar-lhe aquela retaguarda importante do lar bem constituído, alicerce seguro de que o homem tanto necessita para triunfar na vida.

1957. Pela primeira vez, João Bernardino bate às portas desta Casa, apresentando a monografia *O crime de omissão de socorro*. Eu estive presente nessa ocasião memorável e assisti ao embate.

Fazia parte da Banca o professor Canuto Mendes de Almeida, homem bom e justo, que, por exceção, resolveu argüir o candidato, propondo-lhe a seguinte pergunta, até hoje insolúvel: “Qual a diferença entre *crime* e *contravenção*?”

Ia o candidato tentar a resposta, quando o argüente, interrompendo-o, disserta longa e eruditamente sobre o tema, embevecendo a platéia, como ainda nos embevece, agora, quando, nos intervalos, monopoliza a conversa na sala dos professores, prendendo-nos durante os quinze minutos entre uma aula e outra.

Havia, porém, outro argüente, na Comissão, o professor Soares de Mello, que enregelou os amigos de João Bernardino, ao principiar: “Há alguns anos, quando prestei concurso para a Cátedra, entre os examinadores estava o pai de Vossa Senhoria que, por sinal, foi o mais severo de meus julgadores, o mais implacável dos argüentes. Como o Destino dá muitas voltas, aqui estou agora, na mesma sala, mas agora sou eu o examinador. Portanto. . .”

Para espanto de todos, entretanto, o professor Soares de Mello não se desforrou no candidato, aprovando-o, até, com elevada nota. João é aprovado, mas não descansa sobre os louros. “Hei de ser titular da Escola” — confessou-me várias vezes.

Tempos depois, escrevendo magnífica tese sobre *Entorpecentes*, João Bernardino se torna titular de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica, na qual, pouco depois, vê seu nome escolhido como Diretor.

Por essa época, faz interessante, mas desinteressada e pura pesquisa sobre o direito penal, entre os povos primitivos, e nos presenteia com a monografia *O direito penal indígena*.

Advogando intensamente, especializa-se no campo do direito administrativo, onde consegue novas, sucessivas e merecidas vitórias, tornando-se conhecido como advogado militante, em questões de direito público. Eu mesmo, que cultivo o direito administrativo, tornei-me seu cliente, quando julguei ter direitos subjetivos públicos, oponíveis ao Estado.

João Bernardino Garcia Gonzaga é convocado para outras missões, nem todas agradáveis, como quando foi designado pela Diretoria da Escola, em 1968, para presidir à Comissão de Inquérito, que iria ouvir os estudantes que tinham ocupado o prédio da Faculdade, ao meu lado e ao lado de outro nosso colega de Congregação — o professor Geraldo Camargo Vidigal. Por essa ocasião, revelou-se ponderado, equilibrado, empenhado em apurar a verdade, sem se intimidar com as ameaças de que era alvo a Comissão e sem se melindrar com a atitude irreverente de alguns dos inquiridos. Era juiz. Perguntava. Ouvia. Julgava.

Mais uma vez inclinei-me diante da sabedoria de João Bernardino.

Parece-me, quando o analiso, que para a personalidade invulgar de Bernardino convergem três traços que partem de três pontos diferentes da Europa: a reserva distante do britânico, a graça inconfundível gaulesa, a ironia fina dos povos itálicos. E todas essas qualidades num homem só!

Só quem o conhece é que pode ver a dimensão incommensurável de Bernardino, escondida sob polida reserva, muro penetrável apenas a alguns eleitos que com ele privam.

1976. Trinta anos são decorridos e Bernardino bate pela segunda vez — e também vitoriosamente — às portas desta Academia, inscrevendo-se com notável e alentada monografia — *Violação do Segredo Profissional* —, obra segura, de consulta obrigatória, por todos quantos, daqui por diante, versem aquele complicado tema.

Educador de primeira, que não se preocupa, tão-só, em transmitir as noções da matéria lecionada, João Bernardino realiza a tarefa sublime do mestre que plasma a alma do educando, lembrando-nos a figura descrita pelo Padre Antonio Vieira, naquela página antológica, em que o seiscentista deslumbrava as platéias da época, no *Sermão do Espírito Santo*: “Vede o que faz em uma pedra a arte. Arranca o estatuário uma pedra dessas montanhas, tosca, bruta, dura, informe; e depois que desbastou o mais grosso toma o maço e o cinzel na mão e começa a formar um homem, primeiro, membro a membro, depois, feição por feição, até a mais miúda: ondeia-lhe os cabelos, alisa-lhe a testa, rasga-lhe os olhos, afila-lhe o nariz, abre-lhe a boca, avulta-lhe as faces, torneia-lhe o pescoço, estende-lhe os braços, espalma-lhe as mãos, divide-lhe os dedos, lança-lhe as vestes: aqui desprega, ali arruga, acolá recama, e fica um homem perfeito, e talvez um santo, que se pode por no altar” (Cf. edição de 1683, v. III, p. 419-420)

Assim procede João Bernardino com seus alunos: modela caracteres, forma o educando, prepara-o para a vida, não apenas para a escola. Não se limita à informação, transmitindo conteúdos de direito criminal. Forma o acadêmico. É, antes de tudo, um educador modelar.

Cumprindo o prometido, não me alongarei mais, embora muito mais houvesse para dizer a respeito de nosso homenageado.

Agradeço a honrosa missão que me foi confiada. Ao fazê-lo, tenho a certeza certa, a convicção mais absoluta de que a conquista da Cátedra não foi para o novo professor um ponto de chegada, mas um ponto de partida, marco inicial de nova trajetória contínua, nesta carreira pontilhada de triunfos, em que este novo astro brilhará com um fulgor cada vez mais brilhante no mundo luminoso do direito e da justiça.

João Bernardino Garcia Gonzaga

Agradece a Saudação dos Professores.

Tendo-me tornado Professor Titular da nossa Academia, nada mais espero nem almejo, nesta vida, em matéria de glórias e honrarias.

Comecei cedo, menino ainda, como aprendiz no escritório do Mestre Basileu Garcia, de quem logo depois, durante três anos, fui também aluno e, mais adiante, assistente em sua cátedra.

Eu trazia já, da casa paterna, sólida estrutura. Mas foi com Basileu Garcia que assegurei minha formação. Por suas mãos, a um só tempo, me converti em advogado e professor.

Agora o sucedo no cargo, e isso, se é verdade que me ufana, deixa-me fundamente apreensivo. Como discípulo seu que sou, tendo-o acompanhado em todos os setores da vida, pública e particular, que não se perca o meu fiel testemunho. Trata-se não apenas de um advogado, entre outros. É o advogado modelo. Durante anos e anos eu o vi exercer seu ministério. Dotado de excepcional vocação profissional, com um estilo encantador e habilíssimo condutor de processos, as notas marcantes da sua personalidade são a lucidez, o denodo, a obsessiva honestidade. Jamais poderiam suspeitar, aqueles que lhe confiam suas causas, o quanto por eles se preocupa e trabalha.

Como Professor, a mensagem que transmite a nós, seus alunos, é a de um realismo singelo. Aborrecem-no as expressões pomposas, as frases pedantes, as atitudes rebuscadas, as idéias obscuras que se lançam com suposta profundidade. As teorias, ele as absorve, filtra-lhes o que há nelas de eventualmente bom e útil, para assim torná-las simples. Nunca se deixa enganar. O Direito, nas suas mãos, se torna autêntico, participa da vida efetiva, entrosa-se com o dia a dia.

Sua aposentadoria foi uma grande perda para nossa Escola. Eu o sucedo, mas não o substituo. Dificilmente alguém poderia fazê-lo.

Assumo aqui o meu posto num momento difícil, porque estamos em pleno tempo de reformas. Desta Casa se espera que, prosseguindo na sua vocação histórica, trace as diretrizes orientadoras.

Cada vez mais ouço falar em crise do Direito. Não me agrada a palavra, acho-a, no fundo, enganadora. Contém, para nós juristas, um sabor de derrota. Ainda há pouco, relendo excelente coletânea de estudos feitos em torno da obra de Ripert, impressionaram-me desde logo os títulos que se enfileiraram no índice: *A Ambigüidade do Direito Contemporâneo*; *Crise do Direito e Crise Mundial*; *A Crise do Direito na Sociedade Contemporânea*; *A Crise do Estado Moderno*; *A Crise da Personalidade do Estado*; *A Crise da Justiça*. E para concluir melancolicamente, este trabalho de Carnelutti: *A Morte do Direito*.

Enfim, derrocada completa, parece que nada se salva . . .

Talvez a propalada crise do Direito se reduza, afinal de contas, a um drama pessoal nosso, que nos sentimos compelidos a rever conceitos, a fim de nos adequarmos ao presente e nos projetarmos no futuro.

No perpétuo avançar das instituições, o fluxo possui ritmos diversos, sucedem-se mudanças lentas e rápidas. Antes,

em épocas de prolongada paz social, os juristas puderam repousar à sombra das suas arquiteturas conceituais, compostas de normas genéricas e abstratas, imaginadas como contendo virtualmente a solução de todos os casos que se iriam apresentar no ambiente social. A eles bastavam os instrumentos da sua lógica para deslindar diretamente cada problema.

Mas agora sentimos que, à nossa volta, tudo se convulsiona, e isso nos angustia, quando em vez deve incitar à luta. Urge que nos ativemos, justamente porque essencial função do Direito é garantir o ordenado desenvolvimento da vida social.

O mundo, até há pouco, esteve sempre dividido em duas faixas marcantes. Pequena camada superior, das pessoas educadas, ou cultas, que detinham o poder. Aí, apenas, se estabeleciam os diálogos, traçavam-se regras, a seguir transmitidas para baixo, ou seja, para a grande massa, que a elas se adequava.

De repente, o panorama entrou a mudar, com desnorteante rapidez, mercê principalmente do alastramento dos meios de comunicação. No momento em que as idéias e as notícias passaram a difundir-se por áreas cada vez mais amplas da população, como contra-partida expandiu-se o número dos que também se querem fazer ouvir.

Talvez um dos mais característicos fenômenos da fase histórica atual seja este: o fraco percebeu que pode enfrentar, igualar-se e até mesmo suplantar o forte. Acontece com indivíduos, grupos, povos e nações. O recente conflito do Vietnã o provou com eloquência. Constituiu uma lição, cujas conseqüências todas ainda não conseguimos captar.

O ignorante, hoje, contesta o sábio. O pobre descobre que deve ter os mesmos benefícios do rico. Às vezes com justiça, outras não, todos se precipitam para um nivelamento geral.

No momento pois em que os homens das multidões começaram a levantar-se; em que sobreveio avassalador aumento das pessoas que falam, que manifestam seus pensamentos, que discutem as regras, que exigem participação na vida, — inúmeros antigos hábitos e valores, tão bem assentados, se estilhaçaram.

A coletividade se agita, muitos querem ser atendidos. As ciências, a tecnologia, a propaganda, passaram então a trabalhar freneticamente. Tornaram-se obsessivas as preocupações com matérias como urbanismo, saúde pública, engenharia dos transportes, distribuição de bens de consumo. Em meio a tão confuso movimento, que precisa ser coordenado, despontaram as figuras do tecnocrata, do sociólogo, do economista, para assumirem a liderança.

Os bacharéis, no Brasil, já desempenharam uma grande missão eclética, cobrindo vários campos que se achavam outrora desguarnecidos. Fomos filósofos, sociólogos e literatos; políticos, economistas, administradores, poetas. Muito nos deve o País pelo que, por ele, fizemos.

Mas esse tempo desapareceu, e agora começa a desenvolver-se um máu e prescindível fenômeno inverso. Todas as áreas do saber possuem seus competentes cultores. Acossados todavia pela premente necessidade de reformas, eles passaram a invadir nosso domínio. Sentimos que o Direito, enquanto complexo de normas positivas, nos está escapando das mãos. Profissionais dos mais variados setores se puseram a legislar apressadamente e sozinhos, como se pudessem prescindir da nossa ajuda. Sem ao menos perceberem que a solução de certo problema técnico está muitas vezes inseparavelmente entranhada com a solução de um problema jurídico.

Faltam, a vários desses improvisados disciplinadores, não só a sensibilidade, a argúcia, em suma a particular formação cultural do jurista. Principalmente, com freqüência não po-

dem ter a visão global que permite sopesar valores e que possibilita construir o Direito como um todo harmônico e justo.

Por isso, sim, caberá falar em crise, que pode ser acidental e passageira. A nossa legislação parece que ameaça resvalar para o caos. Depende agora de saber como os juristas irão reagir, em que medida conseguirão reassumir seu encargo.

O mundo atual não tolera atitudes de êxtase contemplativo, mas o ritmo é de frenesi. A orquestra deixou de soar *andante moderato* e já entrou, há muito, no *allegro energico e passionato*. Não nos equivoquemos porém. Os convulsivos processos de transformação, que se estão operando no âmbito do Direito, não são sinais de doença, mas de vitalidade. Não estamos no campo da patologia, e sim da fisiologia.

O que resta pois verificar, tão-só, é se as mudanças se desenvolverão à nossa revelia, ou se manteremos o comando das funções que nos cabem. Temos de sair em busca dos problemas novos, analisá-los e compreendê-los, para em seguida ditar o competente tratamento jurídico. Mas a velocidade tornou-se muito grande, de sorte que, como sucede com os veículos nas estradas, carece acender os faróis altos, para bem enxergar o que está à nossa frente, e ver longe.

Esta Faculdade, sempre atenta e pioneira, logo começou a preparar-se para o embate, alargando o seu campo de ensino.

De fato, o começo de tudo depende de nós, professores. Há toda uma efervescência pelo mundo, variados e férteis setores de trabalho surgem e se expandem. Até mesmo a criminalidade se afeiçoa aos modernos sistemas, criando problemas antes insuspeitados.

Cumprе portanto que formemos bacharéis aptos a bem representarem o Direito em toda parte. Precisamos continuar abrindo novos cursos, com disciplinas diversas, mormente em nível de pós-graduação ou de especialização.

Para esse fervor de progresso, que a nós todos empolga, haverá sempre meu apoio.

Aqui estudei, orientado por excelentes mestres. Quando, há vinte e dois anos, fui admitido no corpo docente, como tímido e bisonho auxiliar de ensino, receberam-me, todos os professores, de braços abertos. Desde então, sempre encontrei à minha volta, nesta Casa, um ambiente cordial, de trabalho sério, de enternecedor idealismo.

Tenho pois imensa dívida de gratidão a resgatar, e estejam certos de que procurarei fazê-lo.

TRABALHO DE ALUNO.

Remote sensing of the earth by satellites and the principle of territorial sovereignty*.

Valnora Leister

SUMMARY:

I. INTRODUCTION

II. GENERAL CHARACTERISTICS OF REMOTE SENSING ACTIVITIES

1. Remote Sensing Defined
2. Platforms for Remote Sensing
3. Main Applications
 - a. Peaceful Uses
 - b. Military Uses
4. Interpretation of Data
5. Achievements in Remote Sensing

III. REMOTE SENSING AND THE PRINCIPLE OF TERRITORIAL SOVEREIGNTY

1. The Freedom of Outer Space and the Remote Sensing Activities by Satellites
2. The Concept of Territorial Sovereignty in National and International Law
3. The Extension of the Territorial Sovereignty
4. General Principles of International Law Relating to State Sovereignty

IV. THE CONCEPT OF ESPIONAGE IN INTERNATIONAL LAW

1. Introduction
2. Espionage in Conditions of Armed Conflict
3. Peacetime Espionage
4. Espionage Conduced from Outer Space
 - a. Military
 - b. Economic

V. CURRENT REGULATIONS OF REMOTE SENSING ACTIVITIES

*. A Term-Paper Presented to the Institute of Air and Space Law. McGill University, Montreal. April, 1976.

1. Bilateral Agreements
2. Current Draft Proposals Before the U.N. Outer Space Committee

VI. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATION:

1. Conclusions
2. Recommendations

NOTES

BIBLIOGRAPHY.

I. Introduction.

During the past twenty-five years, there has been an increasing realization, at least intellectually, of the serious threat to the security of the world through wide disparities in the standards of living in the different regions of the world.

In spite of much that has been attempted bilaterally, regionally and through international agencies, the gap between developing and advanced nations has widened rather than decreased.

For the developing country, the principle economic assets are human and natural resources¹, but only when such resources are known and exploited. A mineral deposit hidden below a cover of soil is an asset to no one until its existence is discovered.

At the present time, it is largely the few technically advanced nations which possess the means required to benefit from the uses of outer space. As one observer notes:

“The benefits which the developing countries derive from bilateral space arrangements with the advanced states have been extremely modest...

1. Definition of natural resources according to McKelvey classification: Resource: a concentration of naturally occurring solid, liquid or gaseous materials in or on the earth's crust in such form that economic extraction of a commodity is currently or potentially feasible. in U.N. Doc. E/C 7/52 ADD 1.4 March 75. — Comm. on Natural Resources — 4th session — Tokyo.

The practical benefits flowing from such arrangements to the countries which have only their territory to offer in exchange have by and large been limited to the on-site training of a small number of their nationals.

The examination of space agreements concluded during the past decade by the United States and the Soviet Union with other countries shows that these agreements favor the technologically advanced nations.”²

Those involved in this new technology are fully convinced of its great potential to change the face of the earth, if properly handled and applied.

The United Nations Committee on Natural Resources working on the ‘Plan of Action for and Co-ordination of Programmes within the United Nations System in the Field of Natural Resources Development’ based its program on the following Assembly’s statement:

“All efforts should be made. . . to take measures for the recovery, exploitations, development, marketing and distribution of natural resources, particularly of developing countries, to serve their national interests, to promote collective self-reliance among them and to strengthen mutually beneficial international economic cooperation with a view to bringing about the accelerated development of developing countries.”³

Today, investigation of earth resources from outer space provides a unique opportunity to view from a distance the

2. I. A. VLASIC *Space Lawyers, New Technology and the Question of Priorities*, in Steinhoff, ed., *Organizing Space Activities for World Needs*, (1971) p. 219.

3. U.N. Doc. E/C 7/47 Add. 3 17 Jan. 75. Committee on Natural Resources — 4th session — Tokyo.

composition and content of our planet. Presently, unmanned orbiting satellites are gathering important information about earth resources and relaying this information back to earth stations.

Although remote sensing activities take place in outer space, where state sovereignty does not apply, it is exclusively of direct interest to the development of our planet, as it obtains information concerning the territory of a country to which state sovereignty applies.

Among the important legal questions raised by the use of satellites in remote sensing activities, the following are of special interest:

— Is the launching state permitted to acquire data about other nations without their prior consent?

— Can data acquired about a nation be used by or disseminated to other nations without the consent of that nation?

— What is the present legal status of remote sensing activities?

This study will analyze the different activities performed by remote sensing satellites, considering the principle of territorial sovereignty, as it cannot be denied that as long as the world is divided into sovereign states, the national interest is and will continue to be the most important determinant policy.

It will also attempt to establish the main guidelines that should govern these activities, in order to decrease the gap between poor and rich nations, as international law cannot play its regulatory role by isolating itself from the political realities.

II. General characteristics of remote sensing activities.

1. Remote Sensing Defined.

In its third session, the Working Group of Remote Sensing of the Earth by Satellites (13/03/74) provided that:

“Remote sensing of the earth from space is a methodology to assist in characterizing the nature and conditions of the natural resources, natural features and phenomena, and the environment of the earth by means of observations and measurements from space platforms. Specifically at present, such methods depend upon, the emission and reflection of electromagnetic radiation.

A remote sensing system comprises all those elements required for the purposes described above and consists of a space segment and a ground segment. The former comprises a platform from which the earth can be observed, sensors of whatever variety to make these observations and take measurements, some means of transferring these data to the earth. The latter comprises at least one ground terminal for reception of such data, data processing and data interpretation facility or facilities.”⁴

2. Platforms for Remote Sensing.

The higher the elevation of the sensing platform the greater is the area viewed on the surface of the earth.

A satellite platform at nearly 36,000 km will continuously cover a third of the globe, although in this case the resolution — the smallest area within which features can be

4. U.N. Doc. A/AC 105/110, p. 12.

discriminated with modern instrumentation — will be about 3km x 3km.

From an altitude of 900 km, the sensors can view the surface of an area about 185 km x 185 km, and can cover the whole earth surface in 17 days; the resolution area will be 150 m x 150 m.

An aircraft flying at an altitude of 10 km can cover an area of 5,000 square km in a three hour sortie. The earth's surface being 5 x 10 billion square km, it would require 100,000 sorties or thirty-five years for one aircraft to cover the globe.

There are some cases in which remote sensing from aircraft or from spacecraft may be the only means of acquiring certain types of data. In most cases a combined system of spacecraft and aircraft remote sensing will be more economical.

3. *Main Applications.*

a. *Peaceful Uses.*

i. *Forestry and Agriculture.*

An essential requirement for any agricultural management system is the availability of timely information on agricultural conditions.

Repetitive aerial surveys during the vegetative growth and harvest times of a crop can provide reliable inventories of the size of the harvest. Remote sensing from orbiting satellites extend such predictive techniques to very large areas with many crops such as rice, wheat, maize, etc.

With the use of scanners and imaging systems it is possible to provide pictures of agricultural features in different wave-lengths. Different plants have different reflect-

ivities in different wave-lengths. This technique is known as multispectral imagery.

Use of multispectral imagery can help in the identification of crops and timber species, in the analysis of crop vigour, in the early detection of crop diseases and other forms of crop stress, for example, stress due to deficient water supply. The evaluation of the large scale effects of different kinds of fertilization and irrigation practices on agricultural land can be carried out more satisfactorily through remote sensing techniques than through isolated ground measurements at a few selected spots. The utility of repetitive observations of large agricultural areas over a short period of the order of one month cannot be over-emphasized. Remote sensing is the only technique capable of achieving this with any degree of reliability.⁵

ii. Oceanography and Marine Resources.⁶

Oceanography is concerned with the physical, chemical, and biological character of the ocean at all depths, its behavior as a dynamic global system, and its interactions with the atmosphere, the coasts, and the inhabitants of the coasts.

The science of oceanography has been developed over the years by the hard work of a comparatively few people operating largely from ships.

Satellites can sample, at most, the top few hundred feet (or about one percent) of the ocean's depth, which is just the portion that is most important to man in his fishing, shipping, and coastal activities. It also includes the photosynthesis zone that provides the nutritional basis for the entire biological resource of the sea; the air-sea interface across which the major energy exchanges occur.

5. *The application of Space Technology to Development* U.N., 1973, p. 42.

6. *Ibid.* p. 43-47.

The state of the sea produces differences in the sea colour when viewed vertically. Remote sensing techniques for these features installed in spacecraft can provide information on the state of the sea, which can be used for appropriate rerouting of ships along routes which offer less resistance to the ship's motion.

iii. Hydrology and Water Resources.⁷

Hydrology is concerned with the entire water cycle.

Applied hydrology concerns all practical uses of terrestrial waters, notably for industrial, agricultural and domestic purposes.

Present engineering hydrology know-how could mitigate man's water problems almost anywhere, but at prohibitive costs.

There are huge gaps in hydrology theory and in observational data. Hydrologists have only limited knowledge of the discharge of the major rivers of the world. The number of lakes (greater than 200 square kilometers surface area), the amounts of annual snow, world precipitation, evaporation, soil moisture, and other hydrologic components are not known with confidence.

The broad goal of hydrology is to attain sufficient knowledge of the environment for understanding, prediction and management at appropriate time and space scales.

Earth-oriented satellites can contribute technically to the achievement of these goals by providing hydrologic data of various types that are too costly to obtain repetitively, on a global scale, and with adequate resolution, by current observational techniques.

7. *Ibid.*

iv. Geology and Mineral Resources.⁸

It is well known that the primary, non-human inputs into a nation's economy are the mineral resources, and that the economic growth of a nation depends upon the discovery and effective use of those resources.

One of the geologist's chief information tools is the geological map which shows the distribution of rocks exposed at the earth's surface. Large scale geological maps were the laborious product of years of surface exploration. Now geologists can have the big synoptic view offered by remote sensing. These systematic space pictures will offer geologists a broad, integrated panorama from which they can select observables of interest for close up looks by aircraft or ground parties. The advantage offered by observations from space is specific areas of interest.

v Geography and Cartography.⁹

The compilation of small-scale maps is a slow laborious process, even when aerial photography is employed. At least a satisfactory photo-mosaic of a country the size of India, half a million such photographs would be required to map From a satellite positioned in outer space, such a panorama of India would require no more than 200 pictures, which could be assembled in a few weeks.

Placed in an appropriate sun-synchronous orbit, a satellite is capable of producing pictures of the earth under lighting conditions which change very slowly. Satellite pictures are geometrically superior to aircraft photographs of large-areas because of the near vertical view. The distortions caused by oblique camera angles are eliminated. New maps made by satellite effectively supplement existing specialized maps

8. *Ibid.*

9. *Ibid.* p. 47.

and together will be of great value to all of the geographical disciplines.

Demographers will have new, updated imagery to use in assessing changing patterns of population and migration. Regional planners, transportation planners and cultural geographers will also strengthen their analysis with this new information.

vi. Meteorology.¹⁰

The use of satellites as platforms to observe the earth's weather is one of the first and best known earth-oriented application of space technology.

Recent advances in the ability to model the behavior of the large scale atmospheric motion, using numerical methods, together with the availability of much larger, higher speed electronic computers, make it possible to produce operationally useful forecasts of large scale weather patterns up to a week or more in advance.

b. *Military Uses.*

In the field of space activities it is extremely difficult to make and maintain a rigid distinction between civilian and military programs since many satellites have dual uses, at least potentially.

The United States made a policy decision to place prime emphasis in its space program on a civilian agency, NASA; yet what is developed for NASA programs is often also of direct or applied use in military programs. NASA's astronauts, like the Soviet Union's cosmonauts, in general have been

10. see *Useful Applications of Earth-Oriented Satellites* Division of Engineering-National Research Council for the National Aeronautics and Space Administration — Published by the National Academy of Sciences — 1969 — page 16.

military officers. They are also joint NASA — Defense Department Programs. According to Professor Vlasic:

“Despite a broad variety of scientific programs now carried out by means of space technology, one must not overlook the fact that the main driving force behind many contemporary advances in space science and technology has been and continues to be the quest for military supremacy, rather than the attainment of scientific, technical, industrial or prestige goals . . .”¹¹

Remote sensing had evolved primarily from military reconnaissance systems. Typical examples are the infrared scanners used for night observations and camouflage detection, and side looking airborne radar for height resolution, all weather, day and night imaging. Reconnaissance spacecraft reached such sophistication that they are being used for onsite inspection in arms control agreement.¹² Because of secrecy, their total number is not known. In 1975, as justification for additional money for surveillance of space, the Pentagon cited “the growing Soviet utilization of space for strategic and tactical purposes.” Studies are being made to determine whether the space detection system can serve as a warning against satellite attacks. Satellite surveillance of space is also being considered.¹³

4. Interpretation of Data.

The data collected through remote sensors located on spacecraft platforms will be mostly in the form of images on films.

11. in Falk & Black, eds. *The Future of the International Legal Order*, v. II, Ch. 4: I.A. VLASIC, *The Relevance of International Law to Emerging Trends in the Law of Outer Space* (1970) page 281.

12. see LANDSAT photos showing Soviet and Chinese launch facilities — in *Aviation Week & Space Technology*, Dec. 11, 1975 and Feb. 9, 1976 — copies attached.

13. see *The Defense Monitor* — Center for Defense Information Washington D.C. v. IV, n. 5, July 1975, pp. 2, 4.

Having developed the necessary skills for interpreting the images, it is also necessary to check and validate the conclusions through independent and simultaneous information obtained through ground-based instruments. The whole process is known as the determination of “ground truth”.

Without adequate experience, even the shapes of objects seen in vertical view are sometimes suprisingly difficult to interpret.

Despite a reduction in volume of data per unit area, satellites will generate vast volumes of data through their repetitive flights. Such a profusion of data will create new and complex problems of data handling, analysis and use, as, for instance, the sorting of useful data, monitoring change, systematic recognition of objects and phenomena, and automated procedures of interpreting their meaning.

This, data handling and processing can be expected to remain for several decades a major obstacle to the full utilization of remote sensing.

5 *Achievements in Remote Sensing.*

All remote sensing programs carried out so far or being carried out at the present time, have been experimental in nature. These programs have been performed only by the two big space powers, the U.S.A. and U.S.R.R., both from manned and unmanned space platforms.

The first earth observation satellite, the TIROS-I was launched by NASA on April 1, 1960. Its impact in the field of meteorology was overwhelming.

It is anticipated that the first major operational remote sensing program will be the us Earth Observatory Satellite (EOS), program planned for the 1980's.¹⁴

14. 1975 — NASA authorization, Hearings before the Subcommittee on Space Science and Applications — the Committee on Sciences and Astronauts, U.S. House of Representatives — 93rd Cong. 2nd Sess., on HR 12689, HR3998, Feb. 26, 27, 28, March, 5, 6, 7, 14, 19, part 3.

The two most important U.S. remote sensing experiments have been the ERP and ERTS/LANDSAT programs. The former program has been completed whereas the latter is still in operation. The ERP carried by Skylab acquired data in the form of 40,000 pictures and 70,300 meters of magnetic tape on 440 test sites in the U.S. and 39 other countries.¹⁵

LANDSAT 1 and 2 circle the globe 14 times a day, scanning a swath of earth's surface 185 kilometers wide in green, red and infrared spectral bands.

The LANDSAT program is managed for NASA's Office of Applications by the Goddard Space Flight Center at Greenbelt, Maryland. LANDSAT signals are received by three ground stations in the USA: Goddard, Fairbanks (Alaska) and Goldstone (California). Only Goddard is equipped to turn the electronic signals into pictures. Goddard sends all these pictures on computer tapes to the Dept. of Interior's Earth Resources Observation System. EROS. Data Center at Sioux Falls (South Dakota) for distribution.

In accordance with bilateral agreements concluded with the United States, Canada and Brazil have their own LANDSAT ground stations. Canada's is at Prince Albert and Brazil's is at Cuiaba. Italy, also, has a ground station at Fucinos. Iran and Zaire will build their own ground stations.¹⁶

Examples of important achievements in remote sensing:¹⁷

— Brazilian investigators have found that the courses of a number of tributaries of the Amazon

15. NASA New Release n. 74330, page 8, 1975.

16. GALLOWAY, *Introduction Report*, in *Proceedings on the Law of Outer Space*, XVIth Coll., 1973, page 91.

17. in U.S. Doc. A/AC. 105/125 — 13 March 1974 — Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, p. 8.

River are very different from the ones shown in direction being off as much as 90 degrees. Islands of 200 square kilometers exist which were not shown on previous maps.

— Canada has initiated a programme using ERTS satellite data to monitor the distribution and movements of sea ice and icebergs to aid shipping in northern waters.

— Egyptian scientists have identified from space imagery a number of geological faults intersecting Lake Nasser which has not been identified previously by extensive aerial and ground surveying. This information could be significant in controlling seepage from the lake.

— Japanese scientists have studied the water pollution in the Seto Inland Sea area caused by the concentration of industries in this area. As a result of the study so far carried out, it has been already shown that remote sensing data acquired from space are very useful for the monitoring of water pollution. Such monitoring will facilitate the taking of remedies and the new planning of land use.

— The Government of Pakistan is utilizing space imagery taken before, during and after recent floods of the Indus River to assess the damage and assist in recovery efforts.

III. Remote sensing and the principle of territorial sovereignty

1. *The Freedom of Outer Space and the Remote Sensing Activities by Satellites.*

Although remote sensing is an activity carried out in the outer space, where there is no sovereignty, the data is collec-

ted for potential use on the earth, where state sovereignty prevails in territory and airspace. The question arises, then, whether it is appropriate to have the Outer Space Treaty applied to an activity which is so overwhelmingly earth oriented.

The Outer Space Treaty¹⁸ provides that:

Art. I:

The exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind.

Outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all states without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies.

There shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the moon and other celestial bodies, and states shall facilitate and encourage international cooperation in such investigation.

Art. II: Outer space, including the moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.

18. U.N. Doc. A/RES/222 (XXI) — 25 Jan. 1967. Treaty on Principles governing the activities of states in the exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies.

The treaty also establishes certain conditions for the exercise of this freedom such as:

- i. the obligation to use outer space in accordance with international law and the U.N Charter (art. III)
- ii. the obligation to conduct activities with due regard for the corresponding interest of all other contracting states (art. IX)
- iii. a duty to inform the U.N Secretary General and the public, to the greatest extent feasible and practicable, of the nature, conduct, locations and results of national space activities.

From the analysis of these conditions, it may be concluded that the only restrictions which might bear upon the observation from outer space of the territory of one nation by another are those contained in the obligation to act in accordance with international law and to respect the 'corresponding' interests of other states, as well as the duty to inform the United Nations Secretary General and the public, to the greatest extent feasible and practicable, of the nature, conduct, locations and results of national space activities.

The only article which might be invoked to give some limited support to the objection to the use of satellites surveying resources of another state is art. III providing that activities in the exploration and use of outer space must be carried out in such a way as to promote international cooperation and understanding. Therefore, if the activities are objected to by a number of states and create international friction instead of understanding, they may be regarded as violating the spirit if not the letter of the Treaty.

Dissemination of data seems mandatory within the general conditions set forth in the Treaty (art. XI).

According to Professor Gorove¹⁹:

“The reference in art. 1 of the Outer Space Treaty that the exploration and use of outer space shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries may or may not be interpreted to apply to the use of earth resources survey satellites. From the wording of this provision, it is not entirely clear whether ‘exploration’ has to precede ‘use’ or whether ‘use’ must be accompanied by exploration. Consequently the use of outer space by such satellites without exploration of outer space and solely for exploration of earth resources may preclude applicability of the quoted provision. For analogous reasons one could also question the applicability of art. III and other articles of the Treaty which similarly refer to ‘exploration and use’ of outer space. What lends support to such interpretation is the fact that the drafters of the Treaty could easily have used the phrase exploration ‘or’ use instead of the expression exploration ‘and’ use but they have not.”

If the principle of freedom is established for remote sensing activities, then, only the states that are developed have the means of placing in orbit a remote sensing satellite and only a minority of states is able to explore the data received. To be in accordance with international law, remote sensing activities must respect the principle of territorial sovereignty.

2. *The Concept of Territorial Sovereignty in National and International Law.*

In the Middle Ages, the idea of state and kingship prevalent in Europe tended to place the ruler in the position

19. S. GOROVE — *Earth Resources Survey Satellites and the Outer Space Treaty* (Journal of Space Law — v. 1.1 p. 81).

of a private owner since feudal law, as the applicable 'public law', conferred ultimate title on the ruler. The growth of absolutism in the xvi and xvii Centuries confirmed the trend. A treaty ceding territory had the appearance of a sale of land by a private owner and sales of territory did in fact occur.

In the xviii and xix centuries the significance of the theory of sovereignty was recognized as an abstraction and thus the ruler was a bearer and agent of a legal capacity which belonged to the state. In Europe and the Americas, the principle of self-determination has become important.

During the xix century, the concept of sovereignty was enriched through the principle of non-intervention, of non-interference in the internal affairs of other countries.

According to De Visscher²⁰, the theory of relative sovereignty acknowledges the fact that the individual states are included in a pattern of relationships which necessarily imposes certain limitations upon their will to be autonomous. This theory provides the essential prerequisites for the co-existence of states within the international community.

The adoption of the United Nations Charter is considered the most far-reaching development in the history of the relation between international law and sovereignty. It is a constitutional instrument which obliges states to abide by future decisions of the organization, even without the consent of the particular state, in areas that were formerly the subject of state sovereignty.

While it reaffirms sovereignty, the Charter does not define it in the traditional terms, but in those of 'sovereign equality' (art. 1, par. 1).

20. C. DE VISSCHER — *Theorie et réalité en Droit International Public* — Paris, 1953, p. 30.

The sovereignty of states implies that they may not be subjected to one another, and this subjection is also precluded by their equality.

The Charter tends, in a sense, to restrict sovereignty. The restrictions are, basically, a further stage in the process of adjusting sovereignty to the needs of an interdependent world.

The obligations of states to settle their disputes by peaceful means is, basically, merely the affirmative side of the prohibition of the threat or use of force in international relations and therefore involves the same degree and kind of limitation of sovereignty.

The subordination of national sovereignty to international law is demonstrated when, through operation of the U.N. System, actions are taken which are binding upon a sovereign state without its consent. This can come about both as to non-members and as to members.²¹

The sovereignty in its internal aspect is dealt within the U.N. Charter under the title of the domestic jurisdiction of states, and the progressive doctrine teaches that its erosion by international law is necessary to the establishment of a sound international legal order.

In summary, the principal characteristics of sovereignty in national and international law are:

- a) jurisdiction over a territory and the permanent population living there
- b) duty of non-intervention in the area of exclusive jurisdiction of other states

21. U.N. Charter Art. 2(6) states: "The organization shall ensure that states which not members of the United Nations act in accordance with these principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security."

c) dependence of obligations arising from customary law and treaties on the consent of the obligor.²²

3. *The Extension of the Territorial Sovereignty.*

The territorial sovereignty extends principally over land territory, the territorial sea appurtenant to the land, the seabed and subsoil of the territorial sea and the airspace super-adjacent to land territory, internal waters and the territorial sea. Referring to the subsoil, the rule universally accepted is that it belongs to the state which has sovereignty over the surface.

Territorial sovereignty can be defined as the general power of the state of government, administration and disposition known as 'imperium', a capacity recognized and delineated by international law.²³

International practice is not uniform in regard to delimitation of the territorial sea, but international law does not permit an extension of the territorial sea beyond twelve miles.

The airspace superadjacent to land territory is in law a part of state territory and as a consequence, other states may only use such airspace for navigation or other purposes with the agreement of the territorial sovereign.

The principle enunciated in the Convention of Paris of 1919, that of sovereignty over the airspace above a state's territory, has been written into every agreement entered into by nations since that time. The Ibero-American Convention of 1926, and the Havana Convention of 1928, both laid out the sovereignty principle, as well as the Chicago Convention, of 1944, that states:

22. IAN BROWNLIE — *Principles of Public International Law*, 1973, 2d ed. p. 280.

23. *Ibid.* p. 110.

art. 1: “the Contracting States recognize that every state has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory.”

The Chicago Convention does not, either in its body or in the annexes, define “air space” or “air”, and it is a critical question to know where airspace ends. The only attempt to determine the boundaries between airspace and outer space is contained in the 53rd Conference of the International Law Association, held in Buenos Aires in August, 1968, which declared that:

“The term ‘outer space’ as used in the Treaty should be interpreted so as to include all space at and above the lowest ‘perigee’ achieved by 27th January 1967, when the Treaty was opened for signature, by any satellite put into orbit, without prejudice to the question whether it may or may not later be determined to include any part of space below such perigee.’ ”

4. *General Principles of International Law relating to State Sovereignty.*

a. The right of peoples and states freely to possess and dispose of their natural resources.

One of the essential attributes of state sovereignty on the one hand, and a necessary prerequisite of economic development on the other, is the right of peoples and states freely to possess and dispose of their natural wealth and resources.

In its tenth session, the General Assembly of the United Nations, and more specifically its Third Committee, adopted the wording which was to become the second paragraph of art. 1 of the Covenant on Human Rights:²⁴

24. in Djura Nincic — *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the U.N.* — 1970, pp. 265.

“All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principal of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

In January 1975, the Committee on Natural Resources adopted the Charter of Economic Rights and Duties of States, which affirmed that:

“Every state has and shall freely exercise full permanent sovereignty including possession, use and disposal over all its wealth, natural resources and economic activities.”²⁵

b. The Principle of Non-Intervention in Internal Affairs.

The basic principle of international law is that of respect by each sovereign state for the territorial integrity and political independence of others. This principle was generally accepted in Europe after the devastations of the Thirty Years' War, and the axiom “*Cuius Regio Eius Religio*” had been accepted as the basis of the Peace of Westphalia in 1648.

In spite of renewed efforts to put ideology ahead of territorial sovereignty at the time of the French Revolution and the Russian Revolution, this principle is still accepted in the U.N. Charter, which is based on the “sovereign equality of all its members, requiring abstention from “the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state” and prohibiting “intervention in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State.”

25. U.N. Doc. E/C 7/53 — 31 Jan. 1975 — Res 3281 — XXIX.

The Declaration on Inadmissibility of Intervention in Domestic Affairs of States and Protection of their Independence and Sovereignty²⁶ reaffirming the principle of non-intervention in Internal Affairs establishes:

1. No state has the right to intervene, directly or indirectly for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other state. Consequently, armed intervention and other forms of interference or attempted threats against the personality of the state or against its political, economic and cultural elements, are condemned.

2. No state may use or encourage the use of economic, politic or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights or to secure from it advantages of any kind. Also, no state shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another state, or interfere in civil strife in another state.

3. Every state has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another state.

The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States, adopted by General Assembly Resolution 2625 (xxv). October 24, 1970 cover: non use of force, peaceful settlement of disputes, non-intervention by states in the domestic jurisdiction of other states, cooperation among states, equal rights

26. U.N. G.A. Res 2131 (XX) Dec. 21, 1965.

and self-determination of peoples, sovereign equality and fulfillment in good faith of obligations assumed in accordance with the Charter.

The first Principle embodies art. 2(4) of the Charter:

“The Principle that states shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations.”

The Special Committee could not resolve member differences to the definition of ‘force’ In qualifying statements, Argentina, the United Kingdom and the United States, thought force meant only physical or armed force. Nigeria, India and Venezuela asserted that force did, or should include economic or political coercion, despite the rejection by the Special Committee of proposed language to that effect.

The Declaration also established the Principle concerning the duty to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State in accordance with the Charter. For this purpose, intervention comprises economic, political or other types of coercion, including support or tolerance of subversive, terrorist or armed activities. This principle of non-intervention thus meets the objection voiced by several states to the ambiguity of the word ‘force’ in Principle I.

The Principle that states the duty of states to cooperate with one another in accordance with the Charter, is an embodiment of art. 1(3) of the Charter.

The Principle of equal rights and self determination of peoples declares that all peoples have the right to freely determine their political status and to freely pursue their economic, social and cultural development.

By the analysis of the principle that establishes the right of peoples and states freely to possess and dispose of their natural resources and the principle of non-intervention in internal affairs it is clear that international law does not allow the detection of natural resources by remote sensing satellites, without the consent of the state sensed. The surveillance of military installations by satellites is also prohibited by the principle of non-intervention.

IV. The concept of espionage in international law.

1. Introduction.

Since remote sensing activities involve a conflict between the regime of freedom in outer space and the principle of territorial sovereignty, special attention should be paid to the military uses of remote sensing activities, known as military reconnaissance and also to the uses made of natural resources data acquired from remote sensing satellites, without the consent of the sensed state. Both activities can be classified as espionage from outer space.

Espionage has always played a prominent role in international relations. Five thousand years ago Egypt had a well organized secret service. King Thutmose III rescued the besieged city of Jaffa by smuggling into it two hundred soldiers sewn in flour sacks. The Greeks used the Trojan Horse to win their long war with Troy, and Joan of Arc was betrayed by a spy who was serving the English King. In the words of one observer:

“There never has been a war without spies, and there never has been a peace in which spies have not engaged in preparations for a future war”.²⁷

27. in WRIGHT, QUINCY, STONE JULIUS, FALK A. RICHARD, S. ROLAND, *Essays on Espionage and International Law*, 1962.

The phenomena of espionage, although often a significant force in international relations, never explicitly ascended to the state level of traditional international law. That is, the rules of the game allowed a state to employ spies and to prosecute foreign spies that it could catch. These two situations involved the relation between a government and an individual, whereas international law is concerned with the rules binding states in their relations with one another.

2. *Espionage in Conditions of Armed Conflict.*

The Hague Convention of 1907 did not make belligerent espionage a violation of the laws of war. For belligerent espionage is just one of several constituent forms of belligerency. According to its art. 29:

“An individual can only be considered a spy when acting clandestinely, or on false pretenses, he obtains, or endeavors to obtain information in the zone of operations of a belligerent with the intention of communicating it to the hostile party.

Thus, soldiers not wearing a disguise, who have penetrated into the zone of operations of a hostile army for the purpose of obtaining information, are not considered spies. Similarly, the following are not considered spies: soldiers and civilians, carrying out their mission openly, entrusted with the delivery of dispatches intended either for their own army or for the enemy's army. To this class belong likewise persons sent in balloons for the purpose of delivering dispatches and generally, of maintaining communications between the different parts of an army or a territory.

Art. 31 establishes that:

A spy taken in the act, shall not be punished without previous trial. A spy who, after rejoining

the army to which he belongs, is subsequently captured by the enemy is treated as a prisoner of war, and incurs no responsibility for his previous acts of espionage”

Text writers generally recognize that while a spy, if captured in the act, can be executed after trial, his activities are not dishonorable, his government is not violating international law in sending him, and his act is not, therefore, a war crime.

The legitimacy of espionage in time of war arises from the absence of any general obligation of belligerents to respect the territory or government of the enemy state, and from the lack of any specific convention against it.

3. *Peacetime Espionage.*

In time of peace, however, espionage and in fact, any penetration of the territory of a state by agents of another state in violation of the local law, is also a violation of the rule of international law imposing a duty upon states to respect the territorial integrity and political independence of other states. There is no rule of international law which forbids a state to punish individuals who seek to obtain prohibited information, or fly over its territory without permission.

It is within the sovereign rights of each state to define peacetime espionage, sedition, subversion, sabotage, incitement and conspiracy as it sees fit, and it is the duty of other states to respect such exercise of domestic jurisdiction.

Among the cases of aerial espionage during peacetime, the U-2 incident (May, 1960) involving the overflight of Soviet territory by an American to obtain photographs of military targets deep in the Soviet Union, seems to be a good example.

Following the shooting down of the spy aircraft, the U.S.A. sought to defend itself by asserting that such activity had taken place in an altitude beyond the sovereign of space and was necessary for self-defense. International law, however, permits military self-defense only in case of armed attack or at least immediate threat of armed attack. The danger apprehended by the United States flowed from an interpretation of Soviet policy and intent, not from an immediate threat or attack. But the reconnaissance activity is, however, an act of intervention, and cannot be justified on grounds of self-defense except in response to an actual attack or immediate threat of armed attack.

4. *Espionage Conducted from Outer Space.*

a. *Military.*

The perennial efforts of the United States to improve its knowledge of Soviet Military installations is well known. It has taken a variety of forms: the release of camera carrying ballons, the "open skies" proposal, U-2 overflights, reconnaissance observation by submarines operating within Soviet territorial waters, and more recently, reconnaissance satellites. The legality of these activities when conducted from outer space is defended on the ground of the extraterritorial character of the military reconnaissance satellites, and the territorial limits of national sovereignty.

But for the state that is the target of observation, it matters little where the unwanted observer locates himself. The functional quality of espionage from outer space is, from the viewpoint of information yield at least, no different from espionage in airspace. The present legal situation seems to be that although the United States is not forbidden to put military reconnaissance satellites in orbit, neither is the Soviet Union forbidden to shoot the satellites down. But, under present circumstances, it does not appear that a general

rule justifying counter-intervention is expedient. Rather, action should be taken through the United Nations to terminate the original intervention. The rule of international law requiring mutual respect by states for the territorial integrity and political independence of other states should be observed.

b. *Economic.*

The eventual utilization of earth resources data collected by one state through satellite observation of another state, without its prior consent, to the detriment of the state sensed, is not regulated by space law.

It is conceivable that if State A acquires through unauthorized observation from space, a more comprehensive or specific knowledge of the physical (including mineral) properties of state B, than State B itself possesses, such knowledge on the part of state A may represent a deprivation for state B. State A might as a result be placed in a more advantageous position than state B in any interaction where knowledge of the topography, geography, or geology of state B is significant.²⁸ For example, advance knowledge of a certain agricultural disease in a crop which a state relied upon, could be used to that state's market detriment. So could advance knowledge of certain mineral deposits lead to the staking out of claims by foreigners in a manner prejudicial to the resource country. But this problem is not covered by space law.

Damage, as the term is used in Art. VII of the Space Treaty, seems to imply physical direct damage caused by the space object, and not indirect damage which resulted from the intentional or negligent act of a party involving the use or dissemination of data. The same applies to Art. I of the Liability Convention.

28. see McDUGAL, LASSWELL and VLASIC, *Law and Public Order in Space* (1963) p. 540.

Although this matter is not regulated by Space Law, it is contrary to international law that states the principle of sovereignty of states over its natural resources which includes the information concerning such resources.²⁹

It is also contrary to the principle that determines:

“No state may use or encourage the use of economic, politic or any other type of measures to coerce another state in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights or to secure from it advantages of any kind.”³⁰

and also against the principle concerning

“the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any state in accordance with the Charter.”³¹

Regardless of the place where the data is collected the use of it in detriment of the sensed state is an activity persecuted by national and international law. But at present there are no established sanctions due to the non-existence of specific regulations for remonte sensing activities.

29. "...his delegation endorsed the basic principle of consent, which was embodied in Article V of the draft submitted by Argentina and Brazil... Without such consent, the resolutions reaffirming the principle of the permanent sovereignty of peoples and nations over their own natural resources would become to a large extent meaningless." *Statement of the Chilean Delegate to the corpus Legal Subcommittee, 14th Session, Provisional Summary Record of the Two Hundred and Thirty-Second Meeting, U.N. Doc. No. A/AC.105/C.2/SR.232 at 4, (20 February 1975)*; "All regulation of remote sensing should be based on respect for principle of the sovereignty of States, in particular over natural resources within their territories and over information relating to those resources." *Statement of the Romanian Delegate to the corpus Legal Subcommittee, 14th Session, Id., at 8.*

30. see Declaration on Inadmissibility of Intervention in Domestic Affairs of States and Protection of their Independence and Sovereignty.

31. see Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States.

In the COPUOS, study in the “Legal Implications of Remote Sensing of the Earth by satellites” it was affirmed that:

“It is possible that a claim based on the private law concept of unjust enrichment might be attempted, if it could be proven that the operating state used the information to its economic advantage and that no benefit or compensation was received by the claimant state.”³²

But this measure does not seem to be satisfactory as it will be very difficult for developing countries to prove economic espionage, as these countries at present do not have the means to verify which kind of activities are being carried on in outer space.

V. Current regulations of remote sensing activities.

1. *Bilateral Agreements.*

Although an international consensus has not been achieved in order to regulate remote sensing activities according to international law, bilateral agreements with the U.S.A. have been concluded since 1968.

The U.S.A. has concluded bilateral agreements with Brazil (1968), Mexico (1968), Canada (1971), Italy (1974), Iran (1974) and Zaire (1974)

Several of these agreements have been amended or extended since the date of their conclusion. All but the one with Mexico provide for the establishment of LANDSAT earth receiving stations. All of these agreements provide for an open data policy. This open data policy means that all

32. U.N. Doc. A/AC 105/118 pp. 56, COPUOS.

LANDSAT data and pictures are considered to be in the public domain and that anyone may purchase copies.

Some forty countries have so far in one way or another participated in the LANDSAT program and many have purchased LANDSAT pictures. These participants are:³³

a) Group of initial ERTS-1/LANDSAT-1 participants: Australia (577 ERTS), Brazil (general agreement), Canada (general agreement), Chile (372 ERTS), Colombia (305, 360 ERTS), Ecuador (371 ERTS), France (031, 051, 524 ERTS), Germany (Fed. Rep. - 328 ERTS/EREP), Greece (328 ERTS/EREP), Guatemala (369 ERTS), India (054 ERTS), Indonesia (004 ERTS), Korea (570 ERTS), Japan (021, 022 ERTS/FREP), Mexico (general agreement), Norway (374, 375, 378 ERTS), Peru (302 ERTS), South Africa (577 ERTS), Switzerland (323 ERTS/EREP), U.K. (032, 033, 034 ERTS) and Venezuela (117, 120 ERTS).

b) List of countries or international organizations participating in the LANDSAT Follow-on investigations: Australia, Bolivia, Brazil, Finland, France, Gabon, Guinea, Iran, Italy, Japan, Kenya, Korea, Libya, Malaysia, Mali, Mexico, New Zealand, Norway, Pakistan, Peru, South Africa, Sweden, Switzerland, Thailand, Turkey, United Kingdom, Venezuela, South Vietnam, Zaire, Central Treaty Organization (regional investigations in Iran, Pakistan, Turkey), FAO Liptako-Gourma Authority (Earth Resources Inventory and Assessment of Upper Volta and Niger), ECAFE.

33. NASA News Release n. 74.193, July 12, 1974.

Although bilateral agreements have been concluded with many countries, it is not an ideal solution. The power to choose which countries shall be permitted to use remote sensing facilities can result in a cold war politics.

The long-range inadequacy of bilateral agreements has been emphasized quite often, as for instance, at the 1971 COPUOS' Committee opening meeting:

“The increasing cooperation, especially between the major space powers, on a bilateral basis is a long-expected and most welcome development. I think, however, that this cannot and should not replace multilateral arrangements but should rather be aimed at complementing them. Multilateral cooperation in space is today undoubtedly the best and only possibility for all non-space powers, and in particular, for the developing countries to share the benefits from this new field of man's activity”³⁴

2. *Current Draft Proposals before the United Nations Outer Space Committee.*

In order to establish a multilateral agreement on Remote Sensing, Draft agreements on the subject have been presented to the United Nations Outer Space Committee³⁵ by: Argentina³⁶, Brazil³⁷, France³⁸, U.S.S.R.³⁹, France and U.S.S.R.⁴⁰,

34. Speech by Kurt Waldheim, as Chairman of COPUOS — U.N. Doc. A/AC 105/PV 98-106 p. 5 (Nov. 1971)

35. U.N. Doc. A/AC 105/133 of June 6, 1975.

36. Argentina: Draft International Agreement on Activities Carried out through Remote Sensing Satellite Surveys of Earth Resources (A/AC.105/C.S: L.73).

37. Brazil: Treaty on Remote Sensing of natural Resources by Satellites — Draft Basic Articles (A/AC.105/122)

38. France: Draft Principles Governing Remote sensing of the Earth Resources from Outer (A/AC.105/L69)

39. U.S.S.R.: Model Draft Principles Governing the Use of Space Technology by States for the Study of Earth Resources (A/AC.105/C2/L.88)

40. France and U.S.S.R.: Draft Principles Governing the Activities of States in the Field of Remote Sensing of Earth Resources by Means of Space Technology (A/AC.105/C.2/L.99)

U.S.A.⁴¹, Argentina and Brazil seconded by Chile, Mexico and Venezuela⁴² A comparison of the proposals made by these states leads to a subdivision of the seven most important items in the proposals as follows:

- a) International Cooperation
- b) Sovereignty
- c) Responsibility for Activities of Remote Sensing
- d) Access to data
- e) Authorization to use data
- f) Consultation
- g) Role of the United Nations.

a. International Cooperation.

All seven proposals emphasize that remote sensing activities have to promote international cooperation. The Brazilian proposal adds that 'the activities have to be carried out in accordance with the international law including the Charter of the U.N., the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, and the principles contained in the Resolution of the United Nations General Assembly concerning Permanent Sovereignty of People and Nations over their Natural Resources, in particular resolutions 1903 (xvii) of 14 December 1962, and 2158 (xxi) of 25 November 1966, art. 2) '

The French proposal stresses that remote sensing of the earth resources must be conducted "exclusively for peaceful purposes" (art. 1) The U.S.S.R. proposal insists that "space

41. U.S.A.: Legal implications of Remote Sensing of the Earth from Space; Working Paper on the Development of Additional Guidelines (A/AC.105/C.2/L.103)

42. Argentina and Brazil seconded by Chile, Mexico and Venezuela: Treaty on Remote Sensing of Natural Resources by Means of Space Technology Draft Basic Articles (A/AC1/1047).

technology must contribute to the independent economic development of all States. . . ” (art. 3).

b. Sovereignty.

The most striking feature with regard to this subject is the fact that the U.S. working paper does not mention sovereignty at all. All other proposals contain specific references to national sovereignty and independence of states.

The Brazilian proposal includes, apart from sovereignty over a State's territory, also the resources located in maritime areas under national jurisdiction (art. 3). Moreover, the Brazilian proposal contains a disposal concerning prior consent on activities of remote sensing by another State in the one on whose territory natural resources are discovered (art. 4).

The joint Argentinian/Brazilian proposal says in art. iv: . . . “Not only the right to internal sovereignty and independence, but also the economic aspect of the freedom to use and distribute their wealth, whereby peoples may exercise their legitimate and exclusive sovereign rights over their own natural resources.

c. Responsibilities for activities of remote sensing.

The three proposals containing suggestions on this item are of: Argentina, Brazil, and the joint Argentinian/Brazilian proposal.

Art. 4 of the Argentinian proposal mentions ‘*expressis verbis*’ the prevention of the spoliation or destruction of the environment. Art. 11 of the Brazilian proposal says that States’ parties shall be held internationally responsible for national activities, irrespective of whether such activities are carried out by governmental or non-governmental organizations.

Art. XIII of the Joint Argentinian/Brazilian proposal gives in full length the same text as art. 11 from the Brazilian proposal.

d. Access to data.

The U.S.S.R. proposal is the only one that contains no suggestions in this respect.

Argentina proposes (art. 3 and 6) to establish a data bank, and France (in art. 6) adds the fair and reasonable terms for participation in such activities.

The U.S. Working Paper says that the United States wishes to make the remote sensing data available to (art. v): interested states, international organizations individuals, scientific communities and others, on equitable, timely and non-discriminatory basis. Art. v suggests that catalogues or other appropriate listings of available data be published on the data received from remote sensing satellites.

The joint Argentinian/Brazilian proposal contains in art. VIII the following provision:

“States parties whose territory and maritime areas under their jurisdiction are the object of remote sensing of natural resources are entitled to full and unrestricted access to all data obtained through those activities.” (art. x)

e. Authorization to use data.

The joint Argentina/Brazilian proposal in Art. X states that: “States parties shall refrain from soliticing, accepting or, in any manner, receiving from a third state, international organization or private entity, information regarding the natural resources of another State Party obtained through remote sensing without the express authorization of the State

Party to which the natural resources belong, nor can they utilize such information to the detriment of the latter.”

The French proposal states (art. 5.2) that use of the documents resulting from a remote sensing operation may not be granted to third parties, without the consent of the State whose territory is affected.

f. Consultation.

The joint Argentinian/Brazilian proposal suggests in Art. xiv that “Disputes resulting from activities of remote sensing of natural resources shall be resolved in accordance with the methods envisaged in art. 33 of the Charter of the United Nations.

g. Role of the United Nations.

The Argentinian Draft requests (under art. 2, not repeated in the joint Argentinian/Brazilian Draft Proposal) for the responsibility of the United Nations Secretariat for the functions of planning, consultations, information etc, until some other appropriate body is available to take care of this task.

The French proposal is (art. 4) in slightly different wording also contained in the joint French/Soviet Proposal that says: “to inform the Secretary General of the United Nations of the date, duration, nature and objectives of the remote sensing activities of the States Parties as well as of the areas which may be affected by remote sensing activities.

A proposal, similar to the French one, was made in the USA Working Paper, where art. II stresses that “satellites for remote sensing . . . be registered with the Secretary-General of the U.N., in accordance with the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space.

The presentation of the Draft Treaties by these nations gives a picture of the divergent political interests of the super-powers and the developing nations.

Although the U.S.A. does not mention sovereignty in its proposal, developing countries such as Argentina and Brazil stress its importance. The U.S.S.R. does not refer to the access of data, an important problem that is regulated in the joint Argentinian/Brazilian proposal.

The two super-powers are the only nations which have the tools to explore outer space and obtain data from the earth, yet they do not seem to be eager to share their position with the underprivileged nations.

An effort should be made in the United Nations to bring about a cooperative relationship based on *inter-dependence*, that is, on the maintenance of the sovereign rights of all parties, and not on *dependence*, which implies a loss of sovereignty.

VI. Conclusions and recommendations.

1. Conclusions.

a. In the present situation, when remote sensing activities are performed without conclusion of a bilateral agreement, the principle of territorial sovereignty as defined in national and international law is not observed. Therefore, remote sensing activities can be regarded as espionage, under national and international law.

b. Since bilateral agreements are not a satisfactory measure, as they can result in cold war politics, a multilateral agreement must be adopted. This agreement shall establish the prior consent of the sensed state and the authorization for dissemin-

ation of data as fundamental conditions for remote sensing activities.

2. *Recommendations.*

It is recommended that a new international organization be created, which would be empowered to negotiate with any state contemplating the launching of a remote sensing satellite. The United States and the U.S.S.R. would retain the basic decision-making power. Once that decision is made, within carefully limited boundaries, the member countries would be free to decide on which among them would be given priorities and what types of experiments could be conducted.

A Technical Commission should be created within the new international organization which would be able to make highly technical decisions concerning the nature of the experiments to be permitted and political decisions concerning the scheduling of experiment by the member countries.⁴³

This body should be modeled on the International Frequency Registration Board of the International Telecommunication Union which was designed to merge extremely high technical skills and at the same time provide a basis for third party decision making.

As the United Nations has defined several programs to develop poor countries⁴⁴, there should be no payment for services, but a nominal fee may be required.

A basic document of this new international organization should be based on several sources. The first is the Treaty

43. see CODDING JR. and BEHESHTI — *An International Agency for Earth Resources Experiments* — in *Journal of Space Law* — v. I 1973 p. 40.

44. Developed countries and developing countries should further cooperate through investment of financial resources and supply of technology and equipment to developing countries. (UNGA Res 3362 — Sept. 16, 1975 — Development and International Economic Cooperation, sec. II, item 10).

of the International Telecommunication Convention⁴⁵, which can provide a model for a Technical Commission. The second should be the basic document of Intelsat⁴⁶, which deals with space activities. It can also be based on many regulations of the U.N. Informal Single Negotiating Text for the establishment of the International Sea-bed Authority.⁴⁷

However, it is predicted that the conclusion of a Treaty on Remote Sensing and the implementation of this recommendation by the United Nations will not be reached in the near future. In spite of the concern of developing countries about the serious threat to the security of the world through the non-observation of the principle of territorial sovereignty, the subject of remote sensing activities does not have a high priority on the U.N. COPUOS agenda.

Bibliography

Books

ARON, RAYMOND. *Peace and War: a Theory of International Relations*. (New York: Praeger, 1970)

BLIX, HANS. *Sovereignty, Aggression and Neutrality*. (The Dag Hammarskjold Foundation, 1970)

BROWNLIE, JAN. *International Law and the Use of Force by States* (Oxford, 1963)

45. International Telecommunication Convention — General Secretariat of the International Telecommunication Union, Geneva, 1965.

46. Intelsat — International Telecommunications Satellite Organization was established on 12 February 1973, as a result of the entry into force on that date of two international agreements: the 'Agreement relating to the International Telecommunications Satellite Organization 'intelsat' concluded among governments, and the "Operating Agreement, relating to the International Telecommunications Satellite Organization, Intelsat, concluded among governments of their designated telecommunications entities.

47. Draft U.N. Convention on the International Seabed Area, working paper August 3, 1970 and Informal Single negotiating Text — A/Conf. 62/W.P. 3/Part 7 May 1975.

- BROWNLIE, JAN. *Basic Documents in International Law*. (Oxford: Clarendon Press, 1967)
- BROWNLIE, JAN. *Principles of Public International Law*, 2d edition. (Oxford: Clarendon Press, 1973)
- COOPER, JOHN COBB. *Exploration in Aerospace Law* — Selected essays edited by Ivan A. Vlasic. (Montreal: McGill University Press, 1968)
- DON, E. KASH. *The Politics of Space Cooperation*. (Pardue Research Foundation, 1967)
- GAL, GYULA. *Space Law*. (New York: Oceana, 1968)
- DE VISSCHER, CHARLES. *Théories et Réalités en Droit International Public*. 4ème édition. (Paris: Editions A. Pedone, 1970)
- LARSON, A., JENKS, WILFRED C. and others. *Sovereignty within the Law*. (New York: Oceana, 1965)
- LAY, S. HOUSTON and TAUBENFELD, H.J. *The Law Relating to Activities of Man in Space*. Chicago: University of Chicago Press, 1970).
- MCDUGAL, LASSWELL and VLASIC. *Law and Public Order in Space*. (New Haven: Yale University Press, 1963)
- NINCIT, DJURA. *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations*. (The Hague, 1970).
- VERWEY, W.D. *Economic Development Peace and International Law*. (1972)
- VINCENTON, R.J. *Non Intervention and International Order* (Princeton, New Jersey, 1974)
- VLASIC, I.A. *The Relevance of International Law to Emerging Trends in the Law of Outer Space* in Falk & Black, eds. *The Future International Legal Order*, vol. II, Chapter 4.
- WRIGHT, QUINCY, STONE, JULIUS, FALK, A. RICHARD, STRANGER, J. ROLAND. *Essays on Espionage and International Law*. (Ohio State University Press, 1962)

Articles and Papers.

- ADAMS, R. THOMAS. *The Outer Space Treaty an Interpretation in Light of the non Sovereignty Provision*. *Harvard International Law Journal* (vol. 9, p. 1, Winter 1968).
- BOURELY, M. *Europe and Remote Sensing*. A paper presented on the Symposium on Legal Implication of Remote Sensing from Outer Space. Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, October 16, 1975.
- CODDING, J.G. and BEHESHTI, M. *An International Agency for Earth Resources Experiments Journal of Space Law* (v. 11, 1973).

- COLWELL, ROBERT N. *Peaceful Uses of Photo Reconnaissance Satellites in Open Space and Peace* — A symposium on effects of Observation, ed. by F.J. Ossembeck, the Hoover Institution, Stanford University, California, 1964.
- DALFEN, CHARLES M. *The International Legislative Process: Direct Broadcasting and Remote Earth Sensing by Satellite Compared*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 1972.
- DEKANOV, R.V. *Relationship between the Status of Outer Space and the Statutes of areas withdraw from State Sovereignty* in Proceedings of the XVth Colloquium on the Law of Outer Space, International Institute of Space Law of the International Astronautical Federation, October 7, 1973.
- FEDELE, FRANK. *Peacetime Reconnaissance from Air Space and Outer Space: A study of Defensive rights in Contemporary International Law* Thesis presented at Institute of Air and Space Law, McGill University April, 1965.
- GALLOWAY, EILENE. *Remote Sensing from Outer Space: Legal Implication of Worldwide Utilization and Dissemination of Data*. Paper presented on the Symposium on Legal Implications of Remote Sensing from Outer Space. Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, Canada, October 16, 1975.
- GAEDHIUS, D. *The Presented State of Space Law*. The Netherlands, 1973. International Law Association Editor Prof. Dr. Maarten Bas.
- GOROVE, STEPHEN. *Earth Resources Survey Satellites and the Outer Space Treaty*. *Journal of Space Law*, v. 1, 1973.
- HERVY, *Le Concept Juridique de Souveraineté et le Droit Spatial*, XXVI Congrès International d'Astronautique Lisbonne, Septembre 1975.
- HITT, R. WILLIAM. *A Treaty on Remote Sensing Activities*. A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfilment of the requirements for the Degree of Master of Law. Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, August, 1975.
- KHAN, MUMTAZ ALMED. *Arms control, Disarmament and Observation in Space: Recent Developments*. A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfilment of the requirements for the Degree of Master of Laws. April, 1968.
- LUSTGARTEN, LIONEL. *Legal and Organizational Aspects of Remote Sensing of Earth Resources from Outer Space*. A thesis submitted to the faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Law. July, 1972.
- MANKIEWICZ, RENÉ. *Interpretation of the Treaty of Outer Space*. In Proceedings of the 11th Colloquium on the Law of Outer Space. International Institute of Space Law of the Institute of Astronautical Federation 1969.
- MARKOV, M.G. *Implementing the Contractual Obligation of Art. I & 1 of the Outer Space Treaty, 1967* in "Il Diritto Aerco". *Rivista di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*. 50, II Trim 74.

- REIJNEN, G.C.M. *Remote Sensing by Satellites and Legality*. The Astronomical Institute at Utrecht. The Netherlands.
- ROBINSON, GEORGE S. *World Wide Utilization and dissemination of data Acquired through Remote Sensing*. A paper presented on the Symposium on Legal Implications of Remote Sensing from Outer Space. McGill University, Montreal, October 1975.
- ROBINSON, MARVIN. *Remote Sensing from Outer Space: Role of the United Nations*, paper presented on the Symposium on Legal Implications of Remote Sensing from Outer Space. Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, October 16, 1975.
- STOEBNER, A.W. *Télé-détection des ressources terrestres technique et droit* a paper presented on the Symposium on Legal Implication of Remote Sensing from Outer Space. Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, October 16, 1975.
- TRAFFORD, DIANA. *Eye in the Sky In Search* — the Canadian Communications Quarterly, Fall/automne, 1975.
- VLASIC, I.A. *Space Lawyers, New Technology and the Question of Priorities*" Reprinted from Organizing Space Activities for World Needs. Edited by E.A. Steineroff Pergamon Press, Oxford & New York, 1971.
- WILLIAMS, S.M. *Earth Surveying from Space in the Light of the Principle of Sovereignty*. Proceedings of the 16th Colloquium on the Law of Outer Space — International Astronautical Federation. October 7 — 13, 1973.

ÍNDICE.

DOCTRINA.

Situações Subjetivas e Direito Subjetivo — Miguel Reale	9
Considerações Gerais sobre o Projeto de Código Civil — Miguel Reale	25
Obra Criada no âmbito de um Contrato de Trabalho — Antônio Chaves	59
Sintomas Denunciadores do “Desvio do Poder” — José Cretella Junior	79
Definição da Autorização Administrativa — José Cretella Junior	97
Os Jovens Adultos Delinquentes — Henny Goulart	123
Brasil Adere ao Tratado da Antártida — João Grandino Rodas	151
Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Práticas de Litígios e das Arbitragens Comerciais Internacionais — Guido S. Soares	163
“Classificacion y Conceptuacion de los Intermediarios Financieros” — Luz Antônio Mattos Pimenta Araújo	209

CONFERENCIAS E DISCURSOS.

A Faculdade de Direito de São Paulo na Cultura Brasileira — Miguel Reale	227
A Corte Internacional de Justiça e o Direito do Mar — Vicente Marotta Rangel	239
Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo — Manoel Pedro Pimentel	263
Francisco Morato — Mário Hoepfner Dutra	275

CRÔNICA UNIVERSITARIA.

José Ignácio Botelho de Mesquita, Titular de Direito Processual — A Redação	289
Discurso de Saudação de Goffredo da Silva Teles Junior	
Discurso de Posse de José Ignácio Botelho de Mesquita	
A Faculdade de Direito Recebe mais um Titular — A Redação . .	313
Discurso de José Ignácio Botelho de Mesquita	
Discurso de Posse de José Konder Comparato	

O Novo Titular de Direito Penal, João Bernardino Garcia Gonzaga	341
Oração de José Cretella Junior	
João Bernardino Garcia Gonzaga Agradece a Saudação dos Professores	

TRABALHO DE ALUNO.

Remote sensing of the Earth By Satellites and the Principle of Territorial Sovereignty — Valnora Leister	357
--	-----

INDEX.

DOCTRINE.

Situations subjectives et Droit subjectif — Miguel Reale	9
Considerations générales sur le Projet de Côte Civil — Miguel Reale	25
Ouvrage créé dans les limites d'un Contrat de Travail. Ouvrage fait sur commande — Antônio Chaves	59
Symptômes dénonciateurs de la "Déviation du Pouvoir" — José Cretella Junior	79
Définition de l'Autorisation Administrative — José Cretella Junior	97
Les jeunes Adultes Délinquants — Henny Goulart	123
Lé Brésil adhère au Traité de l'Antarctide — João Grandino Rodas	151
Introduction historique à l'Étude des solutions pratiques — des litiges et des arbitrages commerciaux internationaux — Guido J. S. Soares	163
"Classificación y conceptualización de los Intermediarios Financie- ros" — Luís Antônio Mattos Pimenta Araújo	209

CONFÉRENCES ET DISCOURS.

La Faculté de Droit de São Paulo et la culture brésilienne — Miguel Reale	227
La Cour Internationale de Justice et le Droit de la Mer — Vicente Marotta Rangel	239
Le Système pénitentiaire de l'Etat de São Paulo — Manoel Pedro Pimentel	263
Francisco Morato — Mário Hoepfner Dutra	275

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

José Ignácio Botelho de Mesquita, professeur titulaire de pro- cedure	289
Discours de réception de M. Gofredo da Silva Telles Junior	
Discours du professeur M. José Ignácio Botelho de Mesquita	
La Faculté de Droit reçoit un nouveau professeur titulaire ...	313

Discours de reception de M. José Ignacio Botelho de Mesquita	
Discours de professeur M. Fábio Konder Comparato	
Le nouveau professeur titulaire de Droit Pénal —	
... João Bernardino Garcia Gonzaga	314
Discours de reception de José Cretella Junior	
Discours de remerciements de	
M. João Bernardino Garcia Gonzaga	

TRAVAIL D'ÉLÈVE.

"Remote sensing of the earth by satellites and the principle of Territorial Sovereignty" — Valnora Leister	357
---	-----

TABLE OF CONTENTS.

DOCTRINE.

Subjective situations and Subjective Law — Miguel Reale	9
General considerations on the Project of the Code of Civil Law — Miguel Reale	25
Work created within the boundary of a labour contract. Work made to order — Antônio Chaves	59
Denotative symptoms of "Deviation of Power" — José Cretella Junior	79
Definition of Administrative permission — José Cretella Junior	97
The young grown-up offender — Henny Goulart	123
Brazil joins the Antarctic Treaty — João Grandino Rodas	151
Historical introduction to the study of practical solutions to liti- gations and international commercial arbitrations — Guido J. S. Soares	163
Clasificación y concepción de los intermediarios Financieros — Luis Antônio Mattos Pimenta Araujo	209

CONFERENCES AND SPEECHES.

The Faculty of Law of São Paulo and the brazilian cultural move- ment — Miguel Reale	227
The International Court of Justice and the Sea Law — Vicente Marotta Rangel	239
The penitentiary System of the State of São Paulo — Manoel Pedro Pimentel	263
Francisco Morato — Mário Hoepfner Dutra	275

UNIVERSITY CHRONICLE.

José Ignácio Botelho de Mesquita, full professor of procedure . .	289
Speech of greeting by Professor Goffredo da Silva Telles Junior Speech of Professor José Ignácio Botelho de Mesquita	
The Faculty of Law receives a new full professor	313
Speech of José Ignácio Botelho de Mesquita Speech of Fábio Konder Comparato	

The new full of Penal Law — João Bernardino Garcia Gonzaga	341
Speech of José Cretella Junior	
Speech of João Bernardino Garcia Gonzaga	

STUDENT WORK.

Remote sensing of the earth by satellites and the principles of	
Territorial Sovereignty — Valnora Leister	357

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO
TIPOGRAFIA FONSECA LTDA.
CGC 61.276.648/0001-80
RUA CORIOLANO, 962
FONE: 62-5205
SÃO PAULO

ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).