

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

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

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

NOTAS:

1. As expedições futuras dependem da devolução deste cartão.

Les expéditions ultérieures dépendent du renvoi de cette carte.

Further mailings depend on the return of this card.

2. Solicitamos permuta com publicação congênere.

Nous demandons l'échange avec publication congénère.

Please exchange with similar publication.

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

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

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

NOME _____

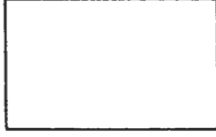
ENDEREÇO _____

CÓDIGO POSTAL _____

DATA _____

ASSINATURA _____

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



01000 – São Paulo, Brasil

01005 – Largo São Francisco, 95, 2º andar

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 82

(Janeiro – Dezembro)
1987

ISSN 0303-9838
REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, VOL. 82, 1987.

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

Em seu octagésimo segundo volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade ao preço de NCz\$ 15,00.

“Revista da Faculdade de Direito”

Endereço para permuta:

CEP 01005 – Largo São Francisco, 95, 2º andar. Fone: 239-3077, ramal 43

CEP 01000 – São Paulo, SP, BRASIL.

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, VOL. 82, 1987.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Prof. Dr. José Goldemberg

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

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari

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

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

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

CONSELHO EDITORIAL

Professor Doutor **Antonio Junqueira de Azevedo**,
do Departamento de Direito Civil

Professor Doutor **Celso Lafer**,
do Departamento de Filosofia e Teoria Geral

Professor Doutor **Irineu Strenger**,
do Departamento de Direito Internacional

Professor Doutor **José Afonso da Silva**,
do Departamento de Direito Econômico e Financeiro

Professor Doutor **Paulo José da Costa Júnior**,
do Departamento de Direito Penal

Professor Doutor **Odon Ramos Maranhão**,
do Departamento de Medicina Forense

Professora Doutora **Odete Medauar**,
do Departamento de Direito do Estado

Professor Doutor **Pedro Vidal Neto**,
do Departamento de Direito do Trabalho

Professor Doutor **Vicente Greco Filho**,
do Departamento de Direito Internacional

Professor Doutor **Fábio Konder Comparato**,
do Departamento de Direito Comercial

Prof. Dr. Antônio Chaves

Prof. Dr. Celso Neves

Prof. Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior

Prof. Dr. Luís Eulálio de Bueno Vidigal

Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel

Prof. Dr. Miguel Reale

Prof. Dr. Sílvio Rodrigues

SUMÁRIO

CAPÍTULO I DOCTRINA

1. Filosofia e Teologia Antonio Carlos de Campos Pedroso	14
2. Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNCITRAL (Lei-modelo) Guido Fernando Silva Soares	28
3. A Controvérsia Estados Unidos-Nicarágua e o Tema da Conduta das Partes Vicente Marotta Rangel	89
4. Videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores de videocassetes: sua posição frente ao Direito de Autor Antonio Chaves	100
5. Autópsias Inconclusivas Odon Ramos Maranhão/José Maria Marlet	140
6. Cônsules Honorários Paulo Borba Casella	148
7. Direito Administrativo Ambiental Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	159
8. Modalidades de Morte Violenta no Município de São Paulo José Maria Marlet/Odon Ramos Maranhão	170
9. As Garantias Constitucionais do Processo nas Ações Coletivas Ada Pellegrini Grinover	180
10. A Realidade Política e o Ensino Jurídico José Eduardo Faria	198

11. Forma de Propriedade, Capitalismo e Ética do Trabalho no Brasil: para uma crítica de Max Weber Alfredo Attié Júnior	213
12. O Imigrante e o Direito Gustavo Zanini	223

CAPÍTULO II TESES

*** Teses defendidas pelos candidatos no ano de 1987 nos cursos de Pós-Graduação (CPG) na Faculdade de Direito da USP	232
---	-----

CAPÍTULO III TRABALHO DE ALUNO

1. A História do Direito: Aspectos Conceituais Eugênio Carlos Callioli	240
2. Em Tema de Usufruto em Direito Romano Sara Mazzanti Corrêa	250

CAPÍTULO IV CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

*** Discurso de Posse do Professor Doutor Antonio Junqueira de Azevedo, Titular do Departamento de Direito Civil	269
--	-----

SUMMARY OF THE FASCICULE 82 – 1987

CHAPTER I DOCTRINE

1. Philosophy and Theology Antonio Carlos de Campos Pedrosa	14
2. International Comercial Arbitration and UNCITRAL'S Project Guido Fernando Silva Soares	28
3. The Controversy United Stats-Nicaragua and the Proceeding's Theme of the Parts Vicente Marotta Rangel	89
4. Video-Clubs, Allocators, Hirers and Video Cassete Recorder VCR Resellers: their Position toward the Author's Equity Antonio Chaves	100
5. Inconclusive Autopsies Odon Ramos Maranhão/José Maria Marlet	140
6. Honorific Consuls Paulo Borba Casella	148
7. Environmental Administrative Law Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	159
8. Manners of Violent Death in the City of São Paulo José Maria Marlet/Odon Ramos Maranhão	170
9. Constitutional Warranties of the Process in Collective Actions Ada Pellegrini Grinover	180
10. The Political Reality and the Juridical Education José Eduardo Faria	198

11. Types of Property, Capitalism and the Ethics of Labor in Brasil, toward a Critical View of Max Weber Alfredo Attié Júnior	213
12. The Immigrant and the Law Gustavo Zanini	223

**CHAPTER II
THESIS**

* Thesis presented by the applicants during 1987 at the School of Law of USP in post-graduation courses	232
---	-----

**CHAPTER III
STUDENT PRODUCTION**

1. The History of Law: Concept Aspects Eugênio Carlos Callioli	240
2. About Usufruct's Subject in Roman Law Sara Mazzanti Corrêa	250

**CHAPTER IV
SHARE FOR ACADEMICAL MEMORIES**

* Initiation Speech the Full Professor of Civil Law, Prof. Dr. Antonio Junqueira de Azevedo	269
--	-----

SOMMAIRE DU FASCICULE 82 – 1987

CHAPITRE I DOCTRINE

1. Philosophie et Théologie Antonio Carlos de Campos Pedroso	14
2. Arbitrage Commercial International et le Project de l'UNCITRAL Guido Fernando Silva Soares	28
3. La Controverse Etats Unis-Nicaragua et le Thème de la Conduit des Parts Vicente Marotta Rangel	89
4. Video Club, Distributeurs, Loueurs et Revendeurs de Videocassettes: leur position face au Droit de l'Auteur Antonio Chaves	100
5. Autopsies pas Conclusives Odon Ramos Maranhão/José Maria Marlet	140
6. Consuls Honoraires Paulo Borba Casella	148
7. Droit Administratif Ambient Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	159
8. Modalités de Mort Violente dans la Ville de São Paulo José Maria Marlet/Odon Ramos Maranhão	170
9. Les Garanties Constitutionnelles du Procès en ce qui Concerne les Actions Collectives Ada Pellegrini Grinover	180
10. La Realité Politique de l'Enseignement Juridique José Eduardo Faria	198

11. Forme de Propriété, Capitalisme et l'Éthique du Travail au Brésil: D'Après le Point de Vue Critique de Max Weber Alfredo Attié Júnior	213
12. L'Emigrant et le Droit Gustavo Zanini	223

CHAPITRE II THÈSES

*** Thèses présentées par les candidats em 1987 aux cours post-universitaires (CPG) à la Faculté de Droit de l'USP	232
---	-----

CHAPITRE III TRAVAIL D'ÉLÈVE

1. L'Histoire du Droit Aspects des Jugements Eugênio Carlos Callioli	240
2. A Propos de l'Usufruit em Droit Roman Sara Mazzanti Corrêa	250

CHAPITRE IV CONTRIBUTION POUR LES MÉMOIRES ACADÉMIQUES

* Discours prononcé par le Professeur Dr. Antonio Junqueira de Azevedo , du Département de Droit Civil, à l'Occasion de la Prise de ses Fonctions	269
---	-----

Capítulo I
DOCTRINA

Filosofia e Teologia

Antonio Carlos de Campos Pedroso

Professor Doutor de Filosofia do Direito e Teoria Geral de Direito da FDUSP

1. Introdução. O apelo à Transcendência. Diferentes orientações do conhecimento humano. A problemática de Deus. Plano de trabalho.

2. O problema de Deus e seus aspectos. A sabedoria da razão, a da fé e a teológica.

3. Conhecimento de Deus através dos entes finitos. Como se processa. A implicação metafísica.

4. Conhecimento de Deus através da revelação. Como se processa. A adesão da fé.

5. Diferenças de perspectivas. A razão e a fé. Pensar e crer. Atitude filosófica e atitude religiosa. A Filosofia, conhecimento racional de Deus. A Teologia, conhecimento de Deus pela adesão da fé e sua explicação por via discursiva.

6. Relações entre a Filosofia e a Teologia. Influências recíprocas. Tensão benéfica entre ambas.

7. O problema da Filosofia cristã. Breve referência. Possibilidade histórica.

8. Enunciados finais.

RESUMO

O texto visa destacar os critérios epistemológicos que permitem relacionar o conhecimento filosófico ao conhecimento teológico de Deus. Demonstra que ambos os aspectos da pesquisa sobre Deus são pertinentes e complementares.

O conhecimento filosófico de Deus decorre dos resultados da Metafísica e da Antropologia Filosófica. O ser humano atinge à Causa Final através do

“longo peregrinar” (a expressão é de Bochenski) pelo reino dos entes finitos. O conhecimento teológico de Deus decorre da revelação. O teólogo, por via discursiva, através de reflexão metódica sobre os dados da Bíblia, pretende chegar à uma explicação parcial de Deus.

O conhecimento da primeira espécie provém da razão; o da segunda, é obra da fé. Mas os estudos não são antinômicos porque entre a razão e a fé não pode haver conflito. É que, como salienta Béla Weissmahr, “o conhecimento derivado da revelação divina contém como seu elemento essencial o conhecimento de Deus que surge mediante o emprego da inteligência”. Logo a Teologia só pode acrescentar saberes mais elevados à Filosofia.

O conhecimento filosófico fica, assim, devidamente demarcado. Ele não se confunde com o conhecimento empírico ou o conhecimento científico. Muito menos com o de natureza teológica. O texto ressalta este último aspecto, procurando evidenciar a autonomia da Filosofia.

PALAVRAS-CHAVE

1. Filosofia. Conhecimento que tende à explicação de toda a realidade (conhecimento, universo, pessoa, existência, valores, sentido da história, mundo, Absoluto) à luz da razão natural.

2. Antropologia Filosófica. Pesquisa que tende à obtenção da resposta à indagação da essência e propriedades do ser humano (auto-realização, autodesenvolvimento e relações com o outro e o mundo).

3. Autotranscendência. Propriedade que decorre do sentido metafísico do homem, ou seja, o movimento pelo qual o homem procura superar a si mesmo: na vida cognitiva, pela busca incessante do saber; na vida volitiva, pela busca continuada e novas realizações.

4. Interpretação teocêntrica da autotranscendência. Abertura do Ser Total. Não a simples abertura orientada ao vazio ou ao futuro, mas uma abertura que se direciona ao Absoluto.

5. Teologia Natural. Parte da Ontologia que se preocupa com a explicação racional de Deus, bem como de suas relações com a criatura e o mundo.

O termo Teodicéia foi cunhado por Leibniz para a justificação de Deus, ou seja, o estudo da bondade divina, da liberdade do homem e da origem do mal.

6. Teologia Dogmática. Explicação metódica e científica destinada a conhecer e refletir sobre Deus, a partir dos dados da revelação historicamente ocorrida.

7. Relacionamento entre Filosofia e Teologia. A Filosofia conduz necessariamente a uma pesquisa sobre Deus com base na luz natural da razão; a Teologia, como estudo de Deus, tem como ponto de partida a revelação, procurando refletir sobre a mensagem bíblica, de forma metódica. Ambos os estudos se contemplam.

FILOSOFIA E TEOLOGIA

1. Introdução. O apelo à Transcendência constitui inclinação natural do ser humano. Por isso, nosso pensamento através de vários caminhos, se orienta para Deus, procurando melhor conhecê-Lo.

Santo Agostinho, nos “Solilóquios”, obra escrita após sua conversão e engajamento à fé cristã, traduziu esse entendimento ao indicar os temas básicos de sua filosofia: Deus e a alma. “Deum et animam scire cupio. Nihilne plus? Nihil omnino”⁽¹⁾. E, nas “Confissões”, obra escrita doze anos mais tarde, também confirmou esse pensamento ao proclamar: “Fecisti nos ad Te, et inquietum est cor nostrum, donec resquiescat in Te”⁽²⁾.

A busca agostiniana de Deus bem representa e traduz aquele anseio existencial de todo o ser humano. Propriedade essencial da natureza humana é, na verdade, a **autotranscendência** a que se referem filósofos como Gabriel Mar-

(1) Santo Agostinho, Los Soliloquios, Obras de Santo Agostinho, B.A.C., Madrid, 1957, tomo I, Livro I, cap. II, 7, p. 506.

(2) Santo Agostinho, Confessiones, Obras de Santo Agostinho, B.A.C., Madrid, 1968, tomo II, Livro I, cap. I, 1, p. 73.

cel⁽³⁾, Maurice Blondel⁽⁴⁾, e teólogos como Karl Rahner⁽⁵⁾ e Ladislaus Boros⁽⁶⁾

No presente trabalho, pretendemos analisar dois caminhos através dos quais o pensamento humano se eleva a Deus, o da Filosofia e o da Teologia, o saber racional e o saber da fé.

Bem sabemos que para muitos filósofos, como os que se dedicam à análise da linguagem, esta questão do conhecimento de Deus não se põe. Pensamos, porém, que uma resposta a tal questão precisa ser dada. A Filosofia não pode fugir à sua discussão.

Dentro do âmbito do tema proposto – Filosofia e Teologia – delimitamos nossa pesquisa à indagação das relações existentes entre esses dois saberes.

Seguiremos este plano: primeiramente, vamos pesquisar o problema de Deus nos seus diversos aspectos; em segundo lugar, estudaremos, mais detidamente, o aspecto filosófico, vendo em que constitui o Deus dos Filósofos; e, em terceiro lugar, orientaremos nossa pesquisa para o aspecto teológico, procurando apresentar o Deus da Revelação. As conclusões desta parte inicial, permitirão fixar nossa atenção na diferença fundamental de perspectiva, ou seja, a da razão e a da fé, a do pensar e a do crer. Isto nos levará ao âmago da questão, possibilitando, através das premissas que forem estabelecidas, firmar os necessários contornos e distinções entre a Filosofia e a Teologia, ou melhor dizendo, entre a Teologia Natural (parte especial da Ontologia) e a Teologia Sistemática (exposição metódica das verdades contidas na Revelação). E esse confronto culminará com a análise das influências, tensões e implicações recíprocas.

(3) Gabriel Marcel, *Le Mystère de l'être*, in *Textos de los Grandes Filósofos*, Curso de Filosofia Tomista, vol. 15, Barcelona, Herder, 1977, p. 233/236 (Fe y realidad. qué es el ser?).

(4) Maurice Blondel, *Exigencias Filosóficas del Cristianismo*, in *Textos de los Grandes Filósofos*, Curso de Filosofia Tomista, Barcelona, Herder, 1977, p. 168/173 (Pensar Natural y Pensar Cristiano).

(5) Karl Rahner, *Oyente de la Palabra*, trad. Alejandro Esteban Latos Ros, Barcelona, Herder, 1967, p. 73/91 (cap. V *El Hombre como Espíritu*).

(6) Ladislaus Boros, *O Deus da Esperança*, trad. Jesús Hortal, Ed. Loyola, 1976, p. 7/38 (As grandes correntes do pensamento contemporâneo).

Em suma: nosso estudo pretende dizer que a Teologia diz muito mais de Deus do que a Filosofia. Para a Teologia, Deus é a Vida Pura, a Verdade Pura, o Amor Puro. A Ontologia, porém, ensina que Deus é o Ser Infinito, uno e simples, a causa fundamental da ordem dos seres. Segundo a Teologia, Deus se revela no Mistério da Trindade, sendo uma pluralidade de pessoas sem composição ou exclusão mútuas (as pessoas divinas são consubstanciais). Para a Filosofia, Deus é a causa dos seres, exercendo sua ação por meio de leis naturais. Da Causa primeira é que provém toda a ordem e a dinâmica dos seres finitos. Em conseqüência, a Teologia contém saberes que, por acréscimo, podem completar os da Filosofia. Para a Teologia, Deus é muito mais do que simples causa dos seres. Deus é Amor. À sua providência, deve corresponder a resposta da criatura, num relacionamento pessoal de oração, de louvor e de súplica. A existência do ser humano se abre, assim, à Transcendência, sendo a esperança a estrutura ontológica da pessoa.

Toda a Teologia aperfeiçoa o conhecimento filosófico de Deus. E ambas as disciplinas, no seu correto relacionamento, contribuem, através dos enunciados relativos ao Ser Infinito, para despertar um relacionamento mais profundo entre o ser participado e o Ser Absoluto. Aliás, para Blondel, a Teologia é a perfeição da Filosofia.

2. O problema de Deus e seus aspectos. Existem vários caminhos pelos quais o conhecimento de Deus pode ser obtido. A distinção, segundo nos parece, foi bem equacionada por Manuel Gonzalo Casas. Segundo seu entendimento, há quatro sabedorias relativamente ao tema ao Absoluto: a sabedoria da razão, a da fé, a da teologia e a dos dons do Espírito Santo. São esses os modos do conhecimento de Deus⁽⁷⁾. Deixando de lado o conhecimento por último citado, que provém da vida carismática, vamos deter nossa atenção no conteúdo das três primeiras.

A sabedoria da razão é aquela que desvenda o problema de Deus à luz dos princípios naturais; a da fé se diferencia da anterior, porque se baseia na revelação, exigindo, mais, do ser pensante, uma atitude religiosa, de adesão, espontânea e livre, às verdades reveladas; a de natureza teológica conjuga, de certa forma, os dois fatores: baseia-se nos dados da fé, mas estes são estudados e explicitados por vias discursivas.

Cada uma dessas sabedorias diz algo a respeito de Deus. Contudo, é certo que o filósofo, como filósofo, não conhece a Deus senão de uma maneira indireta. Não pode penetrar no mistério de sua Intimidade; tem que se deter no limiar desta. Porque o filósofo parte do estudo dos seres finitos para poder atin-

(7) Manuel Gonzalo Casas, *Introducción a la Filosofía*, 4ª ed., Ed. Gredos S.A., p. 90/104 (Lección IX, Filosofía y Teología).

gir a Causa Primeira. E conhecer uma coisa como causa de outra não é conhecê-la de maneira absoluta. O teólogo, porém, tem uma perspectiva muito mais ampla. Ele parte da fé e pretende conhecer o tema de sua indagação, na sua natureza mais profunda. Para isto, é preciso que o próprio Deus, num ato de amor, se revele.

Basicamente, sob o ponto de vista científico, há dois caminhos para alcançar a Deus: o percorrido pelo filósofo e o percorrido pelo teólogo (o caminho da fé, puro e simples, pode não ser objeto de explicitação teológica, permanecendo, no entanto, autêntico). Aquele só chega a Deus através de um “longo peregrinar pelo reino do finito, através dos entes deste mundo”, sendo seu Deus “de contornos tão imprecisos e carregados de problemas”, como bem relembra J.M. Bochenski⁽⁸⁾. O último chega a Deus, logo de início: o ato de adesão à verdade revelada é desde então captado e cientificamente enunciado.

Ambos se condicionam mutuamente. A Teologia, tentando penetrar mais profundamente no mistério de Deus, complementa o conhecimento filosófico. É a seguinte a lição, sempre penetrante, de Edith Stein: “O pensamento conclusivo cunha conceitos bem afiados, mas mesmo estes não são capazes de abranger o incompreensível, distanciando-o, pelo contrário, de todo o termo conceitual. Mais do que o caminho do conhecimento filosófico, oferece-nos o caminho da fé: o Deus da proximidade pessoal, o amante misericordioso, é uma certeza que não é própria a nenhuma cognição natural. Mas também o caminho da fé é uma via escura. O próprio Deus sintoniza sua linguagem com regras humanas, para fazer-nos entender mais o incompreensível”⁽⁹⁾

A delimitação desses dois aspectos e a aceitação daquela diretriz dependem de melhor análise do Ser Infinito. Temos que **confrontar** a conceituação decorrente de uma **implicação metafísica**, para a qual o Ser Infinito é o fundamento e a razão ser de todos os entes e a proveniente da **revelação** do próprio Ser Total, como o Caminho, a Verdade e a Vida, onde além de ser causa dos entes, é Ele o propulsor do divino encontro com a liberdade dos seres humanos.

Estes dois conhecimentos foram bem esclarecidos por Joseph De Finance, *ipsis verbis*: “A razão conhece todas essas coisas a partir do finito, sem poder nunca sair de sua finitude. Do Ser divino só sabe o que dele se manifesta através dos entes. Não o capta em Si mesmo. Chega ao umbral do mistério, mas

(8) J.M. Bochenski, *Diretrizes do Pensamento Filosófico*, trad. Alfred Simon, 6ª ed., E.P.U., 1961, p. 109/119 (O Absoluto).

(9) Edith Stein, *Na Força da Cruz*, trad. Hermann Baaken, Ed. Cidade Nova, 1982, p. 49.

não lhe é permitido desvendá-lo. Além desse umbral, para ela se estende o incognoscível... O conhecimento direto do Ser Total só pode depender do Ser Total mesmo. E somente quando o Ser Total, por sua iniciativa gratuita, se manifesta em Pessoa, descobrindo à inteligência, nas mais profundas partes do mistério, alguns horizontes insuspeitos, somente assim o conhecimento do ser, **esboçado na Ontologia**, alcança sua perfeição: uma visão penetrante e unificadora, que capta a cada um dos entes no mais íntimo de si mesmo, contemplando-os todos juntos na sua fonte e no seu exemplar, na Idéia concreta do Ser que é, no horizonte da mera razão, a essência divina e, mais precisamente, no horizonte da fé, o Verbo de Deus”⁽¹⁰⁾.

Com esta indicação, procuremos confrontar o conhecimento indireto do Ser divino, o que se manifesta através dos entes, com o conhecimento direto, que provém da revelação. Esta seqüência melhor traduzirá os diversos elementos que irão servir de fundamento para as distinções e relacionamentos ulteriores entre a Filosofia e a Teologia.

3. Conhecimento de Deus através dos entes finitos. A Filosofia é “o conjunto dos conhecimentos naturais, metodicamente adquiridos e organizados, que tende a fornecer a explicação fundamental de todas as coisas”, consoante definição de Louis de Raeymaeker⁽¹¹⁾. Tem como notas características, na expressiva lição do Prof. Miguel Reale, “o amor do saber e a exigência de universalidade”⁽¹²⁾

Para atingir a esta explicação fundamental, a Filosofia estuda o ser, analisando seus atributos, sua ordem e sua dinâmica, no plano metafísico. Cabe-lhe a análise do ser na sua unidade e pluralidade, bem como na sua atividade.

Esse estudo conduz, necessariamente, a um problema fundamental: o de Deus. Trata-se de problema implícito, desde logo, na primeira revelação do ser. O estudo dos seres finitos culmina com a análise metafísica da existência de Deus.

Fernand Van Steenberghen, depois de ter considerado a ordem dos seres finitos (composição e dinâmica), demonstra que a existência do Ser infinito constitui uma **implicação metafísica**. O estudo filosófico de Deus é simples explicitação do conteúdo de referidas inferências. A dedução dos atributos, ne-

(10) Joseph De Finance, *Conocimiento del Ser*, Tratado de Ontologia, trad. Salvador Caballero Sánchez, Ed. Gredos S.A., p. 497/498.

(11) Louis de Raeymaeker, *Introduction a la Philosophie*, 4ª ed., Publications Universitaires de Louvain, 1956, p. 33.

(12) Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 9ª ed., Saraiva, 1982, p. 5/9.

gativos e positivos, de Deus constitui objeto da ciência ontológica, ou melhor, é o coroamento da análise da composição do finito⁽¹³⁾.

A razão última dos seres é a Causa Fundamental a que se chega após o longo peregrinar a que se refere J.M. Bochenski, já mencionado. Porque a causa fundamental é transcendente com relação às causas finitas. E, assim, o Ser Infinito surge de uma implicação de ordem metafísica.

Assim obtido, esse conhecimento é relativo, limitado, parcial, incompleto e indireto. O conhecimento do filósofo se inicia com a análise da concepção dos entes para, através destes, atingir o Ser. Da contingência dos seres finitos é que deve ser extraída a prova da existência do Ser supremo e necessário.

Deus não é conhecido em si, mas como causa dos seres. Como ensina Aristóteles: “dizemos que Deus é uma das causas de todas as coisas, um dos primeiros princípios” (Metafísica, L. 1, 983, 10).

Revelando a Deus como causa dos seres, a Filosofia responde parcialmente à questão formulada no início deste trabalho. Seu caminho leva a Deus, mas seu conhecimento é superficial. Partindo dos seres não atinge o Ser na sua realidade mais profunda.

Béla Weissmahr, depois de discutir o problema da capacidade cognitiva do homem relativamente ao conhecimento racional de Deus e de concluir pela sua possibilidade, indica, de forma metódica, os **sinais de Deus no mundo**, a saber: “a) o homem em busca do sentido da vida; b) o homem diante da exigência absoluta da moralidade; c) o homem na busca do sentido último de todas as coisas; e d) o homem frente ao mistério do mundo em evolução”⁽¹⁴⁾.

O conhecimento de Deus vem da percepção de alguns sinais. Exemplo frizante dessa perspectiva filosófica, que apenas consegue revelar a Deus como causa dos seres temos numa passagem de Santo Agostinho. Nas suas “Confissões”, servindo-se de um processo literário, ele formula a diversos seres da natureza a pergunta relativa ao conhecimento de Deus. Destes seres (trata-se da terra, do ar, do vento, do sol, da lua, das estrelas, do próprio homem, da massa do universo) só botem uma resposta: “Foi Ele quem nos criou”. À pergunta

(13) Fernand Van Steenberghen, *Ontologia*, 4ª ed., Publications Universitaires de Louvain, 1966, p. 166/168; idem *Dieu Caché*, Publications Universitaires de Louvain, 1966, p. 232/269.

(14) Béla Weissmahr, *Teología Natural*, trad. Claudio Gancho, Barcelona, Herder, 1986, p. 58 e segs.

“Quem é Deus?” ou à súplica “dizei-me ao menos alguma coisa Dele”, os seres respondem com argumentos de mera causalidade porque não podem sair de sua finitude⁽¹⁵⁾.

Esse o conhecimento preambular de Deus que, evidentemente, só pode ser complementado pelo conhecimento teológico. Parece que isto não consistirá em um problema para a fé, porque esta, embora auto-suficiente, deverá ser compatível com a razão. Não se pode crer naquilo que parece manifestamente absurdo ou simplesmente falso.

Antes, porém, de concluir pela compatibilidade entre a razão e a fé, e da possibilidade de harmonia fecunda entre a Filosofia e a Teologia, vejamos como se processa o conhecimento do Ser Total que se manifesta a nós, na sua natureza mais profunda pela revelação.

4. Conhecimento de Deus através de sua revelação. Afirma o cristianismo que os Patriarcas, os Profetas e sobretudo Jesus Cristo trouxeram aos homens a mensagem de Deus, uma revelação divina. Por via de conseqüência, nesta revelação, também subsiste uma visão compreensiva e unificada da realidade.

Nas suas linhas gerais, a revelação abrange o mistério primordial, o da Encarnação e o da Redenção: o primeiro revela a natureza de Deus; o segundo, o de Jesus Cristo, que se fez homem; e o terceiro, o mistério da Cruz, de um Deus que salva a humanidade pecadora.

O mistério primordial afirma a existência de um Deus Infinito, subsistente em três pessoas, que têm participação na mesma e única natureza divina. Eternamente, o Pai engendra o Filho, ou seu Verbo, expressão perfeita do seu pensamento. Eternamente, também o Pai e o Filho constituem o princípio do Espírito Santo, expressão perfeita e subsistente do amor dos primeiros.

Este é o dogma do Deus em si. Semelhante conclusão em nada contradiz as conclusões da Ontologia, acima explicitadas. Projeta, isto sim, uma luz nova sobre a essência e os atributos de Deus, metafisicamente descritos.

Além desse conhecimento, a revelação nos apresenta o mistério da Encarnação e da Redenção: o mistério do “Deus conosco” e o da Cruz. Sobre este último Edith Stein teceu profundas considerações. Pois bem, respondem ambos os mistérios a um desígnio grandioso: fazer de Jesus, o centro e o fim de toda a criação e assegurar, a todas as criaturas, o retorno à casa do Pai. Aliás, no pensamento de W Soloviev, de espírito platônico e agostiniano, Cristo é a categoria da unidade total, o cosmos divinizado.

(15) Santo Agostinho, Confessiones, ob. cit., p. 396.

Este é o mistério. Seu conteúdo também é compatível com a noção filosófica de sabedoria na ordem da causalidade. Se a realidade absoluta não se encontra na ordem dos seres finitos, ela é transcendente ao finito. Não há antinomia entre esta inferência metafísica e a que decorre do estudo sistemático da revelação. Para esta, Deus não é apenas a sabedoria que tudo ordena, mas o amor que, através desta mesma ordenação, se manifesta. Deus é a providência que, através da criação continuada, cuida dos seres, dirigindo o mundo à realização de seu plano. As conclusões apresentadas por Jacques Maritain, na sua obra “Sobre a Filosofia da História” se harmonizam, perfeitamente, com afirmações de ordem escatológica.

Vê-se, assim, que tudo o que filosoficamente se pode afirmar de Deus é, também, reconhecido pela revelação e estudado pela Teologia. Para a Filosofia, Deus é o ser necessário à explicabilidade racional do mundo, na sua ordem, harmonia e consumação; para a Teologia, Deus é o Ser eterno, Absoluto e Criador de todos os seres, sendo, além disso, o Amor Infinito que se manifesta numa providência especial e misteriosa. Não há, pois, dissonância entre as conclusões da Antropologia Filosófica, da Ontologia ou da Filosofia da História e a visão mais abrangente da Teologia.

São perspectivas diversas que não se excluem.

5. Diferenças de perspectivas. A razão e a fé. Pensar e Crer. Atitude filosófica e atitude religiosa. Vimos que o caminho filosófico e o caminho teológico levam a Deus, embora o peregrinar do primeiro seja diverso do do segundo. Como quer que seja, é procedente a afirmação de Edith Stein, segundo a qual “quem procura a verdade, consciente ou não, procura Deus”. Além disso, mostramos que o conhecimento de Deus, através dos entes coincide, em parte, com o conhecimento de Deus, através da verdade revelada. Por fim, verificamos que os dois prismas de conhecimento não se opõem nem se excluem.

Logo, pode-se dizer que a Filosofia e a Teologia constituem maneiras diferentes, embora harmônicas, de olhar e perscrutar a natureza do Criador. Como diz Orlando Vilela “A Filosofia vê as coisas nelas mesmas e Deus nas coisas; a Teologia vê Deus nele mesmo e as coisas em Deus”⁽¹⁶⁾.

Há diferença de perspectiva nesse olhar: uma encara a realidade divina pela razão; outra, pela fé. Por conseguinte, o objeto material delas é, em parte, idêntico; o objeto formal é diverso e as distingue: a Filosofia considera a Deus como causa dos seres; a Teologia, na sua realidade mais profunda. Rigorosamente falando, pode-se dizer que só se chega à existência e à natureza de Deus através da análise do finito: o objeto próprio e direto da Ontologia é o estudo do ente enquanto ente, sendo Deus causa adequada do finito. Este é mutável,

(16) Orlando Vilela, *Iniciação Filosófica*, Ed. Agir, 1961, p. 68/72.

múltiplo, contingente e relativo, sendo Deus “implicação necessária” desses atributos. Assim é a Filosofia (no caso, a Teologia Natural); não a Teologia (Sobrenatural), cujo estudo encara a realidade divina na sua realidade mais profunda.

Procede tal situação do fato de existir no ser humano a luz do conhecimento natural e a da fé, coexistentes e em posição de perfeito equilíbrio. O crer não pode ser contrário à evidência do pensar, pois, ainda que distintos, não são separados.

Santo Tomás de Aquino, na *Summa contra Gentiles* adverte que “os dons da graça se acrescentam à natureza de tal maneira que os mesmos não a suprimem, senão que a aperfeiçoam. Assim sucede com a luz da fé que nos é infundida gratuitamente: não destrói a luz do conhecimento natural com a qual temos sido dotados pela natureza”.

Nem sempre assim se entendeu. Historicamente, vários esforços foram feitos para conciliar a razão e a fé. Uns chegaram ao extremo de negar aquela em favor desta; outros, ao contrário, deificaram a razão, negando qualquer possibilidade à fé.

A razão pode ver a Deus por força da evidência intrínseca; a fé, pela evidência extrínseca da autoridade de um Deus que se revela ao homem. De modo que a crença jamais pode ser contrária aquela evidência racional.

A Teologia Sistemática subsiste ao lado da Teodicéia, para nos utilizarmos da expressão cunhada por Leibniz.

Dois conclusões podem ser estabelecidas com base no que ficou exposto: a) o conhecimento de Deus através dos entes e o de Deus proveniente da revelação não se contradizem nos seus enunciados; b) a luz que ilumina aquele conhecimento e a que manifesta a este se encontram perfeitamente equilibradas no ser humano, coexistindo harmonicamente.

São estas as duas bases para o correto equacionamento entre as disciplinas filosófica e teológica. A problemática, apontando os elementos de confronto permite, agora, demonstrar as relações de compatibilidade que reinam entre ambas, as influências mútuas e possíveis tensões, sempre benéficas.

Procuremos examiná-las.

6. Relações entre a Filosofia e a Teologia. Influências recíprocas. Tensão entre ambas. A sabedoria é o conhecimento sobre a realidade última, a do Ser Supremo; mas ela se realiza sob duas luzes distintas: a sabedoria filosófica, à luz natural da razão; a sabedoria teológica, à luz da fé.

O conhecimento teológico completa e aperfeiçoa o conhecimento ontológico de Deus.

Esta complementação eficiente dá origem às relações recíprocas entre ambas as disciplinas; ademais, elas mantêm entre si mútuas influências, numa tensão sempre benéfica.

A contraposição entre ambas é simplesmente insustentável. Jacques Maritain, numa síntese feliz, assim formulou aquelas relações: “A Teologia ou ciência de Deus, enquanto se deu a conhecer a nós pela revelação, está acima da Filosofia. A Filosofia lhe é submetida, não em seus **princípios**, nem em seu **desenvolvimento**, mas em suas **conclusões**, sobre as quais a Teologia exerce **controle**, constituindo, assim, a regra negativa para a Filosofia”⁽¹⁷⁾.

Desse enunciado e com base nos grifos, que são nossos, pode-se deduzir: a) a Filosofia fornece elementos à Teologia, para que esta possa atingir seu objetivo: compreender, na medida do possível, as verdades reveladas; b) a Teologia, por ter proeminência sobre a Filosofia, exerce uma regulação de caráter negativo.

No primeiro caso, não se trata de uma utilização de caráter necessário (porque, em si mesma, a Teologia é independente), mas de caráter conveniente. Nesse sentido a Filosofia pode ser considerada instrumento da Teologia, porque auxilia o raciocínio teológico. Daí a fórmula clássica: “*philosophia ancilla theologiae*”. Aliás, a Teologia não pode estar desligada das categorias do pensamento.

No segundo caso, a diretriz existe porque a verdade das proposições reveladas não pode estar em antagonismo com a das proposições filosóficas. Como vimos, a fé e a razão não podem apresentar conclusões antinômicas. Pode ocorrer, é certo que determinados raciocínios filosóficos, não elaborados por formas inteiramente corretas, propiciem conclusões contraditórias relativamente à verdade da fé, suficientemente esclarecida pela Teologia. Nesse caso, de pseudoconflito, de conflito aparente, esta última disciplina pode indicar teses que não podem ser aceitas.

Por tudo, a Teologia é um estímulo ao filosofar. Há questões filosóficas somente possíveis pela pressão da fé na especulação do cristão. Assim, a Filosofia recebe da Teologia notáveis subsídios para a elaboração de certos conceitos e teorias que seriam omitidas se deixadas a seus próprios recursos.

(17) Jacques Maritain, *Éléments de Philosophie, Introduction Générale a la Philosophie*, Paris, Libr. Pierre Tequi Ed., 1951, p. 86 e segs.

7. O problema da Filosofia Cristã. As considerações precedentes tentaram estabelecer a harmonia reinante entre a razão e a fé; objetivaram confrontar o conhecimento de Deus dos Filósofos e o conhecimento de Deus dos Teólogos; demonstraram ser o segundo conhecimento um aprofundamento do primeiro; apresentaram os caminhos para Deus através da sabedoria filosófica e da teológica; e mostraram que, embora separadas e distintas, as ciências filosófica e teológica guardam entre si relações harmônicas, havendo influências e tensões recíprocas.

O problema da Filosofia Cristã surge, precisamente nesse contexto: o pensador cristão intenta demonstrar certas verdades relativas a Deus (existência, natureza, criação, relações com o mundo, etc.) sobre as quais já crê firmemente. A questão, que apresenta inúmeras dificuldades a resolver, comporta nova pesquisa, fugindo ao alcance do presente trabalho. Pode-se afirmar, contudo, que o filósofo, quando demonstra as verdades básicas se vale de métodos próprios, sendo seus conhecimentos obra única, exclusiva e específica da razão.

Nestas condições, não pode haver uma filosofia que seja cristã, em si mesma, isto é, estruturalmente. Pode, isto sim, surgir, historicamente, uma filosofia que se harmonize com a verdade revelada, sendo, assim, por **mero acidente**, cristã. A Filosofia é autônoma em seu âmbito racional. Ainda que se consagre ao estudo de Deus (Teologia Natural) deve ser sempre conduzida pela luz racional da razão. A explicação última só pode ser captada pela luz da razão. A explicação do universo a partir de suas razões últimas deve ser fruto de captação racional. A maiêutica de Sócrates, a dialética de Platão, a lógica de Aristóteles, a intuição de Bergson ou a intuição fenomenológica de Husserl, apenas para citar alguns caminhos para o filosofar, são métodos que jamais se compadecem com o ato de fé.

Em sua essência, a Teologia é cristã; não a Filosofia que se assenta em bases racionais, puramente humanas.

8. Conclusões. No desenvolvimento do presente trabalho, procuramos demonstrar que tanto a Filosofia quanto a Teologia se preocupam com o tema do Absoluto, havendo dois caminhos para a sua pesquisa.

Resumindo, podemos dizer, agora, como ambas as disciplinas se distinguem e se relacionam.

A Filosofia parte dos seres finitos para, através destes, alcançar a Deus, como Causa Fundamental; a Teologia parte de Deus, na sua própria natureza.

A Filosofia, conhecendo a Deus, como causa dos seres, não o conhece de maneira absoluta e direta; a Teologia, pelo contrário, conhece a Deus na sua natureza mais profunda, em parte revelada.

A Filosofia chega a um Deus impreciso e de contornos problemáticos, mesmo assim após o longo peregrinar pelo mundo dos seres; a Teologia alcança a Deus no seu limiar, pela adesão prévia, que exige, das verdades reveladas.

O objeto material de ambas é, assim, Deus.

O objeto formal, que as distingue, é, no caso da Filosofia, Deus somente como causa dos seres (aspecto determinado, circunscrito), e, no caso da Teologia, Deus na sua natureza mais profunda (na parte revelada).

As relações entre ambos os conhecimentos só podem ser harmônicas. A fonte do conhecimento da Filosofia é a razão e a da Teologia é a fé. Mas os dons da graça não destróem senão aperfeiçoam os da natureza.

Ainda aqui são cabíveis as seguintes considerações de Béla Weissmahr, in verbis: “o conhecimento divino obtido com a ajuda da inteligência humana deve ser considerado como um conhecimento outorgado por Deus; e o conhecimento derivado da revelação divina contém como seu elemento essencial o conhecimento de Deus que surge mediante o emprego da inteligência”. E mais: “o conhecimento divino ‘natural’, isto é, o conhecimento de Deus que a criatura desenvolve ‘imane do mundo’, e o conhecimento divino por revelação ou ‘transcendente’ não só não se excluem senão que se **condicionam mutuamente**”⁽¹⁸⁾.

O saber teológico completa o filosófico. Se a resposta da Filosofia é parcial, a da Teologia é mais completa. A Teologia acrescenta saberes mais elevados à Filosofia, sem excluir os desta.

Isto posto, acolhemos as seguintes ponderações de Johannes Hessen: “A tragédia do conhecimento filosófico não pode superar-se no campo da Filosofia, porque brota de sua essência mais íntima. Deste modo, a Filosofia aponta a um ideal mais alto, mais além dela mesma, que significa preencher o último desejo que nenhuma Filosofia pode satisfazer. Com outras palavras, é a religião o que a Filosofia assinala como seu complemento essencialmente necessário”⁽¹⁹⁾.

A Filosofia implica numa conversão do superficial para o profundo, do relativo para o absoluto. A esta certeza nos conduz a Filosofia. Na Teologia, a certeza é de tipo diferente: implica, não só numa conversão profunda, mas num relacionamento íntimo do ser participado com o Absoluto. Depende do assentimento da fé e este provém da potência mais profunda do nosso ser. São Paulo, 15 de abril de 1987

(18) Béla Weissmahr, ob. cit., p. 185/190.

(19) Johannes Hessen, Tratado de Filosofía, Ed. Sudamericana, p. 41/42.

Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNCITRAL (Lei-modelo)

Guido Fernando Silva Soares

Professor Adjunto do Departamento de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESUMO: 1. O Direito do Comércio Internacional e a UNCITRAL. 2. A Arbitragem Comercial Internacional e Suas Fontes Normativas. 3. O Regulamento da UNCITRAL de 1976 e a Lei-Modelo de 1985. Conclusões. Bibliografia. **ANEXOS:** I – O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de 1976. II – Parecer ao Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, de 09 de novembro de 1984, sobre o Projeto de Convenção sobre Arbitragem Comercial Internacional (Lei-Modelo da UNCITRAL). III – Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, adotada pela UNCITRAL na sua 18ª Sessão, em Viena, a 12 de junho de 1985. (Tradução Livre do Autor)

RÉSUMÉ: Il s'agit de la présentation en portugais des deux textes élaborés par la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International, la CNUDCI, en 1976 (le Règlement sur l'Arbitrage Commercial International) et en 1985 (la Loi-Type sur l'Arbitrage Commercial International). Dans une petite introduction l'auteur étudie l'importance de l'arbitrage international dans les rapports de nature commerciale des nos jours et montre le manque de modernité des lois brésiliennes sur le sujet, même devant les efforts de modernisation de la jurisprudence de la plus Haute Cour du Brésil, pour rendre les sentences arbitrales étrangères valables devant le for brésilien. Il y a aussi la transcription d'un avis de l'auteur dirigé au Ministère des Affaires Étrangères sur le nécessité de rendre la législation brésilienne plus à l'ordre du jour en ce qu'il s'agit la réglementation de l'arbitrage commercial international au Brésil. Des notes renvoient à des difficultés de terminologie entre les textes de la CNUDCI et droit brésilien.

1. O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A UNCITRAL

UNCITRAL (ou sua sigla em francês: CNUDCI) é a **United Nations Commission on International Trade Law**, comissão de representantes dos Estados junto à ONU, criada pela Resolução nº 2205 (XXI) de sua Assembléia Geral de 17 de dezembro de 1966, e instalação de seus trabalhos na primeira sessão de 29 de janeiro de 1968, com a missão específica de “promover a progressiva harmonização e a unificação do direito do comércio internacional, através de (art. 8º da Resolução AG [XXI] de 17/XII/1966) ações tendentes a:

a) coordenar o trabalho de organizações ativas neste campo, e encorajar a cooperação entre elas;

b) promover a mais ampla participação nas convenções internacionais já existentes e mais ampla aceitação de leis-modelos e de leis uniformes;

c) preparar e promover a adoção de novas convenções internacionais, leis modelos e leis uniformes, e promover a codificação e mais ampla aceitação de termos do comércio internacional, provisões, costumes e práticas, em colaboração, quando apropriado, com as organizações que operam em tal campo;

d) promover as maneiras e meios de assegurar uma interpretação e aplicação uniformes de convenções internacionais e de leis uniformes no campo do direito do comércio internacional;

e) coligir e disseminar informações sobre legislação nacional e aplicação de convenções internacionais e de leis uniformes no campo do direito do comércio internacional;

f) estabelecer e manter estreita colaboração com a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, UNCTAD;

g) manter ligações com outros órgãos das Nações Unidas e agencias especializadas, que se dedicam ao comércio internacional;

h) tomar qualquer outra providência que julgar cabível para o cumprimento de suas funções.

O art. 9º da Parte II da referida Resolução assenta as bases normativas do trabalho da UNCITRAL, **verbis**: “A Comissão levará em consideração os interesses de todos os povos e particularmente aqueles dos países em desenvolvimento, no desenvolvimento extensivo do comércio internacional”.

Na verdade, a UNCITRAL não pretende elaborar um direito internacional “stricto sensu” do comércio internacional, ou seja, um capítulo do Direito Internacional Público dirigido às relações comerciais na atualidade. Tal missão, que constituiria o que se poderia denominar um “jus mercatorum inter gentes”, se perfaz com a elaboração de princípios e normas internacionais, cujos legisladores são os Estados, igualmente seus destinatários, através de tratados internacionais de aplicação supranacional, porque normas supra-estatais; ora são elaborados nas relações bilaterais (tratados de comércio, de navegação, de amizade, de estabelecimento de organismos bilaterais de cooperação econômica e comercial, a exemplo o Tratado de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, para o aproveitamento e exploração comercial conjuntos do potencial hidrelétrico do salto de Sete Quedas no rio Paraná), ora nas relações multilaterais regionais, de ma-

neira direta (tratados de estabelecimento de tratamento preferencial para produtos oriundos da área definida; a exemplo o Tratado de Cooperação Amazônica) ou de maneira indireta (tratados que criam organismos de integração regional, do tipo ALADI ou das Comunidades Econômicas Européias); ora, enfim, nas relações multilaterais universais (o tratado de estabelecimento do GATT, os que regulam seu funcionamento e os resultados deste, os acordos de Bretton Woods de criação do FMI e do BIRD, as criaturas das Nações Unidas, do tipo UNCTAD, PNUD, etc.).

A atuação dos agentes do que denominamos “jus mercatorum inter gentes” tem em vista criação de normas auto-aplicáveis pelos Estados, uma vez que normas de Direito Internacional Público. Tão somente como retórica se pode falar, neste campo, de criação de um Direito Uniforme, e muito menos de coordenação de aplicação de leis modelos ou regulamentos de direito material uniformizados.

Na UNCITRAL, trata-se, isto sim, da elaboração de um “jus gentium mercatorum”, direito que regula as relações dos agentes do comércio internacional, e que **tendem a ser uniformizados** no mundo, não por força de constarem em tratados internacionais, mas pela sua própria vocação de ultrapassarem as fronteiras dos Estados. O fato de a denominada “lex mercatoria” já ter existido com o nome de “jus gentium”, conforme bem apontou o Prof. Berthold Goldmann **apud** “lex Mercatoria” in **Forum Internationale**, nº 3, nov. 1983 (Kluwer, Daventer, Países Baixos), mostra que não se trata de um mero capítulo do Direito Internacional Público, mas antes, de um ramo novo do direito, o Direito do Comércio Internacional, cuja tipicidade pode ser demonstrada tão só pelo estudo de suas fontes normativas. Neste campo, ganham em relevância os usos e costumes do comércio internacional, que se sobressaem em importância sobre o “jus scriptum”, este, na verdade, mais compilações do que verdadeiras fontes legislativas (veja-se, a exemplo, a compilação dos INCOTERMS feita pela Câmara Internacional do Comércio de Paris, a prestigiada CCI, organização de caráter privado de direito francês, que no entanto, são aceitos como normas cogentes nas relações comerciais internacionais, ou ainda a Convenção da Haia de 15 de junho de 1964, relativa ao Direito Uniforme em Matéria de Formação de Contratos para a Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, que tem sido aplicada como lei supletiva nos contratos comerciais internacionais). A inexistência de um legislador internacional que tenha o poder de elaborar normas uniformes que regulem as relações de caráter privado no comércio internacional, torna o estudo do direito do comércio internacional bastante complexo, pois exige um conhecimento das normas do Direito Internacional Público, da atuação dos organismos interestatais, bem como daquele terreno vastíssimo dos usos e costumes vigentes nas relações comerciais entre particulares submetidos a jurisdições estatais diferentes.

No relatório do Secretário Geral da ONU, por ocasião da votação da Resolução da AG que criou a UNCITRAL, a expressão “direito do comércio internacional” foi definida como “o corpo de normas que regulam as relações comerciais de caráter privado, que envolvem diferentes países” e que englobam:

- a) compra-e-venda internacional de mercadorias (intl. sale of goods)
 - i) formação dos contratos;
 - ii) acordos de agenciamento;
 - iii) acordos de exclusividade de vendas.
- b) instrumentos negociáveis e créditos bancários comerciais;
- c) normas relativas à conduta de atividades negociais referentes ao comércio internacional;
- d) seguro;
- e) transporte:
 - i) transporte de mercadorias por mar;
 - ii) transporte de mercadorias por via aérea;
 - iii) transporte de mercadorias por estradas de ferro e rodovias;
 - iv) transporte de mercadorias por águas interiores.
- f) propriedade industrial e direitos autorais;
- g) arbitragem comercial.

No citado relatório, foi afirmado (§ 11) que o que então se discutia, na criação da UNCITRAL, não era pertinente às “relações comerciais internacionais ao nível do direito público (on the level of public law), como aquelas relativas às atitudes e comportamentos dos Estados, quando regulamentam, no exercício de sua soberania, a conduta do comércio que afeta seus territórios. Ilustrações de relações comerciais de tal tipo são os tratados bilaterais ou multilaterais de comércio, tais o GATT, ou o Tratado de Roma que estabeleceu a Comunidade Econômica Européia. Os acordos internacionais sobre produtos de base (“international commodity arrangements”) estão igualmente excluídos do presente relatório...

O que tem caracterizado a formação do direito do comércio internacional é seu caráter espontâneo, baseado nos usos e costumes das relações mercantis internacionais, entre pessoas submetidas a leis de Estados diferentes, e com

grande número de normas “secretadas” pela jurisprudência arbitral internacional. Com efeito, inexistente um judiciário institucional com uma competência prévia aos litígios e com uma jurisdição internacional em qualquer parte do mundo, no que se refere às relações do comércio internacional, (comércio entendido “strico sensu”, como as relações de caráter privado entre pessoas submetidas a jurisdições estatais distintas)⁽¹⁾ Mesmo que se admita um desdobramento de funções do juiz judiciário de cada Estado, de ser também um órgão judiciário internacional quando julga questões que envolvem pessoas submetidas a jurisdições estatais diferentes (a teoria do “*dédoublement fonctionnel*” do Prof. Georges Scelle), o fato é que as relações comerciais internacionais têm uma incompatibilidade com os judiciários internos; são exatamente as virtudes dos judiciários internos (a publicidade, o relativo formalismo rígido imposto pelo legislador nacional no caminhar-se no processo civil, os poderes absolutamente fixos e inalteráveis do julgador, funcionário do Estado, as limitações de soluções negociadas entre os litigantes durante o processo) que tem causado a busca de soluções de litígios entre participantes dos negócios comerciais internacionais, em formas mais expeditas, rápidas, secretas e cercadas com formalidades mínimas, e sobretudo, com procedimentos que as partes podem controlar; uma delas é a arbitragem comercial internacional.

2. A Arbitragem Comercial Internacional e Suas Fontes Normativas

Como qualquer fenômeno relacionado ao comércio internacional, a arbitragem comercial internacional repousa sobre a quase total autonomia das vontades dos agentes. As normas que regulam as relações jurídicas são, na maioria dos casos, elaboradas pelas partes e retiram sua eficácia da boa fé que rege aqueles relacionamentos; a prática internacional, aliada à noção psicológica de sua obrigatoriedade, constituem os usos e costumes do comércio internacional, extremamente espontâneos e próximos dos fenômenos que regulam, mas, de difícil prova. As normas escritas que os Estados elaboram no comércio internacional (evidentemente que estamos excluindo as normas estatais internas, unilaterais, que algumas vezes podem regular o comércio internacional), na forma de tratados de uniformização de normas de natureza privada, tentam respeitar o caráter jurígeno das vontades dos agentes do comércio internacional e assim devem ser interpretadas. Na sua maioria são normas supletivas à vontade das partes.

(1) Nas relações comerciais em que os Estados direta ou indiretamente participam, o caráter privado das relações não desaparece por completo. Veja-se nos problemas relacionados com os temas dos contratos internacionais com o Estado, arbitragens internacionais entre Estados e particulares, as questões das imunidades de jurisdição e de execução e as tentativas de eliminarem-se posições privilegiadas dos Estados quando integram relações que um simples particular pode integrar.

A arbitragem comercial internacional é uma jurisdição negocial, instituída por um pacto entre as partes, basicamente em dois momentos: a) no momento em que se concerta um negócio, em que todas as coisas são róseas e que portanto, inexistente litígio aparente entre os parceiros; mesmo assim, as partes podem prever a solução arbitral para aquele negócio (cláusula compromissória em qualquer tipo de contrato) ou, num pacto especial, colocar todos os outros contratos ou negócios dentro da solução arbitral prevista para um futuro imprevisível (pactos de arbitragem); b) no momento em que surge uma controvérsia real, e que as partes não podendo resolvê-la por elas mesmas, confiam a solução ao(s) árbitro(s), seja colocando em funcionamento os pactos arbitrais anteriormente elaborados, seja construindo um tribunal “ad hoc”, através de um contrato especial, o compromisso arbitral. A instituição da arbitragem pode ser feita, igualmente de duas maneiras: a) “ex nihilo”, criando mecanismos de constituição do tribunal arbitral, dando-lhe competências, construindo um código de procedimento para os árbitros e os litigantes, estabelecendo as leis que os árbitros deverão aplicar; b) através de um mecanismo de incorporação de normas já existentes, transformar estas em normas que regulem todos os incidentes na arbitragem. Neste último particular, a criação *ex nihilo* tem a desvantagem de poder contar com grande lacunas, pois, em particular, quando existe já uma situação de conflito de interesses, muito dificilmente as partes terão condição de imaginar o funcionamento de um tribunal, com todos os pormenores.

Por outro lado, a força normativa dos usos e costumes no comércio internacional faz com que as normas já elaboradas e aceitas pela comunidade dos agentes dos negócios internacionais se imponham às partes. Em particular, nos contratos internacionais, a grande preocupação dos negociadores é com o regime jurídico que irá regular o mesmo, nos seus vários aspectos; o que se observa é que as partes elegem uma lei, ou várias leis, para regular todo o contrato ou pedaços dele; tais leis podem ser leis estatais escritas, ou os “usos e costumes comerciais da praça de—”, ou ainda, leis não estatais, do tipo, “usos e costumes reguladores do presente negócio”.

Ora, a grande dificuldade que os usos e costumes comerciais internacionais representam é de sua existência e seu conteúdo. Neste particular, ressalta-se a importância da jurisprudência arbitral, não só como fonte nas lacunas, como sobretudo como instrumento de esclarecimento de um costume internacional. Sendo dado que é norma costumeira nos contratos internacionais a previsão de soluções arbitrais, e tendo em vista a existência de normas já elaboradas por organizações especializadas em arbitragens comerciais internacionais, segue-se que é praxe no comércio internacional as soluções arbitrais nos negócios internacionais, com grande tendência à incorporação das normas existentes por organismos mencionados.

Contudo, a incorporação por referência de um contrato a normas já existentes e elaboradas por aqueles organismos, não esgota a criatividade dos par-

ceiros em negócios internacionais, uma vez que na matéria prevalece a autonomia das vontades, sendo as normas existentes, na sua maioria, de caráter supletivo. Assim, é de observar-se nos regulamentos de arbitragem internacional existentes hoje, a abundância de redação de normas da seguinte forma: “salvo estipulação em contrário das partes”, “com reserva do que dispuser os litigantes”...; é nosso pensamento que, mesmo que não haja semelhantes reservas nos textos legislativos, pela natureza do assunto, são elas normas supletivas, que só têm aplicação, na ausência da manifestação da vontade das partes.

Os tratados internacionais interestatais que regulam a arbitragem comercial internacional são obrigações dirigidas aos Estados no sentido de eles reconhecerem efeitos às normas relativas às arbitragens, e tem sentido muito mais no que se refere às legislações internas dos mesmos do que propriamente ao regime das arbitragens comerciais internacionais. Deixando de lado o mumificado Protocolo de Genebra de 1923, relativo a cláusulas de arbitragem vigente só no Brasil uma vez que foi abrogado pela Convenção da ONU de Nova York de 1958, “para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”⁽²⁾, pode-se observar que os tratados internacionais de Direito Processual Internacional que se tornam obrigatórias para os Estados signatários: a) cria-se a obrigação ao Estado de reconhecer e dar executoriedade a laudos arbitrais estrangeiros; b) cria-se a obrigação de reconhecer os efeitos da arbitragem e enviar as partes litigantes aos árbitros, subtraindo-lhes a via judicial, antes de esgotado aquele recurso; c) estabelecem as condições mínimas para dar-se o reconhecimento e a exequibilidade a laudos arbitrais estrangeiros; d) as condições de controle de legalidade das arbitragens: segundo as leis de regência da arbitragem, o respeito ao contraditório arbitral, os limites objetivos e subjetivos da “res judicata” arbitral, a definitividade do laudo arbitral estrangeiro, (conforme os termos da mencionada Convenção da ONU de Nova York, que, “mutatis mutandis” são repetidos nas Convenções do Panamá (arbitragem interamericana) e Genebra (convenção européia).

Isto posto, ressalta claro que as fontes normativas das arbitragens comerciais internacionais são representadas pela vontade dos contratantes, pelos usos e costumes do comércio internacional, pelas normas elaboradas nos organismos de natureza privada e profissionais, como as câmaras de comércio, a Comissão de Arbitragem da CCI, e as inúmeras organizações arbitrais especializadas, tais a AAA (American Arbitration Association, com sede em Nova York), a London Corn Trade Association, a “Verein am der Caffeehandel beteiligten Firmen zu Hamburg”, etc.

(2) Vigente na maioria dos países da atualidade, contando-se na América: Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Equador, EUA, Guatemala, Haiti, México, Panamá, Trinidad e Tobago e Uruguai.

As partes que desejam submeter-se à arbitragem de uma dessas intuições, ou fazem remissão às suas normas nas cláusulas compromissórias de seus contratos, ou nos contratos gerais de arbitragem, ou ainda, subscrevem atos específicos de submissão (na CCI é o “acte de mission” ou “terms of referee”). Por outro lado, o fato de já existirem regulamentos em tais instituições, não lhes confere a natureza de normas inderrogáveis pelas partes, as quais podem modificá-las, dentro dos limites razoáveis (respeitando-se o princípio de que as regras procedimentais não podem ser alteradas, quando já colocadas em funcionamento, a não ser pela vontade das partes e do tribunal arbitral).

Ora, é dentro da grande autonomia das partes que se coloca o esforço da UNCITRAL, na elaboração de um Regulamento de Arbitragem, e é dentro da liberdade legislativa que têm os Estados em regular assuntos internos relativos à arbitragem internacional, que aqueles esforços de uniformização das normas sobre o assunto se situam.

3. O Regulamento de Arbitragem de 1976 e a Lei-Modelo de 1985

De tudo que se disse sobre a arbitragem comercial internacional, em particular sobre suas fontes normativas, levanta-se uma objeção: qual a finalidade de elaborar-se um Regulamento por um organismo diplomático internacional, como a UNCITRAL, uma vez que as fontes normativas não são susceptíveis de ser reguladas por ações diretas dos Estados! Qual utilidade de elaborar-se uma Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional!

Em primeiro lugar, os regulamentos de arbitragem existentes foram elaborados por organismos profissionais postados em um país do mundo; os mais famosos em Paris, Londres, Hamburgo, Estocolmo e Nova York, alguns dedicados a matérias específicas do comércio internacional (comércio de cereais, café, seguros marítimos, etc.). O universalismo na elaboração das normas de um regulamento internacional da arbitragem comercial internacional explica a ação da UNCITRAL: pode-se pensar em colocar as mesmas normas aplicáveis nas relações entre países de economia de mercado e países de economia centralmente planificada; da mesma forma, é mais viável uma aproximação de normas de sistemas diferentes como os da “commom law” e do sistema romano-germânico quando as normas uniformes foram elaboradas em conjunto (num foro como o da UNCITRAL); por fim, a aceitação de normas uniformes saídas de um foro internacional “ex novo” é mais praticável, pelos jovens países do terceiro-mundo do que aquelas já existentes no velho mundo. Além do mais, o Regulamento de arbitragem da UNCITRAL foi elaborado após exaustivas consultas entre Governos, entidades especializadas em arbitragem e peritos mundiais: é bem provável que reflita um universo mais ou menos de aceitação generalizada no mundo.

Tanto o Regulamento quanto a Lei-Modelo não são atos normativos, por força deles mesmos. No primeiro caso, são normas ideais que podem regular qualquer relação entre pessoas de direito privado submetidas a leis de Estados diferentes, em matéria de arbitragem comercial internacional. Tanto podem ser aplicadas diretamente pelas partes (no caso de instituição de um tribunal arbitral “ad hoc”) quanto por uma organização já existente (e nesse caso, passam a reger as relações entre os litigantes, em derrogação das normas já existentes no interior de tais organizações). De particular interesse é o Regulamento da UNCITRAL nas relações comerciais na América Latina.

A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, feita na cidade do Panamá em 30 de janeiro de 1975, já em vigor entre os Países que a ratificaram (Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Uruguai e Venezuela) a qual o Brasil e os EUA assinaram (sendo que neste País já houve aprovação do Senado norte-americano, faltando o seu Congresso passar legislação interna de aprovação), estabelece no seu art. 3º que “na falta de acordo expresso entre as partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial”, sendo que esta adotou o Regulamento da UNCITRAL, como as mencionadas normas de procedimento.

Outro exemplo da importância do Regulamento da UNCITRAL foi sua adoção pelo acordo concluído em janeiro de 1977 entre a “American Arbitration Association”, a Câmara de Comércio e de Indústria da URSS e a Câmara de Comércio de Estocolmo, (esta última, especializada nas arbitragem com países do Leste Europeu) conforme informa o Prof. Philippe Fouchard no seu artigo “Les Travaux de la C.N.U.D.C.I. – Le Règlement d’Arbitrage”, in **Journal du Droit International**, 1979, nº 4, p. 816/845.

Sua utilidade maior, contudo, reside no fato de ser um regulamento modelo, bem equilibrado e concebido, que reflete as tendências mais generalizadas e mundialmente aceitas na atualidade. No Brasil, em época anterior, foi instituída a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por volta de 1975, portanto antes da existência do Regulamento da UNCITRAL; seu regulamento de arbitragem, elaborado com o maior cuidado por grandes advogados de São Paulo, em que pese os esforços de aperfeiçoar o regulamento da CCI, que lhe serviu de modelo, contém lacunas que seriam evitáveis se fosse possível ter seguido o modelo do regulamento da UNCITRAL. Sendo dado que a tendência contemporânea é o crescimento e espraiamento das arbitragens comerciais (internas e internacionais) no mundo, é bem possível que o Regulamento da UNCITRAL realize aquela uniformização do direito que pretende aquela comissão da ONU.

O texto do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL constitui o ANEXO-I do presente trabalho, que apresentamos em nossa tradução para o verná-

culo, dada a importância de um texto que não se acha publicado no Brasil. Se ainda não bastasse a relevância do conhecimento do mesmo para os interessados em arbitragem comercial internacional, seja estudiosos, seja homens de negócios, é o mesmo um material didático utilizado, a miúdo, nas disciplinas sob nossa responsabilidade nesta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: nos Cursos da Graduação, “Direito do Comércio Internacional”, e “Arbitragens Internacionais” e nos Cursos de Pós-Graduação em Direito Internacional, “Teoria Geral das Arbitragens Internacionais” e “Arbitragem Comercial Internacional”.

Outro importante trabalho da UNCITRAL foi a elaboração da LEI MODELO SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL, adotada na XVIII Sessão, realizada em Viena de 3 a 21 de junho de 1985, de cuja notícia fomos informados pelo Relatório do Chefe da Delegação brasileira àquela reunião, o ilustre Prof. Dr. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, publicado in **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XXIV (Nova Série), nº 60, outubro/dezembro de 1985, p. 66/82, *apud* “Atualidades: Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional”, que traz o texto da mencionada Lei-Modelo.

Já anteriormente à reunião da sessão de aprovação da Lei-Modelo, éramos solicitados pelo Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, o eminente Prof. Dr. Miguel Franchini-Netto, igualmente Representante Permanente do Brasil junto à UNCITRAL, a emitir um Parecer sobre o Projeto de Convenção sobre Arbitragem Comercial Internacional – (Lei-Modelo da UNCITRAL), “tendo em vista a legislação interna e o interesse nacional”. Nossa opinião foi exarada no Parecer encaminhado àquela Autoridade, em 09 de novembro de 1984, em Parecer que constitui o ANEXO-II do presente trabalho.

É um texto complexo, o da Lei-Modelo, uma vez que trata de dois assuntos: a) um regulamento da arbitragem comercial internacional (e nesses particular, repete os conceitos do Regulamento da UNCITRAL de 1976, nos seus dispositivos inatacáveis) e b) dispositivos recomendados aos Estados, de Direito Processual Civil, no que respeita ao tratamento a ser dado à arbitragem nas legislações internas.

Ora, um dos maiores problemas relativos à arbitragem comercial internacional é seu tratamento nas duas fases mais importantes daquele procedimento negocial de solução de litígios: a fase inicial, de constituição do tribunal arbitral e do afastamento da via judiciária, e a fase pós-arbitral, de execução compulsória da sentença arbitral, feita perante os órgãos do Poder Judiciário dos Estados. Na verdade, tais assuntos são antes, como já se disse anteriormente,

problemas relacionados aos Direitos Processuais Civis dos Estados, matéria extremamente difícil de ser harmonizada, e sobretudo uniformizada por normas internacionais, devido a reportar-se a assuntos dos mais ferrenhamente ligados à noção de soberania dos Estados, matérias reservadas à competência interna dos mesmos, extremamente ligadas à própria organização constitucional dos Estados.

O texto é ainda mais complexo, se levarmos em consideração que versa sobre uma lei-modelo, que deve comportar todas as possibilidades de ser adotada em sistemas distintos, seja de famílias normativas (**common law**, o sistema romano-germânico, os direitos ideológicos do Leste Europeu, da China e Cuba, os direitos religiosos do tipo muçulmano, ou animista) seja de Estados com desenvolvimento econômico distinto, seja ainda divididos entre as concepções de, regidos por uma economia de mercado ou centralmente planejados. Ademais, deve tal lei-modelo comportar soluções alternativas de molde a satisfazer as inumeráveis diferenças dos sistemas judiciários de processo civil, quanto ao regime de atribuir-se eficácia executória a sentenças arbitrais (e para complicar mais o cenário, ainda com a diferenciação entre sentenças arbitrais nacionais e sentenças arbitrais estrangeiras, para não dizer, ainda, sentenças arbitrais verdadeiramente internacionais).

Embora o documento e seus comentadores sempre digam, com ênfase, que se trata de um texto, que não é ele mesmo normativo, uma vez que lei-modelo a servir de quadro referencial para os legisladores internos, sua aprovação pela UNCITRAL já representa importância transcendental no assunto: é um modelo que reflete uma concepção majoritária dos Governos que encaminharam sua adoção naquela Comissão das Nações Unidas; elaborado que foi por especialistas mundiais, reflete um consenso científico sobre a matéria; em que pese a dificuldade de realização de seus propósitos de unificar os direitos internos em matéria de arbitragem comercial internacional, representa um auxiliar poderoso para o intérprete das normas de direito do comércio internacional⁽³⁾.

Outra curiosidade no texto da lei-modelo da UNCITRAL se refere à nota de rodapé do mesmo. Os comentadores-redatores do texto da Lei-Modelo, conforme "Report of the UNCITRAL on the Work of its 18th. Session (June 3-21, 1985) **apud** UN. General Assembly, **Official Records**, 40th. Session, Suppe-

(3) Salvo para os historiadores do direito, o sociólogo do direito, o filósofo, os textos não vigentes (por não terem sido aprovados ou por terem sido derogados) pouca importância têm para o exegeta, na realidade interna dos Estados. Não é o que se passa nas relações internacionais, onde um texto vigente na maioria dos Estados, ou na esfera internacional, sem estar formalmente vigente na esfera interna, representa normatividade, pelo menos como prova da existência de um costume internacional.

ment nº 17, Chapter II, pp. 5/65, publicado em **I.L.M. 1985, p. 1314/1368**, reconhecem ser inusitado que um texto legal contenha uma nota de rodapé; contudo, como se trata de uma lei-modelo que serve de parâmetro ao legislador interno, e como há sistemas jurídicos que permitem a edição de textos normativos com as mencionadas notas de rodapé, preferiram deixar a matéria no referencial do rodapé e não no texto mesmo da lei.

É exatamente no citado rodapé que existe a seguinte afirmação, de importância para definir-se a matéria própria de um Direito do Comércio Internacional, bem mais abrangente e clara que aquela definição existente no Relatório do Secretário Geral da ONU por ocasião da votação da Resolução da AG que criaria a UNCITRAL, (anteriormente mencionada), **verbis**:

The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting, engineering licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation, carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

Isto posto, uma das discussões mais acirradas em matéria de arbitrabilidade de litígios, se só admissível a solução arbitral internacional para matérias comerciais (requisito que o Brasil exigiu quando ratificou o pré-histórico Protocolo de Genebra de 1923 sobre cláusulas de arbitragem), qual o foro de definição, se o arbitral ou se o judicial – onde se pede tornar a sentença arbitral um título executório, quais os critérios de qualificação, etc., acha-se em princípio, encaminhado em solução, pela definição, inda que de normatividade discutível, na citada Lei-Modelo da UNCITRAL, pelo menos como um conceito de aceitação naquela Comissão da ONU, de peso comparável à doutrina ou aos princípios gerais do direito do comércio internacional.

CONCLUSÕES

São significativas as palavras iniciais do artigo já referido do Prof. Philippe Fouchard no seu “Les Travaux de la C.N.U.D.C.I. – Le Règlement d’Arbitrage”, publicado no **Journal du Droit International** de 1979, nº 4, pp. 816/845 de que “objet de la sollicitude des Organisations internationales les plus diverses, **l’arbitrage est aussi “l’enfant gâté” de l’Organisation des Nations Unies** (itálicos adicionados). Na verdade, se hoje é impressionante o

número de congressos internacionais sobre a arbitragem comercial internacional, se é o tema que mais estudos têm merecido dos especialistas do Direito do Comércio Internacional, se sua importância tem exigido esforços diretos da ONU, como prova o trabalho da UNCITRAL, nada mais prova do que a importância do tema e a relevância do instituto, na solução dos problemas diuturnos nas relações comerciais internacionais mais importantes, aqueles que interligam pessoas de direito privado, submetidas a sistemas legislativos estatais diferentes. No fundo, é a exigência prática a causa determinadora da importância mencionada.

Não poderia o Brasil ficar à parte do movimento internacional de prestígio da arbitragem, seja nas relações comerciais internas, seja nas relações do comércio internacional, do qual depende de maneira vital.

Com uma legislação processual civil interna completamente inadequada a regular as arbitragens internas e internacionais, e que permita ao País responder aos desafios das mudanças rápidas verificadas na configuração dos negócios internacionais da atualidade, o Brasil tem sentido a necessidade de adequar seu direito interno às realidades contemporâneas. Um dos indícios podem ser apontados como as reformas pretendidas do Código de Processo Civil brasileiro, no capítulo das arbitragens, conforme expusemos em nossa obra **Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios**, Ed. RT, São Paulo, 1985 (em particular, no Apêndice). Todavia, mesmo antes dos movimentos de reformas legislativas, a Academia se antecipou ao estudo das arbitragens comerciais internacionais, pois, na primeira oportunidade que lhe foi dada, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo introduziu nos seus currículos, ao nível da formação básica de seus estudantes, no Curso de Graduação, a disciplina "Arbitragens Internacionais", bem como tem aberto a discussão do tema nos Cursos de Pós-Graduação, como já se mencionou.

Dois trabalhos importantes foram apresentados pelos Professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em época recente sobre o tema: a dissertação de mestrado da Professora Araminhta de Azevedo Mercadante, "Contribuição ao Estudo da Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção Arbitral", defendida em 1979, e a tese de doutorado pelo então Mestre José Carlos de Magalhães, "Arbitragem entre Estado e Particular Estrangeiro", defendida em 1983, e que está para ser publicada com o título **Do Estado na Arbitragem Privada**. Outra prova do interesse e vigor do tema nos meios científicos foi a publicação em 1986, da 1ª edição do livro **Arbitragem Comercial**, de autoria conjunta dos Professores daquela Faculdade de Direito, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, Rio de Janeiro, Freitas Bastos.

O tema é de real interesse nas relações comerciais internacionais em que empresários e homens de negócios brasileiros estejam envolvidos, sem dizer do interesse científico e pedagógico do mesmo, razões pelas quais pretendemos voltar ao assunto nesta Revista.

BIBLIOGRAFIA

FOUCHARD, Philippe "Les Travaux de la C.N.U.D.C.I. – Le Règlement d'Arbitrage", CLUNET, 1979, nº 4, pp. 816/845.

GOLDMAN, Berthold "Les Travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International", CLUNET, 1979, nº 4, pp. 747/754.

_____. "Lex Mercatoria" in **Forum International**, nº 3, nov. 1983, pp. 3/24, Kluwer Law and Taxation Pub., Deventer, Países Baixos.

LEÃES, Luiz Gastão de Barros "Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional" in "Atualidade", **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XXIV (Nova Série), nº 60, out./dez. 1985, pp. 66/82.

MAGALHÃES, José Carlos de **Arbitragem entre Estado e Particular Estrangeiro**, tese de doutoramento, apresentada e defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1983.

_____. **Do Estado na Arbitragem Privada**, São Paulo, Max Limonad (no prelo).

MAGALHÃES, José Carlos de, e Luiz Olavo Baptista **Arbitragem Comercial**, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1986.

MERCADANTE, Aramintha de Azevedo **Contribuição ao Estudo da Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção Arbitral**, monografia de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e defendida em 1979.

SOARES, Guido Fernando Silva **Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

United Nations Commission on International Trade Law, "UNCITRAL Report on the Work of its 18th. Session (June 3.21, 1985), **apud International Legal Materials**, 1985, pp. 1314/1368.

_____. **Yearbook**, vol. 1. 1969/1970, Nova York, United Nations, 1971.

ANEXO – I (Tradução livre do autor)**REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA UNCITRAL**⁽⁴⁾

Resolução 31/98 adotada pela Assembléia Geral, em 15 de dezembro de 1976.

31/98. Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

A Assembléia Geral,

Reconhecendo a utilidade da arbitragem como método de resolução de litígios nascidos de relações comerciais e internacionais;

Convencida de que o estabelecimento de um regulamento de arbitragem “ad hoc”, que seja aceitável nos países que tenham sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes, contribuiria sensivelmente para o desenvolvimento de relações econômicas internacionais harmoniosas;

Consciente de que o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional foi elaborado, após consultas exaustivas a instituições de arbitragem e aos centros de arbitragem comercial internacional;

Notando que o Regulamento de Arbitragem foi adotado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional na sua nona sessão, após aprofundadas deliberações,

1. Recomenda a aplicação do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL para a solução de litígios nascidos de relações comerciais internacionais, particularmente pela referência ao Regulamento de Arbitragem, feita nos contratos comerciais;

2. Pede ao Secretário Geral assegurar a difusão mais ampla possível do Regulamento de arbitragem.

(4) Conforme: **Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI**, Nações Unidas, Nova York, 1977 (fascículo à venda) (nota do tradutor).

REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA UNCITRAL

Seção I – Disposições Preliminares

Campo de Aplicação

Art. 1º

1. Se as partes em um contrato convencionarem, por escrito⁽⁵⁾, que os litígios relativos a tal contrato, serão submetidos à arbitragem conforme o Regulamento da UNCITRAL, tais litígios serão resolvidos segundo o presente Regulamento, sob reserva das modificações convencionais por escrito entre as partes.

2. O presente Regulamento regula a arbitragem, sob a reserva, contudo, de que, no caso de conflito entre uma de suas disposições e outra da lei aplicável à arbitragem, que as partes não podem derrogar, prevalecerá esta última.

Notificação, Contagem de Prazos

Art. 2º

1. Para os fins do presente Regulamento, uma notificação, inclusive uma comunicação ou proposta, é considerada como tendo chegado ao seu destino, se for entregue, seja em mãos do destinatário, seja na sua residência habitual, no seu estabelecimento ou no seu endereço postal, seja ainda – se nenhum desses endereços puder ser encontrado, após uma razoável busca – na última residência ou no último estabelecimento conhecido do destinatário. A notificação é tida como chegada no lugar de destino, no dia de sua entrega.

2. Para os fins de contagem de prazo previsto no presente Regulamento, começará o mesmo a correr no dia em que a notificação, comunicação ou proposta chegar ao seu destino. Se o último dia do prazo for feriado no lugar da residência ou do estabelecimento do destinatário, o prazo será prorrogado para o primeiro dia útil que se seguir. Os dias feriados que se encontram dentro do prazo, não contados.

(5) Redação-tipo de cláusula compromissória:

“Qualquer litígio, controvérsia ou reclamação oriundos do presente contrato, ou que se refiram ao presente contrato, ou a uma contravenção ao presente contrato, à sua resolução ou nulidade, serão resolvidas pela via arbitral, conforme o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, atualmente em vigor.

Nota. As partes poderão, ainda, adicionar as seguintes indicações:

- a) A autoridade para a nomeação será... (nome da pessoa ou instituição);
- b) O número dos árbitros será fixado em... (um ou três);
- c) A sede da arbitragem será... (cidade ou país);
- d) A língua (ou línguas) utilizada(s) no procedimento arbitral será (serão)...

Notificação de Arbitragem

Art. 3º

1. A parte que tiver a iniciativa de recorrer à arbitragem (doravante denominada: “requerente”) deverá comunicar à outra parte (doravante denominada: “requerido”) uma notificação de arbitragem.
2. O procedimento da arbitragem é tido como iniciado, na data em que a notificação de arbitragem for recebida pelo requerido.
3. A notificação de arbitragem deve conter as seguintes indicações:
 - a) pedido para que o litígio seja submetido à arbitragem;
 - b) nomes e endereços das partes;
 - c) menção da cláusula compromissória ou da convenção separada de arbitragem invocada⁽⁶⁾;
 - d) menção do contrato do qual se originou o litígio ou ao qual se refira;
 - e) a natureza geral do litígio e, se for o caso, uma estimativa da quantia sobre o qual ele versa;
 - f) o objeto da demanda;
 - g) a proposta quanto ao número dos árbitros (ou seja, um ou três), na falta de acordo prévio sobre tal ponto entre as partes.
4. A notificação de arbitragem poderá conter, igualmente, as seguintes indicações:
 - a) as propostas referentes à indicação de um árbitro único e de uma autoridade de nomeação, contempladas no art. 6º, parágrafo único;
 - b) a notificação da nomeação de um árbitro, conforme o art. 7º;

(6) “convention distincte d’arbitrage invoquée”: trata-se de um pacto onde haja previsão expressa de arbitragem, seja do tipo: **contrato de compromisso arbitral** (“ad hoc”, para um determinado litígio presente); seja do tipo: **pacto geral de arbitragem** (em que se pactua, no futuro, para tais ou quais negócios, a solução arbitral, sendo, assim, não meras cláusulas adjetas a outros contratos mas um contrato de arbitragem, obrigação de fazer (aspectos positivos) e de abster-se de recorrer a quaisquer outras vias, inclusive a judiciária (aspectos negativos) (Nota do tradutor).

c) o pedido, conforme o art. 18.

Representação e Assistência

Art. 4º

As partes podem fazer-se representar ou assistir por pessoas de sua escolha. Os nomes e endereços de tais pessoas devem ser comunicados por escrito à outra parte; tal comunicação deve precisar se a designação é feita com vistas a uma representação ou assistência.

SEÇÃO II – COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Número de Árbitros

Art. 5º

Se as partes não convieram anteriormente sobre o número de árbitros (ou seja, um ou três) e se, nos quinze dias decorridos da recepção pelo requerido da notificação da arbitragem, as partes não tiverem acordado que haverá um único árbitro, serão nomeados três árbitros.

Nomeação dos Árbitros (art. 6 a 8)

Art. 6º

1. Se um único árbitro deve ser nomeado, cada parte poderá propor à outra:
 - a) o nome de uma ou várias pessoas susceptíveis de exercer as funções de árbitro único; e
 - b) se nenhuma autoridade de nomeação foi escolhida pelas partes de comum acordo, o nome de uma ou várias instituições ou de pessoas susceptíveis de exercer as funções de autoridade de nomeação.

2. Se, nos trinta dias da recepção por uma parte de uma proposta feita segundo o § 1º, as partes não se colocarem de acordo sobre a nomeação de um árbitro único, este será nomeado pela autoridade de nomeação escolhida pelas partes de comum acordo, ou, se a autoridade de nomeação por elas escolhida se recusar a agir ou não nomear o árbitro dentro dos sessenta dias da recepção de pedido de uma parte em tal sentido, cada parte poderá solicitar ao Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia de designar uma autoridade de nomeação.

3. A autoridade de nomeação, a pedido de uma das partes, nomeará o árbitro único o mais rapidamente possível. Deverá proceder a essa nomeação, utilizando-se

do-se do sistema de listas, conforme o procedimento a seguir descrito, a menos que as partes não se tenham entendido no sentido de afastar tal procedimento, ou que a autoridade de nomeação julgue, no exercício de seu poder de apreciação, sobre a inconveniência do mesmo no caso considerado:

a) ao pedido de uma das partes, a autoridade de nomeação transmitirá às duas partes, uma lista idêntica contendo pelo menos três nomes;

b) nos quinze dias subsequentes à recepção de tal lista, cada parte poderá devolvê-la à autoridade de nomeação, após haver riscado os nomes sobre os quais tem objeção e numerado os nomes restantes na ordem de sua preferência;

c) na expiração do prazo acima mencionado, a autoridade de nomeação nomeará o árbitro único entre as pessoas cujo nome figure nas listas a ela enviadas, seguindo a preferência indicada pelas partes;

d) se, por uma razão qualquer, a nomeação não possa ser feita segundo tal procedimento, a nomeação do árbitro único é deixada à apreciação da autoridade de nomeação.

4.A autoridade procederá à nomeação, levando em conta considerações próprias para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e considerando, igualmente, que pode ser desejável a nomeação de um árbitro de nacionalidade distinta daquela das partes.

Art. 7º

1. Se três árbitros devem ser nomeados, cada parte indicará um deles. Ambos os árbitros assim nomeados, escolherão um terceiro, que desempenhará as funções de árbitro-presidente do tribunal.

2. Se, nos trinta dias da recepção da notificação do nome do árbitro designado por uma parte, a outra parte não lhe notificar o nome do árbitro de sua escolha:

a) a primeira parte pode pedir à autoridade de nomeação anteriormente designada pelas partes, de nomear o segundo árbitro; ou

b) se nenhuma autoridade de nomeação foi anteriormente designada pelas partes, ou se a autoridade de nomeação anteriormente designada se recusa a agir ou a nomear os árbitros, nos trinta dias da recepção do pedido de uma das partes em tal sentido, a primeira parte poderá solicitar ao Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia designar a autoridade de nomeação. A primeira parte poderá, então, solicitar à autoridade de nomeação assim desig-

nada, nomear o segundo árbitro. Num ou noutro caso, a nomeação do árbitro é deixada à apreciação da autoridade de nomeação.

3. Se nos trinta dias da nomeação do segundo árbitro, as duas partes não se tiverem colocado de acordo sobre a escolha do árbitro-presidente, este último será nomeado pela autoridade de nomeação, conforme o procedimento previsto no art., 6º para a nomeação do árbitro único.

Art. 8º

1. Quando se pede a uma autoridade de nomeação indicar um árbitro conforme os arts. 6º ou 7º, a parte que faz o pedido, deve encaminhar-lhe uma cópia da notificação de arbitragem, uma cópia do contrato do qual se originou o litígio, ou ao qual se refere, e uma cópia da convenção de arbitragem, se esta não figurar no contrato. A autoridade de nomeação poderá pedir a uma ou ambas as partes informações que estima ter necessidade, para cumprir suas funções.

2. Quando a candidatura de uma ou de várias pessoas é proposta para a nomeação na qualidade de árbitro, os nomes de endereços completos dos interessados, bem como de sua nacionalidade, deverão ser indicados, acompanhados de uma descrição de seus títulos.

RECUSA DE ÁRBITROS (ART. 9 A 12)

Art. 9º

Qualquer árbitro cuja nomeação se pretenda, deverá assinalar àqueles que o sondem, aquelas circunstâncias que sejam de natureza a levantar dúvidas sobre sua imparcialidade ou sua independência. Uma vez nomeado ou escolhido, o árbitro deverá assinalar às partes as mencionadas circunstâncias, se não o tiver já feito.

Art. 10

1. Qualquer árbitro pode ser recusado, se existirem circunstâncias que sejam de natureza a levantar sérias dúvidas sobre sua imparcialidade ou sua independência.

2. Uma parte não pode recusar um árbitro por ela designado, a não ser por uma causa cujo conhecimento teve, após aquela designação.

Art. 11

1. A parte que desejar recusar um árbitro, deve notificar sobre sua decisão, nos quinze dias subseqüentes à data da notificação da nomeação de tal árbitro,

ou nos quinze dias seguintes à data na qual tomou conhecimento das circunstâncias mencionadas nos arts. 9º e 10.

2. A recusa deverá ser notificada à outra parte, ao árbitro recusado e aos membros do tribunal arbitral. A notificação deve ser feita por escrito e motivada.

3. Sendo um árbitro recusado por uma parte, a outra pode aceitar a recusa. O árbitro recusado pode, igualmente, afastar-se. Tal recusa ou afastamento não implicam no reconhecimento dos motivos da recusa. Em ambos os casos, o procedimento previsto nos arts. 6º e 7º se aplicam para a nomeação do substituto, mesmo que uma das partes não tenha exercido seu direito de nomear ou de participar na nomeação do árbitro recusado.

Art. 12

1. Se a recusa não for aceita pela outra parte, ou se o árbitro recusado não se afastar, a decisão relativa à recusa será tomada:

a) se a nomeação inicial foi feita por uma autoridade de nomeação – por esta autoridade;

b) se a nomeação inicial não foi feita por uma autoridade de nomeação, mas por autoridade designada anteriormente, – por esta autoridade;

c) nos outros casos, pela autoridade de nomeação que deverá ser designada conforme ao procedimento de designação de uma autoridade de nomeação previsto no art. 6º.

2. Se a autoridade de nomeação admitir a recusa, um substituto é nomeado ou escolhido segundo o procedimento aplicável à nomeação ou à escolha de árbitros, previsto nos arts. 6 a 9; contudo, no caso de tal procedimento envolver a designação de uma autoridade de nomeação, a nomeação do árbitro será feita pela autoridade de nomeação que se pronunciou sobre a recusa.

SUBSTITUIÇÃO DE UM ÁRBITRO

Art. 13

1. Em caso de morte ou de renúncia de um árbitro durante o procedimento arbitral, um substituto será nomeado ou escolhido, segundo o procedimento previsto nos arts. 6º a 9º, que for aplicável no caso de nomeação ou de escolha de árbitro que deve ser substituído.

2. Em caso de carência ou de impossibilidade de fato ou de direito de um ár-

bitro exercer sua missão, aplicar-se-á o procedimento relativo à recusa ou substituição de árbitros previsto nos artigos anteriores.

REPETIÇÃO ORAL EM CASO DE SUBSTITUIÇÃO DE UM ÁRBITRO

Art. 14

Em caso de substituição de um árbitro único ou do árbitro-presidente, em virtude dos arts. 11 a 13, o procedimento oral que foi seguido antes da substituição, deverá ser repetido; no caso de substituição de outro árbitro, a decisão sobre repetir o procedimento é deixada à apreciação do tribunal arbitral.

SEÇÃO III – PROCEDIMENTO ARBITRAL DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 15

1. Sob reserva das disposições deste Regulamento, o tribunal arbitral pode proceder à arbitragem como julgar apropriado, na condição de serem as partes tratadas em pé de igualdade e de que, em qualquer estágio do procedimento, cada parte tenha a possibilidade de fazer valer seus direitos e de propor seus meios.

2. A pedido de uma das partes, ou em qualquer estágio do procedimento, o tribunal poderá organizar um procedimento oral para a produção de provas por testemunhas, inclusive peritos, ou para a apresentação oral de argumentos. Se nenhum pedido for formulado em tal sentido, o tribunal arbitral decidirá sobre a conveniência de organizar-se aquele procedimento, ou se o mesmo se desenvolverá só por documentos escritos.

3. Todos os documentos e informações que uma das partes fornecer ao tribunal arbitral, deverão ser comunicados, ao mesmo tempo, por ela à outra parte.

LUGAR DA ARBITRAGEM

Art. 16

1. Na falta de acordo entre as partes sobre o lugar da arbitragem, este será determinado pelo tribunal arbitral, considerando-se as circunstâncias da arbitragem.

2. O tribunal arbitral poderá fixar a localização da arbitragem no interior do país escolhido pelas partes. Poderá ouvir testemunhas ou realizar reuniões de consultas, em qualquer lugar que lhe convier, considerando-se as circunstâncias da arbitragem.

3. O tribunal arbitral poderá reunir-se em qualquer lugar que julgar apropriado para fins de inspeção de mercadorias ou de outros bens e para o exame de documentos. As partes deverão ser disto informadas com tempo suficiente, para ter a possibilidde de estarem presentes naqueles lugares.
4. A sentença será prolatada no lugar da arbitragem.

LÍNGUA

Art. 17

1. Salvo acordo das partes, o tribunal fixará, sem demora, logo após sua nomeação, a língua ou as línguas do procedimento. Esta decisão se aplicará ao pedido, à resposta e a qualquer outra manifestação por escrito e, no caso de procedimentos orais, à língua ou às línguas que forem utilizadas em tal procedimento.
2. O tribunal arbitral poderá ordenar que todos os documentos anexos ao pedido ou à resposta, e todos os documentos produzidos no curso do procedimento, que forem entregues na sua língua original, sejam acompanhados de uma tradução da língua ou nas línguas escolhidas pelas partes ou fixadas pelo tribunal arbitral.

O PEDIDO

Art. 18

1. Se o pedido não estiver exposto na notificação de arbitragem , o requerente deverá enviar, no prazo para tal fixado pelo tribunal arbitral, o pedido escrito ao requerido e a cada árbitro. Uma cópia do contrato e da convenção de arbitragem, se esta não figurar no contrato, deverá ser anexada ao pedido.
2. O pedido deverá conter as seguintes indicações:
 - a) nome e endereço das partes;
 - b) uma exposição dos fatos, em apoio do pedido;
 - c) os pontos litigiosos;
 - d) o objeto do pedido.

O requerente poderá juntar ao seu pedido todos os documentos que julgar pertinentes ou nela mencionar os documentos ou outros meios de prova que produzirá.

A RESPOSTA

Art. 19

1. No prazo para tal fixado pelo tribunal arbitral, o requerido deverá endereçar sua resposta escrita ao requerente e a cada árbitro.
2. O requerido responderá às alíneas b, c e d do pedido (art. 18 § 2º). Poderá juntar à sua resposta os documentos sobre os quais apóia sua defesa ou nela mencionar os documentos ou outros meios de prova que produzirá.
3. Na sua resposta, ou em estágio ulterior do procedimento arbitral, se o tribunal decidir que tal prazo é justificável pelas circunstâncias, o requerido poderá formar um pedido convencional fundado sobre o mesmo contrato, ou invocar um direito fundado sobre o mesmo contrato, como meio de compensação.
4. As disposições do § 2º do art. 18 se aplicam ao pedido reconvenicional e ao direito invocado como meio de compensação.

MODIFICAÇÕES DO PEDIDO OU DA RESPOSTA

Art. 20

No curso do procedimento arbitral, qualquer das partes pode modificar ou completar seu pedido ou sua resposta, a menos que o tribunal arbitral considere não dever autorizar a referida emenda, em razão do atraso com que é formulada, do prejuízo que acarretará à outra parte ou de qualquer outra circunstância. Contudo, um pedido não pode ser emendado, a ponto de sair fora do quadro da cláusula compromissória ou da convenção separada de arbitragem.

DECLINATÓRIA DE COMPETÊNCIA ARBITRAL

Art. 21

1. O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre as exceções levantadas sobre sua incompetência, inclusive qualquer exceção relativa à existência ou validade da cláusula compromissória ou da convenção separada de arbitragem.
2. O tribunal arbitral tem competência para pronunciar-se sobre a existência ou validade do contrato do qual a cláusula compromissória faça parte. Para os fins do art. 21, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato e que preveja uma arbitragem em virtude do presente Regulamento, será considerada como uma convenção separada das outras cláusulas do contrato. A constatação da nulidade do contrato pelo tribunal arbitral não causa, de pleno direito, a nulidade da cláusula compromissória.

3. A exceção de incompetência deve ser apresentada no mais tardar, no depósito da resposta, ou em caso de pedido reconvenicional, da réplica.
4. De maneira geral, o tribunal arbitral se pronunciará sobre a exceção de incompetência, tratando-a como uma questão preliminar. Poderá, contudo, prosseguir com a arbitragem e pronunciar-se sobre tal exceção, na sentença definitiva.

OUTROS DOCUMENTOS ESCRITOS

Art. 22

O tribunal decidirá quais são, além do pedido e da resposta, os outros documentos escritos que as partes devam ou possam lhe apresentar; fixará ele o prazo dentro do qual tais peças devam ser comunicadas.

PRAZOS

Art. 23

Os prazos fixados pelo tribunal arbitral para as comunicações escritas (inclusive o pedido e a resposta) não devem ultrapassar quarenta e cinco dias. Contudo, tais prazos podem ser prorrogados pelo tribunal arbitral, se este julgar que tal prorrogação é motivada.

PROVAS E AUDIÊNCIAS (ART. 24 e 25)

Art. 24

1. Cada parte deverá fornecer a prova dos fatos sobre os quais fundamenta seu pedido ou sua resposta.
2. Se julgar necessário, o tribunal poderá pedir a uma parte de lhe fornecer, bem como à outra, no prazo que fixar, um resumo dos documentos e outras provas que a parte interessada tem intenção de produzir, em apoio dos fatos que constituem o objeto do litígio e que se encontram expostos no pedido ou na resposta.
3. Em qualquer momento do procedimento, o tribunal arbitral poderá solicitar às partes produzirem provas complementares, fixando-lhes um prazo para tais efeitos.

Art. 25

1. Em caso de procedimento oral, o tribunal arbitral deverá notificar as partes com suficiente adiantamento, sobre a data, a hora e o local do procedimento.

2. Se testemunhas devem ser ouvidas, cada parte comunicará, quinze dias antes da audiência, ao tribunal arbitral e à outra parte, os nomes e endereços das testemunhas que propõe serem ouvidas, precisando o objeto dos depoimentos e a língua na qual serão apresentados.
3. O tribunal arbitral tomará as providências para assegurar a tradução das exposições orais feitas em audiência e para estabelecer uma redução a termo da audiência, se julgar que qualquer das medidas se impõe, em função das circunstâncias na espécie ou se as partes convencionaram a respeito e notificaram o tribunal arbitral de tal acordo, quinze dias, pelo menos, antes da audiência.
4. A audiência deverá desenrolar-se a portas fechadas, salvo convenção contrária das partes. O tribunal arbitral poderá pedir a testemunhas que se ausentem surante o depoimento de outras testemunhas. Ele é livre para fixar a maneira como as testemunhas serão interrogadas.
5. A prova testemunhal pode igualmente ser administrada na forma de declarações escritas assinadas por testemunhas.
6. O tribunal arbitral é juiz da receptibilidade, da pertinência e da importância das provas apresentadas.

MEDIDAS PROVISIONAIS OU CONSERVATÓRIAS

Art. 26

1. A pedido de qualquer das partes, o tribunal arbitral poderá tomar quaisquer medidas provisionais que julgue necessárias no que concerne ao objeto do litígio, notadamente medidas conservatórias em relação a mercadorias litigiosas, prescrevendo, por exemplo, seu depósito em mãos de terceiros ou a venda de produtos perecíveis.
2. Tais medidas provisionais podem ser tomadas sob forma de sentença provisória. O Tribunal arbitral poderá exigir uma caução em títulos, em relação a custos ocasionados por tais medidas.
3. Um pedido de medidas provisionais dirigido por qualquer das partes a uma autoridade judiciária, não será considerada como incompatível com a convenção de arbitragem, nem como uma renúncia ao direito de fazer valer a citada convenção.

PERITOS

Art. 27

1. O tribunal arbitral poderá nomear um ou vários peritos encarregados de lhe apresentar, por escrito, relatórios sobre pontos precisos que ele determinar.

Uma cópia do mandato do perito, tal qual fixado pelo tribunal arbitral, será comunicada às partes.

2. As partes deverão fornecer ao perito todas as informações apropriadas ou deverão submeter à sua inspeção quaisquer documentos ou coisas pertinentes, que aquele possa solicitar-lhes. Qualquer disputa que surja entre uma das partes e o perito sobre o fundamento do pedido, será submetido ao tribunal arbitral, que a resolverá.

3. Recebido o relatório do perito, o tribunal arbitral enviará uma sua cópia às partes, que terão a possibilidade de formular por escrito sua opinião a respeito. As partes terão o direito de examinar qualquer documento invocado pelo perito em seus relatórios.

4. A pedido de qualquer das partes, o perito, após a entrega de seu relatório, poderá ser ouvido em audiência, à qual as partes poderão estar presentes e interrogá-lo. Nesta audiência, qualquer das partes poderá fazer vir na qualidade de testemunhas, peritos que deporão sobre as questões litigiosas. As disposições do art. 25 são aplicáveis a tais procedimentos.

REVELIA

Art. 28

1. Se no prazo fixado pelo tribunal arbitral, o requerente não apresentar seu pedido ou não puder invocar um impedimento legítimo, o tribunal arbitral ordenará o encerramento⁽⁷⁾ do procedimento arbitral. Se, no prazo fixado pelo tribunal arbitral, o requerido não apresentar sua resposta, sem invocar um impedimento legítimo, o tribunal arbitral ordenará o prosseguimento do procedimento.

2. Se uma das partes, regularmente convocada conforme o presente Regulamento, não comparecer à audiência, sem invocar um impedimento legítimo, o tribunal arbitral poderá prosseguir com a arbitragem.

3. Se uma das partes, regularmente convidada a produzir documentos, não os apresentar nos prazos fixados, sem invocar um impedimento legítimo, o tribunal arbitral poderá decidir na base dos elementos de prova dos quais disponha.

(7) “... ordonne la clôture de la procédure arbitrale”. Preferimos traduzir por “encerramento” e não por “extinção”, dada a conotação técnica deste conceito no D. Processual Civil brasileiro (Nota do tradutor).

ENCERRAMENTO DOS DEBATES**Art. 29**

1. O tribunal arbitral poderá solicitar às partes se têm ainda provas a apresentar, testemunhos a serem produzidos ou declarações a serem feitas, e, na ausência de tais elementos, declarará encerrados os debates.
2. O tribunal arbitral poderá, se estimar necessário em razão de circunstâncias excepcionais, decidir por iniciativa própria ou a pedido de uma das partes, a reabertura dos debates, em qualquer momento antes da prolação da sentença.

RENÚNCIA AO DIREITO DE FAZER VALER O PRESENTE REGULAMENTO**Art. 30**

Qualquer parte que, sabendo que uma das disposições ou uma das condições enunciadas no presente Regulamento, não foi respeitada, e mesmo assim deixar prosseguir a arbitragem sem formular objeções, é reputada como tendo renunciado a seu direito de apresentar objeção.

SEÇÃO IV – A SENTENÇA DECISÕES**Art. 31**

1. Sendo o tribunal em número de três, qualquer sentença ou outra decisão do tribunal arbitral, será proferida por maioria.
2. No que diz respeito a questões de procedimento, na falta de maioria ou se o tribunal arbitral o autorizar, o árbitro-presidente poderá decidir por ele mesmo, sob reserva de eventual revisão do tribunal arbitral.

FORMA E EFEITO DA SENTENÇA**Art. 32**

1. O tribunal arbitral poderá pronunciar não só sentenças definitivas, mas igualmente sentenças provisórias ou parciais.
2. A sentença é dada por escrito. Ela não é susceptível de apelação perante instância arbitral. As partes se comprometem a executar, sem demora, a sentença.
3. O tribunal deverá motivar sua sentença, a menos que as partes tenham convencionado que tal não deva ser.

4. A sentença deverá ser assinada pelos árbitros e fazer menção à data e ao lugar onde ela foi prolatada. Sendo os árbitros em número de três e faltando a assinatura de um deles, o motivo da ausência de assinatura será mencionado na sentença.
5. A sentença não poderá ser publicada, senão com o consentimento de ambas as partes.
6. Cópias da sentença assinadas pelos árbitros serão fornecidas pelo tribunal arbitral às partes.
7. Se a lei em matéria de arbitragem do país no qual a sentença for prolatada, impuser ao tribunal arbitral a obrigação de depositar a sentença ou de fazê-la registrar, o tribunal satisfará esta obrigação no prazo previsto pela lei.

LEI APLICÁVEL, “AMIABLE COMPOSITEUR”⁽⁸⁾

Art. 33

1. O tribunal arbitral aplicará a lei designada pelas partes, como sendo a lei aplicável ao mérito do litígio (“fond du litige”). Na falta de tal indicação pelas partes, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela norma de conflito de leis que julgar aplicável na espécie.
2. O tribunal arbitral só decidirá na qualidade de “amiable compositeur” (**ex aequo et bono**) se o tribunal arbitral for para tal, expressamente autorizado pelas partes, e se este tipo de arbitragem for permitido pela lei aplicável ao procedimento arbitral.
3. Em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá conforme as estipulações do contrato e levará em consideração os usos do comércio aplicáveis ao negócio (“des usages du commerce applicables à la transaction”).

TRANSAÇÃO OU OUTROS MEIOS DE ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO

Art. 34

1. Se antes de a sentença ser proferida, as partes convierem em uma transação que resolva o litígio, o tribunal arbitral emitirá um declaração de encerra-

(8) O § 2º do art. 33 define os limites da atuação do “amiable compositeur”, intraduzível “à la lettre” em português. No direito brasileiro, a tradução mais aproximada seria: **jugador por equidade** (árbitros autorizados pelas partes a “julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito”, art. 1075, IV do CPC:;) (Nota do tradutor).

mento do procedimento arbitral, ou se ambas as partes lhe solicitarem, constará o feito por uma **sentença arbitral homologatória de acordo das partes**⁽⁹⁾. Esta sentença não necessita ser motivada.

2. Se antes de a sentença ser proferida, tornar-se inútil ou impossível, por qualquer razão não mencionada no § 1º, prosseguir-se com o procedimento arbitral, o tribunal arbitral informará às partes de sua intenção de emitir uma declaração de encerramento do procedimento. O tribunal arbitral está autorizado a emitir tal declaração, a menos que uma ds partes levante objeções fundamentadas.

3. O tribunal arbitral deverá remeter às partes uma cópia da declaração de encerramento do procedimento arbitral ou de **uma sentença homologatória de acordo das partes**, devidamente assinada pelos árbitros. As disposições dos §§ 2º a 7º do art. 32 serão aplicáveis às **sentenças arbitrais homologatórias de acordo das partes**.

INTERPRETAÇÃO DA SENTENÇA

Art. 35

1. Nos trinta dias da recepção da sentença, qualquer das partes poderá, mediante notificação à outra, solicitar ao tribunal arbitral de dar-lhe uma interpretação.

2. A interpretação será dada por escrito, nos quarenta e cinco dias de recepção do pedido. A interpretação fará parte integrante da sentença e as disposições dos §§ 2º a 7º do art. 32 lhe serão aplicáveis.

RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA

Art. 36

1. Nos trinta dias da recepção da sentença, qualquer das partes poderá, mediante notificação à outra, solicitar ao tribunal arbitral retificar no texto da sentença, qualquer erro de cálculo, qualquer erro material ou tipográfico ou qualquer erro de idêntica natureza. O tribunal arbitral poderá, nos trinta dias da comunicação da sentença às partes, fazer tais retificações por iniciativa própria.

2. As retificações serão feitas por escrito e as disposições dos §§ 2º a 7º do art. 32 lhe são aplicáveis.

(9) “Sentence arbitrale rendue d’accord partie” – em que pese a inaplicabilidade do conceito de “homologação” no procedimento arbitral, dado seu caráter eminentemente voluntário, a tradução constante no texto foi a única possível a respeitar a “mens legis”

SENTENÇA ADICIONAL

Art. 37

1. Nos trinta dias da recepção da sentença, qualquer das partes poderá, mediante notificação à outra, solicitar ao tribunal arbitral prolatar sentença adicional sobre qualquer ponto do pedido exposto no curso do procedimento de arbitragem, mas omissa na sentença.
2. Se o tribunal arbitral julgar o pedido justificado e estimar que a omissão pode ser retificada sem necessitar novas audiências ou novas provas, completará sua sentença, nos sessenta dias que se seguirem à recepção do pedido.
3. As disposições dos §§ 2º a 7º do art. 32 são aplicáveis à sentença adicional.

CUSTAS (ART. 38 a 40)

Art. 38

O tribunal arbitral fixará as custas da arbitragem na sentença. As “custas”⁽¹⁰⁾ compreendem unicamente:

- a) os honorários dos membros do tribunal arbitral, indicados separadamente para cada árbitro e fixados pelo próprio tribunal, segundo o art. 39;
- b) as despesas⁽¹¹⁾ de deslocamento e outras despesas feitas pelos árbitros;
- c) as despesas causadas por qualquer peritagem ou por qualquer outra ajuda solicitada pelo tribunal arbitral;
- d) as despesas com o deslocamento e outras indenizações de testemunhas, na medida em que tais despesas foram aprovadas pelo tribunal arbitral;

(10) No original em francês, “frais”, entre aspas. Tanto em francês como em português, “frais” e “custas” podem ter uma acepção vulgar de **despesa**, **custo**, quanto uma acepção jurídica (sobretudo **custas**, fem. **pluralia tantum**) de “despesas feitas em processo judicial”; (Dic. Aurélio, verbete: **custa** e **Dictionnaire Français-Portugais** Liv. Bertrand, Dicionário Bertrand, Paris, 1978, verbete: “frais” (Nota do tradutor).

(11) No original em francês **frais** sem aspas; traduziremos por **despesas** (Nota do tradutor).

e) as despesas em matéria de representação ou de assistência jurídica realizadas pela parte vencedora, e tais despesas constituírem um dos pontos do pedido de arbitragem e na medida em que o tribunal arbitral julgue seu montante razoável;

f) se for o caso, os honorários e despesas das autoridades de nomeação, bem como as despesas do Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia.

Art. 39

1. O montante dos honorários dos membros do tribunal arbitral deve ser razoável, levando-se em consideração o valor em litígio, a complexidade do assunto, o tempo que os árbitros lhe consagraram e quaisquer outras circunstâncias pertinentes ao caso.

2. Se a autoridade de nomeação foi escolhida pelas partes de comum acordo ou se designada pelo Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia, e, tendo aquela autoridade publicado tabela pelos honorários dos árbitros nomeados em litígios internacionais que ela administra, o tribunal arbitral fixará o montante de seus honorários, levando em consideração tal tabela, na medida em que julgue apropriado às circunstâncias na espécie.

3. Se a autoridade de nomeação não tiver publicado tabela para honorários dos árbitros nomeados nos litígios internacionais, cada parte poderá, a qualquer momento, solicitar à autoridade de nomeação estabelecer uma nota em que indique a base de cálculo de honorários, que é habitualmente aplicada nos litígios internacionais nos quais a autoridade nomeia árbitros. Se a autoridade de nomeação aceitar estabelecer a referida nota, o tribunal arbitral fixará o montante de seus honorários levando em consideração as informações assim fornecidas, na medida em que julgue apropriado às circunstâncias da espécie.

4. Nos casos contemplados nas alíneas 2 e 3, tendo, a pedido de uma das partes, a autoridade de nomeação aceitado aquele mister, o tribunal arbitral somente fixará o montante de seus honorários, após ter consultado a autoridade de nomeação, que poderá dirigir ao tribunal arbitral, qualquer observação que julgue apropriado no concernente a seus honorários.

Art. 40

1. Salvo disposto no § 2º, as custas da arbitragem ficarão a cargo, em princípio, da parte sucumbente. Todavia, poderá o tribunal arbitral reparti-las entre as partes, na medida em que julgue apropriado às circunstâncias em espécie.

2. No que concerne às despesas em matéria de representação ou de assistência jurídica, conforme a alínea e do art. 38, o tribunal arbitral poderá, tendo em vista as circunstâncias em espécie, determinar a parte sobre cujo encargo serão colocadas tais despesas, ou reparti-las entre as partes, na medida em que julgue apropriado.

3. Quando o tribunal arbitral pronunciar uma declaração de encerramento do procedimento arbitral ou uma **sentença homologatória de acordo das partes**, (*sentence d'accord partie*), fixará as custas da arbitragem conforme os art. 38 e § 1º do art. 38, no texto da declaração ou daquela sentença.

4. O tribunal arbitral não poderá perceber honorários suplementares por interpretar ou retificar sua sentença ou por prolatar uma sentença adicional conforme os arts. 35 a 37.

CONSIGNAÇÃO DO MONTANTE DAS CUSTAS

Art. 41

1. Desde sua constituição, o tribunal arbitral poderá solicitar a cada parte consignar soma idêntica, a título de adiantamento sobre as custas mencionadas no art. 38 incisos a, b e c.

2. No curso do procedimento arbitral, o tribunal arbitral poderá solicitar às partes consignar somas suplementares.

3. Se uma autoridade de nomeação for escolhida pelas partes de comum acordo, ou designada pelo Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia, e, se a pedido de uma das partes a autoridade de nomeação aceitar este mister, o tribunal arbitral somente fixará o montante das somas ou das somas suplementares a consignar, após ter consultado a autoridade de nomeação, que poderá dirigir ao tribunal arbitral quaisquer observações que julgar apropriadas, no concernente ao montante de tais consignações.

4. Se as somas cuja consignação é pedida, não forem integralmente depositadas nos trinta dias da recepção do pedido, o tribunal arbitral disso informará as partes, a fim de que um ou outra delas, possa efetuar o depósito solicitado. Se tal depósito não for efetuado, o tribunal poderá ordenar a suspensão ou o encerramento do procedimento arbitral.

5. Após a prolação da sentença, o tribunal arbitral prestará contas às partes, da utilização das somas recebidas em depósito e lhes restituirá qualquer saldo não despendido.

ANEXO – II PARECER

Projeto de Conveção sobre Arbitragem Comercial Internacional – (Lei-Modelo da UNCITRAL)

São Paulo, Arcadas, em 09 de novembro de 1984

Encaminha Sua Excelência o Senhor Embaixador Prof. Dr. Miguel Franchini-Netto, DD. Representante Permanente do Brasil junto à Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, UNCITRAL, um PROJETO DE CONVENÇÃO SOBRE LEI-MODELO DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL, oriundo daquela Comissão da ONU, com o pedido de minha apreciação do mesmo, tendo em vista a legislação interna e o interesse nacional.

I – O PROJETO DA UNCITRAL, A/CN.9/WG.2/7/CRP.2/ADD.10 de 1º/II/1984

1. Trata-se de um projeto de texto de uma lei modelo sobre arbitragem comercial internacional, aplicável nas relações entre particulares, submetidos a legislações estatais distintas, segundo a definição do art. 1º, § 2º. Excluem-se, portanto, as arbitragens que envolvem relações entre Estados ou entre Estados e organismos internacionais, regidas pelas normas do Direito Internacional Público, bem como as arbitragens sobre investimentos internacionais, regidas pela Convenção BIRD de 1965, “Convenção sobre Resolução de Controvérsias Relativas a Inversões entre Estados e Particulares”, a qual criou o Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Inversões, e da qual, nenhum Estado latino-americano significativo é parte.

2. O assunto se acha na atualidade regido pelas seguintes convenções internacionais: a) de âmbito regional, a Convenção Européia sobre a Arbitragem Comercial Internacional assinada em Genebra em 21 de abril de 1961 e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 30 de janeiro de 1975; b) de âmbito universal, o Protocolo de Genebra de 1923, relativo às cláusulas de arbitragem, vigente no Brasil (Decreto nº 21.167 de 22 de maio de 1932), a Convenção de Genebra de 1927, para a execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras e, finalmente, a Convenção para o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada em Nova York em 10 de junho de 1958, que no seu art. VII, § 2º, abroga as anteriores, na medida em que os Estados passem a fazer parte da mesma.

3. Assim sendo, no Brasil e para o Brasil, está vigente tão somente o Protocolo de Genebra de 1923, ou em outras palavras, aqueles princípios jurídicos que são comuns ao Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção de Nova

York de 1958. Tais esclarecimentos são necessários, uma vez que grande parte das arbitragens comerciais internacionais se verificam entre parceiros comerciais brasileiros e norte-americanos; ora, os EUA não são parte no Protocolo de Genebra de 1923, mas são partícipes da Convenção de Nova York de 1958, e o Brasil tão somente ratificou o mencionado Protocolo. Contudo, não é por inexistir um tratado entre Brasil e os EUA sobre a validade da cláusula compromissória que as arbitragens entre particulares submetidos às mencionadas jurisdições, deixaram de ser realizadas. Em vários pareceres, temos sustentado com sucesso, perante a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (que por motivos de sigilo, deixamos de fazer a exata referência), que nas arbitragens comerciais internacionais entre partes submetidas à legislação brasileira e de Nova York, cada qual, a cláusula compromissória tem validade, não porque exista um tratado entre ambos os Países, mas porque há princípios comuns vigentes em ambas as legislações: no Brasil, por força do Protocolo de Genebra de 1923, e nos EUA, por força da Convenção de N. York de 1958, naqueles trechos que repetem o mencionado Protocolo e, são vigentes, por força dos princípios gerais de direito comuns às legislações, apoiados pelo extraordinário vigor jurígeno dos usos e costumes no comércio internacional.

4. O Projeto da UNCITRAL pretende transformar-se em tratado internacional. Se o fôr, será um tratado do tipo LAW MAKING TREATY, ou seja, um acordo internacional regido pelo Direito Internacional Público, e que versa sobre normas de direito privado, implicando, assim, na imediata transformação da legislação local, uma vez que disciplinará, diretamente, a conduta de pessoas de direito privado. Nesse aspecto, veja-se a relutância do sistema brasileiro de admitir tratados dessa espécie, como atesta o longo tempo em que o Supremo Tribunal Federal levou para reconhecer como lei interna as Convenções de Genebra sobre cambiais, promissórias e cheques. Na verdade, semelhantes convenções internacionais que dispõem sobre direito uniforme, encontram certa resistência por parte do Judiciário brasileiro, em que pese a doutrina considerar a supremacia do Direito Internacional sobre o direito interno.

5. Outro aspecto a considerar no Projeto da UNCITRAL é que ele se reveste de um detalhamento, aparentemente incompatível com um tratado interestatal, onde a técnica legislativa aconselha a edição de normas gerais, programáticas, deixando a implementação das mesmas para atos normativos de organismos intergovernamentais. No caso de arbitragens comerciais internacionais, onde impera o princípio da plena liberdade dos contratantes para estabelecer normas do procedimento do árbitro ou árbitros, um espírito de regular minúcias num texto normativo, em especial entre Estados, é altamente desaconselhável, por ferir os princípios da criatividade característica nas arbitragens entre particulares.

6. As regras do Projeto da UNCITRAL, conforme sua análise, melhor caberiam numa Comissão de Arbitragem, do que no quadro normativo dos Estados. Na verdade, com ligeiras modificações, elas já se acham inseridas na Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, nascida da Convenção do Panamá de 1975: são as Regras de Procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, conforme emendadas e em vigor a partir de 1º de janeiro de 1978. Aquelas pequenas modificações dizem respeito, em particular, a quem recorrer, na hipótese de uma das partes não cooperar na formação do tribunal, ou na indicação do árbitro único. Assim, nas Regras do IACAC, art. 6º §§ 1º e 2º, não havendo acordo entre as partes quanto à indicação do árbitro único, sua escolha será feita pelo IACAC; no Projeto da UNCITRAL, art. 11 § 3º (b) e art. 11, § 5º, tal escolha é feita pelo tribunal judiciário nacional que teria competência para conhecer a questão. Igualmente, na indicação do segundo árbitro pela parte realcitante, a escolha é do IACAC (art. 7º § 2º das Regras) e no Projeto da UNCITRAL, pelo juiz togado (art. 11 §§ 3º (a) e 5º). Outra diferença reside nos motivos e procedimentos para a recusa dos árbitros (challenge of arbitrators): no art. 12 das Regras, a decisão sobre a recusa será tomada pelo IACAC, e no Projeto da UNCITRAL, pelo tribunal judiciário (arts. 12 e 13 § 3º, inclusive mais detalhados no procedimento a ser seguido). No Projeto da UNCITRAL nada há sobre custas e depósito, que, nas Regras do IACAC, constam dos arts. 39 e 40. Enfim, nas Regras do IACAC há uma cláusula compromissória recomendada (no início das Regras, sem numeração articular), ao passo que no Projeto da UNCITRAL, no art. 7º, não se indica o modelo da cláusula, mas tão somente sua definição e forma do acordo de arbitragem.

7. Entre o sistema detalhista proposto pela UNCITRAL e pelo IACAC, de um lado, e o sistema de regras gerais da Convenção de Nova York de 1958, pode-se ter um sistema intermediário, como o da Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional, que se reveste de melhor técnica.

8. Por se tratar de um projeto de convenção sobre lei uniforme, acreditamos na quase impossibilidade de sua adoção. A convenção de Genebra, Européia, foi possível ser adotada no seu relativo detalhamento, por regular ela relações entre Estados de nível econômico semelhantes, inda que postados em regimes díspares, como os Estados do Leste Europeu, que, nem por adotarem o monopólio estatal do comércio exterior, deixam de, largamente, aplicar a arbitragem para as soluções de conflitos entre os “combinados” e as empresas ou os Estados capitalistas.

II – O PROJETO DA UNCITRAL E A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

9. A legislação brasileira, tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil, não faz qualquer distinção entre arbitragens internas (ou seja, tipicamente

brasileiras) e internacionais. Nas arbitragens internas, a legislação faz menção tão somente ao compromisso como condição de validade do laudo arbitral, sendo que a atribuição de mera obrigação de fazer (pactum de contrahendo) à cláusula compromissória foi obra da jurisprudência judiciária. Assim sendo, é lei interna no Brasil de que um laudo arbitral só é válido e pode ser homologado pelo poder judiciário para valer como título executivo judicial, se for antecedido de um compromisso, contrato formal, regulado naqueles diplomas normativos. De seu lado, o compromisso, se apresentado como preliminar na contestação do réu, (CPC art. 301-IX e seu § 4º), tem o condão de causar a extinção do processo, sem julgamento do mérito (CPC art. 267-VII). Quanto à cláusula compromissória, tem um simples valor de obrigação de fazer (de louvar-se em árbitros) e sua inadimplência, que se constitui no recurso ao Judiciário, só pode dar lugar à aplicação de penas contratuais (se elas previrem multas para o descumprimento da cláusula), à inadimplência de todo contrato (na condição de haver provisões para tal) ou ainda, como qualquer obrigação de fazer descumprida, a pedido de indenizações por perdas e danos. Inexiste antecedente jurisprudencial que mostre o recurso ao Judiciário para forçar uma parte a cumprir a cláusula compromissória (execução forçada, ou como se acha em moda dizer, execução específica).

10. No que dis respeito às arbitragens estrangeiras, cuja execução se tem pedido no Brasil, é necessário descrever a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que se reere à validade da cláusula compromissória no Brasil. Até a presente data, nenhum julgado se pronunciou sobre a existência ou aplicabilidade do Protocolo de Genebra de 1923 no Brasil, evidentemente por falta de o assunto ter sido trazido a exame do Pretório Escelso. Na verdade, tal fato prova a afirmação anterior que fizemos da relutância de os tribunais superiores brasileiros aplicarem tratados internacionais como leis internas no Brasil.

11. Apoiados no falso entendimento de que o juízo competente para homologar laudos arbitrais estrangeiros no Brasil, para o fim de dar-lhes execução compulsória, os advogados brasileiros encaminhavam laudos arbitrais, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, numa evidente confusão com sentença judiciária estrangeira (esta sim, de competência originária do Presidente do S.T.F. para homologação). Ora, em todas as vezes que foi chamado a pronunciar-se, o STF declararia, com razão, que sua competência não se referia à homologação de laudos arbitrais estrangeiros, sem, no entanto, dar qualquer solução para o assunto da execução compulsória dos mesmos no Brasil.

12. A jurisprudência vinha numa linha coerente, até que no caso **Northern vs. Kern**, SE-1982 de 03 de junho de 1970, **RTJ/54**, o Supremo Tribunal Federal afirmou que no caso de vir o laudo arbitral estrangeiro homologado pela Justiça estrangeira ou por qualquer autoridade do país onde foi prolatado, ele, SFT, não hesitaria em homologar a sentença judiciária homologatória do laudo. Os casos se sucederam no STF e firmaram jurisprudência: se o laudo arbitral

foi prolatado num país estrangeiro, se foi ali homologado pela Justiça local, ele, STF, homologaria a sentença judiciária, dando assim força executória a laudos arbitrais estrangeiros, mesmo que os mesmos se baseassem unicamente na cláusula compromissória, e mesmo que inexistisse compromisso. O fundamento de tal procedimento se baseia no fato de ser a sentença homologatória do STF um procedimento de natureza deliberatória, onde a Justiça brasileira não pode modificar o conteúdo da sentença judiciária estrangeira. Em todas as ocasiões, foram levantadas preliminares de ofensa á ordem pública brasileira, impeditivas da homologação da sentença estrangeira; o STF, contudo, desprezou aquelas preliminares, tendo, assim, fixado os precedentes de que a falta de compromisso num laudo estrangeiro homologado pela justiça estrangeira, não é fato impeditivo de sua homologação pelo STF, pois não ofende à ordem pública. Isto posto, o que a jurisprudência do STF acabou por fixar foi a plena validade da cláusula compromissória nas arbitragens estrangeiras e, se houver dúvidas quanto à validade da mesma, tal incidente deve ser discutido na justiça estrangeira que homologou o laudo arbitral e não perante o STF, que não poderá modificar o mérito do “decisum” pela Justiça estrangeira.

13. Segue-se uma lista dos acórdãos do STF em que se provam a distinção jurisprudencial entre arbitragens internas brasileiras e arbitragens internacionais, e nessas, a plena validade de cláusulas compromissórias, assim como os assuntos em que aparecem as preliminares de ordem pública brasileira, impedientes de adoção de normas estrangeiras: *Northern vs. Kern*, **RTJ/54** (Se-1982 de 03 de junho de 1970); *Otraco vs. Condil*, **RTJ/60** (SE-2.006 de 18 de novembro de 1971); *Centrofin vs. La Pastina*, **RTJ/91** (SE-2.178 de 03 de junho de 1979) e **RTJ/92** (Ag. Reg., 2.178 de 14 de novembro de 1979); *Nouvelle vs. Caldas*, **RTJ/95** (Ag. Reg., 2.476 de 09 de abril de 1980); *N.V. Bunge vs. Pacaembu*, **RTJ/95, bis** (Ag. Reg., 2.671); *Nam Fung vs. Soares de Oliveira*, **RTJ/103** (SE-2.597 de 22 de abril de 1982); *Walter Matter vs. Fenelon* (**DJ** de 02/12/1983); *Palmer & Wall vs. Algoper*, **RTJ/105** (SE-2.456 de 03 de março de 1983) *Anderson Clayton vs. Irodruza*, **RTJ/107** (SE-2.766 de 01 de julho de 1983).

14. O Supremo Tribunal Federal, nos casos mencionados, tem considerado normas de ordem pública, no que se refere a arbitragens comerciais internacionais os seguintes aspectos: a) no juízo de homologação do laudo arbitral perante a Justiça estrangeira, é necessária citação da parte brasileira (leia-se, domiciliada no Brasil), através de carta rogatória, não de atribuindo ao “affidavit” da “common law” nenhuma validade no Brasil; b) o laudo arbitral pode não ser motivado, mas a sentença judiciária de homologação do mesmo deve ser motivada; c) a sentença judiciária de homologação, se dada por tribunal judiciário, deve revestir-se da forma de sentença judiciária passada em julgado, e não meramente chancelada pelo tribunal (uso judiciário na Inglaterra e nos EUA, onde os advogados têm fé pública e, considerados quase-funcionários do

Poder Judiciário, sua mera assinatura, perante o notariado dos tribunais lhe confere faculdades de documentos oriundos do Poder Judiciário, com toda sua força probante). Em resumo, o que se pode afirmar é que nos assuntos de arbitragens internacionais, o STF tem exigido os requisitos essenciais da lei brasileira, tão somente para a homologação das sentenças judiciais homologatórias estrangeiras (pouco importando de como o laudo que elas homologam foi prolatado, uma vez que o STF não pode modificar o mérito do “decisum” do Judiciário estrangeiro).

15. Se o Projeto da UNCITRAL se tornar lei interna brasileira, dará a cláusula compromissória o mesmo efeito que na legislação doméstica se atribui ao compromisso: dar causa à extinção do processo, sem julgamento do mérito. Note-se, que por força do Protocolo de Genebra de 1923, a cláusula arbitral já deveria ter tais efeitos no Brasil, mas os tribunais não têm aplicado tais consequências da mesma, repita-se, pela relutância da jurisprudência brasileira em aplicar normas internacionais.

16. Sem dúvida, pelo entendimento dos efeitos da cláusula compromissória, unicamente nos seus efeitos de obrigação de fazer, portanto, com a denegação de seus efeitos negativos de causar a incompetência do Judiciário, se existe a via arbitral pactuada em contratos anteriores, faz da arbitragem comercial internacional um instituto pesado perante a lei brasileira, pois obriga as partes a recorrerem ao Judiciário estrangeiro (para a homologação do laudo ali passado) e novamente ao Judiciário brasileiro (para homologação da sentença homologatória estrangeira do laudo). Sabe-se que o recurso à arbitragem nos negócios transnacionais é uma das formas mais atraentes e compatíveis com sua realidade: o recurso à arbitragem, por vezes é a única forma de resolver litígios nos negócios, em especial quando se tem em mira um Judiciário cada vez menos aparelhado para estudar questões complexas dos negócios internacionais entre pessoas de direito privado, ou mesmo, entre essas, estrangeiras, e pessoas, em princípio, portadoras de imunidades de jurisdição (leia-se: a miríade de situações em que órgãos da Administração descentralizada realizam negócios com particulares estrangeiros, sem perder seus privilégios de foros especiais, segundo a lei brasileira).

17. Na tentativa de tornar a arbitragem mais praticável no Brasil, inclusive pelo motivo urgente de desafogar o Judiciário, necessário mencionar duas realizações recentes e que refletem a busca de tornar a legislação brasileira mais coerente com as vantagens que o instituto oferece. Em primeiro lugar, há um Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil (Portaria nº 319/81 do Ministro da Justiça, publicada in DOU de 27 de maio de 1981) em que, por sugestões do Ministério Extraordinário para a Desburocratização, procurou-se dar mais agilidade à arbitragem, dando à cláusula arbitral seu papel de afastamento do Judiciário, quando presentes nos contratos *sub judice* e dando ao laudo arbitral a mesma força e validade que a sentença judicial, afastando-se, assim, a

necessidade de homologação judicial do laudo arbitral. Em segundo lugar, no Projeto do Novo Código Civil (Projeto de Lei nº 634-A de 1975, in **Diário do Congresso Nacional** de 14 de setembro de 1983, Suplemento) nos artigos 864 e 865, pela primeira vez na legislação brasileira, há dispositivos legislativos sobre a cláusula compromissória, dando-lhe plena validade, no mesmo pé de igualdade que o compromisso, além de ambos, Anteprojeto e Projeto, estabelecerem mecanismos coercitivos para forçar as partes a submeterem-se ao procedimento arbitral acordado em contrato (mecanismos de indicação de árbitro único ou do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral, no caso de falta de cooperação de uma das partes).

18. Enfim, é mister dizer que, mesmo com os esforços de tornar a arbitragem comercial particular mais praticada no Brasil, conforme se afirmou no parágrafo anterior, um fato digno de nota é a ausência na legislação brasileira de dois diplomas internacionais significativos e que deixam o Brasil completamente fora do movimento internacional de prestigiamento da solução arbitral: a Convenção de Nova York de 1958 e a Convenção BIRD de 1965 (e nesse particular último, é necessário que a Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores reveja as razões pela não assinatura da Convenção BIRD, inclusive por motivos mais justificáveis do que aqueles constantes no Parecer de agosto de 1964, publicado in **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, ano XX, nº 39/40, dezembro de 1964, p. 265). Por outro lado, a assinatura e não ratificação da Convenção do Panamá de 1975, merecem estudos prioritários antes de se pensar em qualquer consequência, relativamente à adoção das regras sobre arbitragem, conforme aventadas pela UNCITRAL.

CONCLUSÕES

19. Pela extremada força que os usos e costumes exercem sobre as regras do comércio internacional realizado entre pessoas de direito privado, as Convenções de direito uniforme têm a função de facilitar os relacionamentos, por vezes, impondo-se às legislações locais, mesmo que inexista um ato vinculativo entre os Estados; prova de tal afirmativa é o fato de, apesar da pouca importância, diríamos mesmo, nenhuma importância que o Judiciário brasileiro tem conferido ao Protocolo de Genebra de 1923 no Brasil, (o fato) é que as realidades do comércio internacional forçaram o reconhecimento dos efeitos da cláusula compromissória nas arbitragens privadas internacionais.

20. Por outro lado, a circunstância de ser o Brasil não parte da Convenção de Nova York de 1958, do BIRD de 1965 e do Panamá de 1975, o que atesta estar o País isolado de uma tendência universal de prestigiar as soluções arbitrais, justificaria estudos prioritários sobre política a adotar nessa matéria, com maiores reflexões sobre o tema, antes de querer adotar para a Nação um estatuto, como o da UNCITRAL, que pressupõe uma vigência de tratados mais univer-

sais e generalizados sobre o tema, além do envelhecido Protocolo de Genebra de 1923, único diploma internacional vigente no Brasil.

Este é o meu Parecer, que tenho a honra de encaminhar ao ilustre Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Embaixador Prof. Dr. Miguel Franchini-Netto, igualmente Representante Permanente do Brasil junto à UNCITRAL, a respeito do PROJETO DE CONVENÇÃO SOBRE LEI-MODELO DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL, originário daquela Comissão das Nações Unidas.

São Paulo, Arcadas, em 09 de novembro de 1984.

Guido F.S. Soares

Professor Adjunto do Depto. de D. Internacional da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

ANEXO III (Tradução Livre do Autor)

Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional⁽¹²⁾

Adotada pela UNCITRAL na sua 18ª Sessão – (Viena, 12/VI/1985)

CAPÍTULO PRIMEIRO – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º

Campo de Aplicação⁽¹³⁾

1. A presente lei se aplica à arbitragem comercial⁽¹⁴⁾ internacional; não atinge nenhum acordo multilateral ou bilateral em vigor neste Estado.
2. As disposições da presente lei, com exceção dos arts. 8º, 9º, 35 e 36 só se aplicam, se o lugar da arbitragem se situa no território deste Estado.
3. Uma arbitragem é internacional quando:
 - a) as partes numa convenção de arbitragem, no momento da conclusão da mencionada convenção, têm seus **domicílios**⁽¹⁵⁾ em Estados diferentes;
 - b) um dos lugares a seguir mencionados, se encontra situado fora do Estado no qual as partes têm seus **domicílios**:
 - i) o lugar da arbitragem, se estiver estipulado na convenção de arbitragem ou determinado em virtude da mesma;

(12) Tradução feita pelo autor a partir do texto em francês e inglês, publicado in **Revue de Droit Uniforme**, UNIDROIT, Roma, 1985/II, p. 320. (Nota do tradutor)

(13) Os títulos dos artigos destinam-se unicamente a facilitar a leitura do texto e não devem ser utilizados para fins de interpretação. (Nota do original)

(14) O termo “comercial” deverá ser interpretado num sentido amplo, a fim de designar quaisquer questões originadas de relações de carácter comercial, contratuais ou não contratuais. As relações de natureza comercial compreendem, sem estar limitadas, às seguintes transação: qualquer transação comercial relativa ao fornecimento ou à troca de mercadorias ou serviços; acordo de distribuição; representação comercial; “factoring”; “leasing”; construção de usinas; serviços de consultoria; engenharia; licenças; investimentos; financiamentos; “joint ventures” e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de mercadorias ou de passageiros por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária. (Nota do original)

(15) “Their places of business”/“Leur établissements” A melhor tradução parecer ser “**domicílio**”, no direito brasileiro. (Nota do tradutor)

ii) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações originárias da relação comercial ou o lugar **com o qual o objeto do litígio tenha a conexão mais relevante;**⁽¹⁶⁾

c) as partes expressamente convencionaram que o objeto da convenção de arbitragem tenha relacionamento com vários países.

4. Para fins do § 3º do presente artigo:

a) se uma parte tem mais de um **domicílio**, o **domicílio** a ser considerado, será aquele que tiver o mais estreito relacionamento com a convenção de arbitragem;

b) se uma parte não tiver **domicílio**, será considerada, como substituto, sua residência habitual.

5. A presente lei não afetará nenhuma outra lei do presente Estado, pela qual determinados litígios podem ser submetidos à arbitragem ou só o podem, pela aplicação de dispositivos de outras leis diversas da presente lei.

Art. 2º

Definições e Regras de Interpretação

Para os fins da presente lei:

a) o termo “arbitragem” designa qualquer arbitragem cuja organização esteja ou não confiada a uma instituição permanente de arbitragem;

b) a expressão “tribunal arbitral” designa um árbitro único ou um conjunto de árbitros;

c) termo “tribunal” designa um organismo ou um órgão do sistema judiciário de um Estado;

d) no caso de um dispositivo da presente lei, com exceção do art. 28, deixar às partes a liberdade de decidir sobre uma determinada questão, esta liberdade inclui o direito de as partes autorizarem um terceiro, inclusive uma instituição, a decidir sobre a mesma questão;

(16) “Lieu avec lequel l’objet du différend a le lien le plus étroit”/“place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected”; a tradução procurou ser fiel à doutrina brasileira. (Nota do tradutor)

e) no caso de um dispositivo da presente lei se referir ao fato de as partes terem convencionado ou puderem convencionar sobre uma questão, ou se referir, de qualquer maneira, a uma convenção das partes, tal convenção englobará qualquer regulamentação de arbitragem que nela se mencione;

f) no caso de um dispositivo da presente lei, salvo os do parágrafo a) do art. 25 e da alínea 2 a) do art. 32, se referir a um **pedido**, este dispositivo se aplicará igualmente a um **pedido reconvenicional**, e quando se referir a **resposta**, se aplicará, de igual forma, à **réplica ao pedido reconvenicional**⁽¹⁷⁾.

Art. 3º

Recepção de comunicações escritas

1. Salvo disposição em contrário das partes,

a) qualquer comunicação escrita é reputada como tendo sido recebida, quando for entregue, seja à pessoa do destinatário, seja no lugar de seu domicílio, ou na sua residência habitual ou no seu endereço postal; no caso de nenhum destes lugares puder ser encontrado, após uma busca razoável, uma comunicação escrita é reputada como tendo sido entregue, quando for enviada ao último domicílio, à última residência habitual ou ao último endereço postal conhecidos do destinatário, por carta registrada, ou por qualquer outro meio que ateste a tentativa de entrega;

b) a comunicação é reputada como tendo sido recebida, no dia de sua entrega.

2. As disposições do presente artigo não se aplicam às comunicações havidas no quadro dos procedimentos judiciais⁽¹⁸⁾

Art. 4º

Renúncia ao direito de apresentar objeções

Reputa-se como tendo renunciado ao direito de apresentar objeções a parte que, mesmo sabendo que um dos dispositivos da presente lei derogável pelas partes, ou qualquer outra condição enunciada na convenção de arbitra-

(17) Traduziremos “demande”; “demande reconventionnelle”/“claim” “counter-claim” por **pedido** e **pedido reconvenicional**. “Defense”; “conclusions en defense”/“defence”; “defence to such counter-claim” por: **resposta** e **réplica ao pedido reconvenicional**. (Nota do tradutor)

(18) Embora o texto pudesse ter aproveitado a definição de “tribunal” (“tribunal”/“court”) não o fez e empregou as expressões “dans le cadre de procédures judiciaires”/“in court proceedings”. (Nota do tradutor)

gem, não foram respeitados, ainda assim prossegue com a arbitragem, sem formular objeções num prazo devido ou fora do mesmo (se houver previsão de prazo para tal efeito).

Art. 5º

Casos de Intervenção do Tribunal

Nas questões reguladas pela presente lei, o tribunal não poderá intervir, salvo nos casos por ela previstos.

Art. 6º

Tribunal ou Outra Autoridade Encarregada de Determinadas Funções de Assistência ou de Controle no Quadro da Arbitragem

As funções mencionadas nos arts. 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 e 34-2 serão confiadas a... (Cada Estado, ao adotar a lei-modelo precisará o tribunal ou os tribunais, ou, no caso de esta lei mencionar, qualquer outra autoridade competente para desempenhar as funções referidas).

CAPÍTULO II – A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Art. 7º

Definição e Forma da Convenção de Arbitragem

1. Uma “convenção de arbitragem” é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem, quaisquer litígios ou determinados litígios que tenham surgido ou vierem a surgir entre elas, a respeito de uma relação de direito determinada, contratual ou a respeito de uma relação de direito determinada, contratual ou não contratual. Uma convenção de arbitragem poderá tomar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato, ou de uma convenção separada.

2. A convenção de arbitragem deve ser por escrito. Uma convenção é por escrito no caso de ser consignada em um documento assinado pelas partes, numa troca de cartas, de comunicações de telex, de telegramas ou de qualquer outro meio de telecomunicação que ateste sua existência, ou ainda, na troca de reivindicações litigiosas no pedido e na sua resposta, na qual a existência daquela convenção seja alegada por uma parte e contestada por outra. A referência em um contrato a um documento contendo uma cláusula compromissória, equivale a uma convenção de arbitragem, na condição de que o citado contrato seja na forma escrita e que a referência seja de tal sorte, que faça da cláusula uma parte do contrato.

Art. 8º

Convenção de Arbitragem e Ações Intentadas quanto ao Mérito⁽¹⁹⁾ perante um Tribunal

1. O tribunal perante o qual um litígio que verse sobre uma questão que faz parte de uma convenção de arbitragem, remeterá as partes à arbitragem, se uma delas o pedir, desde o momento em que submete seus primeiros arrazoados quanto ao mérito do litígio, a menos que constate que a mencionada convenção seja nula, inoperante ou não susceptível de ser executada.

2. No caso de uma ação ser intentada perante um tribunal, conforme o § 1º do presente artigo, o procedimento arbitral poderá ser iniciado ou prosseguir, podendo uma sentença arbitral ser proferida, enquanto se aguarda a decisão do tribunal.

Art. 9º

Convenção de Arbitragem e Medidas Cautelares perante um Tribunal

O pedido de uma das partes a um Tribunal, antes ou durante o procedimento arbitral, de medidas cautelares provisionais ou conservatórias dirigidas a um Tribunal, ou sua concessão por este, não são incompatíveis com uma convenção de arbitragem.

Art. 10

Número de árbitros

1. As partes são livres para convir sobre o número de árbitros.
2. Na falta de estipulação entre as partes, o número de árbitros será três.

Art. 11

Nomeação do Árbitro ou dos Árbitros

1. Ninguém poderá ser, em razão de sua nacionalidade, impedido de exercer as funções de árbitro, salvo estipulação em contrário das partes.
2. As partes são livres de estabelecer o procedimento de nomeação do árbitro ou dos árbitros, sem prejuízo das disposições dos parágrafos 4º e 5º do presente artigo.

(19) “Fond du différend”/“substance of the dispute”: traduziremos por **mérito do litígio**. A idéia da Lei-Modelo é prestigiar o primeiro momento em que a parte comparece perante o Judiciário, e não a forma de apresentar sua exceção de extingüibilidade do processo judiciário. (Nota do tradutor)

3. Na falta de convenção:

a) em caso de arbitragem por três árbitros, cada parte nomeará um árbitro e ambos os árbitros assim nomeados, escolherão o terceiro árbitro; no caso de uma das partes não nomear um árbitro, no prazo de 30 dias a contar da recepção de um pedido da outra parte para tal fim, ou se ambos os árbitros não se puserem de acordo sobre a escolha do terceiro árbitro, no prazo de 30 dias de sua nomeação deles, a nomeação será efetuada, a pedido de uma das partes, ao tribunal ou outra autoridade mencionada no art. 6º.

b) em caso de arbitragem por um árbitro único, se as partes não puderem acordar sobre a escolha do árbitro, este será nomeado a pedido de uma das partes, pelo tribunal ou autoridade mencionada no art. 6º.

4. Se, durante um procedimento de nomeação convencionado pelas partes,

a) uma parte não se comportar de acordo com o citado procedimento;

b) as partes ou os dois árbitros, não conseguirem chegar a um acordo de conformidade com o citado procedimento;

c) um terceiro, inclusive uma instituição, não cumprir com sua missão que lhe foi confiada no citado procedimento; qualquer das partes poderá solicitar ao tribunal ou à autoridade mencionada no art. 6º, conforme os §§ 3º e 4º do presente artigo, tomar as providências desejadas, a menos que a convenção relativa à nomeação, não estipule outros meios para assegurar a citada nomeação.

5. A decisão sobre matéria dos parágrafos 3º e 4º do presente artigo, confiadas a um tribunal ou autoridade mencionada no art. 6º, não é suscetível de recurso. O tribunal ou outra autoridade, ao nomear um árbitro, deverá levar em consideração quaisquer qualificações exigidas pelas partes na convenção e quaisquer considerações apropriadas para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial, e, no caso de nomeação de um árbitro único ou de um terceiro árbitro, deverá igualmente considerar o fato de ser preferível nomear um árbitro de nacionalidade diferente daquela das partes.

Art. 12

Motivos de Recusa (Grounds for Challenge/Motifs de Recusation)

1. No caso de uma pessoa ser consultada sobre sua possível nomeação como árbitro, deverá assinalar quaisquer circunstâncias de natureza a levantar dúvidas legítimas sobre sua imparcialidade ou independência. A partir da data de sua nomeação e durante todo procedimento arbitral, o árbitro deverá assinalar, sem tardança, aquelas circunstâncias às partes, a menos que já o tenha feito.

2. Um árbitro não poderá ser recusado, senão no caso de existirem circunstâncias de natureza a levantar dúvidas legítimas sobre sua imparcialidade ou independência, ou no caso de não possuir ele as qualificações convencionais pelas partes. Uma parte não poderá recusar o árbitro que nomeou ou em cuja nomeação participou, senão por uma causa de que teve conhecimento após aquela nomeação.

Art. 13

Procedimento de Recusa (Challenge Procedure)

1. Sob reserva do disposto no § 3º do presente artigo, as partes são livres para estabelecer o procedimento de recusa do árbitro.

2. Na falta de acordo entre as partes, aquela que tenha a intenção de recusar um árbitro, deverá expor, por escrito, as razões da recusa do tribunal arbitral, no prazo de quinze dias, a contar da data da qual teve conhecimento da constituição do tribunal, ou da data da qual teve conhecimento das circunstâncias mencionadas no art. 12-2. No caso de o árbitro recusado não se retirar, ou no de a outra parte não aceitar a recusa, o tribunal arbitral se pronunciará sobre a recusa.

3. Se a recusa não puder ser obtida pelos procedimentos convencionados pelas partes ou pela aplicação do § 2º do presente artigo, a parte que recusa poderá, no prazo de trinta dias após ter recebido a comunicação da decisão rejeitando a recusa, solicitar ao tribunal ou a outra autoridade mencionada no art. 6º, tomar uma decisão, que será sem recurso, sobre a recusa; no aguardo de tal decisão, o tribunal arbitral, inclusive o árbitro recusado, poderão prosseguir com a arbitragem e prolatar uma sentença.

Art. 14

Impedimento⁽²⁰⁾ ou Incapacidade de um Árbitro

1. No caso de um árbitro se encontrar de fato ou de direito na impossibilidade de realizar sua missão, ou, por qualquer outra razão, não se despedir de suas funções num prazo razoável, seu mandato terminará, se o árbitro não se despedir ou se as partes convencionarem de por-lhe fim. No caso de subsistir um desacordo quanto a quaisquer de tais motivos, quaisquer das partes podem pedir ao tribunal ou à autoridade mencionada no art. 6º, tomar uma decisão, que não será susceptível de recurso, sobre a cessação do mandato.

(20) Parece que a melhor tradução para “carence d’un arbitre”/“failure to act”, seja **impedimento** no direito brasileiro, em que pese o sentido técnico da expressão em Processo Civil. (Nota do tradutor)

2. O fato de, na aplicação do presente artigo ou do art. 13-2, um árbitro despedir-se ou uma parte aceitar que o mandato do árbitro tenha fim, não implicará no reconhecimento dos motivos mencionados no art. 12-2 ou no presente artigo.

Art. 15

Nomeação de um Árbitro Substituto

Por ocasião do término de um mandato de um árbitro, segundo os arts. 13 ou 14, ou de sua partida por qualquer outra razão, ou se seu mandato for revogado de acordo com as partes, ou em qualquer outro caso, onde se ponha fim a seu mandato, um árbitro substituto será nomeado de conformidade com as regras aplicáveis à nomeação de um árbitro a ser substituído.

CAPÍTULO IV – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

Art. 16

Competência do Tribunal Arbitral para Decidir sobre sua Própria Competência

1. O tribunal arbitral poderá decidir sobre sua própria competência, inclusive sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para tais fins, a cláusula compromissória que faça parte de um contrato, é considerada como uma convenção separada das outras cláusulas do contrato. A constatação da nulidade do contrato pelo tribunal arbitral, não causará, de pleno direito (*ipso jure*), a nulidade da cláusula compromissória.

2. A exceção de incompetência do tribunal arbitral deverá ser apresentada, não mais tardar, até o depósito da réplica ao pedido reconvenicional⁽²¹⁾. O fato de uma parte ter designado um árbitro ou participado na sua designação, não a priva do direito de opor tal exceção. A exceção oposta de que a questão litigiosa excederia os poderes do tribunal arbitral, deverá ser apresentada, tão logo a questão alegada como excedente a seus poderes, for levantada perante o procedimento arbitral. Em ambos os casos, o tribunal arbitral poderá admitir uma exceção levantada após os prazos previstos, se julgar que o retardamento é devido a uma causa válida.

3. O tribunal poderá decidir sobre a exceção contemplada no § 2º do presente artigo, seja tratando-a como uma questão preliminar, seja na sentença sobre o mérito. Se o tribunal arbitral determinar que, a título de questão preliminar, é competente, qualquer das partes poderá, nos trinta dias após a comunica-

(21) “Au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense”/“not later than the submission of the statement of defence”; preferimos o texto em francês, na tradução. Vide nota (17) “hic”. (Nota do tradutor)

ção desta decisão, solicitar ao tribunal estabelecido no art. 6º, decidir sobre tal ponto, decisão que não será susceptível de recurso; enquanto pendente o julgamento sobre tal pedido, o tribunal arbitral será livre para prosseguir com o procedimento arbitral e prolatar uma sentença.

Art. 17

Poder do Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisórias

Salvo convenção contrária das partes, o tribunal arbitral poderá, a pedido de uma das partes, ordenar às partes tomar qualquer medida provisória ou conservatória que julgue necessária, no que diz respeito ao objeto do litígio. O tribunal arbitral poderá, para tal, exigir de qualquer parte providenciar as garantias adequadas⁽²²⁾.

CAPÍTULO V – CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Art. 18

Igualdade de Tratamento das Partes

As partes deverão ser tratadas em pé de igualdade e cada parte deverá ter todas as possibilidades de fazer valer seus direitos.

Art. 19

Determinação das Regras de Procedimento

1. Salvo disposição em contrário da presente lei, as partes são livres para convencionar o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral.
2. Na falta de convenção neste sentido, o tribunal arbitral poderá, com as reservas das disposições da presente lei, proceder na arbitragem como considerar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compendem aquele de julgar a admissibilidade, a relevância e a pertinência de qualquer prova produzida.

Art. 20

Lugar da Arbitragem

1. As partes são livres para decidir sobre o lugar da arbitragem. Na falta de tal decisão, o lugar será determinado pelo tribunal arbitral, levando-se em consideração as circunstâncias do caso, inclusive a conveniência das partes.

(22) “exiger de toute partie le versement d’une provision appropriée”/“to provide appropriate security in connection with such measure”; **garantias** parece ser a tradução adequada, para dar a idéia de generalidade. (Nota do tradutor)

2. Não obstante o disposto no § 1º do presente artigo, o tribunal arbitral poderá, salvo convenção em contrário das partes, reunir-se em qualquer lugar que julgar apropriado, para consultas entre seus membros, audiência de testemunhas, e peritos ou das partes, ou para inspeções de mercadorias, outros bens ou documentos.

Art. 21

Instalação do Procedimento Arbitral

Salvo a disposição em contrário das partes, o procedimento arbitral relativo a um litígio determinado, terá início na data em que o pedido de submissão deste litígio a arbitragem, for recebido pelo requerido⁽²³⁾.

Art. 22

Língua

1. As partes serão livres para convencionar a língua ou as línguas a ser utilizadas no procedimento arbitral. Na falta de acordo em tal sentido, o tribunal arbitral decidirá sobre a língua ou as línguas a ser utilizadas no procedimento. O acordo ou a decisão, a menos que especificado de outra forma, aplicar-se-ão a qualquer declaração escrita de uma das partes, a qualquer procedimento oral e a qualquer sentença, decisão ou outra comunicação do tribunal.

2. O tribunal arbitral poderá ordenar que qualquer documento seja acompanhado de uma tradução na língua ou nas línguas convencionadas pelas partes ou escolhidas pelo tribunal arbitral.

Art. 23

Declarações no Pedido e na Resposta

1. No prazo convencionado pelas partes ou fixado pelo tribunal arbitral, o requerente⁽²⁴⁾ deverá enunciar os fatos em apoio a seu pedido⁽²⁵⁾, os pontos li-

(23) **Défendeur/respondent**: traduzimos por **requerido**. Vide nota (24) a seguir. (Nota do tradutor)

(24) **Demandeur/claimant** serão traduzidos por **requerente**. Vide nota (23) anterior. (Nota do tradutor)

(25) **Demande/claim** serão traduzidos por **pedido**. (Nota do tradutor)

tigiosos e o objeto do pedido⁽²⁶⁾ e o requerido deverá enunciar sua resposta⁽²⁷⁾ a propósito daquelas questões, a menos que as partes tenham convenicionado que tais indicações devam estar constantes nas conclusões. As partes poderão fazer suas conclusões acompanhadas de quaisquer documentos que julgarem pertinentes, ou nelas mencionar os documentos ou outros meios de provas, que produzirão.

2. Salvo convenicionado em contrário pelas partes, qualquer das partes poderá modificar ou completar seu pedido ou sua resposta, no curso do procedimento arbitral, a menos que o tribunal arbitral considere não dever autorizar tais emendas, em razão do retardamento com que são formuladas.

Art. 24

Procedimento Oral e Procedimento Escrito

1. Salvo convenção contrárias das partes, o tribunal arbitral decidirá se o procedimento deverá comportar fases orais para a produção de provas, ou para a exposição oral de argumentos, ou se ele se desenvolverá na base de documentos ou outros materiais. No entanto, a menos que as partes não tenham convenicionado que não haverá procedimento oral, o tribunal arbitral organizará este procedimento, no estágio apropriado do procedimento arbitral, se uma das partes lhe fizer um pedido para tal.

2. As partes deverão ser notificadas com tempo suficientemente anterior a qualquer audiência ou sessão do tribunal arbitral, para fins de inspeção de mercadorias, outros bens ou documentos.

3. Quaisquer declarações, documentos ou informações que uma das partes produzir ao tribunal arbitral, deverão ser comunicados à outra parte. Qualquer relatório de peritos ou documentos apresentados como prova e nos quais o tribunal arbitral poderá apoiar-se para decidir, deverão, igualmente, ser comunicados às partes.

Art. 25

Revelia ou Não Comparecimento de uma Parte (Default d'une Partie/Default of a Party)

(26) **L'Objet de la demande/the relief or remedy sought** serão traduzidos por **objeto do pedido**. (Nota do tradutor)

(27) **Défenses/defence** serão traduzidos por **resposta**. (Nota do tradutor)

Salvo convenção contrária das partes, no caso de, sem apresentar um impedimento legítimo:

a) o requerente não apresentar seu pedido conforme o artigo 23-1, o tribunal arbitral encerrará o procedimento arbitral;

b) o requerido não apresentar sua resposta conforme o artigo 23-1, o tribunal arbitral prosseguirá com o procedimento, sem considerar tal revelia como, ela mesma, uma admissão das alegações do requerente;

c) uma das partes se omitir em comparecer a uma audiência ou em produzir documentos, o tribunal poderá continuar com o procedimento e prolatar a sentença arbitral, na base dos elementos de prova de que disponha.

Art. 26

Perito Nomeado pelo Tribunal Arbitral

1. Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral:

a) poderá nomear um ou vários peritos encarregados de apresentar-lhe relatórios, sobre pontos precisos que determinar;

b) poderá solicitar a uma das partes fornecer ao perito quaisquer informações apropriadas ou submeter-lhe ou tornar-lhe acessível, para fins de exame, quaisquer documentos, mercadorias ou bens.

2. Salvo convenção contrária das partes, se uma das partes solicitá-lo, ou se o tribunal arbitral julgar necessário, o perito, após a apresentação de seu relatório escrito ou oral, participará em uma audiência na qual as partes poderão interrogá-lo e fazer vir, na qualidade de testemunhas, peritos que deporão sobre as questões litigiosas.

Art. 27

Assistência dos Tribunais para a Obtenção de Provas

O tribunal arbitral, ou uma das partes, com a aprovação do tribunal arbitral, poderá solicitar a um tribunal [judiciário] competente deste Estado, a assistência para a obtenção de provas. O tribunal poderá satisfazer a tal pedido, nos limites de sua competência e conforme as regras relativas à obtenção de provas.

CAPÍTULO VI – PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL E ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO

Art. 28

Regras aplicáveis ao Mérito⁽²⁸⁾ do Litígio

1. O tribunal arbitral decidirá o litígio conforme as regras de direito escolhidas pelas partes, como aquelas aplicáveis ao mérito do litígio. Qualquer indicação de um direito ou de um sistema jurídico de um Estado determinado, deverá ser interpretada, salvo estipulação expressa em sentido contrário, como designando diretamente as regras jurídicas de direito material deste Estado e não suas regras de conflitos de leis⁽²⁹⁾.

2. Na falta de qualquer indicação pelas partes naquele sentido, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflito de leis que ele julgar aplicável na espécie⁽³⁰⁾.

(28) “Fond du differend”/“substance of dispute”; a melhor tradução parece ser **mérito do litígio**, também quanto à determinação da lei de regência do negócio em litígio, perante o(s) árbitro(s). (Nota do tradutor). Vide nota 19 “hic”.

(29) Parece que os §§ 1º e 2º do art. 28 devem ser lidos da seguinte maneira: a) no caso de eleição pelas partes de um Direito de um Estado para regular o mérito do litígio, a norma eleita é de direito material e não conflitual (salvo indicação contrária expressa das partes); b) na lacuna de eleição de direito aplicável, realizada pelas partes, cabe aos árbitros a determinação do direito material que irá reger as relações litigiosas, o que eles farão, previamente, consultando as normas do Direito Internacional Privado que julgarem adequado à questão (igualmente, se estiverem autorizados pelas partes a buscarem o direito material aplicável). Em outras palavras: a) no caso de eleição de norma aplicável, diretamente eleita pelas partes, não se admite “qualquer remissão por ela feita a outra lei” (proibição da remissão ou reenvio, que corresponde aos termos do art. 16 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro); b) na lacuna de uma “professio juris” das partes, cabe aos árbitros descobrir a lei material aplicável, através de uma investigação intelectual, a começar por inquirir qual a regra de conflito adequada ao litígio, a qual, por sua vez, indicará o direito material estatal aplicável (e, neste segundo momento, aquela proibição de reenvio ou remissão a outros sistemas, será operante, ex vi do § 1º do art. 28). (Nota do tradutor)

(30) Vide nota anterior. (Nota do tradutor)

3. O tribunal arbitral decidirá “*ex bono et aequo*” ou na qualidade de “*amiable compositeur*”⁽³¹⁾, somente no caso de as partes terem-no expressamente autorizado a tal.

4. Em quaisquer casos, o tribunal arbitral decidirá conforme as estipulações do contrato e deverá levar em consideração os usos do comércio aplicáveis à transação.

Art. 29

Tomada de Decisão por Vários Árbitros

No procedimento arbitral que comportar mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral será, salvo convenção contrária das partes, tomada pela maioria de seus membros. Contudo, as questões de procedimento poderão ser resolvidas pelo árbitro-presidente, se este estiver autorizado pelas partes, ou por todos os membros do tribunal arbitral.

(31) Interessante transcrever o texto em inglês do dispositivo:

“The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so”. (Itálicos no original).

Veja-se a nota (8) no presente trabalho, relativa à tradução do Regulamento da UNCITRAL, onde há dispositivo comparável ao presente. No texto oficial em francês, do Regulamento da UNCITRAL, no art. 33 § 2º, escreve-se: “Le tribunal arbitral ne statue en qualité ‘d’amiable compositeur’ (*ex bono et aequo*) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d’arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale” (com aspas e itálicos no original). Na verdade, o texto mais correto de redação é o da Lei-Modelo da UNCITRAL, levando em consideração que tanto o árbitro, digamos, normal (que a doutrina francesa denomina “arbitre en droit”) quanto o “amiable compositeur” (que traduzimos, talvez impropriamente, por **jugador por equidade**, na nota 8 “hic”) podem, seja aplicar a norma de direito (do contrato, do Estado ou os usos do comércio aplicáveis à transação) de maneira automática, seja aplicá-las de maneira a atender sua finalidade de realizar a justiça, isto é, com equidade. Isto posto, a conjunção disjuntiva em inglês **or** e sua correspondente em português **ou**, na redação do § 3º do art. 28 da Lei-Modelo indicam, com acerto, a existência de duas alternativas, que não se confundem: árbitro **ou** “amiable compositeur”/ aplicação do direito estrito **ou** aplicação do direito temperado com a equidade. (nota do tradutor)

Art. 30

Resolução do Litígio⁽³²⁾ por Acordo das Partes⁽³³⁾

1. Se durante o procedimento arbitral, as partes se entenderem para resolver o litígio, o tribunal arbitral terminará o procedimento arbitral e, se as partes lhe fizerem um pedido, e ele não encontrar objeções, constatará o fato por uma sentença arbitral prolatada nos termos convencionados pelas partes.
2. A sentença prolatada nos termos convencionados pelas partes será proferida segundo o disposto no art. 31 e deverá mencionar que se trata de uma sentença. Tal sentença terá o mesmo “status” e o mesmo efeito que qualquer outra sentença pronunciada sobre o mérito do litígio.

Art. 31

Forma e Conteúdo da Sentença

1. A sentença será proferida por escrito e será assinada pelo árbitro ou pelos árbitros. No procedimento arbitral com mais de um árbitro, as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral serão suficientes, desde que seja mencionada a razão da omissão das outras.
2. A sentença deverá ser motivada, salvo se as partes tiverem convencionado que tal não deva ser, ou que se trata de uma sentença prolatada nos termos convencionados pelas partes, conforme o art. 30.
3. A sentença deverá mencionar a data na qual foi proferida, assim como o lugar da arbitragem, determinado conforme o art. 20-1. A sentença é reputada como tendo sido proferida no citado lugar.
4. Após a prolação da sentença, uma cópia assinada pelo árbitro ou pelos árbitros, conforme o § 1º do presente artigo, deverá ser entregue a cada uma das partes.

(32) “Règlement par Accord des Parties”/“Settlement”: o termo **regulamentação**, em português, seria inadequado, devido à conotação de ser indicativo de “resolução”, igualmente de “normatização”. No caso, trata-se do substantivo abstrato derivado do verbo **resolver** na sua acepção mais corrente, sem conotações de conformidade com qualquer regra anterior. (Nota do tradutor)

(33) O texto em francês refere-se a “par accord des parties” e não a “sentence arbitrale rendue d’accord partie” do Regulamento. Veja-se nota (9) “hic”. (Nota do tradutor)

Art. 32**Encerramento do Procedimento**

1. O procedimento arbitral será encerrado com o pronunciamento da sentença definitiva ou por uma ordem de encerramento proferida pelo tribunal arbitral, nos termos do § 2º deste artigo.

2. O tribunal arbitral ordenará o encerramento do procedimento arbitral quando:

a) o requerente retirar seu pedido, a menos que o requerido a isto faça objeção e que o tribunal arbitral reconheça que este tenha legítimo interesse a que o litígio seja resolvido de maneira definitiva;

b) as partes convençionem encerrar o procedimento;

c) o tribunal arbitral constate que o prosseguimento do processo arbitral se tenha, por qualquer razão, tornado desnecessário ou impossível.

3. O mandato do tribunal arbitral cessará com o encerramento do procedimento arbitral, sob reserva das disposições do art. 33 e do parágrafo 4º do art. 34.

Art. 33**Retificação e Interpretação da Sentença; Sentença Adicional**

1. Nos trinta dias que se seguirem à recepção da sentença, a menos que as partes tenham convençionado outro prazo,

a) qualquer das partes poderá, mediante notificação á outra, pedir ao tribunal arbitral retificar, no texto da sentença, qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico, ou erro da mesma natureza;

b) se as partes convençionaram a propósito, uma parte poderá, mediante notificação à outra, pedir ao tribunal arbitral dar uma interpretação sobre um ponto ou passagem precisos da sentença.

Se o tribunal arbitral considerar que o pedido é justificado, fará a retificação ou dará a interpretação nos trinta dias que se seguirem à recepção do pedido. A interpretação fará parte integrante da sentença.

2. O tribunal arbitral poderá, por sua iniciativa própria, retificar qualquer erro do tipo mencionado na alínea a) do parágrafo 1º do presente artigo, nos trinta dias que se seguirem à data da sentença.

3. Salvo convenção contrária das partes, qualquer das partes, poderá, mediante notificação à outra, pedir ao tribunal arbitral nos trinta dias que se seguirem à recepção da sentença, prolatar uma sentença adicional sobre os pontos levantados no curso do procedimento arbitral, mas omitidos na sentença. Se julgar o pedido justificado, o tribunal poderá completar sua sentença em sessenta dias.

4. O tribunal arbitral poderá prolongar, se for necessário, o prazo que dispõe para retificar, interpretar ou completar a sentença, em virtude dos § 1º ou § 3º do presente artigo.

5. As disposições do art. 31 aplicar-se-ão à retificação ou à interpretação da sentença ou à sentença adicional.

CAPÍTULO VII – RECURSOS CONTRA A SENTENÇA

Art. 34

Pedido de Anulação como Recurso Exclusivo contra a Sentença Arbitral

1. Os recursos apresentados perante um tribunal judiciário contra uma sentença arbitral, somente poderão versar sobre um pedido de anulação, conforme os § 2º e § 3º do presente artigo.

2. Só será passível de anulação pelo tribunal previsto no art. 6º, as sentenças arbitrais, nas condições seguintes:

a) a parte que apresenta o recurso, faça a prova:

i) de que a parte na convenção de arbitragem mencionada no art. 7º, era incapaz; ou que a mencionada convenção não era válida segundo a lei à qual as partes a subordinaram, ou, na falta de indicação para tal efeito, em virtude da lei deste Estado; ou

ii) que a parte recorrente não foi devidamente informada na nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível por qualquer outra razão, de fazer valer seus direitos⁽³⁴⁾; ou

(34) “Impossible de... faire valoir ses droits” “unable to present his case”; ambos os textos são imprecisos quanto às razões de anulabilidade da sentença arbitral, pelo que deixamos o texto em português com a mesma imprecisão. Compare-se com o disposto no art. 18 “hic”. (Nota do tradutor)

iii) que a sentença se refira a um litígio não contemplado no compromisso ou não compreendido nas previsões da cláusula compromissória, ou que contenha decisões que ultrapassem os termos do compromisso ou da cláusula compromissória, estando estendido, contudo, que, se as disposições da sentença na matéria submetida à arbitragem podem ser dissociadas daquelas não submetidas à arbitragem, somente a parte da sentença que contenha decisões sobre questões não submetidas à arbitragem poderão ser anuladas; ou

iv) que a constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não foram conformes à convenção das partes, na condição de que tal convenção não seja contrária a um dispositivo da presente lei inderrogável pelas partes ou, na falta daquela convenção, que ela não esteja conforme a presente lei; ou

b) o tribunal [judiciário] constate:⁽³⁵⁾

i) que o objeto do litígio não é susceptível de ser resolvido por arbitragem, conforme a lei do presente Estado; ou

ii) que a sentença arbitral é contrária à ordem pública do presente Estado.

3. Um pedido de anulação não poderá ser apresentado senão após a expiração do prazo de três meses, a contar da data em que a parte que apresenta o pedido recebeu comunicação da sentença [arbitral], ou se um pedido tiver sido feito em virtude do art. 33, a contar da data na qual o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre este pedido.

4. O tribunal [judiciário], no caso de ter sido solicitado por uma das partes a anular a sentença arbitral, se for conveniente, poderá determinar a suspensão do processo [judicial] de anulação, pelo período que designar, a fim de dar ao tribunal arbitral a possibilidade de reiniciar o procedimento arbitral ou de tomar qualquer outra providência no sentido de, a juízo do tribunal arbitral, eliminar os motivos da anulação alegados.

CAPÍTULO VIII – RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS

Art. 35

Reconhecimento e Execução

1. A sentença arbitral, qualquer que seja o país onde tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, a pedido por escrito ao tribu-

(35) Os termos entre colchetes foram acrescentados pelo tradutor, para fins de maior clareza. (Nota do tradutor)

nal competente, será executada, com as reservas das disposições do presente artigo e do art. 36.

2. A parte que invocar a sentença ou que pedir sua execução, deverá providenciar o original devidamente autenticado ou uma cópia devidamente certificada da mesma, assim como o original da convenção de arbitragem, mencionada no art. 7º ou uma cópia devidamente certificada. Se a mencionada sentença ou a mencionada convenção de arbitragem não estiverem redigidas na língua oficial deste Estado, a parte produzirá sua tradução devidamente legalizada nesta língua⁽³⁶⁾.

Art. 36

Motivos de Recusa de Reconhecimento ou de Execução⁽³⁷⁾

1. O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, qualquer que seja o país onde tiver sido proferida, não poderão ser recusados, senão nas seguintes condições:

a) a pedido da parte contra a qual é invocada, se a citada parte fizer, ao tribunal [judiciário] competente, ao qual é encaminhado o reconhecimento ou a execução, prova de:

i) que a parte na convenção de arbitragem mencionada no art. 7º, era incapaz; ou que a mencionada convenção não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação para tal efeito, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi prolatada;

ii) que a parte contra a qual a sentença [arbitral] é invocada, não foi devidamente informada sobre a designação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que não lhe foi possível, por qualquer outra razão, fazer valer seus direitos⁽³⁸⁾; ou

(36) As condições mencionadas neste parágrafo visam a estabelecer as normas mais restritivas. Não seria, pois, contrário à harmonização pretendida pela Lei-Modelo, que um Estado estabeleça condições menos rigorosas. (Nota do texto original)

(37) Os termos entre colchetes foram colocados pelo tradutor, para maior clareza do texto, segundo o Direito brasileiro. (Nota do tradutor)

(38) Vide nota (34) “hic”, sobre este conceito. (Nota do tradutor)

iii) que a sentença [arbitral] se refere a um litígio não previsto no compromisso ou não relativo às previsões da cláusula compromissória, ou que contenha decisões que ultrapassem os termos do compromisso ou da cláusula compromissória, devendo-se, contudo, entender que, se as disposições da sentença [arbitral] que se referem a questões submetidas à arbitragem, puderem ser dissociadas daqueles que se refiram a questões não submetidas à arbitragem, somente a parte da sentença [arbitral] que contenha decisões sobre questões submetidas à arbitragem, poderão ser reconhecidas ou executadas; ou

iv) que a constituição do tribunal arbitral, ou do procedimento arbitral, não estão conformes à convenção das partes ou, na falta de tal convenção, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou

v) que a sentença [arbitral] não se tenha ainda tornado obrigatória para as partes, ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal [judiciário] do país no qual ou sob cuja lei tenha sido a mesma [sentença arbitral] prolatada; ou

b) se o tribunal [judiciário] constatar que:

i) o objeto do litígio não é susceptível de ser resolvido por arbitragem, conforme a lei do presente Estado; ou que

ii) o reconhecimento ou a execução da sentença [arbitral] contrariam a ordem pública do presente Estado.

2. Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença [arbitral] for apresentado a um tribunal [judiciário] considerado na sub-álnea 1 a) v) do presente artigo, o tribunal [judiciário] ao qual são solicitados o reconhecimento ou a execução, poderá, se julgar apropriado, suspender sua decisão e pode, igualmente, a pedido da parte que solicita o reconhecimento ou a execução da sentença [arbitral], ordenar à outra parte, apresentar as garantias apropriadas.

A Controvérsia Estados Unidos-Nicarágua e o Tema da Conduta das Partes

Vicente Marotta Rangel

Catedrático de Direito Internacional Público
Membro da “Corte Permanente de Arbitragem (Haia)”
Associado do “Institut de Droit International”

RESUMO: As sentenças proferidas em 1984 e 1986 pela Corte da Haia sobre a controvérsia entre Estados Unidos e Nicaragua contribuíram para o esclarecimento da questão da conduta dos Estados na ordem jurídica interestatal. Esse tema está vinculado ao da vontade dos Estados-partes e ao do **estoppel**. Ele já fora examinado em quatro controvérsias anteriores, dirimidas pela Corte internacional de Justiça: a) a do laudo arbitral do rei da Espanha; b) a do tempo de Préh Vihéar; c) a da **Barcelona Traction**; d) e, enfim, a da plataforma continental do Mar do Norte. Após examinar essas controvérsias e, mais particularmente, a existente entre Estados Unidos e Nicarágua, deduz o Autor duas conclusões: a) a reafirmação da regra do efeito obrigatório dos atos de um Estado em relação aos direitos de outros Estados; b) a existência de prejuízo sofrido por um Estado em consequência da vontade de outro Estado, partes no mesmo litígio, como **conditio sine qua do estoppel**.

RESUMÉ: Les sentences rendues par la Cour de La Haye en 1984 et 1986 sur la controverse entre les Etats-Unis et le Nicaragua ont contribué à l'éclaircissement de la question du comportement des Etats dans l'ordre juridique international. Ce sujet est lié à celui de la volonté des Etats-parties et du **stoppel**. Il avait été déjà examiné dans quatre controverses soumises à la Cour internationale de Justice: a) celle de la sentence arbitrale du roi de l'Espagne; b) celle du temple de Préh Vihéar; c) celle de la **Barcelona Traction**; d) et enfin celle du plateau continental de la Mer du Nord. L'examen de ces affaires, en particulier celle concernant les relations entre le Nicaragua et les Etats-Unis, permet de dégager deux conclusions: a) la réitération de la règle de l'effet obligatoire des actes d'un Etat sur les droits d'autres Etats; b) l'existence d'un dommage subi par un Etat en conséquence de la volonté d'un autre Etat, les deux étant parties dans la même controverse, comme **conditio sine qua de l'estoppel**.

1) As recentes sentenças sobre a controvérsia entre a Nicarágua e os Estados Unidos da América se inscrevem entre as mais relevantes proferidas pela Corte Internacional da Justiça. A primeira delas, de 26 de novembro de 1984, relativas à competência do Tribunal e à admissibilidade do pedido da Nicará-

gua⁽¹⁾, traz valiosa contribuição tanto sobre a temática do não comparecimento das partes e declarações de aceitação de jurisdição do tribunal como sobre a exegese dos artigos 36 e 53 dos Estatutos da Corte. Por seu turno, a segunda sentença, de 27 de junho de 1986⁽²⁾, além de aprofundar tópicos versados na decisão anterior, examina pontos essenciais adstritos ao mérito da controvérsia, a saber, os princípios básicos das relações internacionais e as relações entre fontes do direito internacional, sobretudo entre costumes e tratados internacionais. Mesmo rejeitadas frontalmente por uma das partes litigantes, ambas as sentenças constituem subsídios para a educação pública referente ao direito internacional da paz e da guerra na idade nuclear⁽³⁾.

Além dos tópicos acima referidos, outros há a considerar, como o das conseqüências jurídicas da conduta das partes. Embora esse tópico seja inquestionavelmente menor no contexto dos inseridos na medula da controvérsia ele oferece ensejo agora de reavaliação, sobretudo se cotejado com o que foi versado em controvérsias anteriores.

-
- (1) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgement, **I.C.J. Reports 1984**, p. 392. Entre os comentários da sentença, vide BRIGGS, Herbert W. "Nicaragua v. United States: Jurisdiction and Admissibility", **American Journal of International Law**, April 1985, vol. 79, pp. 373/378. Sobre a posição do governo dos Estados Unidos na controvérsia: FRANCK, Thomas M. "Icy Day at the ICJ", **ibidem**, pp. 379/384 e D'AMATO, Anthony. "Modifying U.S. Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court", **ibidem**, pp. 385/404. EISEMANN, Pierre Michel. "L'Arrêt de la C.I.J. du 26 Novembre 1984 (Compétence et Recevabilité) dans l'Affaire des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre Celui-ci" **Annuaire Français de Droit International**, 1984, pp. 372/390; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. "Nicaragua versus Estados-Unidos (1984-1985)", **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, julho 1986/janeiro 1987, pp. 139/170.
- (2) "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement, **I.C.J. Reports 1986**", p. 14. Entre os comentários da sentença, **vide, inter alia** os seguintes artigos ou comentários no **American Journal of International Law**, vol. 81, January 1987: HEIGHET Keigh, "Evidence, the Court, and the Nicaragua Case", pp. 1/56; BRIGGS, Herbert W. "The International Court of Justice Lives up to its Name", pp. 78/86; BOYLE, Francis A. "Determining U.S. Responsibility for contra Operations under International Law", pp. 86/93; CHRISTENSON, Gordon A. "The World Court and the JUS COGENS", pp. 93/101; D'AMATO, Anthony. "Trashing Customary International Law", pp. 101/105; FALK, Richard. "The World Court's Achievement", pp. 106/112; FARER, Tom J. "Drawing the Right Line", pp. 112/116; FRANCK, Thomas M. "Some Observations on the ICJ'S Procedural and Substantive Innovations", pp. 116/121.
- (3) FALK, op. cit., p. 108.

2) O tema da **conduta das partes** não pode apartar-se da problemática da **vontade dos Estados**, vontade essa que relevância fundamental possui na ordem jurídica internacional, em particular no domínio da responsabilidade e da constituição das fontes do direito ds gentes. Explícita nos tratados ou implícita nos costumes internacionais, essa vontade persiste, embora mui diluída, no simples comportamento dos Estados, o qual não se reduz a atos isolados mas a uma série concordante dos mesmos a despeito de serem eventualmente informes, imprecisos, espaçados. O tema em questão constitui preliminar do princípio pelo qual cada parte está comprometida por sua conduta anterior. Malgrado a diversidade de termos com que esse princípio possa ser designado (“estoppel”, preclusão, aquiescência, “forclusion”), tem ele sempre, no dizer do juiz J.R. Alfaro, a mesma substância: é inadmissível contradição entre pretensões ou alegações formuladas por um Estado e a sua prévia conduta em relação com as mesmas: **allegans contraria non audiendus est**. “Its purpose is always the same: a State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State (**nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam**). A **fortiori**, the State must not be allowed to benefit by its inconsistency when it is through its own wrong or illegal act that the other party has been deprived of its right or prevented from exercising it (**Nullus commodum capere de sua injuria propria**). Finally, the legal effect of the principle is always the same: the party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right it is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right (**venire contra factum proprium non valet**)⁽⁴⁾.

3) São bastante numerosos os casos de arbitragem e de solução judiciária em que o princípio do efeito obrigatório dos atos próprios de um Estado em relação a direitos em litígio com outro Estado esteve posto em causa⁽⁵⁾. Entre es-

(4) “Separate Opinion of Vice-President Alfaro” **I.C.J. Reports 1962**, p. 40.

(5) **Vide** relação das controvérsias, **verbi gratia**, no voto individual do juiz ALFARO (ibidem). Entre os laudos arbitrais, em que o princípio do efeito obrigatório dos atos próprios se aplica, posteriores a esse voto, está a sentença de 22 de setembro de 1963 relativa ao acordo de trânsito aéreo entre os Estados Unidos e a França (**Revue Générale de Droit International Public**, Paris, Pedone, 1979).

ses casos ou paralelamente com eles estão as controvérsias em que foi debatido o **estoppel**⁽⁶⁾ cujas origens se identificam com aquele princípio. Com base nas sentenças judiciais ou arbitrais referentes a essas controvérsias muito haveria para dizer. A nossa intenção se restringe a tecer breves considerações sobre a recente controvérsia entre Nicarágua e Estados Unidos à luz de alguns litígios dirimidos pela Corte Internacional de Justiça.

A doutrina se interessou sobremaneira por questões atinentes à **conduta das partes**⁽⁷⁾, entendendo divisar em várias das decisões arbitrais ou judiciais o reconhecimento de efeitos jurídicos de uma série de atos que os Estados praticavam sem terem consciência de alcançar a criação de novas relações de direito. “Contrariamente ao que se passa no caso dos atos jurídicos internacionais, os Estados, ao realizarem tais atos, não tinham a intenção de produzir os efeitos de direitos que os juízes lhes atribuíram”⁽⁸⁾.

4) Assinale-se a existência de liame significativo entre a recente controvérsia Nicarágua-Estados Unidos e a controvérsia sobre o laudo arbitral do rei da Espanha⁽⁹⁾. É que na controvérsia com os Estados Unidos, a Nicarágua invocou a sua própria conduta com referência à declaração que fizera a 24 de setembro de 1929, de reconhecimento da competência da Corte Internacional de Justiça em consonância com as disposições dos §§ 2º e 5º do artigo 36 do Es-

(6) **Vide** rol das controvérsias *verbi gratia* in PECOURT GARCIA, Enrique, “El principio del Estoppel en Derecho Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1962, pp. 98-139 e MARTIN, Antoine. *L’Estoppel en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1979.

(7) Cf. SPERDUTI, “Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale”. *Rivista di Diritto Internazionale*, 1961, pp. 3-15. BARALE, “L’acquiescement dans la jurisprudence internationale”. *AFDI*, 1965, pp. 389-427. J.P. COT, “La conduite subsequente des Parties à um Traité”. *RGDIP*, 1966, pp. 632-666. VENTURINI, “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats”. *RCADI*, t. 112, 1964, pp. 367-461. CAHIER, Philippe, “Le comportement des Etats comme source de droits et d’obligations”. *Recueil d’Etudes de droit International en Hommage à Paul Guggenheim*. Faculté de Droit de L’Université de Genève Institut universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1968, pp. 237-265. JACQUE, Jean-Paul, *Eléments pour une théorie de l’acte juridique en droit international public*, Paris, JGDI, 1972, pp. 210 e segs. MIAJA de la MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Publico*, Madrid, 1974, pp. 165-191. DIEZ de VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Publico*, tomo I, 4ª ed., pp. 146-149. Vide também nota 18a, *infra*.

(8) CAHIER, Philippe, *op. cit.*, pp. 239/240.

(9) “Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgement of 18 November 1960. *I.C.J. Reports 1960*, p. 192”

tatuto desse Tribunal. Assim, a jurisdição da Corte, segundo a Nicarágua, era obrigatória para ambos os países, em virtude não apenas do artigo XXIV, parágrafo 2, do tratado de amizade, comércio e navegação, por ambos assinado a 24 de maio de 1958, senão também em consonância com aquela declaração da Nicarágua, a qual seria concordante, de resto, com a declaração dos Estados Unidos de 14 de agosto de 1946, formulada com base no artigo 36, parágrafo 2º, do Estatuto. Segundo esta última disposição, os membros da Sociedade das Nações e os Estados mencionados no Anexo do Pacto da mesma Sociedade poderiam, por ocasião da assinatura ou da ratificação do Protocolo do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou ulteriormente, declarar reconhecer “como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial”, a jurisdição da Corte, em face de outro Estado que também reconhecesse. Assim o fizera a Nicarágua. Não bastava, porém, assinar o Protocolo: era necessário ratificá-lo, o que de fato sucedeu com a publicação, após a observância dos trâmites constitucionais, do ato formal conclusivo no órgão oficial (*La Gazeta*), a 18 de setembro de 1935. Alguns anos mais tarde, a 29 de dezembro de 1939, o Ministério das Relações Exteriores da Nicarágua enviou o telegrama seguinte à Sociedade das Nações: “Estatuto e Protocolo da Corte Permanente de Justiça Internacional da Haia já ratificados. Instrumento de ratificação será enviado oportunamente”.

Em defesa da tese da competência da Corte Internacional de Justiça em relação à sua controvérsia com os Estados Unidos, a Nicarágua invocou também o artigo 36, § 5, do Estatuto dessa mesma Corte, o qual dispõe que nas relações entre as partes dele contratantes, “as declarações feitas de acordo com o artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos”.

Conquanto nenhuma prova existisse de que o instrumento de ratificação do Protocolo haja sido depositado, alegou a Nicarágua ter, ao ratificar o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (que entrou em vigor a 24 de outubro de 1945), tornado perfeita a sua declaração de 1929; e que a procedência de sua tese se assentava, ademais, tanto na opinião dos publicistas e na prática dos Estados Unidos, como no comportamento das Partes e do governo de Honduras no decorrer da controvérsia entre este país e a Nicarágua (1957-1960) a propósito da sentença arbitral do rei da Espanha, de 1906⁽¹⁰⁾.

5) Não se desconhece a relevância alcançada pelo tema de conduta das Partes nesta última controvérsia. Contrariamente à alegação da Nicarágua, de que a decisão do rei Afonso XIII era desprovida de força obrigatória, entendeu a Corte que pelo fato deste país “ter livremente aceitado a designação do rei da Espanha como árbitro” e “ter participado plenamente do processo arbitral”,

(10) I.C.J. Reports 1984, par. 14/18.

não poderia ele posteriormente invocar as razões, que apontara, de nulidade da sentença⁽¹¹⁾. A Nicarágua, “por suas declarações expressas e por sua conduta” – aduziu a Corte – “tinha reconhecido a caráter válido da sentença e não estava mais no direito de dissentir desse reconhecimento”, manifestado durante vários anos, “para contestar a validade da sentença”⁽¹²⁾. Discreparam a respeito os juízes Moreno Quintana e Sir Percy Spender, embora ambos subscrevessem a sentença do Tribunal. Enquanto para o primeiro, a alegação da aquiescência da Parte tinha “um valor subsidiário” e fornecia “um argumento processual” sem constituir “uma razão jurídica suficiente para dar fundamento à sentença”⁽¹³⁾, para o segundo juiz, ao contrário, a conduta da Nicarágua, “antes e durante a arbitragem”, a proibia de invocar “qualquer irregularidade” com referência a essa designação⁽¹⁴⁾.

6) Igualmente, em sua sentença de 15 de junho de 1962 (fundo) sobre o templo de Préah Vihéar, a Corte necessitou de decidir sobre os efeitos jurídicos da conducta de uma das partes. Na controvérsia sobre esse templo e suas cercanias, o Camboja alegava a violação de seus direitos soberanos em relação à area litigiosa enquanto a Tailândia sustentava que o território em disputa estava situado dentro de suas fronteiras e sujeito a sua soberania. O litígio tinha suas origens nas negociações ocorridas de 1904 a 1908 entre, de um lado, a França (então Potência protetora da Indochina francesa, da qual o Camboja era parte) e, de outro lado, o Sião (como outrora se chamava a Tailândia). A Corte asseverou não poder a Tailândia negar, em razão de comportamento anterior, ter aceitado carta topográfica (anexo I do Memorial do Camboja) que, obra de oficiais franceses, entendia fixar a fronteira entre o Sião e o Camboja. Ressalta da missiva endereçada, a 20 de agosto de 1908, pelo ministro do Sião em Paris ao ministro das Relações Exteriores em Bangkok, que a carta do anexo I fora transmitida como pretendendo representar o resultado dos trabalhos de delimitação. Não reagiram as autoridades siamesas nem na época nem posteriormente, o que levaria a supor que concordaram com essa delimitação. A Corte entendeu, em consequência, que a aceitação pelas Partes dessa carta importava na incorporação da mesma às cláusulas convencionadas pelos litigantes no começo do século⁽¹⁵⁾.

(11) **I.C.J. Reports 1960**, p. 209.

(12) **Ibidem**, p. 213.

(13) **Ibidem**, p. 218. O voto individual de MORENO QUINTANA se revela coerente, de certo modo, com o voto vencido que a seguir proferiria na questão do Templo Préah-Vihéar. Cf. **I.C.J. Report 1962**, pp. 67/74.

(14) **Ibidem**, p. 219.

(15) **I.C.J. Reports 1962**, p. 23, 32 et 33.

Deu a Corte, assim, aplicação ao princípio do comprometimento da parte por sua conduta anterior, embora se pudesse dizer que ele necessitaria de aprofundamento⁽¹⁶⁾ e de respaldo maior nas provas então produzidas⁽¹⁷⁾

7) A controvérsia sobre a **Barcelona Traction** suscitou, quanto às duas primeiras exceções arguidas pelo Estado demandado, ensejo de examinar a atitude das partes (tanto do governo belga de início, como em seguida do governo espanhol) no tocante ao alcance da desistência da Bélgica na demanda anterior e à competência da Corte para conhecer do litígio. Um aspecto particular desse exame⁽¹⁸⁾ disse respeito ao argumento do **estoppel** invocado pelo Estado demandado, tendo a Corte perfilhado um conceito restrito dessa doutrina, pelo qual esta pressuporia uma reunião de diversos elementos de técnica jurídica correspondentes⁽¹⁹⁾ ao mesmo conceito no direito anglo-americano. Entendeu a Corte assistir razão nesse ponto ao Estado demandante, uma vez que esses elementos não existiam ou não foram provados: um certo comportamento enganador imputável a esse Estado do qual resultassem prejuízos ao Estado demandado⁽²⁰⁾.

8) Tal entendimento ficou reforçada quer pela alegação da Dinamarca e da Holanda, quer sobretudo pela sentença da Corte, de 20 de fevereiro de 1969, em relação à controvérsia sobre a Plataforma Continental do Mar do Norte. Embora aqueles países tivessem assinado e ratificado a Convenção de 1958 sobre a plataforma continental, a República Federal da Alemanha a havia somente assinado. Sem embargo, entendiam eles que a Convenção era obrigatória para este país em razão da subscrição do compromisso de obedecer ao tratado. Alegaram ter o mesmo Estado se apresentado “como aceitando o regime convencional e como reconhecendo a aplicação desse regime, de uma forma que teria levado outros Estados, em particular a Dinamarca e a Holanda, a moldar as suas atitudes”⁽²¹⁾ Mas a corte rejeitou o argumento de **estoppel** tanto por ca-

(16) “Separate Opinion of Sir Gerald FITZMAURICE, *Ibidem*, p. 62.

(17) “Dissenting opinion of Sir Percy SPENDER, *Ibidem*, p. 131.

(18) *C.I.J. Report 1964*, pp. 22/25.

(19) Sobre o **estoppel** no direito internacional, cf. extensa bibliografia citada por VAL-LÉE, Charles. “Quelques Observations sur l’Estoppel en Droit des Gens” *RGDIP*, 1973, pp. 950/951 e por MARTIN, Antoine, op. cit., pp. 65 e segs.

(20) LOUIS, Jean-Victor, “L’Estoppel devant la Cour internationale de Justice”, *Revue de droit international et de Droit Comparé*, 1965, p. 219.

(21) *C.I.J. Recueil 1969*, p. 25, par. 27.

rência de provas das alegações da Dinamarca e da Holanda como em razão do próprio conceito deste instituto. Para que o **estoppel** existisse – disse o tribunal – era necessário que aquele país não pudesse contestar a existência convencional em razão de uma conduta, declarações, etc., que não teriam apenas mostrado de modo claro e constante a sua aceitação desse regime mas teriam igualmente conduzido a Dinamarca e a Holanda, fundando-se nessa atitude, a modificarem de posição em seu próprio detrimento ou a sofrerem um prejuízo qualquer”, o que na espécie não fora comprovado⁽²²⁾

9) A recente controvérsia deu ensejo à Corte Internacional de Justiça de reafirmar as duas diretrizes no tocante à questão mais geral da conduta das partes assim como ao tópico mais particular do **estoppel**. Teria de fato a Nicarágua reconhecido sempre, desde a sua declaração de 1929, a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça? A resposta a essa pergunta levou o Tribunal a evocar a conduta da Nicarágua em sua controvérsia com Honduras. Feito o retrospecto, entendeu a Corte que mesmo se essa conduta “não fora isenta de ambiguidade”, a Nicarágua jamais declarou não estar vinculada por sua declaração de 1929. Ora, esse silêncio, segundo o Tribunal, “tendo em conta a natureza pública e constante das afirmações oficiais referentes ao compromisso na Nicarágua segundo o sistema da cláusula facultativa”, não poderia ser interpretado senão como uma aceitação da jurisdição obrigatória. Assim o entendeu a Corte, a qual concluiu, diz a sentença de 1984, ter ficado a sua competência “identicamente estabelecida” no caso de ser a Nicarágua o demandante⁽²³⁾.

10) Tal conclusão foi, ademais, robustecida pelas publicações da Corte e do Secretariado da ONU, nas quais a Nicarágua figura entre os Estados vinculados à competência obrigatória⁽²⁴⁾. Afirmou-se ter esse país cumprido as formalidades necessárias à sua vinculação a jurisdição obrigatória da Corte⁽²⁵⁾

(22) **Ibidem**, p. 26, par. 29.

(23) **I.C.J. Report 1984**, par. 39 **Vide**, porém, dúvidas ou objeções suscitadas sobre a conduta da Nicarágua de reconhecimento de sua vinculação à Corte com base no § 2º do art. 36 do Estatuto: “Separate Opinion of Judge Ago”, **Ibidem**, pp. 36/40.

(24) **Ibidem**, par. 42. Em oposição à interpretação da Corte sobre alcance dos Anuários da Corte, vide “Separate Opinion of Judge Sir Robert Jennings” **I.C.J. Report 1984**, pp. 540/545; “Separate Opinion of Judge Oda” **I.C.J. Report 1984**, pp. 485/488; “Dissenting Opinion of Judge Schwebel” **I.C.J. Report 1984**, par. 41/47.

(25) **Ibidem**, par. 46.

Ficou a Nicaraguia, assim, em uma situação excepcional. Tendo em conta a origem e a generalidade dessas afirmações, a constante aquiescência desse Estado às mesmas constitui – no dizer da Corte – um modo válido de manifestação da Nicaraguia em reconhecer a competência obrigatória do Tribunal. A Nicaraguia é, pois, em relação aos Estados Unidos, um Estado aceitando “a mesma obrigação”, em conformidade com o artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto⁽²⁶⁾

Ao analisar a conduta dos Estados Unidos, a Corte entendeu que dela não emergia oposição à pretensão da Nicaraguia de reconhecimento da jurisdição da Corte, pois a missiva daquele país, de 6 de abril de 1984 (pela qual se modificaram os termos da declaração de 14 de agosto de 1946), “parece denotar que os Estados Unidos, bem como os demais Estados, consideravam nessa data que a Nicaraguia estava ligada pela competência da Corte segundo os termos de sua declaração de 1929”⁽²⁷⁾

12) Objetou, porém, aquele país que, mesmo se a Nicaraguia tivesse base para invocar a jurisdição da Corte nos termos do artigo 36, parágrafos 2 e 5, do Estatuto, a **conduta** do país centro-americano constituiria impedimento para invocá-la. Desde 1943, alegam os Estados Unidos, a Nicaraguia os induziu constantemente a pensar que ela não estava ligada à cláusula facultativa e, portanto, ela se encontraria impedida pelo **estoppel** de ser beneficiada com o reconhecimento de jurisdição obrigatória contra os Estados Unidos⁽²⁸⁾. Teria procedência a alegação do **estoppel**? Entendeu a Corte que não. A conduta da Nicaraguia no dizer da sentença foi “sem equívoco” no sentido de consentir estar vinculada pela cláusula facultativa. Os dois casos citados em sentido contrário pelos Estados Unidos não seriam suficientes para comprometer a tese da Nicaraguia. Por outro lado, fazia-se necessário que a conduta de um Estado induzisse outro Estado a modificar a sua posição e que este sofresse detrimento ou prejuízo. “A Corte não pode considerar – disse a sentença – que a invocação pela Nicaraguia da cláusula facultativa seja de algum modo contrária à boa fé ou à equidade; também não se pode dizer que o critério adotado nas controvérsias da **Plataforma continental do mar do Norte** valha para a Nicaraguia; e portanto o **estoppel** invocado pelos Estados Unidos à Nicaraguia não é aplicável”⁽²⁹⁾.

(26) **Ibidem**, par. 47.

(27) **Ibidem**, par. 41.

(28) **Ibidem**, par. 49 e 50.

(29) **Ibidem**, par. 50. Como posição crítica à conclusão da sentença em relação a esse parágrafo, vide “Separate Opinion of Judge Oda” **ICJ Reports 1984**, pp. 488 e 489; “Separate Opinion of Judge Ago”, **Ibidem**, par. 36 a 39; “Dissenting Opinion of Judge Schwebel”. **I.C.J. Reports 1984**, par. 53-62.

A questão da conduta foi retomada em votos individuais ou dissidentes. Embora o juiz Ruda considerasse estar a Nicarágua vinculada à jurisdição compulsória da Corte, a razão dessa vinculação estaria não tanto na conduta das partes, e em particular desse Estado, mas no fato de ter a Nicarágua preenchido “a única condição necessária”, segundo o mesmo juiz, “para tornar aplicável uma declaração feita nos termos do artigo 36, parágrafo 2 e em conformidade com o parágrafo 4 do mesmo artigo”, ou seja, “o depósito da declaração com o Secretario Geral das Nações Unidas” Conquanto a conduta dos Estados seja “um elemento importante na interpretação das convenções”, não é certo, porém, no dizer de Ruda, que essa conduta pudesse “acarretar a aceitação das obrigações internacionais enunciadas num tratado sem que seja respeitado o processo previsto para a entrada em vigor dessas obrigações”⁽³⁰⁾.

Objeta, por sua vez, o juiz Ago à conclusão a que a Corte chegou no tocante ao tema da conduta das partes. Contesta ele possa “a inquestionável exigência de um ato formal de aceitação ser substituída – sobretudo em um domínio tão especial e delicado como o da aceitação da obrigação de submeter as suas controvérsias internacionais à jurisdição da Corte – por uma simples conduta de fato, mesmo se a intenção revelada por essa conduta fosse inquestionável”⁽³¹⁾.

13) Da análise da temática de conduta das partes no contexto da controvérsia entre Nicarágua e Estados Unidos, se infere, pois, a importância que essa conduta possui na interpretação das fontes de direito. Tal inferência constitui uma reafirmação das conclusões a que o exame de controvérsias anteriores conduz.

O cotejo dessas controvérsias ressalta possuir essa temática, no litígio em exame, um alcance proporcionalmente menor do alcançado em outros litígios, tendo em conta o maior número e a maior variedade de questões complexas versadas na recente controvérsia.

Nesta se afirma, claramente, como o fizeram as sentenças acima referidas, o princípio do efeito obrigatório dos atos próprios de um Estado em relação a direitos em litígios com outros Estados. Sem embargo do reconhecimento desse princípio no caso vertente, nele não se deu acolhimento à alegação do **estoppel**. Ambos se relacionam mas se distinguem. Reiterou a Corte que o **estoppel** pressupõe a existência de prejuízo sofrido por um Estado em razão de induzimento feito por outro Estado, ambas partes no mesmo litígio.

(30) Separate Opinion of Judge Ruda. **I.C.J. Reports 1984**, par. 29.

(31) “Separate Opinion of Judge Oda” **I.C.J. Reports 1984**, par. 31.

Da recente controvérsia, dirimida pela Corte em duas etapas (1984 e 1986), se deduz também maior responsabilidade do Estado no referente ao acompanhamento da conduta de outros Estados. Nessa controvérsia as vinculações entre as partes eram bilaterais mas não de forma estrita. Tinham elas como base de referência documentos plurilaterais, de vocação universal, os Estatutos quer da Corte Permanente de Justiça Internacional, quer da Corte atual. Das sentenças proferidas a respeito se infere que os Estados necessitam de acompanhar a conduta não apenas de um determinado Estado mas de todos os demais, em uma perspectiva de alcance tanto bilateral quanto multilateral.

Videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores de videocassetes: sua posição frente ao Direito de Autor

Prof. Antônio Chaves

ex-diretor da Faculdade de Direito da USP

RESUMO: 1. A difícil conciliação entre os interesses dos autores e artistas intérpretes e os da coletividade. Doutrina. 2. Leis e jurisprudência em diferentes países. 3. Congressos internacionais. 4. A situação em nosso país. 5. O controle de videocassetes, a reserva de mercado e o registro de gravadores pelas resoluções concine nºs 97, 98 e 99. 6. A única solução plausível: remuneração pela “potencialidade” de gravação de obras protegidas pelo direito autoral. Um projeto de lei brasileiro. 7. Quando e como será cobrado o novo direito. 8. Uma complementação necessária. 9. Um “compromisso” não pode estabelecer obrigações para exclusivamente uma das partes signatárias. 10. A distribuição e locação de videocassetes não são crimes contra a propriedade imaterial.

RIASSUNTO: 1. La difficile conciliazione tra gli interessi degli autori e degli artisti interpreti e quelli della collettività. Dottrina. 2. Leggi e giurisprudenza in varie nazioni. 3. Congressi internazionali. 4. La situazione in Brasile. 5. Il controllo di video-cassette, la riserva del mercato e il registro di incisori per le Risoluzioni Concine numeri 97, 98 e 99. 6. L'unica soluzione plausibile: remunerazione per la “potenzialità” di incisione di opere protette tal diritto di autore. Un progetto di legge brasiliano. 7. Quando e come sarà riscosso il nuovo diritto. 8. Una complementazione necessaria. 9. Un “compromesso” non può stabilire obblighi esclusivamente a carico di una delle parti sottoscrittrici. 10. La distribuzione e locazione di video-cassette non costituiscono delitto contro la proprietà immateriale.

CONSULTA

Procurando dar uma solução racional e equitativa ao problema da retribuição do direito de autor e conexos em matéria de videocassetes, várias negociações foram mantidas entre, de um lado, os produtores cinematográficos e detentores de direitos sobre obras cinematográficas sob a forma de videocassetes, e, de outro, videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores dessas obras, individualmente ou através das Associações que os representam, no sentido de se coibir a copiagem e comercialização de filmes cinematográficos e sua locação não autorizadas, que tiveram remate com a assinatura, no Rio de Janeiro, em data de 07.06.1984, de um “Protocolo de Intenções”.

Tendo porém surgido dúvidas sobre o alcance, a finalidade e o próprio cumprimento do convencionado, distingue-me o sr. ADELINO DOS SANTOS ABREU, Presidente da ABEVC-Associação Brasileira de Empresas de Video-comunicação e da OMNI Vídeo, com pedido de parecer, consubstanciado em três quesitos, que passo a reproduzir, para acompanhá-los das considerações pertinentes e respectivas respostas.

PARECER

1. A DIFÍCIL CONCILIAÇÃO ENTRE OS INTERESSES DOS AUTORES E ARTISTAS INTÉRPRETES E OS DA COLETIVIDADE. DOCTRINA

QUESITO nº 1 “Na ausência de dispositivos que incriminem a gravação para uso particular, que é eventualmente praticada pelos associados dos videoclubes, qual a situação das locadoras e distribuidoras? Que providências legais devem tomar para tornar efetiva a intenção, já reiteradamente demonstrada, de legalizarem sua posição perante os titulares de direitos autorais?”

Autoriza o art. 49, nº II da Lei nº 5.988, de 14.12.1973, “A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro” .

Com a proliferação dos aparelhos “xerox” ou similares, passaram a multiplicar-se aos milhões, por toda parte, as cópias de trabalhos literários ou musicais, em letra de forma, sem que, no mundo inteiro, com raras exceções, tenha a legislação conseguido resolver o problema a contento.

O mesmo fenômeno repete-se, agora, no que diz respeito às obras musicais, com os aparelhos gravadores de fitas, cassetes, filmes cinematográficos, videocassetes e similares, que permitem a gravação de espetáculos transmitidos pelo cinema, pela TV, por satélites, e espetáculos públicos, diretamente.

Sem embargo, a fixação de obras alheias numa fita magnética, sem autorização, objetivando fins de lucro direto ou indireto, implica numa reprodução não permitida, correspondendo a um verdadeiro locupletamento, como jamais deixou de reconhecer a Consulente, cuja maior preocupação é justamente a solução equitativa desse problema.

Tem-se salientado, com efeito, não haver razão para que apenas os autores, os artistas intérpretes e executantes e os empresários devam suportar o ônus

dessa evolução, tanto mais quanto ninguém lembraria de discutir a necessidade de pagar os aparelhos e o material utilizados.

Raros são os que não tenham se valido, hoje em dia, dos préstimos dos aparelhos gravadores de sons e de imagens, prática que, aliada à televisão, constitui um dos motivos que levou à atual crise as grandes empresas produtoras de filmes cinematográficos, fenômenos que levanta, entre outras, quatro principais questões distintas, embora intimamente relacionadas: 1. a da retribuição dos autores, artistas, empresas gravadoras, cinematográficas, de rádios e de TV; 2. a mesma retribuição pelo aproveitamento, ou reaproveitamento, não autorizado, em transmissões ao público de suas produções ou transmissões; 3. a da pirataria: aproveitamento ilícito da obra intelectual alheia mediante a reprodução, multiplicação e lançamento no mercado sem autorização, de cassetes, videocassetes, cartuchos, discos, filmes cinematográficos e análogos, etc.; 4. o da locação, sem autorização dos titulares de direito, dessas produções.

Coloca REINHOLD KREILE, *Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch* (Reprodução destinada ao uso pessoal) Anuário 1979 da Internationale Gesellschaft für Urheberrecht, E.V., Viena, 1979, págs. 94-114, em oposição à prerrogativa exclusiva de reprodução, parte essencial do direito de autor individual, o axioma que reconhece ao público o livre acesso às obras literárias e artísticas.

Os progressos da técnica oneram o direito de reprodução exclusiva com conseqüências cada vez mais freqüentes e pesadas, situação nova que exige que a reprodução privada seja submetida a limitações, não podendo mais continuar a escapar às conseqüências econômicas.

Reconhece que na maior parte dos países parte-se do princípio de que a retribuição do autor para a reprodução com finalidades privadas deve ser paga por aquele mesmo que faz a reprodução.

Seja qual for a solução considera que o legislador deverá levar em conta dois princípios:

1. o direito de autor não pode opor-se à evolução técnica e econômica;

2. o autor deve ser indenizado pecuniariamente de maneira satisfatória pelas ofensas que sobre o direito de autor devido à reprodução destinada ao uso privado.

E M.H. DELLA COSTA, *Aspects juridiques de la piraterie*, "rapport" apresentado à reunião da Comissão Jurídica e de Legislação da CI-

SAC, de 20.04 a 02.05.1981, em Sydney, 12 págs. mimeografadas, recomenda que onde quer que seja possível estabelecer um “direito potencial de autor” como condição da livre fabricação, venda ou importação de fitas virgens e de aparelhos de gravação fonográfica, se estipule claramente no texto da autorização, que a retribuição cobre “as utilizações possíveis estritamente privadas”, preservando o direito de autor de impedir a gravação não autorizada de suas obras, não somente “para finalidades comerciais”, mas outrossim quando esta gravação é realizada “numa finalidade lucrativa, mesmo por conta de particulares e para seu gozo próprio”.

Pretenderia manter, diante dessa alteração proporcionada pela evolução da tecnologia, o velho princípio de que qualquer pessoa tem o direito de reproduzir uma obra integral ou parcialmente para finalidades privadas é abrir caminho a múltiplos abusos. Não há como não reconhecer que o direito ao uso pessoal ou no âmbito familiar deve ser regulado sobre outras bases, atualizadas, mais condizentes como essa nova situação.

Partindo do princípio fundamental de “que a reprodução das obras, sejam quais forem sua maneira e sua forma, é submetida ao direito exclusivo de permissão dos autores, T.H. LIMPERG e CLAUDE JOUBERT, *La Reproduction par Reprographie d’Ouvres Protégés par le Droit d’Auteur*, discutido perante a Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs (CISAC) – deduzem regra de princípio, a ser empregada em todos os casos em que não tenha lugar o exercício do direito de consentir ou de proibir: a de que o respeito aos interesses legítimos dos autores exige uma justa remuneração.

Reconhecem a impraticabilidade de qualquer proibição genérica; propõe, por isso, seja admitido reproduzir por reprografia, sem prévia autorização do autor ou de seus cessionários ou sucessores, uma obra já publicada, sob a condição todavia, de que, quem esteja qualificado para realizar semelhante reprodução respeite os direitos morais e pecuniários do autor.

2. LEIS E JURISPRUDÊNCIA EM DIFERENTES PAÍSES

A maioria das legislações só tem disposições relativas à locação e distribuição de filmes cinematográficos, que não são adaptáveis aos videocassetes.

O direito de distribuição do produtor de videocassetes esgota-se quando ele vende cópias ao varejista. O aumento do volume das locações e a fácil disponibilidade do produto alugado tendem a encorajar a cópia privada, fazendo com que corram o risco de prejudicar as vendas no varejo. Além disso, o vare-

jista receberá pelas locações quantias importantes sobre as quais o produtor não tem direito algum, a menos que tenha feito estipulações contratuais a respeito.

Às dificuldades inerentes ao sistema acrescenta-se mais uma: o “swapping” (troca) de videogramas entre os possuidores de exemplares.

As conseqüências da situação, indicadas no relatório A Locação dos Videogramas e dos Fonogramas redigido pela Secretaria da Federação Internacional dos Produtos de Fonogramas e Videogramas, IEPIVIDEO, a pedido da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e da UNESCO, 38 págs. mimeografadas, janeiro de 1983, são profundas e complexas, proporcionando fortes prejuízos aos produtores de videogramas e aos titulares de direito.

“A despeito da encorajadora procura que provém do grande público, a locação corre risco de se desenvolver em detrimento da venda.

O revendedor, que ocupa uma posição chave no domínio da locação, pode alugar cassetes ou discos um grande número de vezes, o que resulta numa utilização intensiva de cada exemplar. Por outro lado, o produtor do repertório bem como todos os outros titulares de direito arriscam de não obter sua parte “legítima” do rendimento das locações, e isto pelas seguintes razões:

- a. a existência da doutrina do esgotamento dos direitos;
- b. o fato que as locações são difíceis de administrar e que semelhante administração custaria muito”

Aponta o resultado: o locador provavelmente realizará benefícios sobre a utilização reiterada dos suportes audio visuais, benefícios sobre os quais o produtor não terá parte alguma, uma vez que ele não receberá senão o preço da primeira venda. A locação incentivará o emprego de suportes audiovisuais, o que gerará uma procura por um repertório mais amplo; mas ainda aí o produtor de videogramas não retirará os benefícios aos quais ele teria direito e que lhe permitiriam investir num novo repertório.

A concorrência entre os revendedores especializados na locação conduzi-
rá a rebaixamentos de preços para alcançar níveis cada vez inferiores, que, a seu turno, virão mortificar ainda mais o mercado das vendas de suportes audiovisuais ao grande público, com conseqüências imprevisíveis.

Documento preparado pelas secretarias da OMPI e da UNESCO, redigido com a colaboração do sr. AGNE HENRY OLSSON Conselheiro Jurídico da Divisão de Assuntos Internacionais do Ministério da Justiça, de Estocolmo,

Reprodução Privada não Autorizada de Gravações Sonoras e Audiovisuais, de Radiodifusões e de Documentos Impressos, datado de 16.04.1984, submetido ao Grupo de Peritos sobre a Reprodução Privada não Autorizada de Gravações, Emissões de Radiodifusão e de Documentos Impressos, que se reuniu em Genebra de 04 a 08.06.1984, 39 páginas mimeografadas, passa em resenha a legislação dos quatro países que até então haviam procurado regularmente a matéria, estabelecendo um gravame compensatório.

A Lei da República Federal da Alemanha, provê, art. 53, 5 ao direito do autor e dos artistas intérpretes ou executantes exigirem do fabricante dos aparelhos o pagamento de uma remuneração pela possibilidade que o uso dos mesmos oferece para realizar a captação de registros visuais ou sonoros ou pela sua transferência a outro registro.

Para facilitar a administração da remuneração, os organismos de arrecadação responsáveis por esta esfera constituíram uma associação conjunta, chamada ZPU (Zentralstelle für private Uberspielungsrechte), que arrecadou, em 1981, 39 milhões de marcos.

Na Áustria, a lei de 02.07.1980 dispõe:

“Quando, por sua própria natureza, cabe pensar que uma obra difundida pelo rádio ou fixada num registro sonoro ou visual elaborado com fins comerciais, será reproduzida mediante fixação num registro sonoro ou visual para uso pessoal, o autor terá direito a uma remuneração equitativa, sempre que os meios de gravação sonora ou visual não gravados e idôneos à mencionada gravação, ou outros meios de gravação sonora ou visual destinados a este fim (material de gravação), se distribuam dentro do país com fins comerciais, salvo quando o material de gravação não se utilize no país, ou, a ser utilizado, mencionadas cópias se destinem a uso pessoal; bastará a prova justificativa de tais circunstâncias. Para o cálculo da remuneração tomar-se-á em conta sobretudo a duração da obra. A remuneração correrá a cargo da primeira pessoa que distribua o material de gravação no país com fins comerciais”

Em 1981 a arrecadação ascendeu a cerca de seis milhões de scillings austríacos.

Na Hungria, Decreto de 20.11.1982 do Ministério da Cultura, contém previsões análogas, e no Congo, Lei de 07.07.1982, prevê a reprodução desse gênero, destinada estritamente ao uso pessoal e privado, numa remuneração em proveito do autor, “cujo importe será proporcional aos ingressos provenientes da venda, no território nacional, dos suportes materiais virgens”, a ser pago ao organismo profissional de autores.

Adite-se que promulgada no Japão no ano de 1984 “Lei para uma medida provisória relativa aos direitos dos autores, etc., com relação ao empréstimo de fonogramas comerciais ao público”, tem seu dispositivo fundamental no

“Art. 4º – 1. Uma pessoa que pretenda alugar um fonograma comercial mediante compensação ao público, deverá obter autorização para locação do mencionado fonograma comercial dos titulares de direito até um período determinado por ordem expressa do Gabinete que venha a expirar depois que o fonograma tiver sido vendido pela primeira vez neste País.

2. O ato de locação de um fonograma comercial mediante pagamento (charge) será considerado incluindo um ato de natureza econômica similar a este, seja qual for a forma ou meio em que possa ter lugar.

3. Uma pessoa que tenha obtido a autorização de que trata o § 1º mencionado pode alugar mediante pagamento ao público o fonograma comercial a que pertence a autorização, nas condições específicas na autorização”.

Para W. DILLENZ, *Reproduction pour l’usage privé*, 10 págs. mimeografadas apresentados à reunião da CISAC já referida, não se trata, a priori, tanto de um problema jurídico quanto, mais propriamente, de um problema econômico: o prejuízo para o autor (e para os demais titulares indicados) cria-se, com efeito, mesmo no quadro de situações em que a doutrina entende que a utilização de magnetofones e de aparelhos de vídeo na esfera privada não está autorizado pelo direito de autor.

Encarece que por decisão de 18.05.1955 o Bundesgerichtshof alemão reconheceu ao autor o direito de impedir as gravações sobre fitas sonoras na esfera privada.

Seria certamente ingenuidade supor que todos os que gravam uma obra para uso particular em fita magnética comprariam esta obra registrada em fonogramas industriais se tivessem a possibilidade de reproduzi-las para seu uso.

“Sabe todo mundo que essas duas condições existiam ontem como existem hoje. A situação é portanto de natureza dinâmica: o deslocamento da reprodução do domínio industrial-comercial (onde o autor recebe uma remuneração) para o domínio privado (onde ele não a recebe)”.

Nos EUA, tal como na Grã-Bretanha, no Canadá, na África do Sul e na Austrália, as exceções ao direito de reprodução reservado ao autor no que diz respeito ao uso privado ou pessoal, assumem a característica do “fair use” ou

do “fair dealing” uso leal e de boa fé, deixando assim à jurisprudência a tarefa de determinar o alcance da expressão.

Mas é justamente esse elástico de interpretação que torna mais vulnerável o direito dos autores, dos artistas intérpretes e executantes, das gravadoras, dos produtores cinematográficos e das estações de rádio e TV.

Exemplo bem expressivo é o que foi objeto de um pleito, nos EUA, que teve intensas repercussões no mundo inteiro.

A Universal City Studios, Inc. e a Walt Disney Productions moveram ação contra Sony Corporation of America e outros, por terem gravado em fitas cassetes, por meio de aparelhos marca Betamax, alguns filmes, dos quais eram titulares dos direitos de autor.

Em primeira instância, ficou decidido ser a duplicação não autorizada de material protegido pelo direito autoral um ilícito civil e penal, mesmo quando realizada no lar, ou em domicílio particular.

Mas a decisão foi reformada, aos 19.10.1981, pela United States Court of Appeals, Ninth Circuit, que não concedeu declaração de ilicitude do comportamento tanto do cidadão privado autor das gravações, quanto dos vendedores que tinham levado a efeito gravações com finalidades demonstrativas à clientela, e, ainda, do fabricante e distribuidor dos aparelhos, responsáveis por terem tido papel determinante proporcionando o meio sem o qual o ilícito comportamento não teria sido possível.

Consideraram os juízes o procedimento do particular não ilícito, legitimando o “fair use”, a atividade do utilizador da obra intelectual.

A decisão tem provocado perplexidade e reservas, acentuando II Diritto di Autore, nº 2, 1981, págs. 212-215, que, o impacto tecnológico e cultural dos Betamax arrisca assim causar sérias lesões ao edifício dos direitos exclusivos.

“É certo todavia que nos próximos anos jogar-se-á o futuro do direito de autor que deverá enfrentar o desafio tecnológico, encontrado instrumentos adequados (jurídicos, políticos, culturais) não-somente para consentir a defesa de fato dos interesses dos autores, mas também para conservar um eficaz sistema de proteção jurídica a que, com o correr dos tempos, as novas exigências da cultura de massa poderiam até mesmo negar a legitimização”.

3. CONGRESSOS INTERNACIONAIS

Os círculos internacionais já se sensibilizaram com a questão.

Entre as Resoluções aprovadas pelo VIII Congresso da Sociedade Internacional para o Direito de autor (INTERGU), que teve lugar em Toronto, de 21 a 25.09.1981 assume relevo a que diz respeito à Reprodução privada, reclamando dos legisladores:

“1. a manutenção em princípio do direito exclusivo do autor ao aproveitamento econômico de sua obra;

2. a introdução de uma retribuição cujo cálculo será baseado no princípio da tarifa por peça

para cada aparelho que proporcione a gravação de obras protegidas pelo direito de autor,

e, ao mesmo tempo e na mesma ordem de idéias

para o material que serve de suporte audio e audiovisual para a gravação por meio destes aparelhos (fitas magnéticas principalmente os musicassetes e videocassetes virgens);

3. o aperfeiçoamento da regulamentação do processo judiciário para fazer valer os direitos dos autores, embora levando em conta os interesses dos consumidores;

4. o aperfeiçoamento da proteção pelo direito penal no caso de violação do direito de autor (incorporando-o no direito penal relativo à delinquência econômica)”

Também a Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores, CISAC, ao encerramento de seu 33º Congresso, Roma, de 03 a 10.10.1982,

“Informada da proliferação, em numerosos países, de lojas de locação de fonogramas e videogramas cuja atividade acarreta um grave prejuízo aos interesses econômicos dos autores das obras incorporadas nesses fonogramas e videogramas;

consciente do fato que a maior parte das legislações nacionais não assegura de maneira satisfatória a proteção dos autores diante do fluxo crescente destas operações de locação;

espera vivamente, em nome de todas as associações membros, que as legislações nacionais prevejam o mais rapidamente possível disposições apropriadas reconhecendo aos autores de obras literárias e artísticas

um direito exclusivo frente à locação de fonogramas e de videogramas que incorporem obras protegidas, ou de toda forma análoga de aproveitamento a fim de que seja plenamente assegurada a indispensável proteção dos interesses dos autores frente a esta nova modalidade de utilização de suas obras”

ditou “Resolução” relativa a Locação de Fonogramas e Videogramas, convidando “seus órgãos constitutivos a tomar todas as medidas apropriadas para colocar suas sociedades membros em medida de defender e gerir os direitos de locação dos autores tão logo uma legislação apropriada tenha sido adotada na matéria” (Bulletin du Droit d’Auteur da Unesco, vol. XVIII, nº 1, 1983).

No IX Congresso da INTERGU e IV Conferência Continental do Instituto Interamericano do Direito de Autor, IIDA, (30 de outubro a 04.11.1983, Santiago, Chile), entre outras declarações, foi aprovada a de que:

“Debe pagarse una suma adecuada a los autores y otros titulares de derechos intelectuales por la reproducción privada y el arrendamiento de video programas, fonogramas y audiovisuales”

Justificou-se:

A constante evolução da tecnologia da reprodução para uso pessoal de obras visuais e audiovisuais exige dos legisladores uma tomada de posição em favor dos autores, dos artistas e outros titulares de direitos intelectuais, abandonando o critério de permissibilidade para a obtenção de cópias para uso pessoal, visto que a atual possibilidade de multiplicar ilícitamente os exemplares, prejudica enormemente os titulares de direito.

As únicas vias atualmente plausíveis para compensar tão sérios danos, são as indicadas pelas legislações da Áustria e da Alemanha, critérios que foram adotados no projeto de lei do CNDA, do Brasil, introduzindo o pagamento de remunerações compensatórias sobre a importação, fabricação e venda de fitas virgens.

Tanto a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, Unesco, com sede em Paris, quanto a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, se empenharam no estudo do problema da “Reprodução Privada não Autorizada de Gravações, Emissões de Radiodifusão e de Documentos Impressos”, reunidos, na Capital suíça, de 12 a 16.12.1983, um comitê de peritos que examinou o aludido relatório formulado a pedido de ambas as organizações pela Federação Internacional dos Produtores de Fonogramas e Videogramas (IPFIVIDEO) a respeito dos problemas decorrentes, no plano do direito autoral da locação de gravações de obras protegidas e sua distribuição.

Depois de terem convidado os Estados signatários das Convenções de Berna e Universal a apresentarem observações, promoveram, de 04 a 08.06 do ano de 1984 a reunião em Genebra de um grupo de peritos, que não tiveram, ao concluir seus trabalhos, outro alvitre senão sugerir a ambas as instituições “que continuem a estudar a incidência sobre os direitos conexos, da gravação e da reprodução reprográfica para fins privados de obras protegidas e de reproduções protegidas pelos direitos conexos, e que elaborem princípios comentados de proteção ao direito de autor e aos direitos conexos nesse domínio”.

4. A SITUAÇÃO EM NOSSO PAÍS

Não prevê a Lei nº 5.988, de 14.12.1973 a locação ou o empréstimo remunerado de obras artísticas ou literárias, o que é tanto mais lamentável porquanto o Projeto BARBOSA-CHAVES, depois de ter consignado no art. 31 e seus parágrafos que a aquisição do original ou de um exemplar de uma obra não confere aos compradores o exercício de qualquer atributo pecuniário do direito de autor, havia considerado expressamente no art. 32 o direito à locação de obra ou de reprodução, definindo-o com o de entregar o uso e gozo de uma obra ou de reproduções da mesma, por tempo determinado, mediante remuneração, sem prejuízo dos direitos de autor. Deixava claro, assim, que a ulterior cessão em locação também depende de expresso consentimento do titular da prerrogativa.

Embora não transladado para a Lei nº 5.988, o critério pode ser deduzido dos termos genéricos empregados pelo art. 38, que incorporou a idéia contida no aludido 31, sendo que o art. 3º manda que se interpretem restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais.

Qualquer aproveitamento não consentido de obra alheia fica sujeito às sanções previstas no art. 123, autorizando a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.

Não considera o art. 49, II, ofensa ao direito de autor a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.

Dispositivos desse tipo, por bem intencionados que sejam, proporcionam, no mundo inteiro, milhões de violações, muitas vezes inconscientes, ao direito de autor, no âmbito literário e científico, por meio de xerox, e, no musical e artístico, através dos cassetes e videocassetes.

Essa situação não podia deixar de produzir seu impacto no texto da referida lei, que dez anos foram suficientes para tornar, quanto a esse ponto, completamente obsoleta, exigindo os aparelhos de gravação e multiplicação eletrô-

nica ao alcance de todos, diz bem, HENRIQUE GANDELMAN,

“aprofundar mais a defesa destes direitos intelectuais, no próprio interesse da preservação da liberdade de expressão, um dos direitos fundamentais do homem. Uma sociedade só é livre, quando seus criadores intelectuais – escritores, pensadores, cientistas, educadores, artistas, etc. – são realmente agasalhados pelo Direito.

O videocassete é, sem dúvida, a primeira arma pessoal – e digamos, imaterial – que, involuntariamente, pode tornar qualquer cidadão ‘autor’ de um ato ilegal: a pirataria doméstica”.

Mesmo nos casos, portanto, em que não existe intenção maliciosa de tirar vantagens mediante aproveitamento do trabalho alheio, ou de prejudicar os legítimos titulares do direito, é generalizado o reconhecimento do prejuízo ocasionado aos autores, intérpretes e empresas produtoras de discos e filmes pelas gravações levadas a efeito individualmente, em enorme escala.

As restrições aos direitos de autor, contidas no art. 49 da Lei nº 5.988 precisavam mesmo passar a ser consideradas na conformidade das conquistas técnicas dos novos tempos, para serem compatibilizadas com o espírito do art. 153, § 25 da Constituição, que reconhece pertencer aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las.

Define aquela lei o fonograma (cassete) como “a fixação, exclusivamente sonora, em suporte material” e o videofonograma (videocassete) como “a fixação de imagem e som em suporte material” (art. 4º, nºs VII e VIII).

O Supremo Tribunal Federal pela sua Primeira Turma já teve duas manifestações, dando por derogados os incisos I e IV do art. 666 referido, e, conseqüentemente, a letra a do inciso I do art. 49 da Lei nº 5.988, que não considerava ofensa aos direitos do autor a reprodução de trechos de obras já publicadas ou, ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior.

A primeira foi no RE nº 75889, em que o Ministro ANTONIO NEDER reconheceu que a reprodução deve ser feita nos termos expressos da aludida regra constitucional,

“Ou seja, mediante pagamento, ao autor da obra, do quantum correspondente à vantagem, ou ganho, ou lucro, que obteve a pessoa que reproduziu trecho de trabalho literário, artístico ou científico”.

Na segunda, RE 83294 reiterou essa posição o relator Ministro BILAC PINTO.

Uma incursão a que procedeu pelo direito comparado, revelou

“que as limitadas regras de proteção contidas no CC haviam sido superadas pelo amplo universo que a esse direito foi aberto pelo desenvolvimento técnico dos velhos meios de comunicação: pela invenção do rádio, da televisão, das fitas gravadas para registro do som e dos videotapes para a simultânea gravação de imagem e do som, dos modernos aparelhos de reprografia, dos computadores, da utilização de fotografias nos novos e velhos veículos de difusão da imagem e das técnicas atualizadas de proteção da criação artística, compreendendo a escultura, a pintura, a gravura, o desenho, a música, etc., o que alargou e diversificou o elenco dos direitos autorais cobertos pela proteção legal.

As múltiplas formas pelas quais as obras literárias – em prosa e verso – passaram a ser parcial ou totalmente utilizadas em livros, em espetáculos públicos, em fonogramas, em peças teatrais, em filmes, em programas de rádio e televisão, ou mediante aparelhos de reprografia, revelou que o direito exclusivo do autor de reproduzir sua obra já não dava a este proteção legal contra as modernas formas de violação dos direitos de autor. Essa a razão pela qual foi ampliada a definição de direito autoral”.

5. O CONTROLE DE VIDEOCASSETES, A RESERVA DE MERCADO E O REGISTRO DE GRAVADORAS PELAS RESOLUÇÕES CONCINE NºS. 97, 98 E 99

A matéria está regulamentada através dessas resoluções.

Pela de nº 97, de 29.07.1983, que “Institui etiqueta de controle e estabelece obrigatoriedade de colagem, no Brasil, para filmes gravados em videocassetes” (DO 29.08.1984),

“CONSIDERANDO não haver distinção legal entre obras cinematográficas quanto à técnica de reprodução, equiparando, a legislação, as produzidas ou copiadas pelos processos convencionais àquelas que o foram eletronicamente, como dispõem o inciso VI do art. 6º da Lei 5.988, de 14.12.1973, e o parágrafo único do art. 1º do Decreto-lei 1900, de 21.12.1981;

CONSIDERANDO que o videocassete é uma fita magnética acondicionada em caixa plástica de dimensões padronizadas, apta a fixar e reproduzir obra cinematográfica;

CONSIDERANDO as diretrizes de ação comum, relativas ao assunto, fixadas por representantes da Diretoria de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A., da Secretaria da Receita Federal, da Divisão de Censura e Diversões Públicas, do Conselho Nacional de Direito Autoral, da Empresa Brasileira de Filmes S.A.—EMBRAFILME e deste Conselho;

criou, para oposição em fitas gravadas em videocassete, etiqueta de controle emitida e fornecida, exclusivamente, pela EMBRAFILME, só admitindo sejam comercializadas no País fitas gravadas em videocassete com a respectiva etiqueta, na forma da mesma Resolução.

Formula os requisitos para que as matrizes de obras cinematográficas destinadas à reprodução em fitas de videocassete sejam previamente registradas na EMBRAFILME, a requerimento do interessado.

“Só serão liberadas etiquetas de controle e fitas referentes a matrizes registradas na forma do item III, procedendo, a EMBRAFILME, sempre a requerimento do interessado.

a) no caso de serem diversos os requerentes mencionados neste e no item III, o deferimento da liberação das etiquetas ficará condicionado à prévia comprovação da titularidade a que se refere a alínea “c” do item III;

b) o requerimento especificará o número de cópias, de fitas gravadas em videocassete podendo a EMBRAFILME requisitá-las, correndo as despesas de frete e seguro, quando houver;

c) a oposição de etiquetas competirá à EMBRAFILME, que, contudo, a seu critério, poderá fornecê-las ao interessado para que o faça diretamente.

Não serão fornecidas etiquetas para fitas gravadas em videocassetes copiadas no exterior, incumbindo ao requerente comprovar, de plano, a copiagem no Brasil, instruindo o requerimento a que se refere o item anterior com as notas fiscais emitidas por empresa registrada na forma das normas vigentes, emanadas do CONCINE.

As etiquetas, uma para cada cópia, e dotadas de numeração seqüencial correlata ao número de registro da matriz correspondente, serão afixadas no videocassete e obedecerão ao modelo anexo à mesma Resolução.

A EMBRAFILME poderá cobrar pelo serviço de registro de matrizes e fornecimento de etiquetas de controle.

- a) os preços serão fixados pelo CONCINE, por proposta da EMBRA-FILME;
- b) os preços assim fixados serão cobrados por etiquetas e pagos no ato dos requerimentos previstos nos itens III e IV

Seguem-se disposições contendo sanções: as do inciso X do art. 36, do Dec.-lei 43, de 18.12.1966, com a redação do art. 2º da Lei 5.848, de 07.12.1972, sujeitando a multa de 50 a 100 vezes o maior valor de referência vigente no Distrito Federal, apreensão, multas e interdições, principalmente em caso de reincidência.

Esta Resolução foi mandada aplicar à comercialização, locação e sublocação de quaisquer videocassetes gravados pela de nº 98, de 25.11.1983, item nº XIV, que cria reserva de mercado para videocassete, estabelece o percentual mínimo de obras cinematográficas gravadas nesse suporte e determina o registro de seus distribuidores, a ele sujeitando “as sociedades comerciais ou civis, com ou sem fins lucrativos, regularmente constituídas, que tenham tal atividade como objeto, ainda que em caráter secundário”.

Obriga os distribuidores que forneçam videocassetes a intermediários para revenda, locação ou sublocação; ou que exerçam intermediação na compra e venda, locação ou sublocação a oferecer sobre títulos e cópias que tenham em carteira, no mínimo: 1) 25% de títulos de obras cinematográficas nacionais; 2) 25% de videocassetes gravados com obras cinematográficas nacionais.

Os distribuidores que revendam, loquem ou subloquem ao consumidor deverão, por sua vez, oferecer no mínimo 25% de videocassetes gravados com obras cinematográficas nacionais, sobre o total de cópias que tenham em carteira, estendendo essa obrigatoriedade a todos os estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

“As etiquetas de que trata a Resolução CONCINE nº 97, de 29.07.1983, não serão concedidas a distribuidores cuja atividade se compreenda exclusivamente no nº 3 da alínea “a” do item I, e, aos demais, só serão fornecidas se comprovada a proporcionalidade disposta nos itens II, III e VI, observado o disposto no item X.

O requerimento de registro de títulos e de etiquetas para obras estrangeiras deverá contemplar títulos nacionais e videocassetes gravados com essas obras, na proporção disposta do item II c/c item VII”.

Seguem-se especificações dos dados que os distribuidores de videocassetes deverão manter, atualizados diariamente, em seus estabelecimentos, sanções e respectivas normas de autuação.

Pela Resolução nº 99, de 25.11.1983, finalmente, criou o CONCINE o Registro de sociedades comerciais ou civis, com ou sem fins lucrativos, prestadores de serviços de gravações de videocassetes e de produção de matrizes – “masters” – em “video-tape”, – e sujeita às sanções do inciso X do Dec.-lei nº 43, de 18.11.1966, com a redação do art. 2º da Lei nº 5.848 de 07.12.1972 aquele que exercer, sem estar inscrito no registro referido, quaisquer das atividades de produção de matrizes em videotape para reprodução em videocassetes de obras cinematográficas produzidas originariamente sobre qualquer suporte e segundo qualquer tecnologia, e, ainda, gravação de videocassetes a partir de matrizes em videotape, sujeitando o infrator a multa que variará de 1/3 do valor de referência MVR, vigente no Distrito Federal na época da autuação, a 100 vezes o mesmo valor.

Todo esse conjunto de providências, – justas e necessárias – já submetem, como se vê, os produtores de videocassetes, e, de maneira particular, os video-clubes, distribuidores, locadores e revendedores dessas obras a uma vigilância e fiscalização rigorosíssima, abruptamente implantada da noite para o dia.

Mas essa defesa, de resto indispensável do direito de autor, tanto no setor público, quanto no privado, não pode consistir numa perseguição cega e indiscriminada de toda projeção de videotapes.

Tais são os casos das obras caídas em domínio público e as que nele foram integradas pela lei brasileira, como são as divulgadas em países que não participam de tratados com o Brasil e não dêem às obras de autores pátrios o tratamento nacional, nos termos do art. 48, nº III, da Lei nº 5.988, cuja reprodução é perfeitamente lícita, até mesmo para fins de comercialização, como não é contrária à lei a reprodução de obras cujos direitos não sejam protegidos nos países de origem, de acordo com a legislação local ou internacional aí vigente, ou por falta de registro ou por qualquer outro motivo.

Diante da notória impossibilidade, que se espera venha a terminar em dia não muito distante, dos produtores nacionais suprirem as necessidades do mercado brasileiro, ou generalizando mais, dos mercados dos países em desenvolvimento se auto-suprirem, não há como admitir que o desfraldamento da bandeira da legalização dos direitos autorais relativos aos videocassetes venha, num exagero e numa inversão de posições, levar de roldão a própria incipiente produção nacional, que vê com grande esperança possibilidades de realização nesse novo e promissor setor, levantando-se contra qualquer pretensão de estabelecimento de monopólio de potências multinacionais.

A proteção da obra cinematográfica não pode acolher-se sob a umbrela do tratamento dispensado aos autores e artistas intérpretes estrangeiros, domiciliados no exterior, que obedece a uma filosofia, a uma estrutura, a princípios completamente diferentes.

A razão consiste em que a tendência do direito de autor propriamente dito é expansionista por sua natureza: uma canção, um drama, uma poesia, têm mais arte do que técnica, integram a cultura, que não suporta barreiras.

O disco, como o filme e pois, o cassete, o videocassete e similares, como o livro, em sua expressão material, são **mais** indústria e comércio, por valiosa que seja a obra que consubstanciam: a entrada da produção estrangeira não pode ser demasiadamente facilitada, tem que sofrer freios e contrapesos, como ocorre em todas as nações adiantadas.

A não ser assim o domínio avassalador da produção industrial das grandes potências não teria limites: sufocaria, com o seu imenso poderio econômico e industrial, qualquer veleidade da afirmação da indústria nacional. Satisfeito o mercado do próprio país desenvolvido, obtido aí todo o lucro, poderiam suas indústrias exportar com um mínimo de vantagem: cem cruzados sobre cada videocassete vendido entre o Amazonas e o Chuí seria lucro, rebaixando as despesas de produção, sem qualquer sacrifício suplementar, mas com imolação definitiva da produção local.

Dissertando a respeito da proteção concedida ao fonograma – e a argumentação aplica-se perfeitamente ao videograma – lembra JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Autoral, Rio, Forense, 1980, pág. 278, que sua proteção não vai desenvolver-se em termos da atribuição de direitos sobre o suporte material. Ninguém nega que sobre este recai uma propriedade regida pelas regras comuns, tendo aqui plena aplicação analógica da Lei 5.988.

O que se sujeita a um regime particular é a utilização da coisa incorpórea mediante a utilização da coisa corpórea:

“O objeto do direito é pois a própria coisa, muito embora este direito nada tenha que ver com a propriedade dessa coisa. Atende-se a um tipo de particulares utilizações, em vez de se atender à universalidade das utilizações, como na propriedade”.

6. A ÚNICA SOLUÇÃO PLAUSÍVEL: REMUNERAÇÃO PELA “POTENCIALIDADE” DE GRAVAÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO AUTURAL. UM PROJETO DE LEI BRASILEIRO

Estamos, pois, diante do sentimento generalizado de que há necessidade de uma atualização das soluções do problema do reconhecimento; pelo Supremo Tribunal Federal, da revogação do aludido inciso I do art. 49 da Lei nº 5.988; da regulamentação apenas parcial da matéria através de Resoluções do CONCINE, gravitando em torno de um vazio legislativo e gerando insegurança e perplexidade, bem patenteados pela presente consulta.

Uma situação dessa natureza não faz vislumbrar outra solução senão a decorrente de uma providência legislativa, diante do risco que correm, numa situação de fato consolidada há vários anos, gerando senão um como que direito adquirido, pelo menos uma situação indiscutível de pré-uso não só dos vendedores (donos de lojas), dos locadores, dos clubes de videocassetes e videodiscos, como também dos próprios locatários dessas fitas, que já formam um mercado muito respeitável e cobiçado.

Há que estabelecer distinção entre duas situações diferentes: a dos vendedores, as lojas e os locadores dos videocassetes, que adquirem e vendem ou alugam material legalmente adquirido, sem nada pagarem de direitos autorais por não lhes ter sido exigido ainda esse pagamento, mesmo porque não saberiam a quem efetuar-lo nem em que base; – e a dos que não se contentam com um só exemplar, para colocar à disposição da demanda de seus clientes, e os multiplicam por sua própria iniciativa, sem se munirem da necessária licença, potencializando, por essa forma abertamente ilícita, os prejuízos dos fabricantes, dos autores e dos artistas intérpretes e executantes.

Na mesma situação encontram-se os locatários desses tapes: têm direito de assistir uma ou mais vezes ao espetáculo contido no videocassete. Mas somente quando tiram mais de um exemplar estarão infringindo o aludido art. 49, II, da Lei 5.988, agravando seu “crime” ao comercializarem exemplares.

Mas o simples fato dos locadores de videocassetes não terem condições de retribuírem os produtores, os autores e os artistas pelos direitos autorais usufruídos os deixam em posição incômoda, e a presente consulta é uma demonstração de sua disposição de encontrar uma solução para o problema.

A dificuldade – insista-se – não é peculiar ao nosso país.

Uma reportagem publicada na revista norte-americana Video Review, de maio de 1984 é extremamente ilustrativa para demonstrar que o mesmo problema, com características ainda mais frisantes, se apresenta nos EUA. Depois de aludir a um julgamento da Suprema Corte, admitindo como legal o “tape” doméstico, refere-se a um projeto de lei em andamento no Congresso para definir quem controlará os aluguéis de programas para computadores domésticos, se os produtores de fitas originais de videocassetes e, em escala muito menor, videodiscos ou se os proprietários de lojas.

Enquanto que os produtores qualificam esta reivindicação como luta para uma justa alteração de vendas, os proprietários de lojas entendem não passar isto de uma ameaça ao princípio da “venda em primeira mão”, na conformidade da Copyright Law, § 109, a, que consiste em poder o possuidor de uma cópia particular ou gravação fonográfica legalmente produzida, ou qualquer pessoa

por ele autorizada, sem permissão do titular do direito de autor, vender ou de outra forma dispor da posse dessa cópia ou gravação fonográfica.

A reportagem invoca o caso das locadoras de automóveis: a GM vende seus carros para a AVIS; esta os aluga para o consumidor, não tendo que pagar nada do que recebeu à GM.

O princípio legal que permite às lojas e à AVIS comprarem os produtos e os alugarem em seguida, sem terem que reembolsar nada aos fabricantes é chamado de “venda em primeira mão”, que faz parte das leis instituídas no século XIX. Em 1976 o Congresso reafirmou o princípio e o codificou no parágrafo 109 da lei: quando o proprietário transfere a posse de uma determinada cópia ou gravação fonográfica de uma obra, a pessoa que o adquiriu tem o direito de vender, alugar ou destiná-la a outro fim qualquer.

Mas reconhece que o campo do videocassete não é igual ao do automóvel: as empresas que se dedicam à locação de carros absorvem uma percentagem mínima do produto fabricado, ao passo que os fãs preferem alugar ao invés de comprar o cassete numa percentagem calculada em 95% dos casos.

“Em outras palavras, os produtores (ou os titulares de direitos autorais) destes cassetes só têm lucro quando os vendem às lojas ou aos poucos fãs que se interessam em comprá-los, portanto, só ganham uma pequena porção do montante lucrado destes filmes em V.C...”

Por isso, os produtores de Hollywood, a fim de serem mais compensados, esforçam-se por obterem seja revogado o princípio de “venda em primeira mão”, para que se aplique ao vídeo o que eles chamam de justa alteração de marketing.

“Se esta alteração passar, os produtores controlariam os alugueis dos V.C. As conseqüências seriam muitas, algumas boas, outras ruins para os compradores e locadores de V.C.”

A reportagem revela ainda duas outras preocupações: com os produtores controlando os alugueis de videocassetes seria possível que alguns filmes, incluindo grandes êxitos como “Flashdance” ou “The Complete Beatles”, não estivessem disponíveis para alugar, forçando os fãs a comprar os cassetes.

Além disso, o projeto poderia afetar muito a disponibilidade das fitas: títulos menos populares poderiam ser retirados das locadoras porque os estúdios não só “empurrariam” títulos mais novos para gerar maiores lucros, como também, acrescentamos nós, forçariam a compra dos videocassetes de menor sucesso a preços mais baixos, saturando assim o mercado de produto inferior, tal como ocorre atualmente com os filmes cinematográficos, principalmente nas

pequenas cidades do interior que dispõem de um só salão de cinema, implicando em menor número de tapes à escolha.

Com Hollywood tendo participação impositiva unilateralmente, e, pois, arbitrária, nos lucros dos aluguéis de videocassetes, receiam os proprietários que milhares de lojas de vídeo acabem em concordata – o que está prestes a ocorrer também no Brasil, consequência fatal do cumprimento integral do aludido Protocolo de Intenções – ficando conseqüentemente em menor número os pontos de locação de tapes.

Ao que parece o Governo Reagan tenderia a revogar o princípio da venda em primeira mão, entendendo, porém, que só deve aplicar o critério aos novos tapes, sem uso retroativo. Os proprietários de lojas continuariam a controlar os aluguéis dos tapes já existentes em seu inventário, e os produtores, todos os novos lançamentos em tapes publicados após a aprovação da proposta de alteração de venda em primeira mão.

Por aí se percebe que a atitude tomada no Brasil pelos produtores cinematográficos e detentores estrangeiros de direitos sobre obras cinematográficas sob a forma de videocassete obedece a uma política e a um plano de ação bem estudado e melhor conduzido em todas as partes do mundo.

A solução do problema transcende, pois, de muito, o âmbito desta consulta, para abranger praticamente todas as manifestações artísticas e culturais veiculadas pelos modernos meios de comunicação de massa.

As exigências do ensino, da pesquisa e da cultura, ao ritmo trepidante da vida moderna, que não permite sequer um momento de pausa para verificar se existe, quem é, onde está, o titular do direito, tornam cada vez mais utópico e distante o dogma, até há poucos anos indiscutível, da exigência do consentimento do autor para qualquer aproveitamento de sua obra.

Como conciliar os interesses do criador com os da coletividade?

Aí está, sem dúvida, um árduo teste, não apenas para as legislações internas de cada país, como também para as grandes convenções internacionais, que já não podem ignorar o problema, verdadeira pedra-de-toque das concepções teóricas e da aplicação prática dos princípios, encruzilhada, ponto de encontro de todas as construções científicas e legislativas, colocando frente a frente conceitos antigos como o do consentimento do autor e do intuito de lucro, e novos, como a licença obrigatória e a licença global.

Atente-se a que, se nos Estados Unidos, a Lei estabelece o princípio de “venda de primeira mão”, considerando certamente o perigo dos produtores

pretenderem controlar os aluguéis dos videocassetes e todos os inconvenientes e transtornos que daí possam decorrer, e se a Suprema Corte admitiu a legalidade de cópias de vídeo para uso privado, não seria justo conceder aos produtores cinematográficos e detentores norte-americanos de direitos dessas obras, privilégios, no Brasil, que eles nem sequer alcançariam em seu próprio país, o que desde logo exclui qualquer veleidade dos produtores brasileiros alcançarem, lá, reciprocidade de tratamento.

Mas isso não impede o reconhecimento da **necessidade** de se proceder à cobrança pela utilização de qualquer texto reproduzido mediante aparelhos gravadores, ressalvando-se expressamente as poucas exceções que a regra comporta.

Vem em seguida o como há de se chegar ao único caminho plausível: a licença obrigatória ou licença legal, preconizada em novembro de 1973 por T. LIMPERG, em colaboração com CL. JOUBERT, no rapport apresentado à Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC).

São justamente esses gravíssimos problemas que visa solucionar Anteprojeto de lei, propondo a remuneração dos autores e artistas intérpretes e/ou executantes pela simples **possibilidade** de reprodução de obras em fitas magnéticas de áudio ou de vídeo, que foi apresentado ao Conselho Nacional de Direito Autoral na sessão do dia 14.04.1982, consubstanciado em quatro dispositivos principais, versando respectivamente o princípio básico, a indicação do momento em que torna-se devida a remuneração e como será feita.

Atendo-se exclusivamente às gravações começa propondo:

“Art. 1º. Os titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos, cujas obras, produções, execuções e interpretações sejam suscetíveis de reprodução em fitas magnéticas de áudio ou de vídeo, terão direito a uma remuneração de natureza autoral, como compensação à possibilidade de utilização de seus bens intelectuais, procedida em função do disposto no inciso II do art. 4º da Lei nº 5.988, de 14.12.1973.

Parágrafo Único. As fitas magnéticas a que se refere este artigo são aquelas não gravadas, contidas em magazines (vídeo e áudio cassetes)”.

A proposição está em consonância com os reclamos da justiça e da doutrina, que proclama que reconhecer ao autor (e ao artista intérprete-executante) um direito, para depois abandoná-lo à própria sorte, não constitui qualquer solução.

E também com a orientação das legislações mais adiantadas, como as da Áustria e da Alemanha, com proposições, porém, melhor elaboradas.

Harmoniza-se, além disso, com o espírito da Lei nº 4.944, de 06.04.1966, que “Dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, e dá outras providências”, completando-a, mesmo, dentro de sua estrutura.

Com efeito, reserva o art. 1º exclusivamente ao artista, seu mandatário, herdeiro ou sucessor, a título oneroso ou gratuito, impedir a gravação, reprodução, transmissão ou retransmissão, pelos organismos de radiodifusão, ou qualquer outra forma, de suas interpretações e execuções públicas para as quais não haja dado seu prévio e expresso consentimento.

Correlatamente, dispõe o art. 4º caber exclusivamente, ao produtor de fonogramas autorizar ou proibir-lhes a reprodução, direta ou indireta, a transmissão, a retransmissão pelos organismos de radiodifusão e execução pública por qualquer meio, concedendo o art. 5º, com exclusividade, aos organismos de radiodifusão autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, de suas transmissões em locais de frequência coletiva.

Dá, ainda, cumprimento às determinações contidas na Convenção sobre Proteção de Produtores de Fonogramas, contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas, concluída em Genebra a 29.10.1971, que entrou em vigor, para o Brasil, em 28.11.1975, e promulgada pelo Decreto nº 76.906, de 24 de dezembro seguinte.

Nos termos do art. 2º, cada Estado Contratante se compromete a proteger os produtores de fonogramas que são nacionais dos outros Estados Contratantes contra a produção de cópias feitas sem o consentimento do produtor e contra a importação de tais cópias, quando a produção ou a importação é feita tendo em vista uma distribuição ao público, assim como a distribuição das referidas cópias ao público.

Deixa claro ainda o art. 6º que nenhuma licença obrigatória poderá ser prevista salvo se forem cumpridas as seguintes condições:

“a. a reprodução destinar-se-á ao uso exclusivo do ensino ou da pesquisa científica;

b. a licença somente será válida para a reprodução no território do Estado Contratante cuja autoridade competente outorgou a licença e não se estenderá à exportação de cópias;

c. a reprodução, feita em conformidade com a licença, dará direito a uma remuneração equitativa, que será fixada pela referida autori-

dade levando em conta, entre outros elementos, o número de cópias que serão realizadas.”

7. QUANDO E COMO SERÁ COBRADO O NOVO DIREITO

Propõe ainda o aludido Anteprojeto:

“Art. 2º. A remuneração tornar-se-á devida quando do surgimento do fato gerador do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na saída do estabelecimento industrial, pelo fabricante, ou no ingresso da fita magnética no país, pelo importador.

Parágrafo único. A remuneração é exigível ainda nos casos de imunidade, isenção ou não incidência do tributo aludido neste artigo.”

Tem pois, o mérito de deixar bem determinado o momento em que a remuneração deve ser paga, evitando delongas e dúvidas.

Harmoniza-se com o disposto no art. 83 de Lei nº 5.988, introduzido pela Lei nº 6.800, de 25.06.1980, determinando que “os cassetes, cartuchos, discos, videofonogramas e aparelhos semelhantes, contendo fitas de registro de som gravadas, não poderão ser vendidos, expostos à venda, adquiridos ou mantidos em depósitos para fins de venda, sem que em seu corpo conste, em destaque e integrando-o de forma indissociável, o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes – CGC, do Ministério da Fazenda, da empresa responsável pelo processo industrial de reprodução da gravação.”

A matéria foi objeto de regulamentação pela Resolução nº 23, de 1981, do CNDA, que “Estabelece normas para identificação de reproduções de videogramas e fonogramas e para contabilização de direitos fonomecânicos nas empresas produtoras, editores e associações.”

Concilia-se, finalmente, com as Convenções internacionais que cuidam de amparar o criador intelectual contra o uso indiscriminado da obra sob a cobertura do malsinado “uso pessoal”. Assim, a revisão da Convenção de Berna, levada a efeito em Paris, em 1971, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 55, de 28.06.1975 e promulgada pelo Decreto nº 76.905, de 24.12.1975, estabelece,

“Art. 9º. 1. Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

2. As legislações dos países da União reserva-se a

faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause injustificado prejuízo aos interesses do autor.

3. Qualquer gravação sonora ou visual é considerada uma reprodução no sentido da presente Convenção.”

Tem pois razão a “Justificação” do Anteprojeto ao sustentar serem as expressões grifadas inconciliáveis com a ampla autorização do inciso II do art. 49 da Lei nº 5.988:

“Efetivamente, a cópia das obras procedidas com o uso dos chamados ‘cassetes’, de áudio ou de vídeo, afeta a exploração das mesmas e causa prejuízo a seus autores.

Não mais se trata de uma, ou de raras pessoas que, no recesso do lar e a duras penas, copiam à mão os ‘Lusíadas’. Trata-se de premir um botão e copiar, do rádio, de um disco ou do aparelho de televisão, uma música, uma sinfonia ou uma obra cinematográfica. São milhares, são milhões de pessoas fazendo isso a cada dia, lesando enormemente os direitos de autores, intérpretes, executantes e produtores.

Como, então compatibilizar-se o direito interno com o imperativo que dimana do direito convencional e da própria Constituição Federal?

A solução não pode residir, obviamente, na proibição de reproduzir, pois os aparelhos de reprodução e os suportes (cassetes virgens) existem e não constituem, em si, algo ilícito. Ilícita seria a cópia de obra protegida.

A saída estaria na solução que deu o próprio Supremo Tribunal Federal no caso da norma do inciso I do art. 666 CC: a reprodução é consentida, como uma espécie de licença legal, mas o autor tem direito a uma remuneração por tal uso.”

O Anteprojeto brasileiro evita, além disso, a contradição que o dispositivo apresenta, com outros do mesmo diploma, que, não só no art. 29, reserva ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua fruição por terceiros no todo ou em parte, como ainda submete, no art. 30 à autorização do mesmo “qualquer forma de sua utilização”.

Enumera, ao lado da edição; da tradução para qualquer idioma; da adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica,

“IV a comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, como: a. execução, representação, recitação ou declamação; b. radiodifusão sonora ou audiovisual; c. emprego de alto-falante, de telefonia com fio ou sem ele, ou de aparelhos análogos; d. videofonografia.

Parágrafo único. Se essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais de autor.”

Estão assim amadurecidos os tempos para a adoção da medida em boa hora alvitrada, e que irá, ao mesmo tempo que repara uma grave injustiça, proporcionar aos autores, artistas intérpretes e demais titulares um abundante fluxo de proventos compensadores e dignificadores de seu trabalho.

Na pesquisa dos princípios jurídicos aplicáveis, combina M.H. DELLA COSTA a “responsabilidade objetiva” e o “risco criado” com o fato lícito não necessariamente prejudicial,

“que no entanto cria esta responsabilidade e não diante de um autor determinado de obras intelectuais, mas face à “comunidade dos autores” – defrontamo-nos com o segundo plano de ilicitude que é subjacente à legalidade do comércio de material virgem e de aparelhos gravadores: o fato de facilitar a pirataria ao mais alto grau e ao alcance de todos.”

Entre as alternativas que a solução desse problema levanta, opta o Projeto pela de consagrar o “direito potencial”, com as reservas necessárias que permitam, num segundo tempo, diante do fato concreto da gravação ilegítima, exigir a reparação correspondente e outras conseqüências da violação do direito de autor.

Adita o art. 3º do Anteprojeto que a cobrança “será feita coletivamente, beneficiando todos os titulares de direitos autorais sobre fixações sonoras e audiovisuais, através do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), a que se refere o art. 115 da Lei nº 5.988, de 14.12.1973”.

Outorga o art. 4º, competência ao Conselho Nacional de Direito Autoral para homologar o valor da remuneração e aprovar os critérios de distribuição de seu montante entre os titulares de direitos autorais, através das associações a que alude o art. 103 da referida Lei.

A falta de convenção entre as associações, e metade do produto arrecadado caberá aos titulares de direitos de autor, e a outra metade aos de direitos conexos, obedecidas, quanto a estes, as proporções estabelecidas nos parágrafos 2º e 3º do art. 6º da Lei nº 4.944, de 06.04.1966.

Respeita, assim, os princípios orientadores da Lei nº 5.988, que prestigia a ação das Associações arrecadadoras de direitos autorais, embora fiscalizando sua atuação e submetendo-a, através de um Escritório Central, à disciplina do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Sob o aspecto da organização da administração, considera o TADDEO COLLOVA, *Reproduction sonore et visuelle pour l'usage personnel*, RIDA, vol. 99, 1979, págs. 77 - 155 e 100, págs. 3 - 125, *Il Diritto di Autore*, nº 2 - 3, 1979, págs. 265 - 306, *Internationale Gessellschaft für Urheberrecht E.V.*, Viena, 1979, 317 págs., oportuno, diante da diversidade dos titulares com direito à remuneração, que seja realizada por uma entidade colateral, com autonomia tanto administrativa quanto de representação de órgãos de gerência.

Mas reconhece que essas condições podem ser preenchidas pela constituição de um serviço autônomo junto a uma sociedade de autores, principalmente caso esta já possua uma autonomia de administração e de representatividade no domínio da administração dos direitos de reprodução, como é justamente o caso do ECAD, no Brasil.

Pelo art. 5º o Ministério da Fazenda é autorizado a firmar convênio com o Escritório referido no art. 3º desta Lei, para a cobrança da remuneração por ela instituída.

O dispositivo, – acentua ainda a “Justificação”, tendo por meta viabilizar a cobrança da remuneração, com eficácia e economia, entrososa-se com o art. 2º proposto, que visa definir o momento em que a remuneração se torna exigível.

E conclui ter sido para se evitarem transtornos à circulação dos suportes, que foi proposto que a cobrança da remuneração seja feita de uma só vez, para todos os titulares, e através de associação que os represente. A negociação com cada titular é evidentemente inviável. Para se evitarem abusos dos titulares de direitos autorais, a remuneração terá, quanto a seus critérios e valor, a indispensável chancela do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Finalmente, pareceu de importância figurar um dispositivo que reafirme que nenhuma disposição do projeto diminui ou sequer altera a proteção já assegurada aos titulares de direitos autorais, para que ninguém ocorra que o pagamento de uma taxa autoriza o comércio de reproduções não consentidas. A re-

muneração é instituída, exclusiva e restritamente como compensação à limitação contida no inciso II do art. 49 da Lei nº 5.988, de 1973.

Como assinala TADDEO COLLOVA, as taxas fixas, trata-se de remuneração estabelecida sobre os aparelhos e seus suportes ou somente sobre uns e outros, não deveriam ser em princípio inferiores às previstas em geral na hipótese de reprodução das obras sobre exemplares pré-gravados destinados à venda ao público para uso privado, e no caso das concessões de licença geralmente praticadas a título de direitos conexos.

Entendemos que, a rigor, deveriam até ser maiores, se considerarmos que cada fita magnética ou similar, presta-se a ser usada diversas vezes.

8. UMA COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA

Mas o anteprojeto precisa ainda do aditamento de um dispositivo atinente à locação de discos, tapes, cassetes, cartuchos, filmes, etc., que, através de “clubes”, está se multiplicando no Brasil, como no mundo inteiro, e cujos organizadores anseiam por regularizar a situação, à procura de um sistema que lhes permita retribuir os autores e demais titulares de direitos pelo aproveitamento de suas obras, para evitar sejam increpados de cometer um ilícito civil, e também um crime ao qual são impostas sanções severas.

As atividades dos videoclubes que alugam e reproduzem videocassetes – indaga HENRIQUE GANDELMAN – é legal? E que resposta devemos dar ao art. 38, quando afirma que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar de seu suporte material de utilização, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, ou titular?

Como os locatários desses tapes ou discos estariam isentos do pagamento complementar proposto para os adquirentes das fitas virgens, a única solução viável será cobrar dos organizadores uma percentagem sobre as receitas brutas, como se procede com relação aos ingressos aos cinemas, acréscimo esse que naturalmente irão cobrar dos próprios associados.

Com a aprovação do Anteprojeto oferecido, o Brasil será, depois da Áustria, a primeira Nação a instituir um sistema prático de cobrança, sem os inconvenientes que, nesse país, a legislação apresenta.

9. UM “COMPROMISSO” NÃO PODE ESTABELEECER OBRIGAÇÕES PARA EXCLUSIVAMENTE UMA DAS PARTES SIGNATÁRIAS

QUESITO nº 2. “Objetiva o aludido ‘Protocolo de Intenções’ a retirada

dos videocassetes em uso há varios anos, à medida em que forem entrando os filmes 'etiquetados' pela Embrafilme. Mas a União Brasileira de Vídeo, contrariando a expectativa de repor os filmes não etiquetados à medida que fossem restirados, não cumpriu essa condição implícita. Pode uma das partes exigir o cumprimento, pela outra da avença que por sua vez não satisfaz?"

Assumiram os signatários a obrigação de não efetuarem novas cópias de nenhum dos itens relacionados no "Anexo nº 3", sem autorização expressa de seu titular e conseqüente direito ao porte da etiqueta de controle fornecida pela EMBRAFILME, nos termos da Resolução CONCINE nº 97/83, nem utilizar cópias de título, mesmo não incluído nos acervos do aludido Anexo, salvo com expressa autorização de seu titular.

Os videoclubes e locadoras comprometeram-se a não receber de novos clientes filiados, sob nenhum pretexto, fitas de videocassetes sem a referida etiqueta de controle.

Um dos fundamentos do Protocolo consiste na consideração de que,

"após a entrada em vigor da Resolução nº 97/83, do Conselho Nacional do Cinema – CONCINE, os legítimos produtores e distribuidores de videocassetes contendo obras intelectuais nacionais e estrangeiras estarão em condições de oferecer ao mercado cópias legais dessas obras, das quais são os únicos titulares"

O documento, na verdade, limita-se a firmar obrigações, algumas bem gravosas, para os videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores de obras cinematográficas sob a forma de videocassetes, não assumindo os produtores cinematográficos e detentores de direitos sobre essas obras cinematográficas maior promessa do que uma vaga referência, que seria válida até o fim do ano, "a não acionar o CONCINE ou a EMBRAFILME, ou qualquer outro órgão na esfera judicial ou administrativa, para a apreensão das cópias dos títulos relacionados ao Anexo 3."

Não sendo os videoclubes, distribuidores, locadoras e revendedores "órgão" propriamente ditos, não fazendo parte de um ou de outro, nem sequer com essa ilusória prerrogativa seriam favorecidos.

Não é só.

Ao examinarem mais detidamente o Anexo nº 3 do protocolo aludido, causou aos diretores dos videoclubes, bem como os locadores e revendedores de videocassetes, profunda estranheza a grande quantidade de títulos que o

mesmo exibia. Embora não ignorando a existência dos componentes dessa relação, têm absoluta certeza de que muitos deles jamais chegaram ao Brasil, e têm sérias dúvidas de que os produtores de todos eles tenham investido os distribuidores locais da competente representação.

Acresce outra circunstância: diante da peculiaridade da lei de copyright norte-americana, muitos desses filmes, segundo revistas especializadas dos Estados Unidos, já caíram em domínio público.

“Os direitos de autor de um filme cinematográfico” – elucida WILLIAM K. EVERSON, *Public-Domain Video: Why?*, no exemplar de fevereiro da mesma *Vídeo Review*, pág. 43 – podem caducar por um bom número de razões, deixando-os cair no domínio público.”

Enumera, em primeiro lugar, a mais comum de todas: é que o filme ou programa foi produzido por uma companhia independente, que não teve existência superior ao prazo de renovação do “copyright” Embora tenha havido pela nova lei norte-americana uma pequena alteração dos 29 anos seguidos por outros 28, da lei anterior, grande número dos filmes hoje disponíveis cai em domínio público nesse período de 57 anos.

Em segundo lugar, muitos estúdios de produção venderam importantes títulos a outros estúdios para refazimento. Em muitos desses casos, nem os estúdios originais, nem os que refazem viram a necessidade de proteger o material original.

Em terceiro, um filme pode cair no limbo legal porque alguns dos seus direitos foram retirados, mas não outros.

“Em quarto, existe um surpreendente número de casos em que os departamentos legais simplesmente ‘comeram barriga’ e falharam em renovar os direitos de autor quando poderiam tê-lo feito, ficando às vezes confusos por tão elementares matérias como as de dois filmes tendo o mesmo título.”

Depois de uma série de considerações conclui que devido ao número crescente de possuidores de videocassetes e o relativamente baixo custo de produção, o mesmo título prolifera em uma quantidade de companhias diferentes, podendo, pois, ser emitido por duas ou até mais companhias.

Finalmente, voltando ao Protocolo, do Anexo nº 5 resultam Empresas que não estão representadas no Brasil. Não poderiam, pois, mesmo que tivessem algum direito e quisessem reivindicá-lo.

Mas o fato mais relevante é que, longe de oferecer ao mercado cópias le-

gais das obras a que se haviam comprometido, pelo menos implicitamente, para, por essa forma, permitir aos referidos videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores de videocassetes continuarem com seu comércio, não ofereceram uma sequer que viesse substituir as que foram sendo paulatinamente retiradas.

Embora, ao o assinarem, percebessem que não era bom para eles o protocolo, acreditaram os videoclubes que sem ele seria pior. Mas só então perceberam o logro em que caíram: sua disposição em cumprir o avençado, retirando filmes e cassetes que não correspondessem aos padrões firmados pela EMBRAFILME através de Resolução, não encontrou corresponsividade alguma, nenhuma disposição apresentando os co-compromissários de suprir o mercado com novas produções para efetivar a substituição dos filmes e cassetes retirados.

Já quase sem títulos para fornecerem aos seus clientes, pois suas estantes estão praticamente vazias, vêm assim dismantelar-se toda a organização formada a duras penas bem como o trabalho até agora realizado, tornando-se vítimas de um verdadeiro e impiedoso “dumping”, que as afixia e condena à morte. São centenas de entidades que mostraram sempre a melhor das disposições para se coadunarem com as exigências relativas ao direito de autor, embora até agora não tivessem meios legais ou práticos para atendê-la.

A correlação entre as prestações e contraprestações dos signatários de qualquer compromisso dá-se o nome de “equilíbrio contratual”

LOUIS JOSSÉRAND, “Derecho Civil”, t. II, v. I, “Teoria General de las Obligaciones”, trad., Bosch, Buenos Aires, 1952, numa síntese admirável, assinala a p. 262 que os autores têm apresentado sobre o caráter jurídico da resolução dos contratos por inexecução de obrigações, num grande número de explicações divergentes.

“Sem embargo” – acrescenta – “um ponto é certo: esta resolução se explica pela **interdependência** das obrigações nascidas de um mesmo contrato sinalagmático; seria contrário à lógica e à equidade que uma das partes fosse cumulada de direitos enquanto a outra sofresse falta dele.

Faça-se intervir a idéia da **causa**, como CAPITANT, ou a da **equivalência**, como MAURY, ou invoque-se a **intenção provável** das partes, cai-se sempre nesta conclusão essencial de que uma das partes não deve poder beneficiar-se da operação enquanto se sacrifica outra; desde o momento em que uma delas desrespeita a lei contratual, a outra deve, por sua vez, poder evadir-se.”

“O direito de resolução”, – adita – “apresenta duas idéias dominantes, dois **standards** fecundos em conseqüências:

1º – Por um lado, reveste o caráter e assume a significação de uma verdadeira **sanção** dos compromissos contratuais;

2º – por outro, a resolução do contrato se produz em função da vontade presumida das partes; é **interpretativa**.

Sob o primeiro aspecto, a resolução constitui uma das sanções dos compromissos contratuais, é uma arma dada ao credor contra um devedor que não faz honra à sua assinatura.

Sob o segundo, ao mesmo tempo que sancionadora, a resolução é também interpretativa da vontade das partes.

É exatamente nesse sentido a lição de LUIGI MOSCO, em sua monografia específica, **La Resolución de los Contratos por Incumplimiento**, em tradução, acentuando, a p. 25, que o fundamento da resolução consiste na **reciprocidade** entre as prestações, que devem conservar-se durante a execução. Não tem a obrigação de cumprir quem não pode obter da parte contrária a satisfação daquele interesse que o impeliu a contratar, e que está protegido por lei.

DIEGO ESPIN CANOVAS, Catedrático de Direito Civil da Universidade de Salamanca, consagra 18 páginas (274-292) do vol. 26-27 da “Revista del Instituto de Derecho Comparado”, 1966, Barcelona, ao tema: “La sanción por la inejecución contractual”, que inicia com as seguintes palavras:

“El cumplimiento de las obligaciones contractuales no puede quedar a merced de la voluntad de las partes, que por virtud del contrato quedaron vinculadas; el Código civil expresa de modo terminante esta vinculatoriedad al disponer que ‘las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos’ ” (art. 1091).

Aplauda a orientação do Tribunal Supremo, que exige que a vontade seja “deliberadamente rebelde” à execução voluntária, entendendo que semelhante interpretação jurisprudencial está de acordo com a trajetória histórica que concebeu a resolução como um recurso em favor do que cumpria, para liberá-lo do contrato, quando a outra parte não estava disposta a satisfazer, mas esta sanção – adita – requer uma situação de gravidade, de importância.

Separa por sua vez o Catedrático da Universidade de Direito de Minas Gerais, JOSÉ DO VALLE FERREIRA, Resolução dos Contratos, Revista dos Tribunais, vol. 403, 1969, p. 2-21, do art. 1092 e parágrafo do Código Civil,

“três normas muito claras e do maior alcance: a) exceção de

não cumprimento; b) garantia de execução; finalmente, c) resolução do negócio. Em outras palavras: quando o contrato se qualifica na classe dos bilaterais, logo aparece a possibilidade de ser modificada a **técnica jurídica da execução.**”

Acentua que o velho brocardo: “inadimplenti non est adimplendum” é uma exceção que compreende duas modalidades: “exceptio non adimpleti contractus”, para o caso de inadimplemento total quando já se iniciou a execução mas o cumprimento foi mau, e consigna:

“A parte lesada pela impontualidade de outra tem a faculdade de optar entre a execução da obrigação e a dissolução do contrato...”

Disserta a respeito do adágio “frangenti fidem non est fides servanda”, construção dos canonistas recebida por DOMAT e parcialmente por POTHIER, e critica a expressão imprópria empregada pelo parágrafo único do art. 1092, falando em **rescisão**, quando, com certeza, tratava de **resolução** do contrato.

Passa em resenha, a p. 16, os diversos processos técnicos, imaginados no propósito de resguardar a boa-fé e garantir uma situação de igualdade, **para que um dos contraentes não tire vantagens sem executar o que prometeu em troca**, e chega ao ponto que interessa:

“A relação mútua de dependência é a idéia fundamental que necessariamente vai orientar o intérprete, pois na estrutura dos contratos bilaterais não devemos ver apenas obrigações que se acompanham.

Antes, elas se apresentam condicionadas, numa situação de correlatividade, bastante para incluir o sentido econômico da equivalência. Esta correlação é irrecusável no momento de se formar a convenção.

Não basta, é evidente, a existência originária de semelhante nexos entre as duas obrigações; se o direito protege a relação que se forma, deve manter a mesma posição até que tudo se liquide. Isto quer dizer que a **interdependência genética** implica necessariamente numa **interdependência funcional**, como costumam dizer os italianos e foi bem fixado na lição de MOSCO (La Rioluzione del Contratto per Inadempimento, pág. 12 e segs.). Vem daí o interesse em defender aquela conexão entre prestação e contraprestação, isto é: o “sinallagma dell’onerosità”, no dizer de MARIO SIMONE (Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, vol. II, pág. 48, nº 10). Desse modo e só assim, a atribuição é correlativa. Então, pode-se concluir, a obediência aos requisitos necessários à formação do contrato terá assegurado uma posição inicial de equilíbrio; na fase executiva, é lógico que deve permanecer a mesma simetria, com a facul-

dade de resolução, reservada a uma das partes contra a impontualidade da outra.”

Ora, é claro que o objetivo de qualquer compromisso é o seu exato cumprimento. Nenhum contratante bem intencionado contrataria se pudesse prever que as cláusulas avançadas não seriam exatamente cumpridas, ou se imaginasse a possibilidade de ocorrências que viessem retirar ao mesmo a sua finalidade.

Nestas condições, não tendo a União Brasileira de Vídeo efetuado a reposição dos filmes não etiquetados que foram retirados da circulação, compromisso básico do Protocolo de Intenções a que alude o quesito, não tem a menor condição de exigir o cumprimento da retirada dos restantes videocassetes em uso há muitos anos, tanto mais que nem sequer comprovou a titularidade e a representação de grande número deles.

Pior do que isso: semelhante comportamento implica na resolução, ou melhor, na quebra do contrato, dando ampla liberdade aos videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores de obras cinematográficas protegidas, em forma de videocassetes, de se colocarem na posição em que se encontravam antes de aporem sua assinatura no mesmo. Nas palavras de FRANCESCO MESSINO, *Dottrina Generale del Contratto*, Milão, Giuffré, 1952, p. 471:

“As circunstâncias, os fatos e os comportamentos que dão lugar à resolução são tomados em consideração pela lei, porque alteram as relações entre os contraentes, como é óbvio, inicialmente constituídas, ou perturbam o normal desenvolvimento (execução) do contrato, de modo que este não pode continuar vinculando as partes na forma originária porquanto veio a modificar-se ou – mesmo – veio a faltar aquela composição de interesses de que o mencionado contrato constituía a expressão.

Justamente por isso a resolução põe fim ao contrato. Mas ela importa implicitamente em pôr fim **também** à relação obrigatória gerada pelo contrato. Somente que a resolução costuma ser referida logicamente ao contrato, ou porque o contrato ainda não foi executado ou porque ele é de execução continuada.”

Nem caberia ser diferente, pois, se o Código todo se desvela em elaborar regras cuidadosas e minuciosas no que diz respeito à formação e às formalidades inerentes ao ajuste, não poderia, depois de firmado, abandoná-lo ao arbítrio completo de um dos contratantes.

É o que ilustra excelentemente LUIGI MOSCO: nos contratos onerosos os laços de interdependência ou causalidade se manifestam não-somente na fase **formativa**, como na **funcional**.

A tutela da interdependência das respectivas obrigações seria insuficiente se se limitasse a salvaguardar a plena reciprocidade inicial, uma vez que pode muito bem ocorrer que um contrato oneroso, estipulado em condições de livre autodeterminação por ambas as partes, não possa cumprir-se.

Demonstra que seria ilusória a proteção jurídica se se limitasse ao momento formativo, uma vez que não garantiria ou outro contratante a verdadeira realização ao dever recíproco.

Consiste o fundamento da relação – prossegue – na relação de reciprocidade entre as prestações, que deve conservar-se durante a execução. Não teria obrigação de cumprir quem não pode obter da parte contrária a satisfação daquela vantagem que a levou a contratar, e que está tutelada pela lei.

Assim como se concede ao credor uma ação para a execução coativa na satisfação do seu interesse, também, com a mesma finalidade, se lhe atribui uma ação que tende a liberá-lo do vínculo que decorre da obrigação correlativa.

A interdependência entre as prestações faz com que o proveito do credor não se limite à prestação que lhe é devida, mas se estenda também à dispensa do débito que grava sobre ele em todos os casos em que a prestação contrária, embora podendo realizar-se, não lhe ofereça qualquer utilidade. Do contrário, o interesse do credor se veria frustrado, conseguindo apenas uma prestação inútil, em correspondência à utilidade que prestou.

VALLE FERREIRA também acentua que ao disciplinar, em regime especial, com regras específicas, os negócios bilaterais, deixou claro o Código Civil que o vínculo de correlação entre as obrigações, manifestado na fase **formativa**, deve prolongar-se até o instante da **execução**, pois o contrato bilateral, por definição e por natureza, sugere idéia de uma relação mútua entre as duas obrigações principais.

“Nesta conformidade, dependendo as obrigações umas das outras, quer quanto à existência, quer quanto à execução, é evidente que uma correspondência entre as **duas obrigações** deve levar a uma correlação necessária entre as **duas prestações**, circunstâncias que não passou despercebida ao velho PLANIOL (*Traité Élémentaire*, vol. II, nº 1309), nem à fina observação de MESSINEO (*Dottrina Generale del Contratto*, Cap. VIII, nº 2).”

Assinala que feito que seja o contrato, já na qualidade de lei entre as partes, só pode ser modificado ou revogado se ocorrer novo consentimento, e lembra que quando as obrigações são recíprocas e conexas, a lei altera os princípios de direito comum, para admitir um processo singular e subsidiário, em benefício do credor prejudicado.

A resposta ao quesito só podia ser, portanto, terminantemente negativa.

10. A DISTRIBUIÇÃO E LOCAÇÃO DE VIDEOCASSETES NÃO SÃO “CRIMES” CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

QUESITO nº 3. “Caso venha a UBV tomar providências de natureza civil ou mesmo penal contra os videoclubes, os distribuidores, locadores e revendedores de obras cinematográficas sob a forma de videocassetes, que providências legais poderiam estes tomar?”

Para bem situarmos o problema, vejamos antes de mais nada como se enquadram atualmente, do ponto de vista legal, os locadores ou clubes de videocassetes, já existentes em considerável número no mundo inteiro.

. No Brasil, apenas a consulente reúne 240 associados, englobando 153 mil fitas. Seu potencial humano é revelado pelo cálculo de cada loja contar com uma média de três empregados, fato bem expressivo para demonstrar que o problema não é exclusivamente jurídico, mas também social, aspecto que não pode ser menosprezado, uma vez que essas entidades desenvolvem uma atividade que não é ilícita por sua natureza.

Aplicada com rigor a Resolução nº 97, de CONCINE – observa ADELINO DOS SANTOS ABREU, A regulamentação da videocomunicação, Guia do Vídeo no Brasil, S. Paulo, Olhar Eletrônico Produções Ltda., sem data indicada mas lançado em setembro de 1984 – terminaria com mais de 10 mil empregos diretos, 60 mil clientes, responsáveis por uma retirada de 800 mil fitas por mês.

No âmbito civil, a aquisição do original de uma obra ou de exemplar, instrumento, veículo ou material de utilização – dispõe o art. 38 da Lei nº 5.988, de 14.12.1973, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, ou titular.

A violação do dispositivo dará margem a medidas de busca e apreensão e a pedidos de indenização por perdas e danos, devido ao uso público não autorizado.

São os contornos criminais os que mais preocupam, à vista do disposto no art. 184 do Código Penal.

Sua redação foi alterada pela Lei nº 6.895, de 17.12.1980, mantendo a detenção de três meses a um ano, mas elevando a alternativa da multa, que era de hum cruzado a cinco cruzados novos, para dois cruzados a dez cruzados novos.

A inovação mais relevante decorre todavia do acréscimo dos:

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

Pena – reclusão de um a quatro anos e multa de NCz\$ 10,00 a NCz\$ 50,00.

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

No caso dos clubes de videocassetes, quem incorrerá especificamente nesses dispositivos?

Divergimos de J. PEREIRA, Videocassetes e Direitos Autorais, o Estado de S. Paulo de 28.02.1982 que sustenta serem os diretores, associados e demais envolvidos, por entendermos que a matéria não pode ser considerada assim globalmente, sendo necessário estabelecer algumas distinções.

Assim, em primeiro lugar, enquanto se limitarem tais diretores a receber, seja de quem for, os videocassetes licitamente gravados, pagando, como se propõem, os direitos acaso devidos a quem provar que é deles titular, não incorrerão nos dispositivos, pois não estarão “reproduzindo por qualquer meio, no todo ou em parte, para fins de comércio, etc.”

Também não poderão ser por eles alcançados desde que não os estejam vendendo ou expondo à venda, etc., por não se poder aplicar à **locação**, que é a hipótese que estamos considerando, dispositivo de ordem penal relativo à **reprodução** para fins de comércio, indicando claramente venda, inaplicável como é a analogia aos dispositivos de natureza criminal.

Muito menos nelas incorrerão as associações, quando não visem “fim de comércio”.

Ainda que nessas expressões se pretendesse vislumbrar a possibilidade de inculcar a locação, sempre permaneceria no espírito do julgador uma dúvida que fatalmente o levaria à absolvição, por não corresponder a hipótese ao figurino traçado pela lei penal, em obediência ao brocardo in dubio pro reo.

Apenas na eventualidade dos diretores, e, aí sim, dos associados, recebendo os videocassetes em locação, se porém a reproduzirá-los, e, ainda assim, não para uso seu particular, ou dentro do âmbito da sua família, mas, como exige a redação do aludido § 1º, para fins de comércio, sem autorização do titular do direito, é que lhes será aplicável o dispositivo.

Nestas condições, reconhece o art. 26 da Lei nº 5.988, caber' exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra cinematográfica, mas ele só poderá impedir a utilização da película após obter sentença judicial passada em julgado.

O "Protocolo de Intenções", – percebe-se claramente – já obtém, independentemente de qualquer processo ou julgamento, a antecipação de uma sentença condenatória que absolutamente não pode abranger, como já ficou demonstrado, todas as hipóteses de aproveitamento de obras cinematográficas.

Na própria reunião promovida pela União Brasileira de Vídeo aos 29.07.1983, ficou evidenciado que, como reconheceu o próprio Dr. Henrique Gandelman, patrono da mesma, sendo ela composta de membros nacionais e estrangeiros, "apenas subsistirá como uma entidade informal, desde que, de acordo com os arts. 103 e 104 da Lei nº 5.988, os titulares de "copyright" estrangeiros não podem ser membros efetivos de associações para a defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, nem para cobrança dos mesmos.

Além disto, existem muitas restrições severas referentes a estas associações, inclusive sua aprovação prévia pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a fim de tornar legal a sua constituição como entidade de titulares de "copyright."

Ora, pessoa jurídica de existência "apenas informal" não passa de uma sociedade de fato, sem poder de agir contra terceiros.

Como o art. 30 da Lei nº 5.988 coloca na dependência de permissão do autor toda forma de utilização de sua obra, inclusive sua comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, entre as quais a videofonografia, prevendo o parágrafo único, que ainda quando essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais do autor – é bem de ver que, sem embargo das modificações introduzidas no mencionado dispositivo legal, não serão os locatários, mas os diretores e administrados desses clubes que estarão violando esses dispositivos, pois a eles é que cabe a iniciativa de solicitar e obter a permissão.

Qual seria a solução do problema?

Uma contribuição de grande valor, que a tanatologia nos deu, foi a noção de que a morte não é um fenômeno instantâneo, mas antes um processo que se alonga no tempo.

Já D'Halluin em 1905⁽²⁾ afirmava que a morte processa-se por etapas.

A vida representa a perfeita interligação dos fenômenos biológicos. Com a morte desorganiza-se esta interligação, mas o fluxo dos fenômenos biológicos não cessa instantaneamente, qual fluxo elétrico ao acionarmos o comutador, antes prolonga-se no tempo, com durações variáveis, até atingir sua cessação irreversível.

Não cabe, quando se consegue a reativação do coração e da circulação, falar em ressuscitamento. Ressuscitar exige morte anterior e a morte é intrinsecamente irreversível. O paciente, se é potencialmente "ressuscitável", não morreu: encontra-se numa fase pré-mortal, numa fase de transição, a que D'Halluin⁽³⁾ denominou de fase de morte relativa e Oliveria Sá⁽⁴⁾ de vida relativa.

A existência da fase da morte relativa, que pode não existir, só é provada nos casos de êxito na recuperação das funções vitais. Trata-se de conceito meramente empírico, cujas características íntimas desconhecemos. Nem ao menos conhecemos seu tempo de duração, pois as recuperações obtidas variam muito no tempo, encontrando-se citações na literatura que falam em até 140 minutos, embora, comodamente, seja fixada em 10 minutos.

Se ao suspendermos os meios artificiais de manutenção das funções vitais básicas, as mesmas não continuam espontaneamente, podemos afirmar que a fase da morte relativa foi superada. Neste sentido manifestaram-se recentes encíclicas papais.

Frache⁽⁵⁾ é da opinião que a morte histológica é mais o resultado de catabólitos que não se vão, do que de anabólitos que não chegam: logo a superação da fase da morte relativa acontece quando a intoxicação catabólica torna-se irreversível.

Não resta dúvida que são as condições cerebrais como um todo as que comandam o término da morte relativa.

Autores soviéticos, como Shuster⁽⁶⁾, Gaevskaya⁽⁷⁾ e Petrov⁽⁸⁾ mostraram a existência de alterações bioquímicas cerebrais na morte relativa, as quais, ao ultrapassar certos limites, definiam o fim da morte relativa, perdendo o cérebro a capacidade de responder às manobras reviviscentes, com o que se alcança o início da próxima fase, a da morte intermédia, caracterizada pela irreversibili-

dade do processo, com permanência de vida residual em nível meramente histológico e citológico.

O fato dos fenômenos de vida residual terem durações desiguais, isto é, uns acabaram antes dos outros, faz com que coexista no mesmo cadáver áreas com morte intermédia e áreas com morte definitiva, como já tinha assinalado Lacassagne⁽⁹⁾ ao afirmar que “o corpo não morre todo ao mesmo tempo”.

Com o fim da fase da morte intermédia instala-se a morte absoluta.

Embora a morte seja um processo que se prolonga no tempo, para fins práticos, é preciso atribuir-lhe um momento, fixar-lhe uma data, torná-la cronologicamente útil, pois o Direito, ao considerar o momento da morte como o momento em que finda a personalidade jurídica, o momento em que se extinguem direitos e obrigações, que o corpo adquire o estado de cadáver, obriga à Medicina Legal a localizar um momento, dentro do processo mortal, ao qual possamos nos referir como “momento da morte”.

A dificuldade é enorme, pois o médico deve identificar o conceito jurídico de morte (instantâneo) ao conceito biológico de morte (processo temporal).

O que interessa, do ponto de vista jurídico, é a fixação da extinção da personalidade jurídica e cabe ao médico determinar o momento em que isto ocorre, fazendo-o, habitualmente, ao datar o atestado de óbito.

Não temos dúvida que a equivalência entre os dois conceitos de morte, o jurídico e o biológico, ocorre no momento da transição entre a fase de morte relativa, potencialmente reversível e a fase de morte intermédia, irreversível, embora haja vozes autorizadas, como as de De Vincentiis e de Cuttica⁽¹⁰⁾ que neguem isto. Delas somos obrigados a discordar, pois se a morte jurídica acontecesse durante a fase da morte relativa e após a decretação jurídica da morte houvesse uma revivescência, seria necessário admitir que, tendo se extinguido a personalidade jurídica com a decretação da morte, a revivescência física criaria o paradoxo de exigir nova personalidade jurídica, com as terríveis implicações legais que isto acarretaria. Para evitá-lo, a morte jurídica deve ser fixada no momento em que o processo mortal torna-se certamente irreversível, isto é, no fim da morte relativa.

A própria etimologia da palavra cadáver nos ajuda nesta empreitada. O vocábulo cadáver origina-se de “cado” que significa cair, sumir, e daí o termo cadáver significando o sumir da vida.

A conceituação jurídica da morte ou morte clínica, como é mais frequente chamá-la, implica que o indivíduo (sujeito de direitos e obrigações) deixe de

h. representar os seus associados, na defesa e cobrança dos seus direitos autorais e conexos, patrimoniais e morais, para isso praticando os atos que se fizerem necessários, judicial e extrajudicialmente.”

Se não for alcançado um entendimento nessa base, para evitar surpresas desagradáveis, deverão os videoclubes, os distribuidores, locadores e vendedores de obras cinematográficas depositar em Juízo, até que a matéria seja definida por meio de lei ou por decisão judicial, a importância correspondente à parcela cobrada a título de direitos autorais nos filmes cinematográficos, calculada não evidentemente sobre o preço de entrada, que, no caso, não existe, mas sobre a mensalidade ou calculando-se a proporcionalidade, sendo outra a forma de remuneração.

É claro que, com isso, terão os videoclubes, distribuidores, locadores e revendedores de obras cinematográficas sob a forma de videocassete resolvido o seu problema. O mesmo não ocorrerá com as empresas cinematográficas, que enfrentarão a esfinge de quem, a que título, em que proporção e com que provas irá levantar as quantias depositadas.

Quanto ao mais, outras providências não poderão tomar aqueles senão apresentar, tanto no âmbito penal, quanto no civil, suas defesas e contestações, mostrando a inviabilidade do “Protocolo de (más) Intenções” e a impossibilidade em que se encontram de cumprir um diploma legal “in fieri”, ainda inexistente, mesmo na maioria dos países mais adiantados nesta matéria.

São Paulo, 9 de outubro de 1986.

Autópsias Inconclusivas

Odon Ramos Maranhão^()
José Maria Marlet^(**)*

RESUMO: Os AA conceituam o fenômeno da morte, quer do ponto de vista médico, quer do jurídico. Mostram que o primeiro é um fenômeno que se prolonga no tempo, no qual é possível distinguir fases ou etapas, enquanto que o segundo é um fenômeno instantâneo. Enfatizam onde é que se dá a coincidência entre os conceitos médico (temporal) e jurídico (instantâneo). Mostram que algumas necropsias apresentam resultados peremptórios, ao passo que outras são de resultados inconclusivos. Estendem-se no estudo destas últimas.

ABSTRACT: The A. A. analyse medical and forensic conceptions of death, show differences between "lethal process" and "moment of death". They analyse the "inconclusives autopsies" and its forensic importance too.

As autópsias brancas são resultantes das chamadas, por Veiga de Carvalho⁽¹⁾, de mortes sem rastro.

As autópsias brancas devem ser estudadas dos pontos de vista médico e jurídico.

Como a conceituação jurídica de morte louva-se do conceito médico de morte, começaremos por este.

Ao tratar do conceito de morte não levaremos em conta as conceituações filosóficas ou religiosas, por mais dignas que sejam de respeito, limitando-nos às conceituações embasadas na observação científica.

(*) Professor Titular do Departamento de Medicina Forense (DMF)

(**) Professor Associado do DMF, desta Faculdade.

Considera o relatório da IFPIVIDEO que um direito de distribuição poderia vir a fortalecer o controle da locação dos videogramas, ainda que seus efeitos estejam atualmente limitados (com exceção dos países nórdicos). Nestes, o direito de distribuição subsiste mesmo depois que o videograma tenha sido vendido ou alugado, tendo portanto o produtor o direito de controlar não-somente a locação e o empréstimo das cópias após sua venda, mas também sua venda ulterior.

Um direito privado específico relativo à locação poderia fundar-se sobre este precedente, e daria o direito de impedir ou de obter retribuições sobre a locação ou o empréstimo dos videogramas depois que tenham sido vendidos sem procurar todavia controlar as vendas ulteriores.

É difícil no momento – prossegue – prever se, a comercialização dos videogramas se fará, no futuro, através da locação ou da venda.

A locação de videocassetes já representa um volume de negócios considerável. Com decorrência da incompatibilidade presente dos sistemas, e ainda, do progresso constante das técnicas, o equipamento e os suportes materiais em sua forma atual riscam muito de caírem em desuso a breve prazo, estado de coisas portanto que leva o público antes alugar do que a comprar.

O sistema de locações de videogramas destinado ao uso privado desenvolveu-se a tal ponto que, a despeito dos problemas que ele apresenta, é necessário considerá-lo como um meio suplementar e natural de aproveitamento dos suportes audiovisuais para uso privado.

Aponta, todavia, as razões pelas quais durante alguns anos este sistema poderia bem constituir o método principal de aproveitamento:

a. Em um grande número de casos, os suportes audiovisuais para uso privado são produtos que o consumidor não deseja ver senão uma só vez, ou que não suportam a repetição freqüente, contrariamente ao que ocorre com os produtos sonoros.

b. Os suportes audiovisuais para uso privado permanecem bastante custosos. Embora esteja prevista uma baixa, se um consumidor tem a possibilidade de alugar um cassete ou um vídeo por preço bem inferior, é provável que se interesse muito mais pelo vídeo, e, de maneira particular, pelos programas que desejaria ver uma vez, mas pelos quais ele não pode ou não quer gastar a alta quantia necessária para a compra de uma cópia.

c. O produto (cassetes e discos vídeo) é em geral apto a resistir à manipulação pelo público que o aluga (embora pesquisas sejam necessárias para po-

der indicar o número de vezes que um cassete pode ser utilizado; as estimativas variam atualmente entre 20 e 2.000 vezes).

No que diz respeito à utilização dos direitos de autores e conexos devidos pelos exibidores cinematográficos pela execução pública de obras musicais e lítero-musicais, de fonogramas, interpretações e execuções incluídas nas película, a autorização cabe ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, que poderá realizar o recebimento diretamente ou mediante convênio com a entidade interessada, e que arrecadará dos exibidores cinematográficos os direitos autorais devidos desde 01.01.1982, nos termos do despacho do Colegiado na 93ª Reunião Ordinária, de 10.02.1982.

Embora a decisão inclua os direitos não musicais, deliberação ulterior os exclue do âmbito do ECAD.

A Tabela única elaborada pelo ECAD foi homologada pelo CNDA pela Resolução nº 25, de 11.03.1981, publicada no DOU de 19.10.1981 (Código 30).

Com isso teremos no entanto encontrado solução apenas parcial para o problema, pois escapam à competência do ECAD parcelas que cabem ao autor do roteiro original, ou adaptado, ao eventual adaptador, ao realizador do filme, aos artistas, etc.

O melhor critério, no que diz respeito aos cinemas, continua sendo o de uma percentagem sobre o valor de ingresso.

Como, na hipótese em estudo, não se cogita de entrada, será o de uma percentagem sobre o valor pago mensalmente pelos sócios ou assinantes de videoclubes ou retribuição dos locadores, na proporção fixada na Tabela Única, e se não for prevista, na mesma proporção do que for cobrado em favor dos artistas intérpretes e executantes.

Não tendo o ECAD competência para efetuar esse último recebimento, cabe uma consulta à Associação Brasileira de Produtores Cinematográficos, que alterou seus Estatutos por decisão em Assembléia Geral de 01.10.1981, para incluir entre seus objetivos, art. 2º:

“g. administrar e distribuir os direitos autorais e conexos de que sejam titulares os seus associados e representantes (sic) decorrentes da exibição pública de filmes cinematográficos, da sua radiodifusão e da sua reprodução em videocassetes, videodiscos e outros sistemas de divulgação existentes ou que virem a ser criados, observadas as disposições legais e regulamentares referentes à arrecadação e distribuição, criadas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

existir como unidade social, pouco importando que em seu corpo continuem existindo formas residuais de vida.

Acreditamos, portanto, que a morte jurídica, isto é, a extinção da personalidade jurídica, deve coincidir com o término da morte relativa, pois se é biologicamente defensável condicionar o conceito de morte à extinção total de qualquer forma de vida, isto é juridicamente infrutífero.

Na necrópsia é possível recolher dados positivos, que conduzam a um determinado diagnóstico. Como também é possível que a mesma não forneça nenhuma informação capaz de auxiliar na determinação da “causa mortis”. Entre estes dois extremos existe toda uma graduação de autópsias mais ou menos elucidativas.

Ao lado das autópsias de resultados peremptórios, irrefutáveis, evidentes – como seria o exame necroscópico de um cadáver atingido por projétil de arma de fogo, transfixando o cérebro – existem autópsias que revelam achados compatíveis com a suspeita da causa da morte, mas que não a confirmam com absoluta certeza, por tratar-se de sinais encontráveis em diversas situações, algumas, inclusive, compatíveis com a vida – é o caso, por exemplo, do edema cerebral encontrado em caso de suspeita de homicídio por sufocação com travesseiro, mas que pode ser encontrado em numerosas patologias – neste caso, o diagnóstico da causa da morte é apenas probabilístico, como afirma, com razão, Borri⁽¹¹⁾. São autópsias meramente sugestivas, de grande valor, porém, quando associadas suas conclusões e outras informações circunstanciais. Outras autópsias, finalmente, apresentam sinais indiferentes, compatíveis com qualquer diagnóstico da “causa mortis”, não permitindo qualquer afirmação ou informação, nem com caráter probabilístico.

Por fim, no rol dos achados necroscópicos positivos, devem ser arrolados os sinais de todo inexplicáveis, incapazes de permitir qualquer conclusão lógica ou probabilística. Borri⁽¹¹⁾ lembra, a este respeito, o caso de duas irmãs mortas simultaneamente e em cujos estômagos foram encontrados sufusões hemorrágicas, cuja etiologia mostrou-se, apesar de exaustivamente pesquisada pelo ilustre professor italiano, totalmente inexplicável.

Chegamos, assim, às necrópsias que, ao termo de sua execução, nenhuma informação fornecem ao médico legista. Sua aceitação nem sempre é remançosa no mundo jurídico.

Estas autópsias, comumente chamadas de autópsias brancas, são conhecidas há muito tempo. Casper⁽¹²⁾, há mais de 120 anos, escrevia que são comuns os exames cadavéricos que não mostram absolutamente nada de anormal e que estes casos costumam apresentar-se quando a violência exógena, desencadeado-

ra do processo letal, produz uma doença que permite a sobrevivência pelo tempo necessário ao desaparecimento dos sinais da mesma.

Entre nós, a problemática oriunda das autópsias brancas já era tratada por Amâncio de Carvalho⁽¹³⁾ na virada do século e não devem ser tampouco esquecidas as lições que, a este respeito, nos deixaram mestres do estofa de Souza Lima⁽¹⁴⁾ e Flamínio Fávero⁽¹⁵⁾.

Este fenômeno que, como já assinalamos, foi descrito de longa data, não tem sido anulado pelo incontestável progresso científico e técnico hodierno. Informações orais colhidas no Serviço de Necropsia Forense do Instituto Médicos a impor, a todos nós, como bem o diz Veiga de Carvalho⁽¹⁾, por mais cientistas e conscientes peritos que sejamos, para bem servir à Justiça, a dizer-lhe: não sei.

Chegamos, assim, diante da impossibilidade de as negar, a reconhecer que há necrópsias, por mais minuciosas, pertinazes e cuidadosas que tenham sido, que resultam em total negatividade quanto à causalidade do êxito letal, de maneira a definí-las como sendo as resultantes de mortes cujo processo se desenvolveu e se ultimou sem que dele resultassem vestígios apreciáveis no exame tanatológico.

A negatividade dos exames necroscópicos “per se” pode ocorrer tanto na própria necropsia, quanto aos comemorativos ou aos exames complementares.

Mas não é só: afora esta negatividade intrínseca, há, ainda, a possibilidade de um exame necroscópico se apresentar negativo “per accidens”, porque é verdadeiramente um acidente nas pesquisas periciais o fato de nos defrontarmos com a destruição do cadáver, quer total, quer parcial. A mesma pode ocorrer por duas vias diferentes: ou pela instalação de fenômenos transformativos postmortais ou pela ação de agentes que atuem sobre o cadáver, destruindo-o ou alternado-o profundamente.

Pode-se, portanto, afirmar, em decorrência do exposto, que o exame tanatológico branco acontece quando a necrópsia, os comemorativos ou os exames complementares, não permitem reconhecer o mecanismo pelo qual a morte se deu, quer seja por fatores intrínsecos, quer seja por fatores extrínsecos, como acontece, por exemplo, nos casos chamados de envenenamento sem veneno, em que o óbito demora em ocorrer, permitindo a eliminação do tóxico letal e de seus produtos de degradação, deles nada se encontrando no exame necroscópico, como acontece com alguns organoclorados e organofosforados.

Não podemos esquecer que nem sempre o perito conhece os antecedentes

do fato e nem sempre dispõe da possibilidade de executar todos os exames complementares de que venha a necessitar.

Não devem causar mal-estar íntimo estas deficiências, pois, como ensina Veiga de Carvalho⁽¹⁾, todos nós estamos jungidos às circunstâncias do lugar e da disponibilidade de recursos. É óbvio que o legista forçado a praticar, como é tão freqüente entre nós, uma autópsia no próprio cemitério, corra o risco de deixar escapar detalhes que, em melhores condições de trabalho, teria observado e que podem ser vitais para o correto esclarecimento da “causa mortis”. O criticável é: podendo ou sabendo, não fazer ou negligenciar.

Visto o aspecto médico, passemos à conceituação jurídica. As autópsias brancas não permitem que se faça o diagnóstico da causa jurídica de morte, isto é, não permitem que se afirme se a morte foi devida a homicídio, a suicídio ou a acidente ou se se tratou de morte natural.

Não resta dúvida que, sendo o diagnóstico médico de “causa mortis” o alicerce do diagnóstico jurídico, as necrópsias brancas, do ponto de vista médico, também o são, na maioria dos casos, para o jurista, pois que, em matéria de apreciação legal de morte de alguém, de importância fundamental reveste-se o exame do corpo de delito, o qual, sendo negativo, torna todas as demais indagações difíceis. É bem de se ver que o dito estende-se tanto à própria autópsia, quanto aos comemorativos ou aos exames complementares.

Por outro lado, casos há em que, conhecida a causa médica da morte, nada pode o perito afirmar, nem em caráter probabilístico, quanto à causa jurídica da mesma, pois nem sempre se poderá afirmar, só pelo exame do cadáver, que se está frente a um homicídio, um suicídio ou um acidente – é o que, por exemplo, ocorre nos envenenamentos sem sinais de violência: a vítima tomou o veneno por acidente ou por engano? ou quis se suicidar? Ou lhe foi administrado incidiosamente com fins homicidas?

A complicar as coisas milita o fato de que, entre nós, o exame tanatológico nem sempre é feito nos melhores moldes técnicos, não oferecendo, destartes, suas melhores informações, nem para a ciência médica, nem para o serviço da Justiça.

Em apoio do que foi dito, basta lembrar Fisher e Petty⁽¹⁶⁾, quando afirmam, com razão, que todo exame necroscópico deve ser seguido de estudo anatomopatológico, pois este pode evidenciar detalhes, às vezes muito importantes, que escapam ao exame macroscópico, além do fato de que o exame anatomopatológico pode ser guardado, constituindo prova “ad perpetuum rei memoriam”, podendo, a qualquer momento dirimir dúvidas e esclarecer detalhes, como, por exemplo, provar quais as lesões que foram produzidas “in vitam” ou “post mortem”

O médico legista, face a uma autópsia branca, não tem outra conduta se não a de reconhecer que de seu exame não resultou o acerto de causa da morte. Entretanto, esta solução, a única verdadeiramente científica e ética, não costuma ser bem recebida pela Justiça, que com ela sente-se desapontada, além da própria legislação específica, que exige a determinação da causa da morte, o que leva os peritos menos esclarecidos, menos conscientes de suas obrigações ou mais pusilânimes, a darem respostas, como bem destaca Oscar Freire, ambíguas ou inexatas, cientificamente inaceitáveis, como seja, por exemplo, afirmar que a morte ocorreu por síncope cardíaca, pois esta expressão não traduz nenhuma situação causal, cientificamente aceita, de êxito letal.

A lei, uma vez promulgada, deve ser obedecida e se existem situações de fato de que a lei não previu, mas que deveria ter previsto, como é o caso de não se poder determinar com certeza a “causa mortis”, devemos esperar do legislador a modificação do texto legal da maneira a adaptá-lo à realidade vigente, evitando-se, para o bem da Justiça, sejam os peritos legistas obrigados a recorrer a subterfúgios e inexatidões.

BIBLIOGRAFIA

- 1 – Veiga de Carvalho, H. – **Das mortes sem rastro**. Tese de cátedra. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1941.
- 2 – D’Halluin, M. – Les étapes de la mort. **C.R. Soc. Bio.**, 57: 370, 1905.
- 3 – D’Halluin, M. – Quand Mourons nous? – **Ann. Méd. Lég.**, 32: 53, 1942.
- 4 – Oliveira Sá, F.M. – **Cronotanagnose. Contribuição para seu estudo médico legal**. Tese de doutoramento. Faculdade de Medicina de Coimbra, 1966.
- 5 – Frache, G. – Tanatologia forense. Nuove acquisizioni e modern orientamenti. **Mi-nerva Medicol**, 77: 25, 1953.
- 6 – Shuster, M.I. – Creatine-phosphoric acid content in the brain in dying and consecutive resuscitation. **Arkiv. Patology**, 15 (2): 55, Moscou, 1953.
- 7 – Gaevkaya, M.S. – Sugar and lactic acid of the brain tissue in extinction and restoration of vital function of the organism. – **Arkiv. Patology**, 13 (3): 34, Moscou, 1951.
- 8 – Petrov, I.r. et alii – Comparative characteristics of functional variation and of some data on carbohydrate-phosphorus metabolism of brain tissue under terminal conditions, during clinical death and on resuscitation of experimental animals. **Fizol. Zhur. S.S.S.R.**, 43: 107, 1957.
- 9 – Lacassagne, A. – **Précis de Médecine Légale**. Paris, 1906.

- 10 – Vincentiis, G.D. & Cuttica, f. – La destinazione e i trattamenti del cadavere consentiti dalla leggi vigenti. **Zacchia**, **18** (separata), 1955.
- 11 – Borri, L. et alii – **Trattato di Medicina Legale**. Milano, 1926.
- 12 – Casper, J.L. – **Traité pratique de médecine légale**. Paris, 1862.
- 13 – Carvalho, A. de – A morte súbita. **Rev. Fac. Dir.**, **10**: 8, São Paulo, 1902.
- 14 – Souza Lima, A.J. – **Tratado de Medicina Legal**. 5ª ed., Rio, 1933.
- 15 – Fávero, F. – Contribuição ao estudo da cronotanatognose. **An. Paul. Medicina**, **3**: 4, 1921.
- 16 – Fisher, R.S. & Petty, C.S. – **A handbook for pathologist**. Normal Institute of Law Enforcement and Criminal Justice Law Enforcement Assistance Administration. U.S. Department of Justice. Washington, 1977.

Cônsules Honorários

Paulo Borba Casella

doutor em direito (USP), d'ess em direito do comércio internacional (Univ. de Paris X), assistente do Depto. de Direito Internacional (FADUSP)

RESUMO: A instituição consular mostra sua vitalidade pela permanência, não obstante as mudanças ocorridas ao longo do tempo. A crescente profissionalização levou à preponderância dos cônsules de carreira, mas é o cônsul honorário que se conservam os traços originais: o cidadão de prestígio, cuja atuação visa a proteção dos interesses e direitos dos seus nacionais.

RESUMÉ: L'institution consulaire nous montre sa vitalité par sa permanence, en dépit des changements au long du temps. La professionnalisation qui s'accroît a abouti à la prépondérance des consuls de carrière, mais c'est le consul honoraire qui conserve le mieux les traits originaux: le citoyen de prestige, dont l'actuation a pour but la protection des intérêts et des droits de ses nationaux.

INTRODUÇÃO

A instituição consular comprova sua vitalidade ao longo da História: a estabilidade e a permanência são as notas marcantes sob as múltiplas variações que foram influenciando a forma, as características jurídicas, e o desempenho de seus protagonistas. Apesar da crescente profissionalização, que leva à preponderância, em número e em extensão, da atuação dos cônsules de carreira, ainda assim, os cônsules honorários permanecem e se renovam, em virtude das vantagens específicas que diferenciam os “consules electi” dos “consules missi”. Na figura do cônsul honorário é que se podem encontrar, em sua plena extensão, as notas marcantes da figura histórica: o homem de prestígio, que se insere com destaque em determinado grupo social, no seio do qual, a ele compete zelar pelos interesses e pela integridade do ser e do ter dos nacionais do Estado que o nomeia.

Enquanto o cônsul de carreira constitui um fenômeno posterior, que acompanha com maior ou menor proximidade a estruturação de representações

diplomáticas de caráter permanente, iniciando-se no século XV e expandindo-se ao longo do século XVII, o cônsul honorário é um fenômeno mais antigo, cujas origens podemos encontrar na antiguidade, muito embora seja até certo ponto difícil ou mesmo arriscado tentar caracterizar o estrito caráter consular dos **proxenoi** ou dos **prostatai**.

Apesar de uma estrita caracterização não ser, colocando a análise em ótica estritamente formal, configurável, já na vivência das cidades-estado da Hélade clássica, estas figuras apareciam e atuavam em moldes que caracterizam a atividade consular em todos os tempos e sob todas as suas formas.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Um **aperçu historique** representa antes de tudo um esforço de compreensão: olhando o passado, fazemos um esforço para captar o quadro que já não mais existe, mas cuja totalidade pressentimos, auxiliados pela percepção do presente e partindo de realidade e dados isolados que conhecemos, para prosseguir almejando tentativa de entendimento maior, integrando o que conhecemos, para poder perceber mudanças e permanências.

Esta necessidade de conjugar em análise dados múltiplos, que se estendem ao longo do tempo, é fundamental ao abordarmos o instituto consular. Analisando a questão, exclama o Prof. Giuseppe BISCOTTINI (**La natura giuridica della funzione consolare**):

non v'è forse campo in cui piú chiara sia la necessitá di riferirsi al passato per intendere il presente e piú palese sia il continuo divenire del diritto positivo.

Constatação que, desde logo, se nos impõe, é a da espantosa flexibilidade do instituto consular, que

costituisce un mirabile esempio di addattamento degli strumenti giuridici alle diverse concezioni politiche dello Stato,

de forma tal, que nos vemos continuamente confrontados com processo de

adeguamento dei mezzi al fine di tutelare gli interessi dei propri cittadini in territorio straniero

O instituto consular nos coloca em face de quadro variado, onde

ad un unico nome corrispondono funzioni sostanzialmente diverse, non soltanto in differenti periodi storici, ma anche nella medesima epoca in diversi ambienti.

O surgimento da instituição consular decorreu da necessidade de proteger mercadores e navegadores que se deslocavam de sua cidade natal, de seu meio social habitual, para intervir e atuar e realizar negócios em outras localidades, reguladas por ordenamento distinto.

A necessidade de proteção se deveu à situação dos estrangeiros na antiguidade, em virtude do não reconhecimento do caráter de cidadão e da falta de amparo por parte dos órgãos e autoridades locais.

Nas cidades gregas foi tomando corpo o costume de nomear um protetor, o **prostates**, que atuava na qualidade de intermediário, nas relações jurídicas e políticas entre o estrangeiro e o poder público do local onde atuava o representante.

Mais tarde surgem os **proxenoi**, escolhidos dentre os cidadãos da cidade, onde se fazia necessária a proteção, e cuja atuação era solicitada, encarregados de representar os estrangeiros em suas relações com os órgãos da cidade e da justiça local. O dever do **proxenos** consistia sobretudo em atuar, em nome do estrangeiro, perante tribunais, assembléias, agindo como testemunha na confecção de testamentos, regulamentando a sucessão de estrangeiros mortos sem deixar herdeiros, etc. (cf. Graham STUART, *Le droit et la pratique diplomatique et consulaire*, 1934, e Jaroslav ZOUREK, *Le statut et les fonctions des consuls*, 1962).

Como bem salienta o Prof. ZOUREK:

Les proxenes étaient déjà des agents officiels dont les fonctions ressemblent par plusieurs aspects à celles de nos consuls honoraires modernes.

Em Roma, em meados do terceiro século antes da era cristã, a instituição do **praetor peregrinus**, para decidir questões envolvendo estrangeiros entre si, ou estrangeiros e cidadãos romanos, foi dado que impulsionou o **jus gentium**.

Na Idade média, podemos razoavelmente invocar certa semelhança no caso dos **telonarii**. O Código visigodo, do século VII A.D., comprova a existência de jurisdição especial, para decidir a respeito de controvérsias envolvendo mercadores estrangeiros, que eram julgados por seus próprios magistrados.

O recrudescimento do comércio, em escala internacional, levou ao desenvolvimento de classe de magistrados, a quem competia julgar questões concernentes ao comércio e a navegação: os assim chamados **juizes-consules, consules mercadores, ou consules do mar**, especialmente nas cidades do mundo mediterrâneo, enquanto na Europa do Norte, nas cidades que integravam a Liga Hanseática, por seu turno, vemos surgirem as figuras dos **consules, proconsules, síndicos ou anciãos**. Nessas cidades, os cónsules eram funcionários políticos e administrativos e não juizes.

Estes cónsules são os precursores das Cortes do Almirantado, e dos tribunais comerciais de nossos tempos.

Os cónsules municipais serviram de modelo a duas outras classes de magistrados: os **cónsules do mar** e os **cónsules de além mar**. Os cónsules do mar eram juizes que atuavam a bordo dos navios, e a quem competia zelar pela manutenção da ordem durante as viagens. Também visando a proteção dos direitos dos mercadores, surgiram os cónsules de além-mar, que eram eleitos pelos membros da comunidade de mercadores de determinada cidade. Posteriormente, foi se ampliando o âmbito de atuação, e tornou-se praxe nomear tais cónsules e enviá-los ao exterior.

Com o passar do tempo, e concomitantemente com o fortalecimento do poder central dos Estados modernos, os cónsules foram sendo progressivamente destituídos de suas prerrogativas jurisdicionais. O exercício de jurisdição civil e penal passou a ser prerrogativa do Estado.

Outra limitação à atuação dos cónsules se deveu à aparição das missões diplomáticas permanentes no século XV, e sua ampliação a partir do século XVII, privando os cónsules de seu estatuto diplomático. Como frisa Jaroslav ZOUREK:

A partir de la fin du XVII eme siècle, les consuls ont pour mission de protéger les intérêts des ressortissants de l'État d'envoi dans le domaine du commerce, de l'industrie et de la navigation.

A evolução histórica mostra que, anteriormente, a proteção do comércio e da navegação constituía o elemento essencial das funções consulares, enquanto, em nossos dias, o estabelecimento de missões diplomáticas permanentes e a criação de representações comerciais, levou os consulados a concentrarem suas atividades em funções de ordem administrativa (ZOUREK).

A FUNÇÃO CONSULAR

l'istituto consolare si presenta percìò come una specie di caleidoscopio, in cui le imagini si compongo-

no e mutano nelle forme più diverse al più lieve spostamento. E, come nel caleidoscopio le figure che noi osserviamo son determinate da frammenti di diverso colore, così nella missione del console si intersecano le diverse funzioni di cui si è detto e spesso chi si accinge all'analisi resta attratto or da questa or da quella componente, ma perde di vista l'armonia della composizione. (G. BISCOTTINI)

A função consular congrega vasta gama de atividades, do conjunto das quais podemos deprender uma linha mestra: zelar pelos interesses do povo, em nome do qual ele é nomeado, no exterior, ou mais especificamente na circunscrição consular onde o cônsul exerce a sua atividade. Muito embora formalmente discutível o emprego do termo **povo** neste contexto, vale a pena insistir neste ponto, para frisar a diferença de ótica e de finalidade, que distingue o diplomata do cônsul. Enquanto o primeiro é antes de tudo um representante do Estado, cuja atividade fundamental consiste em manter relações entre o Estado que nomeia e o Estado onde atua o representante, o papel do cônsul, por seu turno, se concentra no sentido de tutelar interesses de seus concidadãos.

A atividade e o papel dos cônsules refletem a base histórica do instituto: a **função de tutela dos conacionais**, tendo para tanto gozado da prerrogativa de agir de acordo com as leis pátrias em território estrangeiro.

Atribuição principal e específica da atividade consular, é a tutela dos interesses do Estado e de seus cidadãos.

A **tutela consular** tem como características, via de regra: ser **preventiva** e estar **localizada**. Seu caráter preventivo, configurado na medida em que tende a evitar violação do direito internacional por parte do Estado no qual o cônsul exerce a sua atividade, e seu caráter localizado, decorre do fato que a ação consular, não se dirige aos órgãos que determinam a linha geral de atuação política do Estado, mas a órgãos locais, aos quais compete determinar a linha de atuação em casos específicos. O Estado, que mantém relações consulares, tem a prerrogativa, amparada pelo direito internacional, de fazer valer as pretensões dos indivíduos no terreno do direito interno. Este é aspecto fundamental da função consular, que explica a sua natureza e os seus limites, como lucidamente coloca o Prof. BISCOTTINI:

La nota saliente della funzione consolare reside in ciò: nel tutelare interessi internazionali dello stato individuando gli organi interni presso cui conviene intervenire, per ottenere che i suoi diritti siano rispettati; individuando le norme interne di cui conviene invocare l'osservanza; calibrando, cioè, le

pretese internazionali all'ordinamento interno dello Stato ospite.

A análise da natureza jurídica da função consular nos leva a constatar que o cônsul é simultaneamente um órgão das relações internacionais, e órgão da administração pública que desempenha atividade no exterior, e, tanto um como o outro aspecto da função consular têm em vista a proteção dos interesses nacionais no exterior.

E tutto questo si riporta a considerare che la ragione prima dell'istituzione dei Consolati sta nella condizione di inferiorità in cui so trova lo straniero.

uma vez que,

lo straniero appare destinato a conservare la condizione di mero suddito e solo lo Stato a cui appartiene ed alla cui vita politica egli partecipa può assicurarli la protezione di cui ha bisogno.

O CONSUL HONORÁRIO

Si le consul est un fonctionnaire de l'Etat d'envoi et fait partie des services consulaires réguliers, après avoir été préparé pour cette carrière, et s'il est en fait soumis au pouvoir disciplinaire de l'État, il s'agit d'un consul de carrière, dans les autres cas d'un consul honoraire. (Jaroslav ZOUREK)

Em vista das atribuições jurisdicionais dos cônsules, o exercício de suas atividades impunha o conhecimento do ordenamento jurídico do país ao qual pertenciam as partes litigantes, razão pela qual recaía normalmente sobre membro da corporação de mercadores e navegadores, para ser nomeado cônsul de além mar. Contudo, a possibilidade de nomear cônsul uma personagem influente da cidade sede de atuação apresentava algumas vantagens. Desta forma surgiu, no século XIII, uma nova categoria de cônsules (**consules hospites**), distinta dos outros cônsules de além mar.

No século XVIII, começa a ser utilizada a terminologia **consules missi** para designar os cônsules enviados, e **consules electi** para os cônsules eleitos no local. Mas, como frisa J. ZOUREK:

à ce moment-là, cette dénomination ne correspondait nullement à la distinction entre les

consuls de carrière et les consuls honoraires, mais désignait uniquement le mode de nomination des consuls. A cette époque, un étranger pouvait être aussi bien un **consul electus** qu'un **consul missus**. (...) Qu'ils aient appartenu à l'une ou l'autre catégorie, les consuls continuaient en règle générale à exercer le commerce ou une autre occupation lucrative.

Não obstante a evolução e a profissionalização crescente das representações, alguns Estados, ao lado de cônsules de carreira, continuam, como no passado, a nomear cônsules honorários, radicados no local da sede de atuação, e via de regra, nacionais do Estado de residência.

Ces consuls sont choisis parmi les commerçants en vue, les banquiers, les avocats et ont le plus souvent la nationalité de l'État de résidence. On les appelle consuls honoraires.

Apesar de críticas que tem recebido, e de problemas que apresenta, a instituição dos cônsules honorários continua presente e vem sendo empregada por bom número de países, muito embora se possa perceber que o seu papel é hoje mais restrito que dantes.

A vitalidade da instituição dos cônsules honorários se deve a dois motivos: inicialmente porque os consulados honorários exigem volume de despesas muito mais reduzido do que os consulados regulares, possibilitando a criação e manutenção de rede de consulados mais extensa, e, em segundo lugar, porque esta instituição permite a nomeação como cônsules de pessoas radicadas no local, com conhecimento das condições autóctones possibilidades de contato muito maiores do que um cônsul de carreira pode normalmente ter.

Não obstante o estreitamento de sua utilização ou mesmo sua abolição por parte de alguns países, especialmente os países da Europa Oriental, a instituição dos cônsules honorários continua viva e presente, e desta forma integrando o direito consular.

A instituição de cônsules honorários é estritamente facultativa, tendo portanto cada Estado total liberdade para enviar ou receber cônsules honorários.

Muito embora o direito internacional não imponha restrições à atividade dos cônsules honorários, que, em princípio, poderiam exercer toda e qualquer função consular, na prática, a atividade de um consulado honorário é frequentemente mais restrita que a de um consulado normal. É o Estado que nomeia o

cônsul honorário quem determina a extensão de suas funções. Como regra geral, os cônsules honorários não exercem funções reservadas aos funcionários do Estado acreditante, tais como funções cartorárias, administrativas e jurisdicionais.

Quanto aos privilégios e imunidade dos cônsules honorários, via de regra os consulados honorários não têm local consular reservado exclusivamente ao exercício das funções consulares, mas, apesar do local não ser utilizado exclusivamente para este fim específico, e apesar do tempo normalmente reduzido que um cônsul honorário dedica ao desempenho de suas funções consulares, os cônsules honorários são órgãos do Estado que os nomeia, e devem portanto estar respaldados pelos privilégios e imunidades indispensáveis ao exercício de suas tarefas.

Os privilégios e imunidades se dividem em dois grupos: privilégios e imunidades do consulado e privilégios e imunidades pessoais, visando garantir o eficaz desempenho das funções consulares.

No tocante aos privilégios e imunidades relativas aos locais consulares, existe consenso quanto ao direito de (a) colocar o pavilhão nacional e o escudo de armas do Estado acreditante na parte externa do edifício ou sobre a entrada dos locais onde são exercidas as funções consulares; (b) comunicação com outras autoridades do Estado acreditante, tanto no país, como no território do Estado acreditado; (c) se dirigir às autoridades do Estado acreditante; (d) exigir e receber pagamento pela prática de atos consulares; (e) imunidade fiscal. Em suma, como concentradamente expõe J. ZOUREK:

Il est également reconnu que l'État de résidence, qui a consenti à recevoir le consul honoraire, est tenu de lui accorder toutes facilités pour l'accomplissement de ses fonctions.

Existe tendência no sentido de se reconhecer a inviolabilidade do local CONSULAR dirigido por um cônsul honorário, com a condição de ser este local destinado exclusivamente ao exercício de funções consulares. Reconhece-se igualmente, o direito à isenção fiscal dos locais consulares, bem como à inviolabilidade dos arquivos, documentos e da correspondência oficial do consulado, (ficando justificada a distinção entre correspondência oficial e correspondência particular quando o cônsul honorário exercer atividade privada de caráter lucrativo).

No tocante aos privilégios e imunidades pessoais, é preciso, sempre, ter em mente, que as funções do cônsul honorário são mais limitadas que as do cônsul de carreira, e, em razão, sobretudo, do fato que os cônsules honorários quase sempre exercem profissão privada de caráter lucrativo, reconhecendo, a

prática dos Estados, privilégios e imunidades mais restritos aos cônsules honorários que aos cônsules de carreira. Não se nega, contudo, a necessidade de se reconhecer aos cônsules honorários a imunidade de jurisdição para os atos realizados no exercício de suas funções, tais como o direito de recusa de depoimento judicial com relação a fatos ligados ao exercício de suas funções, bem como a exibição de correspondência e documentos a eles relativos, a isenção alfandegária para objetos destinados a uso oficial, bem como a prerrogativa dos cônsules honorários de se comunicarem com o governo do Estado acreditando, bem como suas missões diplomáticas e consulares no Exterior.

Os cônsules honorários devem gozar dos privilégios e imunidades pessoais indispensáveis ao exercício de suas funções, entre os quais são normalmente reconhecidos os seguintes direitos: (a) proteção especial, que consiste essencialmente no dever de garantir a segurança pessoal do cônsul honorário, nos casos em que sua dignidade ou sua vida estejam sendo ameaçadas em virtude de sua posição oficial; (b) isenção de obrigações em matéria de registro de estrangeiros e autorização de residência; (c) isenção fiscal; (d) isenção de prestações pessoais.

A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1963

A Convenção de Viena sobre relações consulares, de abril de 1963 (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6/1967, ratificada a 20.04.1967, depósito de ratificação a 11.05, tendo entrado em vigor para o Brasil a 11.06.1967, promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26.06.1967, D.O. de 28.06.1967, informa o Prof. Vicente Marotta RANGEL, **Direito e relações internacionais**), se insere no âmbito da obra de codificação do direito internacional ensejada pela O.N.U., nos termos do artigo 13, I, a, da Carta da Organização, almejando “promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo internacional e a sua codificação”, foi firmada a Convenção de 1963, que constitui o documento normativo internacional mais importante na matéria.

Como acertadamente lembra o Prof. Guido SOARES:

Em muitos aspectos, os cônsules, **lato sensu**, guardam um paralelismo com os agentes diplomáticos: o caráter comum de agentes das relações exteriores do Estado, cuja função impõe ao Estado que os recebe, uma série de obrigações de respeito à pessoa e atos que praticam. A regra **ne impediatur legatio**, que traduz o princípio de base para fundamentar as imunidades diplomáticas, se expressa na regra **ne impediatur officium**, quando transposta para as relações consulares, e na sua essência, ambas expressam limites ao poder do

Estado receptor, a fim de não turbar a cooperação entre os Estados. Contudo pelo fato de as relações consulares terem conteúdo distinto das diplomáticas, os privilégios e imunidades dos representantes consulares tem uma abrangência distinta. (**Das imunidades de jurisdição e de execução**, p. 48).

A Convenção de 1963 representou uma conquista, uma realização e um progresso.

Neste fundamental documento internacional ficam claramente delimitadas regras consuetudinárias, tendo sido dada nova sistematização e coerência a um corpo mais ou menos uniforme de usos e práticas internacionais, conferindo a esse legado do passado uma precisão de conceitos e uma estruturação por tópicos e matérias, indispensáveis à estabilidade e ao desenvolvimento de relações consulares amistosas entre os países, visando “assegurar o eficaz desempenho das funções das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados”, como esclarece o Preâmbulo da Convenção.

Apesar da amplitude e do significado da Convenção de Viena sobre relações consulares, ainda assim permanecem problemas e pontos controvertidos, cuja solução se faz necessária, para que seja possível alcançar níveis mais adequados de relacionamento entre os povos. Os pontos de estrangulamento e os pontos nevrálgicos, contudo, muitas vezes não são decorrentes de limitações dos instrumentos jurídicos e institucionais, mas estão ligados a problemas de outra ordem, cujas sequelas se fazem sentir em detrimento das boas relações entre os povos.

O S.T.F. DECIDE

O Supremo Tribunal Federal, no desempenho de seu mister, vem se manifestando a respeito de questões envolvendo imunidades diplomáticas e consulares.

A Suprema Corte vem orientando suas decisões em matéria de aplicação de imunidades consulares, em se tratando de cônsules honorários em estrita conformidade com os termos da Convenção de Viena, somente reconhecendo a prerrogativa da imunidade consular, para os atos praticados no exercício das funções consulares.

Em recursos de **Habeas Corpus** (nº 49183 – São Paulo, publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 59, pp. 134 a 137), reproduzindo parecer da Procuradoria Geral da República, do qual se transcreve:

“A Convenção de Viena não confere ao funcionário consular imunidade penal, pois que em seus arts. 41, 42, 63 e 71, prevê a possibilidade de serem eles processados criminalmente, como também submetidos à prisão, em decorrência de sentença judiciária definitiva, valendo ressaltar que a tais funcionários não se estendem as imunidades diplomáticas, mesmo quando, com o consentimento do Estado receptor sejam incumbidos de praticar atos diplomáticos (ver art. 17, parte final).

Preserva tão só a Convenção de Viena, os atos pertinentes às funções consulares, ocorrendo que, se a pretexto de exercê-las, pratica o funcionário ato proibido pelas leis do Estado receptor, descaracteriza-se a função consular, não havendo como negar-se à Justiça desse Estado competência para conhecer do fato, ocorrendo a **notitia criminis**.

CONCLUSÃO

Nas mudanças através dos tempos, e na continuidade da presença da instituição consular, vemos o reflexo da necessidade de proteger os cidadãos de determinado Estado durante sua permanência ou sua atuação em outro Estado. Com este fim foram sendo organizadas modalidades de representação cuja funcionalidade foi determinando sua aplicação e sua permanência.

Apesar da organização por parte dos Estados ter tomado a vez a iniciativas de grupos de mercadores e outros profissionais, ainda assim os cônsules honorários, não obstante as mudanças pelas quais passou a instituição, presentes e atuantes no mundo de hoje, ao lado de suas funções enquanto órgãos do Estado que os nomeia, conservam sua qualidade e o prestígio de cidadãos de destaque, cuja atuação se dirige à proteção dos interesses e direitos dos nacionais do grupo em nome do qual ele atua.

A estrita definição das funções, de imunidades e privilégios, por meio de convenção internacional, não retira dos cônsules honorários a aura que eles conservam.

Direito Administrativo Ambiental

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

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

RESUMO: 1. Intersecção entre Direito Administrativo e Meio Ambiente. 2. Normas de proteção ambiental. 3. Direito Administrativo Internacional do Meio Ambiente. 4. Integração administrativa internacional.

ABSTRACT: 1. Intersection between Administrative Law and Environment. 2. Statute Law on Environmental Protection. 3. International Administrative Law on Environment. 4. International administrative integration.

RIASSUNTO: 1. Incrocio fra Diritto Amministrativo e Ambiente. 2. Regolamentazioni di protezione dell'ambiente. 3. Diritto Amministrativo Internazionale dell'Ambiente. 4. Integrazione amministrativa internazionale.

UNITERMOS: 1. Proteção ambiental. 2. Integração sistêmica da Administração. 3. Poder de polícia.

O presente estudo visa exclusivamente sintetizar alguns aspectos atinentes ao vasto tema de intersecção entre o **Direito Administrativo** e o **Meio Ambiente**.

Meio Ambiente consiste em objeto interdisciplinar, cujo tratamento subsume-se em várias disciplinas jurídicas e extrajurídicas. José Afonso da Silva considera que o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana” (**Direito Urbanístico Brasileiro**), São Paulo, 1981, RT, p. 435). Realça Massimo Severo Giannini que o meio ambiente (somente “ambiente”, em Italiano) abrange três ângulos: a) ambiente paisagístico, natural ou histórico; b) ambiente como afluxo de idéias sobre proteção do solo, do ar e de água; c) ambiente como objeto de disciplina urbanística (cf. **Ambiente e: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici**, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 2, p. 680, 1974).

Assinala-se a tendência a considerar-se o Meio Ambiente como objeto do Direito Ambiental, que seria um capítulo do Direito Urbanístico. “Enfim, para os administrativistas, as normas de Direito Urbanístico não passariam de nor-

mas administrativas, especiais ou não, mas sempre referentes ao poder de polícia” (José Afonso da Silva, **Direito Urbanístico Brasileiro**, São Paulo, 1981, RT, p. 25). O mesmo autor assinala que, “em verdade, o Direito Urbanístico, especialmente no Brasil, forma-se de um conjunto de normas que ainda pertencem a várias instituições jurídicas, parecendo mais adequado considerá-lo, em seu estágio atual, como uma **disciplina de síntese**, ou **ramo multidisciplinar do Direito**, que, aos poucos, vai configurando suas próprias instituições” (op. cit., p. 29).

Concordamos com a asserção de José Afonso da Silva sobre Direito Urbanístico, mas com a ressalva de que, a nosso ver, nesse “ramo multidisciplinar do Direito” predomina nitidamente o Direito Administrativo, inclusive o Direito Internacional Administrativo, aspecto a ser melhor explicitado em outro tópico desta síntese.

Se Direito Administrativo é o “ramo do direito público interno que regula a atividade das pessoas jurídicas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas” (José Cretella Júnior, **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed. 1986, Rio de Janeiro, Forense, p. 41) e se “Direito Urbanístico, como ciência, é o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis” (José Afonso da Silva, **Direito Urbanístico Brasileiro**, 1981, São Paulo, RT, p. 34), pode-se concluir que o **Direito Ambiental** é o ramo do Direito Público que tem por objeto sistematizar a atuação administrativa das pessoas jurídicas públicas para indução, preservação ou restauração do equilíbrio harmônico dos espaços habitáveis e dos elementos naturais, artificiais e culturais que integram a vida humana, em termos de ordem, higiene, salubridade, tranqüilidade pública e respeito à propriedade, aos direitos individuais ou coletivos e aos interesses difusos.

No Brasil, pode-se asseverar que há duas espécies de normas jurídicas a tutelarem a **proteção ambiental**: a) as que asseguram a preservação do ambiente **cultural**, compreendido como patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico; b) as que visam a proteção do ambiente **natural**, em relação ao risco de deterioração, com realce para o fator poluidor. As normas que visam preservar o ambiente **cultural** fundamentam-se no artigo 180, parágrafo único, da Constituição da República, bem como, no Estado de São Paulo, no artigo 128 da Constituição Paulista. Por outro lado, as normas que visam a proteção do ambiente **natural** fundamentam-se no artigo 8º (XVII, c) da Constituição da República, sendo certo que o parágrafo único desse dispositivo constitucional assegura aos Estados federados competência para “legislar supletivamente” sobre tal matéria, respeitada a lei federal.

Parece conveniente e oportuno, neste passo, considerar-se panoramicamente o Direito Positivo, brasileiro e paulista, atinente à **proteção ambiental**, em sentido lato.

Na área **federal** do Brasil, os diplomas legais mais relevantes sobre proteção ambiental são os seguintes: **a)** Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 – Livro II, Título IV (Código das Águas); **b)** Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (tutela do ambiente cultural); **c)** Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961 (proteção do ambiente cultural); **d)** Lei nº 4.771, de 15 de dezembro de 1965 (Código Florestal); **e)** Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Pesca); **f)** Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967 (“institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento”); **g)** Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975 (controle da poluição do meio ambiente provocado por atividades industriais); **h)** Decreto nº 76.389, de 3 de outubro de 1975 (medidas de prevenção e controle de poluição industrial); **i)** Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975 (proteção ao ambiente cultural); **j)** Decreto-lei nº 3.866, de 15 de dezembro de 1975 (complementa o Decreto-lei nº 25/37); **l)** Decreto nº 81.107, de 22 de dezembro de 1977 (elenco de atividades consideradas de alto interesse para o desenvolvimento e a segurança nacional, para os efeitos do Decreto-lei nº 1.413/75); **m)** Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980 (diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição); **n)** Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981 (criação de Estações Ecológicas, bem como de Áreas de Proteção Ambiental); **o)** **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, bem como cria o Conselho Nacional do Meio Ambiente).**

Com certeza, o diploma federal mais relevante do Brasil, no âmbito do Direito Ambiental, é a Lei federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pois estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente, cria o Conselho Nacional do Meio Ambiente e institui o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental. De acordo com este diploma legal federal, a Política Nacional do Meio Ambiente “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (art. 2º, **caput**). Para tanto, a Política Nacional do Meio Ambiente assenta-se em **dez princípios**, entre os quais se realçam os seguintes: **a)** “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”; **b)** proteção dos ecossistemas; **c)** controle e zoneamento das atividades poluidoras; **d)** desenvolvimento de tecnologias ambientais; **e)** “educação ambiental a todos os níveis do ensino”. Entre as definições constantes nesta norma federal, é mister atentarmos para as de: **a) meio ambiente:** “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”; **b) poluição:** “a degradação da qualidade ambiental resultante de ati-

vidades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota, afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente ou lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”. No artigo 6º, a Lei federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, prevê que “os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o **Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA**”: neste dispositivo legal divisa-se um exemplo concreto daquele **princípio da integração sistêmica da Administração**, que deduzimos e definimos como a necessidade de inculir-se nos entes administrativos a consecução dos fins do aparelhamento administrativo do Estado, para assegurar-se o fluxo harmônico e unidirecional das atividades administrativas públicas (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, p. 33). Entre os **instrumentos** da Política Nacional do Meio Ambiente, o artigo 9º da Lei federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, alinha os seguintes: I – o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; II – o zoneamento ambiental; III – a avaliação de impactos ambientais; IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; V – os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; VI – a criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e as de relevante interesse ecológico, pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal; VII – o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; VIII – o Cadastro Técnico Federal de Atividades e instrumentos de defesa ambiental; IX – as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental. Patenteia-se que, entre tais **instrumentos** da Política Nacional do Meio Ambiente, predominam os atinentes ao **Direito Administrativo**, sobretudo ao poder de polícia, ao Direito Administrativo Disciplinar (nesse contexto, em sentido impróprio), ao Direito Urbanístico e ao Direito Ambiental. Por fim, o artigo 18 da Lei federal nº 6.938/81 estatuiu que “são transformadas em reservas ou estações ecológicas, sob a responsabilidade da SEMA, as florestas e as demais formas de vegetação natural de preservação permanente, relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 – Código Florestal, e os pousos das aves de arribação protegidas por convênios ou tratados assinados pelo Brasil com outras nações”: trata-se de lapso em técnica de redação legislativa, pois o Brasil, Estado soberano, somente poderia subscrever convênios, acordos ou tratados com pessoas jurídicas públicas internacionais, em princípio, mormente outros Estados soberanos, **jamais** com “outras nações”, porque as Nações não dispõem de personalidade jurídica internacional, consoante o Direito Internacional Público, não podendo vincular-se por direitos e obrigações, na órbita jurídica.

Ao mencionar-se a legislação **federal** do Brasil, relativa ao meio ambiente

e ecologia, torna-se oportuna uma referência sucinta ao **jus positum** atinente à área nuclear, bem como a áreas correlatas: a) Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962 (dispõe sobre a Política Nacional de Energia Nuclear, cria a Comissão Nacional de Energia Nuclear e dá outras providências); b) Lei nº 5.740, de 1º de dezembro de 1971 (autoriza a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN – a constituir a sociedade por ações Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear – CBTN); c) Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974 (altera a Lei nº 4.118, de 27/8/62, e a Lei nº 5.740, de 01/12/71, tendo passado a CBTN a denominar-se Empresas Nucleares Brasileiras S/A - NUCLEBRÁS); d) Decreto-lei nº 537, de 17 de abril de 1969 (aprova o Acordo de Cooperação sobre a Utilização Pacífica da Energia Nuclear, assinado no Rio de Janeiro, aos 18 de dezembro de 1968, com a Índia); e) Decreto-lei nº 542, de 18 de abril de 1969 (aprova o Acordo de Cooperação sobre a Utilização de Energia Atômica para Fins Pacíficos, assinado em Madrid, aos 27 de maio de 1968, com a Espanha); f) Decreto-lei nº 1630, de 17 de julho de 1978 (concede benefícios tributários ao Programa Nuclear Brasileiro); g) Decreto nº 39.872, de 31 de agosto de 1956 (cria o Instituto de Energia Atômica, em São Paulo/SP, nos moldes do convênio firmado aos 11/1/1956 entre o Conselho Nacional de Pesquisas e a Universidade de São Paulo); h) Decreto nº 56.618, de 27 de julho de 1965 (promulga o Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Atômica, com o Paraguai); i) Decreto nº 59.251, de 20 de setembro de 1966 (promulga o Acordo de Cooperação no Campo das Utilizações Pacíficas da Energia Atômica, com a Comunidade Européia de Energia Atômica – EURATOM); j) Decreto nº 61.517, de 12 de outubro de 1967 (promulga o Acordo de Cooperação para Usos Cívicos de Energia Atômica, com os Estados Unidos da América); l) Decreto nº 62.521, de 15 de abril de 1968 (promulga o Acordo para a Cooperação na Utilização da Energia para Fins Pacíficos, com Portugal); m) Decreto nº 63.152, de 22 de agosto de 1968 (promulga o Acordo para a Utilização da Energia Atômica para Fins Pacíficos, com a Suíça); n) Decreto nº 65.160, de 15 de setembro de 1969 (promulga o Acordo Geral de Cooperação da Pesquisa Científica e do Desenvolvimento Tecnológico, firmado com a República Federal da Alemanha); o) Decreto nº 66.255, de 24 de fevereiro de 1970 (promulga o Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Atômica, com a Bolívia); p) Decreto nº 71.207, de 5 de outubro de 1972 (promulga o Acordo de Cooperação relativo aos Usos Cívicos da Energia Atômica, entre o Brasil e os Estados Unidos da América, e a emenda do Acordo, entre a Agência Internacional de Energia Atômica, o Brasil e os Estados Unidos da América, para aplicação de salvaguardas); q) Decreto nº 80.266, de 31 de agosto de 1977 (estabelece reserva de minérios nucleares, de seus concentrados ou de compostos químicos de elementos nucleares, dispõe sobre estoque de material fértil e físsil especial); r) Decreto nº 81.414, de 28 de fevereiro de 1978 (reforma do Estatuto das Empresas Nucleares Brasileiras S/A – NUCLEBRÁS); s) Decreto nº 82.079, de 3 de agosto de 1978 (promulga o Acordo sobre Cooperação no Campo de Usos Pacíficos da Energia Atômica, entre o Brasil e o Peru).

No tocante ao **Estado de São Paulo**, especialmente ao **jus positum** paulista, os textos legais mais relevantes, sobre meio ambiente e ecologia, são os seguintes: a) Lei nº 2.182, de 23 de julho de 1953 (“estabelece normas tendentes a evitar a contaminação e poluição das águas litorâneas ou interiores, correntes ou dormentes”); b) Lei nº 3.068, de 14 de julho de 1955 (dá nova redação aos artigos 1º e 4º da Lei nº 2.182, de 23 de julho de 1953); c) Decreto nº 45.231, de 16 de setembro de 1965 (“estabelece normas para os lançamentos residuários industriais em cursos d’água”); d) Decreto-lei nº 211, de 30 de março de 1970 (“dispõe sobre normas de promoção, preservação e recuperação da saúde, no campo de competência da Secretaria de Estado da Saúde”); e) Decreto-lei nº 232, de 17 de abril de 1970 (“dispõe sobre a criação, como entidade autárquica, da Superintendência de Saneamento Ambiental – SUSAM”); f) Lei nº 118, de 29 de junho de 1973 (“autoriza a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de CETESB – Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle de Poluição das Águas”); g) Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975 (“disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo”); h) Lei nº 997, de 31 de maio de 1976 (“dispõe sobre o controle da poluição do meio-ambiente”); i) Lei nº 1.172, de 17 de novembro de 1976 (“delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água, a que se refere o artigo 2º da Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, estabelece normas de restrição de uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas”); j) Lei nº 1.817, de 27 de outubro de 1987 (“estabelece os objetivos e as diretrizes para o desenvolvimento industrial metropolitano e disciplina o zoneamento industrial, a localização, a classificação e o licenciamento de estabelecimentos industriais na Região Metropolitana da Grande São Paulo”); l) Lei nº 2.090, de 27 de agosto de 1979 (“proíbe a instalação e funcionamento de indústrias de alto risco poluidor na bacia de drenagem do Rio Paranapanema”); m) Lei nº 2446, de 12 de setembro de 1980 (“restringe as atividades industriais nas áreas de drenagem do Rio Piracicaba”); n) Lei nº 4.055, de 4 de junho de 1984 (“declara área de proteção ambiental a região urbana e rural do Município de Cajamar”); o) Decreto nº 22.717, de 21 de setembro de 1984 (“declara Área de Proteção Ambiental da Serra do Mar”); p) Decreto-lei nº 250, de 29 de maio de 1970 (cria, como entidade autárquica, o Instituto de Energia Atômica – IEA, associado à Universidade de São Paulo). A presente listagem de textos legais estaduais, do Estado de São Paulo, visa a fornecer o painel evolutivo das matérias atinentes à proteção ambiental, nos últimos trinta e cinco anos, sendo certo que alguns dispositivos legais das normas mais antigas já se encontram revogados. Verifica-se, outrossim, que a legislação estadual, nessa matéria, é fragmentária, quase casuística: ao contrário do que se verifica na área federal do Brasil, o Estado de São Paulo não apresenta uma norma fundante, unificadora e sistematizadora, como a Lei federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Contudo, a norma estadual que mais se aproxima daquele paradigma federal de **sistematização** é a Lei estadual nº 997, de 31 de maio de 1976 (“dispõe sobre o controle da poluição do meio-am-

biente”), paradoxalmente anterior à Lei federal nº 6.938/81. O artigo 1º da Lei estadual nº 997/76 instituiu o **Sistema de Preservação e Controle da Poluição do Meio-Ambiente** e o artigo 2º desta lei definiu **poluição do meio-ambiente**, como “a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo, de toda e qualquer forma de matéria ou energia, com intensidade, em quantidade de concentração e com características em desacordo com as que forem estabelecidas em decorrência desta Lei, ou que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou solo impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde, inconvenientes ao bem-estar público, danosos aos materiais, à fauna e à flora, prejudiciais à segurança, ao uso e gozo da propriedade e às atividades normais da comunidade”. Nos termos da Lei estadual nº 997/76, todo o controle sobre poluição, a **priori** e a **posteriori**, fundamenta-se em **figurae juris** administrativas: licenças, cassação de licenças, interdições, penalidades administrativas, multas administrativas e fiscalização (preventiva e repressiva), no âmbito do poder de polícia estadual.

A seguir, cumpre explicitar-se, sempre em **síntese**, quais são os instrumentos, os meios de atuação, os institutos jurídicos que possibilitam a atividade público-administrativa de proteção ao meio-ambiente.

O II Plano Nacional de Desenvolvimento alinhou os instrumentos jurídico-preventivos de proteção ambiental, que atuam por meio de fixação de políticas específicas, em três âmbitos: a) política de meio ambiente na área urbana, para evitar a ação poluidora no ar e na água; b) política de preservação dos recursos naturais do País, utilizando corretamente o potencial de ar, água, solo, subsolo, flora e fauna; c) política de defesa e proteção da saúde humana. Nessa tripartição, salientou a “significação das políticas de uso do solo, urbano e rural, dentro de zoneamento racional, e de reflorestamento, a serviço dos objetivos de desenvolvimento e defesa do meio ambiente”.

“Os meios **repressivos** são de dois tipos: a) **administrativos**, consistentes 1) no estabelecimento de medidas de emergência no caso de risco de vida; 2) em determinar a suspensão da atividade poluidora nos períodos críticos; 3) desapropriações; 4) na aplicação de penalidades: advertência, multas, interdição temporária ou definitiva da atividade danosa ao meio ambiente, à preservação florestal etc.; b) **judiciais: penais**, consubstanciadas apenas no art. 271 do Código Penal, que define o crime de corrupção ou poluição de água potável, de uso comum ou particular, tomando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde, o que, pelo visto, é de estreita aplicação e quase sem nenhuma eficácia, e já discutido art. 42 da Lei de Contravenções Penais, que pune a perturbação do sossego alheio por meio de poluição sonora; 2) **civis**, mediante ações de perdas e danos em geral, ação cominatória, ação de nunciação de obra nova e, especialmente, de **ação popular**, cabível nos termos do art. 153, § 31, da Constituição Federal e do art. 1º, § 1º, da Lei 4.717, de 29.6.1965, para anular atos, comissivos ou omissivos, do poder público e das entidades paraestatais le-

sivos ao patrimônio artístico, estético, histórico e turístico (José Afonso da Silva, **Direito Urbanístico Brasileiro**, 1981, São Paulo, RT, p. 478).

Entre tais instrumentos, ademais, o tombamento merece menção específica, por tratar-se do instituto jurídico-administrativo que melhor protege, na maioria dos casos, o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e arqueológico. Segundo José Cretella Júnior, “os traços característicos que permitem o delineamento do regime jurídico do tombamento podem ser assim enunciados: a) definição: tombamento é o conjunto legal de restrições parciais que o poder público faz a bem particular, móvel ou imóvel, por motivos de interesse público, mencionados em lei; b) natureza jurídica: ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo; c) motivo: causa ou motivo do instituto é o valor que a lei lhe atribui, valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico; d) qualificação: juízo técnico-científico-artístico-histórico que tipifica o bem, enquadrando-o nas hipóteses enunciadas no texto legal; e) inscrição: fato administrativo, operação material do registro ou tomo do bem, em livro apropriado; f) efeitos: limitações parciais ao exercício do direito de propriedade, do tipo **non facere** (não demolir, não reparar, não alienar, não destruir); g) fundamento: o instituto do tombamento fundamenta-se no poder de polícia do Estado, que possibilita as limitações, em razões de interesse público” (José Cretella Júnior, **Do Tombamento no Direito Brasileiro**, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXX, 1975, p. 96).

Hely Lopes Meirelles assinala “o surgimento das limitações de proteção ambiental, sob o tríplice aspecto de: a) controle da poluição; b) preservação dos recursos naturais; c) restauração dos elementos destruídos” (**Direito Administrativo Brasileiro**, 8ª ed., 1981, São Paulo, RT, p. 551).

Em sentido lato, de Direito Administrativo, a proteção ambiental exerce-se pelo **poder de polícia**, precisamente como definido pelo artigo 78 da Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo artigo 7º do Ato Complementar nº 31, de 28 de dezembro de 1966: “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Antes de concluir-se o presente estudo, resta considerar-se o aspecto do **Direito Administrativo Internacional do Meio Ambiente**. Consideramos o Direito Administrativo Internacional como um ramo tridisciplinar do Direito Público, com a seguinte dicotomia de **objeto**: a) conflito de leis administrativas estatais entre Estados (**formalmente** atinente ao Direito Internacional Privado; **materialmente**, ao Direito Administrativo interno); b) integração coordenante

a transmissão de elementos técnico-científicos e cuja finalidade é a satisfação do interesse público internacional, não necessariamente coincidente com interesses públicos estatais particularizados. Em síntese lapidar, Paul Négulesco sublinhou que, “do mesmo modo como, na vida interno do Estado, o Direito almeja a realização do interesse geral, no domínio da vida internacional o Direito tem como objetivo o interesse da sociedade internacional. O interesse de um Estado aparece aqui como particular, individual, e deve ser subordinado ao interesse geral” (Paul Négulesco, **Principes du Droit International Administratif**, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, I, tome 51, Sirey, 1935, p.599). A propósito deste tema, tão fascinante quão pouco conhecido no Brasil, publicamos nosso estudo **ADMINISTRAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO**, in *Revista de Direito Administrativo*, 161:329-346, julho/setembro de 1985, e *Revista Forense*, vol. 292, com realce para as seguintes conclusões: a) há um **objeto interdisciplinar**, entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público, consistente no serviço público estatal com destinação internacional e no serviço público internacional com destinação estatal, além de áreas específicas do Direito Internacional Público que aplicam Direito Administrativo (sobretudo Direito Administrativo Disciplinar) e áreas do Direito Administrativo que aplicam o Direito Internacional Público e, por exceção, o Direito do Comércio Internacional (de natureza privativa); b) consideramos o Direito Administrativo Internacional com o capítulo de relações administrativas internacionais de serviço público, entre Estados e organismos internacionais (**formalmente** atinente ao Direito Internacional Administrativo, capítulo do Direito Internacional Público; **materialmente**, ao Direito Administrativo Internacional, capítulo do Direito Administrativo). Note-se que é tridisciplinar apenas o **objeto** do Direito Administrativo Internacional. Sob aspecto de **autonomia científica**, não obstante, o Direito Administrativo Internacional metodologicamente se insere, **data venia**, como capítulo do Direito Administrativo, na qualidade de “Direito interno, projetando-se no Exterior” (terminologia de Oviedo) e recebendo do Exterior, porquanto se flexiona necessariamente à principiologia setorial do Direito Administrativo e não à do Direito Internacional Público ou Privado. Com efeito, no Direito Administrativo Internacional prepondera a concepção de **serviço público**, típica de Direito Administrativo. O **serviço administrativo integrante** abrange somente a integração coordenante de relações administrativas internacionais de serviço público (matéria atípica da Administração – Poder Executivo): não abarca, evidentemente, conflito de leis administrativas estatais entre Estados (matéria de cognição judiciária). Afinal, visa o serviço administrativo integrante do Estado a inserção coordenada (emissiva e receptiva) da Administração Pública interna na Administração Internacional, a interligação do serviço público interno com o serviço público internacional. Não se trata da juridicização de volições e opções políticas de Estados soberanos, matéria típica do Direito Internacional Público (ou da eficácia extraterritorial da potestade estatal, matéria de Direito Internacional Privado), mas de juridicização coordenante (em regra) ou subordinante (por exceção) de **relações administrativas internacionais**, cujo objeto é

do Direito Administrativo que rege juridicamente o serviço público-administrativo integrante do Estado, com destinação internacional; e consideramos o Direito Internacional Administrativo como o capítulo do Direito Internacional Público que rege juridicamente a atividade administrativa internacional, tanto a relativa à organização interior dos órgãos e entidades internacionais, como a dirigida à coordenação de serviços públicos estatais; embora ainda constituem capítulos de duas disciplinas jurídicas tradicionais (Direito Administrativo e Direito Internacional Público), ambos já regem objeto interdisciplinar comum, têm métodos virtualmente idênticos e conectam-se por um princípio setorial comum, o **princípio da integração sistêmica da administração** (cf. nosso **Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado**, 1985, São Paulo, RT, 33 e 125).

Pode-se afirmar, em síntese, que o Direito Administrativo Internacional do Meio Ambiente consiste na parcela do Direito Administrativo Internacional que disciplina a recepção, no âmbito estatal, dos elementos técnico-científicos oriundos da Administração Internacional, sobre matéria ambiental, por meio de relações administrativas internacionais. Longe de constituírem mera especulação teórica ou criação cerebrina, as relações administrativas internacionais, em matéria ambiental, avolumaram-se de modo impressionante, desde o início da década de setenta. **Ex facto jus oritur**. Direito Administrativo Internacional do Meio Ambiente consiste de matéria que somente poderia ser exaurida em alentado livro. Todavia, a concisão é a melhor homenagem que o jurista pode prestar à Imprensa, sempre aflita com a necessidade de conciliar o espaço escasso da paginação diária com matérias longas e abundantes.

Assim, convém efetuar-se referência meramente pontual, tópica, a respeito da proteção jurídico-ambiental na área internacional. A institucionalização da luta contra a poluição e da proteção do meio-ambiente foi iniciada com a Resolução nº 1346 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, confirmada em 13 de julho de 1968 por deliberação da Assembléia Geral. Com fundamento naquela decisão, reuniu-se em Estocolmo, em junho de 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, com a participação de 114 Estados. Da Conferência exsurgiram uma “Declaração sobre o Meio Ambiente”, contendo um preâmbulo de sete pontos e vinte e seis princípios, bem como um **Plano de Ação**, integrado por 109 recomendações. Além do **Plano de Ação**, a Conferência de Estocolmo recomendou que a Assembléia Geral estabelecesse o **Conselho Governativo para Programas de Meio Ambiente**, que fixou, em junho de 1973, objetivos políticos gerais e específicos, prioridades programáticas de ação e assistência ininterrupta a Governos, no tocante a assuntos de meio ambiente, para transmissão de informação técnico-científica, organização de programas de treinamento, apoio a possibilidades institucionais internas e disseminação ampla de tecnologias atinentes a meio ambiente. Naquele **Plano de Ação** e, especialmente, nas recomendações oriundas do **Conselho Governativo para Programas de Meio Ambiente**, encon-

tramos exemplo concreto de relações administrativas internacionais de coordenação, entre a Administração Internacional e a Administração Internacional de Estados soberanos, matéria atinente a Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional Administrativo.

A poluição e a proteção ao meio-ambiente foram igualmente objeto de Resoluções no âmbito da Comunidade Econômica Européia, *verbi gratia*: a Resolução nº 4, do Conselho da Europa, de 8 de março de 1968; Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de fevereiro de 1972, que afirmou a necessidade de exame, pelo órgão comunitário, das medida legislativas que os Países da Comunidade Européia pretendem implantar, para o combate à poluição; Programa de Ação das Comunidades Européias, de 19 de julho de 1973. Nestes exemplos concretos, presenciamos o desenvolvimento do Direito Administrativo Comunitário, novo capítulo do Direito Administrativo Internacional, ainda *in fieri*.

Ao concluirmos, afirmamos que, a exemplo do que ocorre com o tema do meio ambiente e com outros objetos interdisciplinares, a cada dia se torna mais evidente o absurdo de pretender-se tratar de fatispécies jurígenas sob o ângulo **unidisciplinar**, sempre verticalizante e exclusivista. A visão unidisciplinar consiste de arraigado costume universitário, que há de ser paulatinamente superado pelo enfoque **interdisciplinar**, sempre horizontalizante e pluralista. A nível científico, a distinção entre Direito Público Internacional e Interno não é barreira estanque, mas ponte de ligação entre duas margens do mesmo rio – o caudal do **internacionalismo monista, do supranacionalismo, da integração comunitária**. Por este motivo, será necessário dilatarem-se as fronteiras teórico-doutrinárias do Direito Administrativo, ainda conservadoramente atreladas às atividades da Administração Pública Interna – Poder Executivo –, como se não existissem as atividades **administrativas** materiais dos Poderes Legislativo e Judiciário ou as da Administração Internacional e da Administração Comunitária... Portanto, o próprio conceito de Direito Administrativo terá de ser revisto e dilatado, em vista de novíssimos fatos jurígenos e de acordo com critérios científicos que abrangem a **integração administrativa internacional e comunitária**, sempre considerando-se o ensinamento sublime do saudoso **Professor Haroldo Valladão**: “O DIREITO NÃO É MONOPÓLIO DO ESTADO” (Paz, *Direito, Técnica*, Rio de Janeiro, 1959, Livraria José Olympio Editora, p. 16).

São Paulo, 07 de abril de 1987

Modalidades de Morte Violenta no Município de São Paulo

José Maria Marlet^(*)
Odon Ramos Maranhão^(**)

RESUMO: Os AA aproveitaram as necrópsias realizadas no Instituto Médico Legal de São Paulo (I.M.L.) de 1º de janeiro de 1981 a 31 de dezembro de 1985. Estudaram a evolução neste período das freqüências nas diversas modalidades de morte violenta: ocupantes de veículos sinistrados, atropelamentos, suicídios e homicídios. Concluíram que estas freqüências, ao serem comparadas com os dados de crescimento demográfico, tenderam a diminuir, com exceção dos homicídios, cujo crescimento foi evidente.

ABSTRACT: Analysing forensic autopsies, the A.A. demonstrate increasing incidence of violent deaths on traffic accidents on S. Paulo (Brazil) during the period between January 1981 and December 1985, occurring over the demographic index.

INTRODUÇÃO

Por ser a violência companheira permanente dos habitantes dos grandes núcleos populacionais, parece-nos importante conhecê-la e verificar como se apresenta na cidade de São Paulo, Brasil, onde vivem 9 milhões de pessoas. Estudando-a, entretanto, sem partir das conceituações pré-concebidas mas encarando-a como um fenômeno social objetivo, real. Um fenômeno a ser estudado com a imparcialidade que Dürkheim⁽¹⁾ exigia das pesquisas sociais. O fenômeno social dispensa explicações metafísicas. Basta observá-lo e analisá-lo procurando as suas causas.

Para fazê-lo, decidimos procurar alguns parâmetros que permitissem avaliar quantitativamente a violência, minimizando a importância das cifras negras, ou seja, o número de crimes que escapa ao conhecimento policial-jurídico. É acaciano dizer-se que o mais objetivo de todos os parâmetros é o êxito letal de

(*) Professor associado do Departamento de Medicina Forense (DMF).

(**) Professor Titular do DMF, desta Faculdade.

vítima de violência, mesmo porque ele escapa à qualquer dúvida. Por um aspecto prático, escolhemos os dados que puderam ser coletados no Instituto Médico Legal de São Paulo, do Departamento Estadual de Polícia Científica (DEPC), da Secretaria do Estado da Segurança Pública do Estado de São Paulo. São óbitos resultantes de homicídios, suicídios, atropelamentos e de ocupantes de veículos acidentados.

METODOLOGIA

O estudo concentrou-se nos casos autopsiados no Instituto Médico Legal da capital de São Paulo no período entre 1º de janeiro de 1981 a 31 de dezembro de 1985 compreendendo o número mensal de necrópsias de vítimas de homicídio, suicídio, atropelamento e de ocupantes de veículo envolvido em acidente de trânsito.

RESULTADOS

Os resultados encontram-se nas tabelas de nº 1 a 4 e nos gráficos de nº 1 a 8:

Tabela 1: Vítimas fatais de acidente de trânsito que ocupavam o veículo acidentado. Instituto Médico Legal de São Paulo.

Ano \ Mês	1981	1982	1983	1984	1985
Janeiro	158	126	178	143	181
Fevereiro	150	144	130	158	163
Março	164	157	143	173	167
Abril	125	116	154	166	139
Maiο	112	175	120	145	123
Junho	126	69	124	173	69
Julho	162	153	166	183	99
Agosto	140	142	153	182	145
Setembro	122	128	174	166	231
Outubro	139	127	181	155	159
Novembro	115	147	171	172	164
Dezembro	135	149	124	205	294
TOTAL	1648	1633	1818	2021	1934
X	137,3	136,1	151,5	168,4	161,2

Gráfico 1: Vítimas fatais de acidente de trânsito, que ocupavam o veículo envolvido no acidente. Instituto Médico Legal de São Paulo.

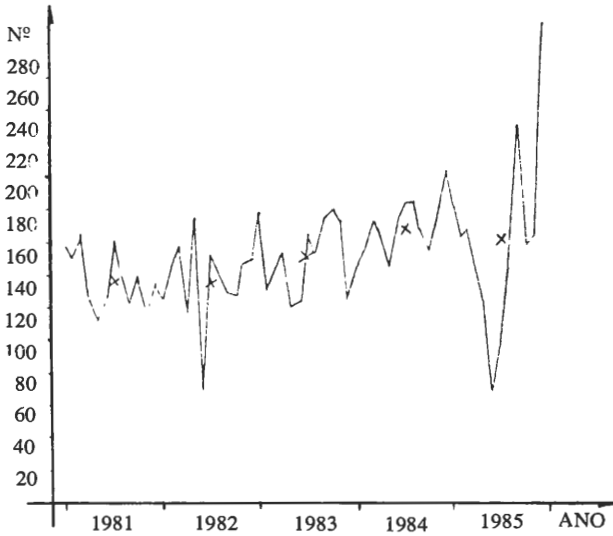


Gráfico 2: Médias aritméticas anuais dos números mensais de vítimas de acidente de trânsito, que ocupavam o veículo envolvido no acidente. Instituto Médico Legal de São Paulo.

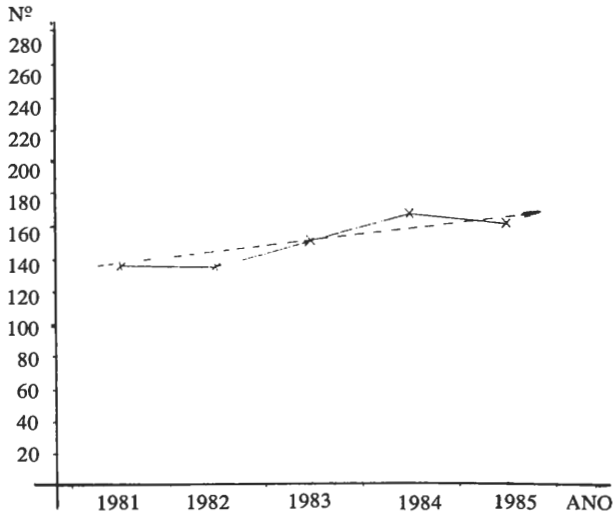


Tabela 2: Vítimas fatais de atropelamento. Instituto Médico Legal de São Paulo.

Ano \ Mês	1981	1982	1983	1984	1985
Janeiro	116	108	114	126	111
Fevereiro	102	116	95	107	112
Março	132	142	129	125	115
Abril	110	124	118	157	106
Mai	113	86	122	139	167
Junho	134	118	118	132	140
Julho	170	117	106	131	105
Agosto	138	105	124	136	227
Setembro	135	116	109	117	128
Outubro	123	145	134	122	133
Novembro	153	99	139	113	121
Dezembro	155	126	141	225	128
TOTAL	1581	1402	1449	1630	1593
X	131,8	116,8	120,8	135,8	132,8

Gráfico 3: Vítimas de atropelamento necropsiadas no Instituto Médico Legal de São Paulo.

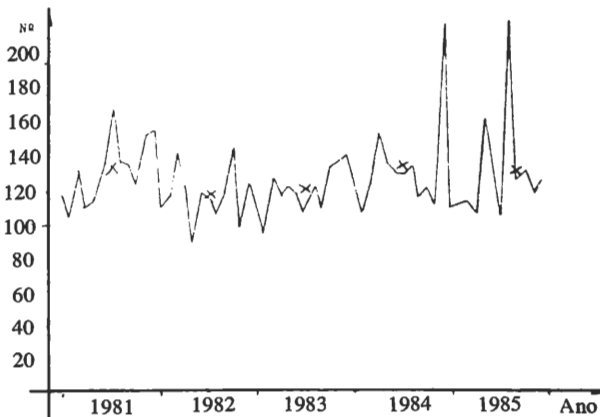


Gráfico 4: Médias aritméticas anuais dos números mensais de vítimas de atropelamento necropsiadas no Instituto Médico Legal de São Paulo.

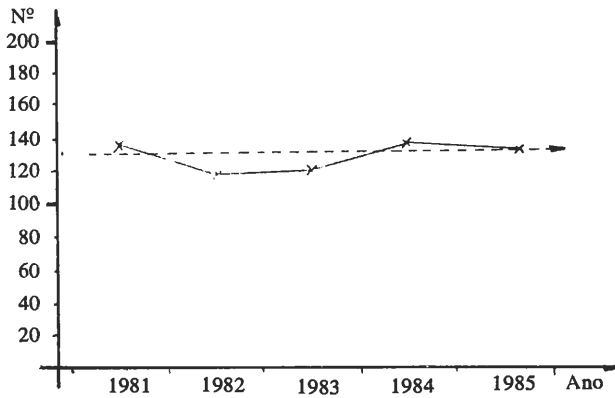


Tabela 3: Vítimas de homicídio necropsiadas no Instituto Médico Legal de São Paulo.

Ano \ Mês	1981	1982	1983	1984	1985
Janeiro	226	244	200	336	290
Fevereiro	182	209	222	373	279
Março	193	196	258	401	355
Abril	206	175	152	420	347
Maiο	182	144	222	299	309
Junho	146	151	220	273	299
Julho	153	181	237	255	254
Agosto	167	169	241	218	305
Setembro	128	158	274	265	311
Outubro	155	152	278	218	321
Novembro	173	157	318	301	316
Dezembro	197	176	363	346	345
TOTAL	2108	2112	1985	3705	3731
X	175,7	176,0	248,8	308,8	310,9

Gráfico 5: Vítimas de homicídio necropsiadas no Instituto Médico Legal de São Paulo.

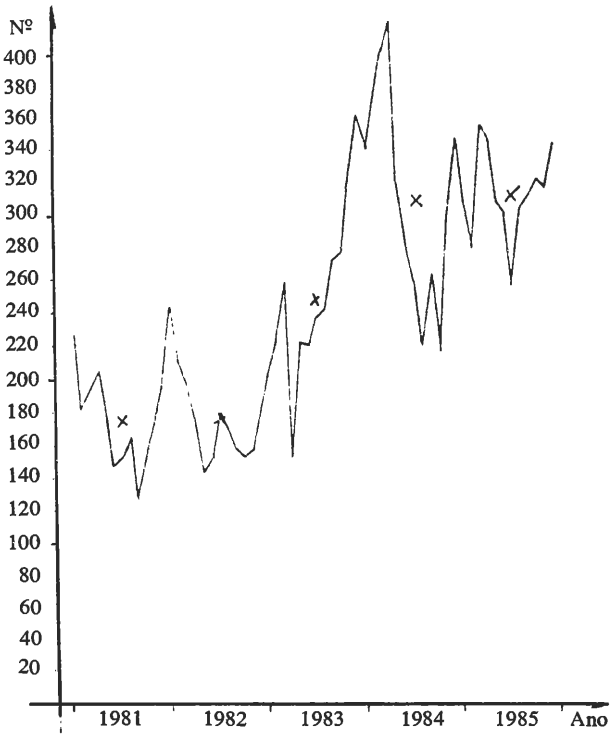


Gráfico 6: Médias aritméticas anuais dos números mensais de vítimas de homicídio. Instituto Médico Legal de São Paulo.

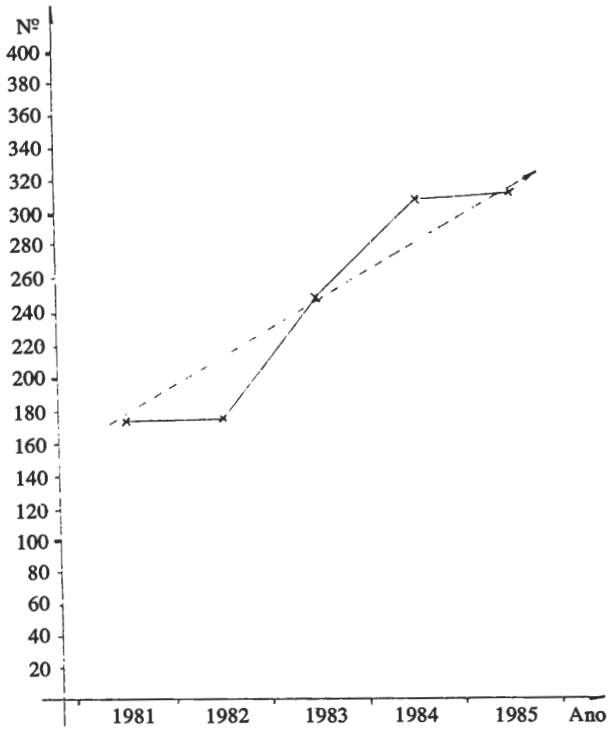


Tabela 4: Vítimas de suicídio necropsiadas no Instituto Médico Legal de São Paulo.

Ano	1981	1982	1983	1984	1985
Mês					
Janeiro	33	23	46	39	33
Fevereiro	46	21	52	37	28
Março	39	41	32	57	33
Abril	40	31	43	47	35
Maio	26	45	73	32	32
Junho	28	33	29	31	24
Julho	29	35	51	43	38
Agosto	33	44	52	35	35
Setembro	27	37	47	32	35
Outubro	40	44	40	32	45
Novembro	42	44	46	39	47
Dezembro	54	38	52	31	41
TOTAL	437	436	563	455	426
X	36,4	36,3	46,9	37,9	35,5

Gráfico 7: Vítimas de suicídio necropsiadas no Instituto Médico Legal de São Paulo.

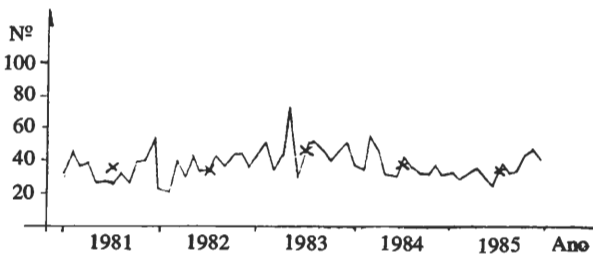
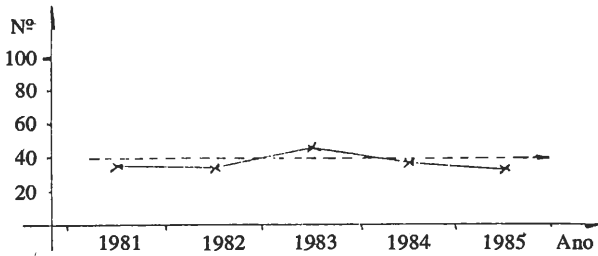


Gráfico 8: Médias móveis dos números mensais de suicídios necropsiados no Instituto Médico Legal de São Paulo.



DISCUSSÃO E CONCLUSÕES

A tabela 1 e os gráficos 1 e 2 mostram que o número de vítimas fatais dos ocupantes de veículos acidentados aumentou ao longo do período estudado. Isto torna-se especialmente evidente ao observar o comportamento das médias anuais no gráfico 2, onde se constata discreta tendência para aumento com o transcurso do tempo.

O número mensal de atropelamentos fatais, conforme se depreende da tabela 2 e dos gráficos 3 e 4, especialmente este último, sugere a tendência para a constância ao longo do período. A – Compare-se o presente estudo com os dados fornecidos por Costa Jr.⁽²⁾.

Já em relação ao número mensal de vítimas de homicídios, os resultados apresentados (tabela 3 e gráficos 5 e 6) tornam claro e evidente que o número de homicídios tem aumentado progressivamente ao longo do período estudado, embora o aumento tenda a tornar-se mais lento com o avanço do tempo, o que traduz a eficiência progressiva de nossa polícia. B – Os dados deste estudo confirmam observação anterior de Marlet e colaboradores⁽³⁾.

O mesmo não acontece no caso dos suicídios, pois os dados (tabela 4 e gráficos 7 e 8) são óbvios no sentido de mostrarem que existe uma nítida evidência para a constância do número médio de suicídios.

Levando-se em conta o acréscimo demográfico, chega-se à conclusão que o número de vítimas fatais dos ocupantes de veículos acidentados, de atropelamento e de suicídios tende, na realidade, a diminuir. Com efeito, se permanecessem realmente contantes, deveriam acompanhar o aumento populacional, e isso não aconteceu.

A diminuição relativa do número de vítimas fatais, traduzindo, consequentemente, a redução do número de ilícitos penais causadores de vítimas fatais, num período em que as condições sócio-econômicas tendem a tornar-se cada dia mais difíceis, seja pela recessão econômica, seja pelo desemprego crescente, ou pela migração descontrolada que sofre São Paulo, só pode ser atribuída a uma diminuição da violência na cidade de São Paulo, acreditável, apenas à um trabalho policial cada vez mais eficiente.

- 1 – DURKHEIM, E. – **As regras do método sociológico**. Ed. Nacional. Rio de Janeiro, 1966.
- 2 – COSTA Jr., J.B. de O. – Aspectos Médico-Legais do Atropelamento. **Rev. Faculdade de Direito**, LXXII (1977): 153/240. São Paulo.
- 3 – MARLET, J.M.; FONSECA, J.P.B.; NASCIMENTO, F.G. & FERREIRA, H. – Estudo de violência através de sua máxima expressão: o homicídio. **Arq. Polícia Civil**. 15: 111/35. São Paulo.

As Garantias Constitucionais do Processo nas Ações Coletivas

Ada Pellegrini Grinover

Prof. Titular da Universidade de São Paulo

RESUMO: I – INTRODUÇÃO: 1 – As fases do direito processual: do sincretismo ao instrumentalismo; 2 – Processo constitucional e instrumentalismo substancial: continuidade; 3 – O eventual conflito entre as garantias do “devido processo legal” e um processo aderente à realidade sócio-jurídica; 4 – A transformação das garantias constitucionais: do individual ao social; 5 – Os conflitos emergentes: da civilização individualista à sociedade de massa; II – OS INTERESSES DIFUSOS NO QUADRO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO: 6 – Interesses coletivos e interesses difusos propriamente ditos: distinção; 7 – O objeto dos interesses difusos: bens indivisíveis ou divisíveis; 8 – Questões constitucionais: coisa julgada, contraditória e direito de defesa; 9 – O regime da coisa julgada nas ações coletivas: o tratamento nos interesses coletivos e nos difusos; 10 – Segue: ação meramente declaratória, constitutiva e condenatória; condenação à obrigação de fazer ou não fazer; condenação à indenização pelo dano indivisível. A solução brasileira; 11 – Segue: condenação à indenização pelos danos pessoalmente sofridos: o julgado “secundum eventum litis”; 12 – Correlação entre coisa julgada e legitimação para agir nas ações coletivas. Os esquemas da legitimação. A “representatividade adequada”; 13 – O fundamento constitucional da “representatividade adequada”; 14 – Compatibilidade entre o “devido processo legal” e as técnicas das ações coletivas para a tutela dos interesses difusos; 15 – Conclusão.

I – INTRODUÇÃO

1 – Uma análise do direito processual que leve em conta suas tendências apontará claramente a existência de diversas fases, de características diversas. Até Bülow, a fase “sincretista”⁽¹⁾ havia considerado o processo umbilicalmente

* Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na sessão solene de abertura dos Cursos Jurídicos do ano letivo de 1987. Foram acrescentadas as notas.

(1) O termo é utilizado, no Brasil, por Cândido Dinamarco, “A instrumentalidade do processo”, tese para concurso de cátedra, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1986.

ligado ao direito civil, de modo que era natural que o primeiro esforço no sentido da construção da ciência processual fosse em direção à sua autonomia. E assim, por mais de um século, os processualistas preocuparam-se substancialmente com a afirmação e a comprovação dessa autonomia, numa fase técnico-científica de caráter essencialmente conceitual, em que se construíram categorias dogmáticas, dentro de sistemas de rigorosa coerência interna⁽²⁾.

O esforço era necessário e seus frutos científicos permanecem até hoje, como conquistas definitivamente adquiridas pelo direito processual. Mas a seu extraordinário progresso científico não correspondera o melhor funcionamento da justiça. Muito ao contrário. Iniciou-se assim, nestas últimas décadas, a fase do denominado “instrumentalismo” do processo⁽³⁾, em que a instrumentalidade, antes afirmada apenas de modo nominal e formal, dentro do próprio sistema, se transforma em ponto nodal, extravasando para outros enfoques e novas posturas. E todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos a que se destina.

Assim vieram, primeiro, os estudos constitucionais do processo, nota característica da disciplina a partir dos anos cinquenta⁽⁴⁾, quando os processualistas voltaram suas atenções para o dado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais da sociedade em determinado momento histórico⁽⁵⁾. E o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técni-

(2) Barbosa Moreira, Tendências contemporâneas do direito processual civil, in “Temas de Direito Processual”, Terceira Série, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 2/3 (também publicado em espanhol, na Revista Uruguaya de Derecho Processual, nº 3, 1983) recorda as acerbas polémicas doutrinárias em torno da natureza da ação, da coisa julgada, do objeto do processo.

(3) Barbosa Moreira, op. e loc. cit.; Dinamarco dedicou diversos estudos à função instrumental do sistema processual, culminando recentemente na tese A instrumentalidade cit.

(4) Na Itália, Calamandrei, Liebman, Cappelletti, Denti, Comoglio, Vigoriti, Grevi, Trocker, Chiavario; na Espanha, Alcalá-Zamora; Couture, Vescovi, Gelsi-Bidart no Uruguai; Burgoa, Fix-Zamudio e Ovalle Favela no México; na Argentina, Morello, Berizonce, Hitters; no Brasil, Frederico Marques, Pellegrini Grinover, Calmon de Passos, Galeno Lacerda, Kazuo Watanabe, são apenas alguns dentre os tantos que se dedicaram ao direito processual constitucional, entendido como condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo.

(5) Ver, na Autora, “As garantias constitucionais do direito de ação, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1973, p. 73 e ss.

co, para transformar-se em instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade⁽⁶⁾.

Mas ainda não haveria de parar a caminhada de processualista: da perspectiva constitucional, que já havia salientado elementos relativos ao “fato”, passou-se à consciência cada vez mais clara da necessidade de o processo ter plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos⁽⁷⁾. E o eixo dos estudos deslocou-se, desse modo, para o problema da “efetividade”⁽⁸⁾, analisada sob os mais diversos aspectos, incluindo o de “acesso à justiça”⁽⁹⁾.

Acesso à justiça, este, que já foi visto sob o enfoque de programa de reforma e de método de pensamento⁽¹⁰⁾ e que levou à percuciente análise de diversos problemas: desde a assistência judiciária⁽¹¹⁾ e a legitimação para agir⁽¹²⁾ até a análise dos novos conflitos, próprios de uma sociedade de massa, com a

(6) Assim Cintra, Pellegrini Grinover & Dinamarco, *Teoria geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1986, págs. 46/47.

(7) Assim se exprime Kazuo Watanabe, *Contribuição ao estudo da cognição no processo civil*, Tese de doutorado, São Paulo, 1985, p. 2.

(8) Ver, no Brasil, Barbosa Moreira, *Notas sobre a “efetividade”, do processo*, in “Estudos de Direito processual” em homenagem a José Frederico Marques, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 203 e ss., bem como a tese de Dinamarco, *Instrumentalidade cit.*

(9) Ver principalmente a monumental obra de Cappelletti e outros, “Access to Justice”, Milão, Giuffrè, 1978, em 6 volumes, e “Access to Justice and the Welfare State”, Alphen an den Rijn, Bruxelas – Stuttgart – Florença, 1981.

(10) Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982.

(11) Ver, por todos, Denti, “Accessibility of legal procedures for the underprivileged: legal aid and advice”, Relatório Geral para o Congresso Internacional de Direito processual civil, Gand, 1977. No Brasil, sobre as novas dimensões da assistência judiciária, no enfoque do acesso à justiça e à ordem jurídica justa, Pellegrini Grinover, “Assistência Judiciária e acesso à Justiça”, e Watanabe, “Assistência Judiciária como instrumento de acesso à Ordem Jurídica Justa”, in *Rev. Proc. Ger. Est. SP.*, vol. 22, págs. 17 e ss. e 87 e ss.

(12) Dentre tantos, v. Moniz de Aragão, “O Estado de Direito e o direito de ação”, in *Rev. dir. proc.*, v. 16, p. 69 e ss.; Barbosa Moreira, *Notas sobre a “efetividade” cit.*, esp. págs. 208/13.

efetiva tutela jurisdicional de direitos e interesses emergentes, como os interesses difusos⁽¹³⁾ e os próprios da denominada “justiça menor”⁽¹⁴⁾.

2 – O enfoque constitucional do processo constituiu, assim, a primeira etapa no caminho do instrumentalismo substancial⁽¹⁵⁾, culminando nos atuais estudos sócio-jurídicos em torno do problema da adequação do processo à realidade concreta. Se assim é, não deveria haver fraturas, mas sim coincidência e complementariedade entre as duas visões.

Aliás, não há dúvidas que o próprio acesso à justiça configura garantia constitucional, enquadrável no direito de ação e de defesa, pelo qual a todos se assegura igual possibilidade de tutela jurisdicional⁽¹⁶⁾. E, por sua vez, a igual possibilidade de tutela jurisdicional tem exatamente em vista a real viabilização do direito material por intermédio do processo⁽¹⁷⁾, que nada mais é do que sua efetividade.

3 – Ocorre, porém, que a preocupação central dos processualistas que se debruçaram sobre os grandes temas constitucionais realçou, de início, as garantias das partes. E acontece que a visão abstratamente garantidora do processo poderia realmente entrar em choque com a idéia de um processo renovado, que demanda a reformulação dos institutos processuais, a fim de adequá-los a uma diversa realidade sócio-jurídica.

(13) Ver o volume “A tutela dos interesses difusos”, organizado pela Autora, São Paulo, Max Limonad, 1985, com a bibliografia geral mencionada a págs. 257/258.

(14) Ver o volume “Juizado especial de pequenas causas”, organizado por Watanabe, São Paulo, ed., Revista dos Tribunais, 1985, incluindo estudos de direito comparado.

(15) A expressão é de Watanabe, Contribuição, cit., p. 2.

(16) É esta a primeira grande preocupação da parte do processo constitucional que denominamos “tutela constitucional do processo” e que pode ser subdividida, para fins didáticos, em “direito à tutela jurisdicional” (ou direito de ação e de defesa) e “devido processo legal”. Cintra, Pellegrini Grinover e Dinamarco, Teoria geral cit., p. 52.

(17) Ver, na Itália, Comoglio, La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile, Pádua, Cedam, 1970, principalmente págs. 154/157 e, no Brasil, Pellegrini Grinover, As garantias constitucionais cit., principalmente págs. 99/100.

É aqui que poderia surgir o contraste entre as garantias do “devido processo legal”⁽¹⁸⁾, iquestionavelmente forjadas para acudir a um processo tradicional, de caráter individualista⁽¹⁹⁾, e o instrumental idóneo para a solução dos novos conflitos, a serem resolvidos em um enfoque social.

4 – Inicialmente, porém, deve ser ressaltado que, no campo mesmo das garantias do “devido processo legal”, é possível detectar uma notável transformação, decorrente da transposição do enfoque, do individual para o social⁽²⁰⁾.

Com efeito, se de um lado as posições de vantagem das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a óptica de tipo individualista que privilegia o interesse pessoal sobre o social; do outro lado podem ser vistas como garantias, e não apenas das partes mas também do justo processo, segundo a óptica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão⁽²¹⁾.

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa⁽²²⁾ como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo.

(18) V. supra nota 16. Sobre a cláusula do “due process of law”, suas origens e desenvolvimento, nos sistemas da “common law” e da “civil law”, pedimos vênia para remeter mais uma vez o leitor ao nosso “As garantias”, cit.

(19) Clássica é a afirmação de Goldschmidt, no sentido de que o direito processual não poderia senão florescer no terreno do liberalismo: *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, Prefácio.

(20) Com relação à genérica mudança de enfoque do fenômeno processual, do individual para o social, v. Barbosa Moreira, *Tendências contemporâneas cit.*, págs. 6/11. Como veremos, a mudança se deve à própria transformação da sociedade (infra, nº 5).

(21) Sobre essa dúplici perspectiva, na análise de problemas conexos com o exercício da defesa, v. Denti, “La difesa come diritto e come garanzia” e Grevi, “Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa”, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, respectivamente p. 48 e ss. e p. 9 e ss. Com relação à idéia de garantias processuais, vistas concomitantemente como sendo das partes e da jurisdição, remetemos o leitor ao nosso artigo “O princípio da ampla defesa”, in *Rev. PGE*, São Paulo, nº 19, 1981/1982, p. 9 e ss.

(22) Utilizamos a expressão em sentido lato, não somente para abranger o poder de iniciativa e o direito às exceções, mas para compreender todas as posições de vantagem – direitos, poderes, faculdades, ônus – que as partes podem desenvolver ao longo do iter processual.

Garantias e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes relação de instrumentalidade⁽²³⁾.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.

Nesse enfoque, parece claro que a visão de um processo abstratamente garantidor das partes é insuficiente e inadequado para satisfazer as exigências atuais de respeito aos valores constitucionais^(23a). Tanto assim que se chega a falar, na Itália, em velho e novo “garantismo”^(23b). O primeiro, de natureza formal, preso ao modelo individualista do século passado; o segundo, de natureza substancial, aceitando as implicações derivadas não só da nova relação entre o juiz e as partes^(23c), como da própria transformação das controvérsias.

(23) Sobre os diversos sentidos do termo garantia, em contraposição a direitos, culminando com a acepção supra, já traçada por Ruy Barbosa (República: Teoria e Prática (textos selecionados e coordenados por Hilton Rocha), Vozes, Câmara dos Deputados, 1978, pág. 24), ver Ferreira Filho, Grinover e Cunha Ferraz, Liberdades públicas, São Paulo, 1978, pág. 119 e ss. Ver também a recente explanação sobre direitos e garantias, em suas várias acepções e no sentido empregado no texto, de José Afonso da Silva, Curso de Direito constitucional positivo, 2º ed., São Paulo, 1984, págs. 293/5 e 548/554. Sobre a ação e a defesa, como garantias, cujo conteúdo é o direito ao processo justo, ver Cintra, Grinover e Dinamarco, Teoria geral do processo cit., págs. 50/51 e 239/240.

(23a) Cf. Denti, Valori costituzionali e cultura processuale, Riv. dir. proc., 1984, p. 456.

(23b) Assim, por exemplo, Denti, Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, p. 726 e ss.

(23c) Denti, Valori cost. cit., p. 462. Sobre a transformação do “juiz árbitro” em “juiz garantidor”, v. novamente Denti, Il ruolo cit., pág. 728/9.

5 – É que, passando a examinar os conflitos emergentes, percebe-se que eles também defluem da transformação da sociedade, de individualista que era, em sociedade de massa⁽²⁴⁾. E se é verdade que tais conflitos são próprios da civilização pós-industrial, desenvolvida sobretudo em países de economia avançada⁽²⁵⁾, não se pode desconhecer a especial importância de que sua solução se reveste nos países em desenvolvimento, por significar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados⁽²⁶⁾, mas por assumir também relevante papel promocional de conscientização política⁽²⁷⁾. É como se a exigência de solução dos novos conflitos tivesse duas almas: uma, adequada às sociedades mais avançadas; outra, mais necessária ainda aos países em desenvolvimento.

E esta exigência de solução dos novos conflitos enquadra-se exatamente no renovado ideário constitucional do processo, pelo qual a via jurisdicional há de transformar-se na concreta garantia dos direitos e interesses substanciais assegurados pela Constituição.

(24) Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, Riv. dir. proc., 1975, p. 365, fala em “violações de massa” próprias de “uma sociedade, ou civilização, de produção de massa, de trocas e consumo de massa; e também certamente de conflitos ou conflituosidade de massa”

(25) Segundo Denti (*I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in Riv. dir. proc., 1980, págs. 410/437) o fenômeno seria próprio dos países “de capitalismo avançado” ou “maduro”, enquanto Cappelletti observa que não é ele típico ou exclusivo dos modernos países ocidentais, preferindo falar em “sociedades de economia avançada”: *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1981, págs. 53 e 64.

(26) Para os interesses difusos, v. Denti, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Riv. dir. proc., 1974, págs. 539/540; Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milão, Giuffrè, 1979, p. 3/16; Pellegrini Grinover, *A problemática dos interesses difusos*, in “*A tutela dos interesses difusos*” cit., p. 32. Sobre as atividades de mediação das forças sociais, na conciliação e nos juizados de pequenas causas, v. Denti e Vigoriti, *Le rôle de la conciliation comme moyen d’éviter le procès et de résoudre le conflit*, Relação geral do VII Congresso Internacional de Direito Processual, Würzburg, 1982, p. 368 e ss.; Pellegrini Grinover, *Conciliação e Juizado de Pequenas Causas*, in Juizado especial cit., págs. 159/160.

(27) Ver, de nossa autoria, “*Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a lei nº 7347, de 24/7/1985*”, in *AJURIS*, nº 36, março de 1986, pág. 7 e ss., também publicada na Itália, na Riv. dir. proc., 1986, no Uruguay (*Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 2, 1986) e na Argentina (*Jus, La Plata*, nº 38, 1986). Com relação à “justiça menor”, v. Watanabe, *Assistência judiciária e juizados de Pequenas Causas*, in Juizado especial cit., p. 161 e ss.

De modo que parece claro que o contraste entre as garantias do “devido processo legal” e um processo adequado à diversa realidade social somente se coloca num enfoque insuficiente, se não superado, das garantias constitucionais do processo. Mas não existem fraturas entre a necessária reformulação dos institutos processuais e o “neo-garantismo”^(28a), exatamente na medida em que este afasta as concepções meramente formais para preocupar-se com as exigências substanciais de acesso à justiça, de igualdade real, de paridade das armas, de concreta e efetiva possibilidade de todos obterem a tutela jurisdicional.

II – OS INTERESSES DIFUSOS NO QUADRO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

6 – Mas é sobre os denominados interesses difusos⁽²⁹⁾ que nosso estudo se deterá agora, para a análise das garantias constitucionais do processo destinado à sua tutela.

Para tanto, parecem convenientes algumas observações prévias, importantes por seus reflexos sobre o tema.

Os interesses difusos vêm sendo conceitualmente apartados de outros interesses coletivos, em razão da inexistência de um vínculo jurídico que ligue os seus titulares⁽³⁰⁾. Embora se trate sempre de interesses meta-individuais, a doutrina reserva a denominação “coletivos” para os comuns a categorias de pessoas, unidas entre si por uma relação-base: a sociedade comercial, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato. E esse vínculo jurídico, ou relação-base, permite a identificação dos componentes do grupo.

Ao contrário, entendem-se por interesses difusos aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, repousam sobre dados de fato frequentemente

(28) A expressão é de Denti, *Il ruolo cit.*, p. 729.

(29) Ver *supra*, nota 13.

(30) Entre tantos, v. Barbosa Moreira, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 110 segs. e Pellegrini Grinover, A problemática dos interesses difusos, in “A tutela dos interesses difusos *cit.*, p. 29 segs. Na Itália, a distinção fora feita por Recchia, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, in “La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato”, Milão, Giuffrè, 1976, págs. 38-39 e por De Vita, *La tutela degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese*, *ibid.*, págs. 350/351.

genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: morar na mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos. Seus titulares são, portanto, uma pluralidade de pessoas, em número indeterminado e indeterminável.

7 – Do ponto de vista objetivo, deve ser entendida em termos a afirmação de que se trataria sempre de um bem indivisível, no sentido de que a satisfação de um dos titulares importaria necessariamente na satisfação de todo o grupo, ao mesmo tempo em que a lesão de um deles significaria contemporaneamente ofensa a todos os membros da coletividade. Isso é verdade com relação ao bem coletivamente considerado (ambiente, saúde, informação correta), mas a ofensa a este bem pode ocasionar, ao mesmo tempo, lesão aos diversos bens de que são individualmente titulares os componentes do grupo⁽³¹⁾.

Daf porque, quando se trata da reparação, esta pode ser estabelecida com relação ao bem indivisivelmente considerado (reconstituição do meio ambiente, por ex.), sem prejuízo, porém, da indenização pessoal devida aos diferentes sujeitos. E isso é inevitável, quando se considere que os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva⁽³²⁾.

Aliás, essa distinção dá margem a dois tipos diversos de ações coletivas para a tutela dos interesses difusos: no sistema da “common law”, por ex., as “class actions” podem também ser utilizadas para a reparação de danos individualmente sofridos⁽³³⁾, enquanto no sistema da “civil law” até agora se permaneceu no âmbito da condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou à reparação do dano em sua dimensão coletiva⁽³⁴⁾.

(31) Barbosa Moreira fala, para o primeiro caso, de “interesses essencialmente coletivos” e, para o segundo, de “interesses acidentalmente coletivos” (A proteção jurídica dos interesses coletivos, in “Temas de Direito Processual, Terceira Série, Saraiva, São Paulo, 1984, págs. 195/196).

(32) Cappelletti, *Formazioni sociali cit.*, págs. 368/9; Vigoriti, *Interessi collettivi e processo – La legittimazioni ad agire*, Giuffrè, Milão, 1979, p. 21 ss.

(33) Após a distribuição da indenização entre os membros da “class”, o sistema norte-americano prevê a “fluid recovery”, uma espécie de resíduo não reclamado, cuja aplicação pode ser destinada a finalidades diversas, conquanto conexas ao interesse em jogo: v. Cappelletti, *Formazioni sociali cit.*, págs. 395/6.

(34) É o caso, por exemplo, da lei brasileira nº 7347, de 24 de julho de 1985, que destina a indenização a um fundo, que a utilizará para a reconstituição dos bens lesados.

Como se pode facilmente intuir, diversos são os problemas e as possíveis soluções processuais, quando se trate de ações coletivas para a tutela do bem coletivamente considerado, ou para a satisfação dos diversos membros da coletividade, pessoalmente atingidos.

8 – Num e noutro caso, todavia, colocam-se questões ligadas aos limites subjetivos da coisa julgada e, conseqüentemente, ao contraditório e ao direito de defesa⁽³⁵⁾. Questões típicas das garantias processuais das partes e da jurisdição, suscitando problemas de natureza constitucional.

Recorde-se o famoso caso Eisen, julgado pela Corte Suprema dos Estados Unidos da América, em 1974: tratava-se de uma demanda em que 3,5 milhões de operadores da Bolsa de Nova Iorque acionaram, por intermédio do Sr. Eisen, agentes que haviam lesado cerca de 6 milhões de pessoas, impondo-lhes uma sobretaxa ilegal. O Tribunal não determinara a citação individual de todos os agentes, mas sim a de 7 mil deles, escolhidos por amostragem, o que representaria um gasto de US\$20.000, a ser suportado pela classe Ré. Mas a Suprema Corte, invocando as garantias constitucionais, considerou necessária a citação individual, que custaria à classe Autora US\$225.000. Esta desistiu do processo, o que representou, sem dúvida, um rude golpe para as “class actions”⁽³⁶⁾.

Mas a verdade é que a solução constitucional para a problemática das ações ideológicas há de ser buscada numa óptica social e coletiva, capaz de amoldar as garantias clássicas à configuração típica dos conflitos de massa: numa dimensão que será necessariamente diversa, mas que não significará o seu abandono.

(35) Sobre a interação entre defesa e contraditório, em que de um lado a defesa – correlata à ação – é abrangente garantia do justo processo, sendo o contraditório sua emanção; mas, de outro lado, é pelo contraditório que a defesa se manifesta e é garantida, ver, da Autora, Defesa, contraditório, igualdade e “par condicio” na óptica do processo de estrutura cooperatória, in “O processo constitucional em Marcha”, organizado por Pellegrini Grinover, São Paulo, Max Limonad, 1985, Introdução, p. 11.

(36) Cappelletti, Formazioni, cit., págs. 397/398; Vigoriti, Interessi cit., págs. 278/280. No volume de Vigoriti vem reproduzida na íntegra a decisão da Corte Suprema sobre o caso Eisen (págs. 291/306).

9 – De primordial importância, na análise das garantias constitucionais do processo nas ações coletivas, é o regime da coisa julgada. E isso porque, de um lado, a própria configuração das ações ideológicas exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da coisa julgada “ultra partes”⁽³⁷⁾; e, de outro lado, a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao contraditório e à defesa, na medida em que o terceiro, juridicamente prejudicado, deve poder opor-se à sentença proferida “inter alios”, exatamente porque não lhe foi dado participar da relação jurídico-processual⁽³⁸⁾.

Mas, no regime da coisa julgada, é preciso distinguir. Em primeiro lugar, diverso é o tratamento com relação aos interesses denominados “coletivos” e aos interesses “difusos” propriamente ditos⁽³⁹⁾. Nos primeiros, a autoridade da sentença fica necessariamente restrita aos componentes do grupo, perfeitamente identificáveis; e o portador dos interesses, legitimado à ação, age naturalmente dentro de limites mais circunscritos. É mais fácil, então, utilizar certas técnicas tradicionais, pelas quais os co-titulares são representados ou processualmente

(37) Referimo-nos aqui, à extensão “ultra partes” da própria coisa julgada, como qualidade da sentença e de seus efeitos (a imutabilidade); não à eficácia natural da sentença que atua “erga omnes”, mas à qual o terceiro juridicamente prejudicado pode opor-se: é a distinção magistralmente traçada por Liebman (Efficacia e autorità della sentenza, Milão, 1935, republicada em 1962) e acolhida de modo praticamente unânime pela doutrina brasileira (Pellegrini Grinover, Notas à 2ª edição brasileira da Eficácia e autoridade da sentença de Liebman, Rio de Janeiro, Forense, 1981; ver também, da Autora, Eficácia e autoridade da sentença penal, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978). Com relação à extensão da coisa julgada “ultra partes”, nas ações em defesa dos interesses difusos, v., por todos, Cappelletti, Formazioni sociali cit., págs. 394/401; Denti, Le azioni a tutela di interessi collettivi, in Riv. dir. proc., 1974, págs. 546/549 e Aspetti processuali della tutela dell’ambiente, in “La responsabilità dell’impresa per i danni all’ambiente e ai consumatori”. Giuffrè, Milão, 1978, p. 66.

(38) V., recentemente, reportando-se à lição de Liebman, Pellegrini Grinover, Eficácia e autoridade cit., p. 61 e Monteleone, I limiti soggettivi del giudicato civile, Pádua, Cedam, 1978, p. 162. Por último, no mesmo sentido, embora adotando linha diversa, Luiso, Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi, Milão, Giuffrè, 1981, págs. 3 e 7.

(39) V. supra, nº 6.

substituídos pela pessoa ou ente legitimado à ação⁽⁴⁰⁾, havendo ordenamentos que possibilitam a exclusão do processo de quem não deseje submeter-se à coisa julgada⁽⁴¹⁾.

Já quando se trata de interesses difusos propriamente ditos, diversa é a dimensão do problema, na medida em que a impossibilidade prática de se determinarem os titulares dos interesses torna mais aguda a necessidade de extensão da coisa julgada “erga omnes”. Mas aqui o vem a pelo a na segunda distinção⁽⁴²⁾.

10 – É que a pretensão de tutela dos interesses difusos pode ter natureza diversa, visando à sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória. Esta, por sua vez, pode consistir em condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou no pagamento de indenização.

Tratando-se de sentença meramente declaratória ou constitutiva⁽⁴³⁾ ou

(40) É a técnica utilizada, nos sistemas de “civil law”, para a declaração de nulidade das assembléias societárias, ou para responsabilizar diretores pelos atos nocivos ao patrimônio social; no condomínio, para que qualquer condômino aja contra outro, em mora nas contribuições; na família, para a tutela dos interesses comuns, como na anulação do casamento e na interdição. Situações semelhantes ocorrem quando o sindicato é legitimado à ação coletiva trabalhista ou, para certas associações profissionais, quanto à legitimação para a defesa dos interesses dos associados. Trata-se, às vezes, de legitimação ordinária e outras, de extraordinária: Barbosa Moreira, *A ação popular cit.*, págs. 111/112.

(41) É a técnica das “class actions”, ao menos para certas controvérsias: Federal Rules of Civil Procedure de 1966, Rule 23, “c”, 2 e “c”, 3 (Ver, sobre o assunto, Vigoriti, *Interessi collettivi cit.*, págs. 282/283). No Brasil a solução foi proposta pelo Projeto de lei nº 3987/84, de autoria do Deputado Pratini de Moraes, não transformado em lei.

(42) V. *supra*, nº 7.

(43) Como exemplo, lembre-se a ação popular constitucional brasileira, que visa à anulação ou à declaração da nulidade dos atos da administração, com legitimação ativa do cidadão no gozo dos direitos políticos (art. 153 § 31 Const. e lei nº 4717, de 26 de junho de 1965). A ação vem sendo utilizada com freqüência para a tutela de interesses difusos ligados ao meio ambiente e a bens de valor artístico, estético, histórico e turístico: v. Barbosa Moreira, *A ação popular cit.*; Pellegrini Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro*, in “Tutela dos interesses difusos” *cit.*, p. 180 e ss. (o estudo, inicialmente redigido em italiano, foi publicado pela *riv. trim. dir. proc. civ. de 1984: na versão italiana, v. p. 68 e ss.*)

ainda de sentença que condene à obrigação de fazer ou não fazer⁽⁴⁴⁾, a solução utilizada é, via de regra, a da coisa julgada “*erga omnes*”⁽⁴⁵⁾, temperada por vezes pelo princípio da extensão “*secundum eventum litis*”⁽⁴⁶⁾. Não se desconhecem os argumentos que se levantam contra a coisa julgada “*secundum eventum litis*”, quando a fórmula seja utilizada apenas para os casos de acolhimento da demanda, nas ações que versem sobre bens indivisíveis⁽⁴⁷⁾. Melhor parece a solução do direito brasileiro: a autoridade da coisa julgada vale “*erga omnes*”, quer em caso de acolhimento, quer no de rejeição do pedido, pelo mérito. Mas, se improcedente a demanda por insuficiência de provas, simples-

(44) Mencionem-se os exemplos da “Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb” da Alemanha federal (lei 21 de julho de 1965) contra atos de concorrência desleal; da “Loi Royer” francesa (lei 27 de dezembro de 1973) de proteção dos consumidores; da recente lei brasileira nº 7347, de 24 de julho de 1985, em defesa do ambiente (em sentido lato) e do consumidor (supra, nota 27).

(45) Ver supra, nota 37, principalmente parte final.

(46) A necessária reestruturação dos esquemas processuais, indispensável à tutela jurisdicional dos interesses difusos, também exige a revisão das posições clássicas contrárias à coisa julgada “*secundum eventum litis*”: (v., entre tantos, Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, Nápoles, 1923, p. 924; E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª edição, Foro it., roma, 1936, p. 603 e p. 619, nota 58; Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milão, Giuffrè, ed. de 1960, p. 12 (nota 10) e p. 58 (nota 47). Aliás, já Allorio observava que o princípio não merecia as críticas que lhe eram movidas, embora reconhecesse que as exceções à proibição deveriam resultar da lei (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milão, 1935, p. 272). Mais recentemente, G. Pugliese preconiza que a extensão do julgado “*secundum eventum litis*” seja tomado em séria consideração (*Giudicato civile (dir. vigente)*, in. *Enc. dir.*, vol XVIII, Giuffrè, Milão, 1969, p. 889). Assim também Carpi (*L’efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 347 ss. com nota 128).

(47) Denti afirma que a solução do julgado “*secundum eventum litis*” seria consentânea com as técnicas do ordenamento italiano, mas inadequada a esse tipo de ação (“*Aspetti processuali cit.*”, p. 66). No mesmo sentido Luiso, *Principio del contraddittorio cit.*, p. 210, nota 319. Vigoriti observa que a não oponibilidade a terceiros da coisa julgada negativa não só frustra a necessidade de uniformidade da cognição a respeito do interesse coletivo, mas ainda impõe ônus excessivo ao réu, obrigado a repetir sua defesa, sem poder opor a eficácia de um julgado favorável (*Interessi collettivi cit.*, p. 112). Contra a fórmula da coisa julgada “*erga omnes*”, só “*in utilibus*”, v. no Brasil, entre todos, Barbosa Moreira. A ação popular *cit.*, p. 122/123, apontando a falha denunciada por Schwab, e que pode levar a coisas julgadas contraditórias (a primeira, negativa para um co-legitimado; a segunda, se procedente a ação, com eficácia “*erga omnes*”, abrangendo também o primeiro, que perdeu a demanda).

mente não haverá coisa julgada, podendo a ação ser renovada, ainda que com idêntico fundamento, desde que baseada em novas provas⁽⁴⁸⁾.

Com relação à ação que tenda a uma sentença condenatória à indenização, cremos que a mesma solução pode ser adotada tranqüilamente quando se trate da reparação pelo dano indivisível⁽⁴⁹⁾.

11 – Mas maiores cautelas deverão ser tomadas em ações coletivas que visem à reparação pelos danos pessoalmente sofridos⁽⁵⁰⁾. Aqui, o julgado negativo, que se opusesse a quem não foi parte na causa, viria ferir mais fundo as situações jurídicas substanciais que o direito tutela⁽⁵¹⁾. Ademais, os inconvenientes da coisa julgada “ultra partes”, só quando favorável o julgado⁽⁵²⁾, seriam reduzidas, porquanto a legitimação à ação coletiva poderia ser deferida apenas a entes públicos e associações representativas, ficando aberta a possibilidade de ações posteriores, em caso de derrota, apenas às pessoas físicas, em caráter individual. E, de qualquer modo, a se deixar as coisas como estão, a coisa julgada ficaria da mesma forma limitada às partes, não eliminando a possibilidade de inúmeras demandas sucessivas contra o mesmo réu.

Na reconhecida impossibilidade de assegurar a efetiva informação e a

(48) É a inteligente solução da lei da ação popular, apoiada pela doutrina mais recente (Barbosa Moreira, *A ação popular cit.*, p. 123; Pellegrini Grinover, *A tutela jurisdiccional cit.*, p. 181) e agora adotada pela lei 7347, de 24 de julho de 1985 (*supra*, nota 27, primeira parte). O XI Congresso Argentino de Direito Processual (La Plata, 1981) aprovou sugestão que substancialmente adota a do legislador brasileiro: *Rev. Col. Abog. de La Plata*, nº 41, p. 197, conclusão nº 5.

(49) Para a distinção, *v. supra*, nº 7. A técnica é expressamente acolhida também para a ação condenatória à reparação do dano coletivo pela lei brasileira 7347, de 24 de julho de 1985, referida na nota *supra*.

(50) *Supra*, nº 7. A solução processual da “civil law”, para este tipo de ação, poderia ser o da condenação genérica, limitada à fixação da responsabilidade pelos prejuízos ocasionados, com as sucessivas ações individuais para a prova do dano e de seu montante.

(51) Aliás, era esta a hipótese do caso Eisen (*supra*, nº 8), cujo precedente, segundo Vigoriti, não se estende a ações que não tenham caráter indenizatório (*Interessi collettivi cit.*, p. 279, nota 47).

(52) *Supra*, nota 47.

oportunidade de intervenção aos diversos titulares de direitos e interesses⁽⁵³⁾, o certo é que cada vez mais se acentua a tendência para a extensão da coisa julgada somente para favorecer os terceiros, como se verifica pela recente lei da Alemanha Federal sobre as cláusulas gerais dos contratos^(53a).

E recentemente a doutrina italiana tem sustentado que os casos expressos de coisa julgada “*secundum eventum litis*” não representam exceções taxativas, mas sim a expressão de um princípio geral aplicável em casos análogos^(53b).

12 – Seja como for, nas ações coletivas há uma profunda correlação entre o regime da coisa julgada e a legitimação para a causa. E até mesmo a constitucionalidade do julgado “*ultra partes*” depende dos esquemas de legitimação.

A análise do problema mostra, entre as soluções possíveis, as seguintes: 1) legitimação concorrente a qualquer dos co-titulares, que pode agir em juízo, na tutela do interesse comum, isoladamente ou em litisconsórcio; 2) legitimação de alguns portadores dos interesses difusos, como as formações sociais, cujos objetivos institucionais coincidam com os interesses a serem tutelados; 3) legitimação de órgãos estatais, dentre eles o Ministério Público⁽⁵⁴⁾.

É certo que todas essas alternativas, isoladamente consideradas, apresentam vantagens e desvantagens, de modo que freqüentemente se esboçam soluções compostas, articuladas e flexíveis capazes de levar à adequada tutela dos interesses difusos, pela combinação de critérios diversos⁽⁵⁵⁾. Mas a verdade é que cada vez mais se empreendem esforços no sentido de buscar, no portador dos interesses comuns legitimado à ação, garantias de seriedade e eficiência,

(53) Sobre o problema da informação, nas “*class actions*”, v. Vigoriti, op. cit., p. 277 segs.

(53a) V. De Nova, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 107 ss.

(53b) V. Carpi, op. cit., p. 348; Costantino, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua, Cedam, 1976, p. 235; Denti, *Valori costituzionali cit.*, p. 457/459.

(54) Proto Pisani, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile*, in “*Le azioni a tutela di interessi collettivi*”, Cedam, Pádua, 1976, p. 274. Vigoriti, embora partindo de critério diverso, chega praticamente ao mesmo esquema (*Interessi collettivi cit.*, p. 105 e ss.).

(55) Cappelletti, *Formazioni sociali cit.*, p. 383.

para que a “representação” do conjunto de interessados se faça de maneira “adequada”⁽⁵⁶⁾. E é justamente na óptica da “representatividade adequada” que podem ser resolvidos os problemas constitucionais da informação e dos limites subjetivos da coisa julgada, nas ações coletivas.

13 – Com efeito, a cláusula da “representatividade adequada” tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria⁽⁵⁷⁾.

Por ela, a parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, “representando” concretamente o grupo titular do interesse, que terá exercido seus direitos processuais, através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao “representante”⁽⁵⁸⁾. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente “ultra partes”, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, mas configuraria antes um novo conceito de “representação substancial e processual”, adaptado às novas exigências emergentes na sociedade⁽⁵⁹⁾.

É certo que na “common law” a existência da “adequacy of representation” é analisada caso por caso pelo juiz, que poderá verificar se houve a “fair notice” do processo e se a defesa dos interesses da categoria foi desenvolvida com os necessários cuidados. mas, como já se notou⁽⁶⁰⁾, os ordenamentos da

(56) A fórmula “representatividade adequada” é de origem norte-americana (Federal Rules of Civil Procedure de 1966, Rule nº 23 “a”. com a exigência de que “the representative parties will fairly and adquatily protect the interest of the class”). Não é preciso dizer que o termo “representação” não tem aqui o sentido técnico-jurídico que lhe atribui o sistema da “civil law”.

(57) V. Vigoriti, *Interessi collettivi cit.*, p. 271 e ss.

(58) Cappelletti, *Formazioni sociali cit.*, p. 399.

(59) Assim Monteleone, *I limiti soggettivi cit.*, págs. 177/178.

(60) V. Capri, *L’efficacia, “ultra partes” della sentenza civile*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 123 e ss. No mesmo sentido, Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le “class actions”*, *Riv. dir. proc.*, 1969, págs. 635/636.

“civil law”, ainda que com técnicas diversas, poderiam extrair do sistema norte-americano elementos úteis à solução do problema. E a idéia já vem acolhida em via legislativa⁽⁶¹⁾.

14 – O que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição “ex post” ao julgado de terceiros que permaneceram estranhos ao juízo⁽⁶²⁾, coaduna-se com elas a idéia de “representatividade adequada” dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo de entidades exponenciais⁽⁶³⁾.

E hoje, a orientação dominante é francamente no sentido de que não há incompatibilidade entre o “devido processo legal” e as técnicas das ações coletivas para a tutela dos interesses difusos⁽⁶⁴⁾. Reconhece-se até mesmo coincidência e complementariedade entre o interesse individual e o social⁽⁶⁵⁾. E, a nosso ver, também entre o processo constitucional e as modernas exigências de efetiva tutela jurisdicional dos interesses emergentes na sociedade de massa⁽⁶⁶⁾.

(61) V., por exemplo, a Lei Royer francesa (supra, nota 44) que, nos arts. 45 e 46 – combinados com o decreto de 17 de maio de 1974 – fixa certos requisitos para garantir a representatividade das associações legitimadas às ações para a defesa do consumidor (v. De Vita, *La tutela giurisdizionale cit.*, págs. 382/383). Também no Brasil, a recente lei 7347, de 24 de julho de 1985 (supra, nota 27), exige das associações requisitos que nada mais indicam do que a busca da representatividade (art. 5º). Mais longe ia o Projeto 3034/1984, (de autoria de Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e da autora destas linhas) e do qual se originou a nova lei: combinando critérios próprios da “civil law” e da “common law”, confiávamos ao juiz o exame da adequação e da capacidade das associações, sendo a constituição prévia e os objetivos institucionais simples dados a serem tomados na devida consideração: ver da autora “Ações coletivas cit.”

(62) Cf. Monteleone, *I limiti soggettivi cit.*, p. 168.

(63) Sobre a importância das formações sociais e dos corpos intermediários para a defesa dos interesses difusos, ao lado de sua relevância para o modelo participativo, v. Capelletti, *Formazioni sociali cit.*, p. 398 e ss.; Pellegrini Grinover, *A problemática cit.*, págs. 32/33.

(64) Cf. Vigoriti, *Interessi collettivi cit.*, p. 272, com jurisprudência norte-americana in nota 31.

(65) Monteleone, *I limiti soggettivi cit.*, págs. 176/177.

(66) Supra, nº 1 e nº 2.

15 – Claro que tudo depende, em última análise, de rigorosos controles sobre a “representatividade adequada”, instituídos pela lei; e ainda, quando se trate de ações para a tutela de interesses difusos divisíveis⁽⁶⁷⁾, da efetiva informação e da possibilidade de intervenção asseguradas concretamente aos interessados ou até mesmo da extensão da coisa julgada “ultra partes”, só para favorecer indivíduos pessoalmente lesados⁽⁶⁸⁾. Sem jamais perder de vista, portanto, o justo ponto de equilíbrio entre as novas exigências de tutela e o direito de defesa⁽⁶⁹⁾.

Trata-se, pois, de examinar as clássicas garantias constitucionais à luz dos novos conflitos e de reestruturá-las, numa dimensão social⁽⁷⁰⁾. De dar-lhes aplicação numa amplitude ainda maior. De lutar por sua permanência e seu vigor, ajustando-as aos interesses de massa. Para que o processo, com suas garantias constitucionais, possa servir de instrumento à efetiva realização dos direitos, assim como eles se apresentam na sociedade contemporânea.

(67) *Supra*, n.º 7.

(68) *Supra*, n.º 11.

(69) Proto Pisani, *Appunti preliminari cit.*, p. 815; Taruffo, *I limiti soggettivi cit.*, p. 617.

(70) Cappelletti fala em “garantismo social ou coletivo”, em substituição ao “garantismo processual de marca individualista”: *Formazioni sociali cit.*, págs. 398/399.

A Realidade Política e o Ensino Jurídico

José Eduardo Faria

Professor Associado do Departamento de
Filosofia e Teoria Geral do Direito da
Faculdade de Direito da USP

RESUMO: O ensino jurídico no Brasil, do modo como se encontra tradicionalmente organizado e praticado, passou a sofrer grandes críticas ao longo destes últimos anos. Este artigo identifica e avalia essas críticas, examinando como os conceitos de educação, sociedade e Estado normalmente são definidos pelos professores e transmitidos aos alunos. O texto também analisa o atual universo conceitual nas faculdades de direito e suas matrizes ideológicas, as transformações verificadas na função social dos juristas e, por fim, as relações entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos sociais, por um lado, e entre o direito positivo e as construções científicas, por outro.

ABSTRACT: The forms in which the teaching of law is at present conducted in Brazil are being increasingly, and contested. This article aims to suggest the reasons for this contestation, on the basis of an analysis of the following: the mode in which the concepts of education, society and the state are defined and transmitted to the students; the transformations which have occurred in the social function of jurists; and, in addition, the relations between juridical and social phenomena, and, on the other side, between positive law and theoretical models. This analysis, oriented by a conception of the social functions of law as a mechanism for the dispersal of contradictions, is followed by a proposal in favour of a reduction in the emphasis given to jurisprudence, and the development of an organic, flexible and interdisciplinary approach to the teaching of law, given that, in present-day societies, the State is obliged to practice a diversification of juridical forms and of the normative and institutional structure in which they operate.

“Durante o aprendizado nas faculdades de direito somos levados a assumir uma atitude meramente passiva quanto ao mundo em que nos cerca. O nosso papel enquanto futuros advogados, enquanto futuros profissionais do direito

José Eduardo Faria é professor-adjunto do Depto. de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. Este artigo é o resumo de dois itens de um relatório apresentado à Comissão de Ensino da FD-USP sobre a reorganização do curso de graduação em direito.

sequer é mencionado, resumindo-se nossos cursos à interpretação e absorção pura e simples das normas vigentes. É a priorização da dogmática que impede uma maior conscientização do estudante quanto à sua missão social, na medida em que a pesquisa científica voltada para temas jurídicos não recebe qualquer estímulo”.

Essa crítica ao ensino jurídico hoje vigente no País foi feita há poucos anos por um grupo de jovens que, ao diplomar-se na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, decidiu formar um “gabinete de assessoria jurídica” voltado tanto à formação de advogados politicamente militantes quanto à defesa dos interesses dos sindicatos trabalhistas, das associações de bairros e das organizações populares no Recife. Tal crítica ao caráter dogmático do curso de bacharelado e tal prática partidário-ideológica do direito não são um fenômeno isolado. No mesmo período, um antigo aluno da pós-graduação da USP, e hoje um dos principais advogados paulistas no combate aos estelionatos do sistema financeiro e aos criminosos de colarinho branco, fazia estas observações num de seus trabalhos acadêmicos:

“O ensino do direito tal como está posto favorece o imobilismo de alunos e professores. Em esforço de renovação, uns atingem o grau de doutrinadores e o prestígio da cadeira universitária. Outros, além do mítico título de “doutor”, obtêm a habilitação profissional que lhes permite viver de um trabalho não-brasal. A tarefa do ensino para o aluno é cumprida nestes termos: aprendido o “abc” do processo e do direito civil, já está ele habilitado a viver de inventários e cobranças em maior indagação. Ora, o jurista formado para esta função perde combatividade, sua crítica, sua consciência do papel social do direito. É claro que este operário anônimo do direito é necessário, mas por que deve ser inconsciente? O jurista, convém lembrar, não é apenas advogado: é, também, o juiz que faz parte de um dos poderes políticos do Estado, o Judiciário. Assim, o jurista ocupa a posição de juiz, mas sua preocupação política não terá subido muito mais que a do homem comum, em contraste com a do homem de governo. A alienação do jurista, deste modo, colabora também na supressão das garantias de direitos. É que o centro de equilíbrio social (ou de legitimação) é colocado na eficiência, não no bem do homem. Começa-se a falar num bem comum que só existe nas estatísticas dos planejadores, mas que a pobreza dos centros urbanos desmente. E, em nome desse bem-comum, alcançável pela eficiência, sacrificam-se alguns valores que talvez não fosse inútil preservar”.

A menção do juiz, chamando atenção para as implicações políticas de sua função arbitral, também não é gratuita nem se constitui, igualmente, numa opinião isolada. Ela vai de encontro, por exemplo, a um importante e relativamente recente depoimento de um magistrado – não um início de carreira, mas já com o *status* de desembargador de um Tribunal de Justiça localizado numa região explosiva, na qual se destacam grandes conflitos em torno do direito de propriedade rural. O que nos diz de inédito esse depoimento?

“para bem interpretar a lei, o juiz não pode ser formalista, dogmático, apegado a formas legais. Interpretar, significa sensibilidade social e postura crítica, além do saber jurídico e dos conhecimentos científicos de que o julgador necessita. Através da visão dialética, eminentemente crítica, o juiz coloca-se dentro da realidade social e identifica as forças que produzem o direito, para estabelecer a relação entre o direito e a sociedade. Nessa postura, o juiz pode e deve questionar a própria legitimidade da norma, para adequá-la à realidade social. (...) “Comprovado que o direito não é neutro; que a norma legal nem sempre é o ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes; que o poder muitas vezes atua em benefício de uns e em detrimento de muitos; que, no Brasil, a maioria constituída das classes trabalhadoras está marginalizada e não tem acesso aos bens da produção – em suma, que a ordem legal é injusta e opressora –, em que consiste a prática libertadora do advogado e função de seu compromisso político? (...). O compromisso político refere-se aos atos da vida pública e particular, e não à atividade política e profissional em si (...). A missão profética do advogado está a nos assegurar que ele é um agente transformador da sociedade, porque a ele é dado denunciar o erro, a injustiça e a opressão; bem como a anunciar a verdade, a justiça e a liberdade (...). Tal postura implica o rompimento com a justiça formal, positivista, baseada no sistema fechado do universo normativo e que ignora as pungentes contradições da vida” (1).

Embora essas afirmações sejam polêmicas, é impossível negá-las como um fato cada vez mais presente em nossa experiência jurídica. A par de suas implicações ideológicas, elas revelam a dificuldade enfrentada pelos juristas de ter de retomar, em novos termos, o velho dilema “hamletiano” do direito, no sentido de pretender ser técnica e ciência ao mesmo tempo. Ou seja: tais depoimentos mostram que não mais se deve confinar o ensino jurídico aos limites estreitos e formalistas de uma estrutura curricular excessivamente dogmática, na qual a autoridade do professor representa a autoridade da lei e o tom da aula magistral permite ao aluno adaptar-se à linguagem da autoridade. Não se trata, é óbvio, de desprezar o conhecimento jurídico especializado, porém de conciliá-lo com um saber genético sobre a produção, a função e as condições de aplicação do direito positivo.

Tal conciliação está a exigir dos cursos jurídicos uma reflexão multidisciplinar capaz de (a) desvendar as relações sociais subjacentes quer às normas quer às relações jurídicas, e (b) fornecer aos estudantes não só métodos de trabalho mais estimulantes e eficazes, mas, igualmente, disciplinas novas e/ou reformuladas. É o caso, por exemplo, da inserção do estudo do direito nas ciên-

(1) Cf. Shelma Lombardi de Kato, in “Revista dos Tribunais”, São Paulo, nº 589, novembro de 1984.

cias sociais, de maior ênfase à História do Direito, da introdução de Metodologia do Ensino Jurídico e Metodologia do Ensino do Direito como matérias obrigatórias, da revalorização da Filosofia do Direito, especialmente na parte relativa à hermenêutica jurídica, e da análise adensada das relações de natureza complexa (conflitos do tipo “capital x trabalho”; “governo x comunidade”; “produtores x consumidores”). Não se trata de agregar de modo a-sistemático mais disciplinas a um currículo já sobrecarregado, mas de resgatar a própria organicidade do curso. Entre outras razões porque o desafio de um ensino formativo e inter-disciplinar não se limita ao mero relacionamento do direito com a economia, a sociologia, e a ciência política, sendo indispensável valorizar o estudo do direito num marco teórico em condições de oferecer uma perspectiva e crítica dos institutos jurídicos e das relações sócio-econômicas que lhes deram origem e função.

Como efetuar tais mudanças? Como evitar erros recentes, cometidos pelas comissões do MEC e da OAB nos anos 70, em cujo âmbito muito se falou a respeito da necessidade de uma nova abordagem do direito, limitando as inovações, contudo, a pequenas alterações de carga horária, a desdobramentos de matérias dogmáticas em disciplinas muito técnicas e de interesse muitas vezes restrito? Como impedir que o curso jurídico se limite somente a informar o corpo discente sobre o estado atual da jurisprudência, não o estimulando a identificar e discutir os diferentes modos por meio dos quais vão surgindo esquemas inéditos para problemas não previstos nem pela doutrina nem pelos tribunais? A meu ver, tais mudanças somente poderão ser efetuadas com um mínimo de rigor metodológico se, a partir de uma reflexão mais cuidadosa em torno do tipo de direito ensinado em nossas escolas, formos capazes de discutir sem preconceitos ideológicos a função social do jurista, o caráter instrumental da dogmática jurídica e as influências ideológicas na formação do conhecimento jurídico.

Nessa linha, façamos um rápido exame das diretrizes do atual curso de bacharelado no país, tomando como ponto de referência as “faculdades-padrão”, como a FD-USP. Minha primeira tese é a de que a “Ciência do Direito” hoje tida como válida na maioria absoluta de nossos cursos jurídicos não constitui um discurso homogêneo. Pelo contrário, ele reflete a utilização simultânea de vários paradigmas de ciência, os quais são ensinados aos alunos sob o vago e ambíguo rótulo de “humanismo”. A idéia de paradigma tem aqui um significado bastante preciso ⁽²⁾, implicando uma teoria básica, uma matriz disciplinar

(2) Cf. Thomas Kuhn, “The structures of scientific revolutions”, Chicago, Chicago University Press, 1970; Boaventura dos Santos, “Da sociologia da ciência à política científica” Coimbra, Boletim da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1977; e José Eduardo Faria “Eficácia Jurídica e violência simbólica”, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

e algumas aplicações exemplares, aceitas pelos cientistas ao ponto de suspende-rem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas.

Deste modo, os paradigmas acabam estabelecendo o sentido do limite e o limite do sentido das atividades científicas, de forma que o interesse da ciência se voltaria tanto à resolução dos problemas e à eliminação das incongruências segundo os esquemas teóricos e metodológicos aceitos quanto a uma extensão a questões originariamente não tematizadas no âmbito da aplicação do paradigma. Como tais esquemas teóricos e metodológicos terminam por impor quer a definição dos problemas quer a organização das estratégias da resolução, as discussões no âmbito das ciências “desenvolvidas” e “maduras” correm o risco de se transformarem em “puzzles” – isto é, enígmias com um número limitado de peças que o cientista, à imagem de um jogador de xadrez, vai movendo até encontrar a solução final.

Tal solução, como ocorre nos enígmias, muitas vezes é conhecida antecipadamente – o que se desconhece, na verdade, são apenas os pormenores de seu conteúdo e do processo para atingir. Isto significa que o paradigma adquirido pelo cientista, no decorrer de sua formação profissional, fornece-lhe as “regras do jogo”, descreve-lhe as “peças” com que deve jogar e, por fim, indica-lhe a natureza do resultado a se chegar. Portanto, caso o cientista venha a fracassar nas primeiras tentativas, seus equívocos e dificuldades poderão ser seguramente imputados somente ao seu despreparo e sua inabilidade. As regras fornecidas pelo paradigma jamais são postas em causa – mesmo porque, na ausência delas, não existiria sequer o próprio enigma.

Alguns dos paradigmas hoje prevalentes em nossos cursos jurídicos são decorrentes de uma cultura tradicional que iniciou seu processo de decadência a partir da expansão industrial dos anos 50. Eles estão ainda associados a um positivismo transcendente, de acordo com o qual o direito positivo é postulado como um direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os primeiros valores naturais que se deveria preservar. Encarando o direito como um objeto ético, algo que indivíduo encontra na sociedade e por ele se rege, e dando ao ensino um enfoque generalista, privilegiam-se aqui questões relativas à justiça, à legitimidade e aos vínculos entre direito e moral. Outros paradigmas, estes consolidados no decorrer da modernização sócio-econômica do país, estão vinculados ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana. Eles consideram o Estado como fonte central de todo o direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de “completude” despreza como “metajurídicas” todas as indagações de natureza social, política e econômica. Esta abordagem implica a concepção da cultura jurídica como simples repertório de dogmas, propiciando a formulação da “dogmática jurídica” como um mero conjunto de normas. No âmbito da dogmática, em

síntese, a preocupação central é a subsunção do fato à previsão legal (tipicidade), valorizando-se os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando-se as questões da legalidade, da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas, da eliminação de antinomias etc.

Embora ambos os paradigmas sejam encontrados em nossas faculdades de direito, eles não se situam numa posição de igualdade – o que nem sempre é percebido à primeira vista, face a permanente ambigüidade das relações do saber jurídico com o social, ambigüidade essa obscurecida pelo ideal monolítico de uma ciência do direito hegemônica. No conflito histórico entre esses dois paradigmas, cada vez mais o positivismo normativista vai invadindo o espaço ocupado pelo positivismo transcendente, incorporando-o apenas com o objetivo de utilizá-lo de maneira estereotipada como justificativa retórica da legitimidade de seus pressupostos lógicos e de suas prescrições formais. Em outras palavras, à medida que o positivismo normativista avança tanto em nossas faculdades de direito quanto no próprio universo profissional dos juristas, no limite – ele se vale de uma vulgata jusnaturalista – expressa sob a forma da defesa de um vago e ambíguo “humanismo” – para invocar a validade de sua função social.

Esse processo de “apropriação” de um paradigma pelo outro é bastante sutil. Ele decorre do progressivo consenso dos juristas em torno não propriamente de uma mesma teoria geral do direito, mas sim da vontade de se eliminar a discussão de questões básicas sobre o objeto e o saber jurídico, como via para maior concentração das atividades ditas “científicas” na sua tarefa específica de construção sistemática. Ao estabelecer o consenso em torno do monopólio da força assumida pelo Estado e ao condicionar os modos de pensar dos juristas, o positivismo normativista tende assim a se constituir no que Kuhn chama de “ciência madura”: o momento em que o único paradigma atinge sua plenitude e seu apogeu, impedindo os cientistas de tomar parte de discussões intermináveis acerca dos pressupostos fundamentais, enfrentando problemas “improdutivos” ou “insolúveis” e polemizando com os “dissidentes” ou “contestadores”.

A “ciência madura” redefine os problemas e as incongruências até então sem resposta, fornecendo-lhes soluções convincentes e estabelecendo as condições de cientificidade do conhecimento produzido no seu âmbito. Enquanto as “ciências imaturas” são as não consolidadas, coexistindo com diferentes modos de atendimento do trabalho científico, todos sem condições de reivindicar para si, de maneira excludente, o monopólio do tipo de saber dotado de autoridade própria e capaz de servir como base para o progresso da ciência, as “ciências maduras” são aquelas cujos princípios e regras em hipótese alguma são postas em causa, exprimindo uma profunda adesão dos cientistas ao paradigma. Como a crença é a de que os problemas fundamentais foram definitivamente resolvidos pelo paradigma, as “ciências maduras” inexoravelmente tendem a cristali-

zar-se sobre si mesmas, privilegiando a investigação rotineira e burocratizada e entreabrindo uma situação de resistência às mudanças ou às críticas e de isolamento disciplinar. No limite, pois, a “maturidade” da ciência se converte em sinônimo de recusa ao avanço, às inovações, à criatividade e mesmo às críticas. Entre as conseqüências fundamentais da progressiva hegemonia do positivismo normativista, enquanto princípio paradigmático constitutivo dos cursos jurídicos do país, está a de que o direito pode ser todo ensinado se forem transmitidas as premissas básicas do sistema. As funções criativas e especulativas são relegadas à categoria de matérias introdutórias, cuja função é menos a de “**formar**” os alunos e mais de informá-los de maneira estereotipada e padronizada sobre a linguagem necessária ao aprendizado da dogmática. À teoria do Estado, por exemplo, caberia a responsabilidade de fornecer os “topoi” do direito público; à economia, os “topoi” para o direito comercial; ao direito romano, os “topoi” do direito privado, etc. À medida que as matérias “introdutórias” revelam-se incapazes de dar organicidade ao curso, o elenco de disciplinas assim estudado faz com que o direito apareça para o estudante como uma série de dados sem vinculação entre si. Além do mais, os institutos jurídicos não são apresentados com referência aos problemas concretos que os geraram, mas sim como soluções definitivas em conformidade com as leis vigentes.

Trata-se, em suma, apenas de transmitir uma informação de caráter meramente instrumental – o conjunto dos dogmas do direito, que abrirá as portas de todas as câmaras do “kafkiniano” castelo legal. Mas uma informação truncada e descontínua, uma vez que o ordenamento jurídico é apreendido somente em suas partes constitutivas, sem uma visão orgânica do conjunto e sem que a maioria dos alunos tenha uma concepção global do que ocorre. Com o passar do tempo, portanto, a ausência de raciocínio crítico e problematizante termina por cristalizar e esclerosar um conhecimento jurídico crescentemente setorializado em múltiplas áreas de especialização, impedindo por completo sua adaptação às novas situações sociais.

“Como saber de autoridade, afirma um crítico do positivismo normativista, a ciência jurídica reproduz em sua estrutura interna as exigências próprias de sua função na sociedade. Sua dimensão essencialmente prática, dirigida ao controle social, à integração dos conflitos que à distribuição de autoridade, reflete-se internamente num fortalecimento da função autoritária de seu paradigma e matrizes disciplinares. Os resultados da ciência jurídica são, além de produtos da comunidade científica, instâncias portadoras de uma pretensão de **vinculatoriedade** com relação à comunidade política. Na medida em que a teoria positivista do ordenamento supõe os postulados da plenitude hermética, produz-se uma redução à unidade de todas as autoridades possíveis, com a conseqüente determinação de uma via também única de indicação e prescrição. A função so-

cial do direito condiciona, assim, a natureza e as funções do paradigma científico hegemônico”⁽³⁾.

Decorre daí inflexibilidade e a imobilidade da estrutura atual dos cursos jurídicos, em nome da segurança da lei, condenando os estudantes a uma (in)formação burocrática e algo subserviente, incapaz de perceber e captar os novos pontos de conflito e tensão social, mas capaz de versar o bacharel em retórica e prolixidades. Isso sem falar no fato de que as obras de base da dogmática jurídica, ainda hoje utilizadas nos cursos de graduação, começaram a ser produzidas a partir da segunda metade do século XIX, na transição do historicismo para o positivismo, estimulada por meio dos trabalhos de Savigny e Ihering, no caso do direito privado, e de Jellinek e Kelsen, no âmbito do direito público – todos, portanto, antes da crise dos anos 30, a qual, como é sabido, deflagra um processo de “publicização” do direito privado e de “administrativização” do direito público, face ao papel cada vez mais regulador do Executivo, esvaziando princípios tradicionais e gerando institutos jurídicos novos e originais.

Desta maneira, as faculdades de direito foram limitadas a simples “escolas de legalidade”, por meio das quais são reproduzidas soluções pré-elaboradas a partir de casos exemplares. Isso permite (a) que se resguarde acriticamente determinadas opiniões tidas como “juízos científicos”, e (b) que, graças a um saber pretensamente “humanista” e supostamente não-ideológico, com a falsa aparência de um conhecimento sistemático e coerente, sejam transmitidas as crenças que sustentam a dogmática jurídica. Ao forjar uma mentalidade estritamente legalista em progressiva contradição com uma realidade crescentemente não-legalista, em cujo âmbito a “racionalidade” material cada vez mais se sobre põe à “racionalidade formal”, esse tipo de “ciência” praticado em nossos cursos de direito reduz o saber normativo a um estereotipado “senso comum teórico dos juristas de ofício”⁽⁴⁾.

(3) “O que outorga à moderna ciência do direito o caráter da dogmática é precisamente o estabelecimento de certos pressupostos de índole diversa, afirmados com uma pretensão de validade prévia a toda justificação estritamente científica (...) Esta afirmação dogmática acompanha e fortalece o processo de institucionalização da ciência e seu conteúdo principal é não tanto o que resulta de seu aspecto afirmativo – a proposta teórica e metodológica da ciência jurídica cultivada pelo historicismo e consolidada pelo positivismo – como seu aspecto negativo – referido no que se exclui do âmbito legítimo da investigação científica”. Cf. Enrique Zuleta Puceiro, “Teoría Jurídica y Crisis de Legitimación”, Buenos Aires, Anuário de Filosofía Política y Jurídica, 1982, pp. 294-296.

4 Cf. Luís Alberto Warat, “El sentido comum teórico”, in **contradogmáticas**, Florianópolis, Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino Jurídico, nº 1, 1981.

Essa expressão traduz um complexo porém contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, pontos de vista hegemônicos e justificações, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais e cristalizadas pelas práticas jurídicas inerentes a esses órgãos. Ao consolidar um conhecimento tendo em vista sua finalidade prática e imediata, instaurando uma racionalidade meramente formal e abrindo espaço para um discurso mítico, o “senso comum teórico” implica uma saturação ideológica no conhecimento do direito, um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas, uma inércia reflexiva, a falta de interesse na reforma social, o conformismo dos satisfeitos, a ausência de crítica por parte tanto de alunos quanto de professores e um impedimento para a mudança da própria problemática jurídica. O “senso comum teórico” não tem, assim, a pretensão de construir um objeto de conhecimento sobre a realidade social; ele visa, apenas, a normatizá-la e justificá-la por meio de um conhecimento padronizado.

Um ensino ao nível do “senso comum teórico”, tal como é praticado entre nós, termina por atribuir significações discutíveis e arbitrarias da realidade social, projetando-as imaginariamente como possíveis e desejáveis, ainda que nem sempre factíveis, plasmando-as em discursos reificantes, a-históricos e com pretensões de generalidade e universalidade. Em vez de apresentar institutos jurídicos como formas de soluções de conflitos com raízes no processo das relações sociais, valoriza-se quase que exclusivamente uma abordagem sistemática e lógico-dedutiva, privilegiando-se o princípio da autoridade – isto é, a opinião dos “preclaros mestres” e “insígnos doutores”, todos citados aos borbotões como pretexto para demonstração de uma erudição sem peso teórico, recheando manuais e livros – isto quando não servindo para engrossar teses acadêmicas de professores pouco criativos e sem inspiração, abrindo caminho para que o “pedantismo da ligeireza” sirva de critério para o prevailecimento, no âmbito do corpo docente, de um tipo modal de mestre acrítico, burocrático e subserviente aos clichês predominantes entre os juristas de ofício.

Mediante tal senso comum teórico produz-se, então, um “circular reasoning”, ou seja: conjunto de discursos aparentemente unitários, porém de cientificidade duvidosa. Estes, provocando certos efeitos de realidade e coerência, conseguem configurar a história de maneira idealizada, com a finalidade de reproduzir formas sociais hegemônicas. Ao buscar a conciliação aparente e retórica das contradições sociais, o “senso comum teórico” projeta-as numa dimensão harmoniosa de relações e esquemas ideais e práticos, homogeneizando valores sociais e jurídicos, silenciando o papel social e histórico do direito, proporcionando os lugares-comuns para o raciocínio jurídico, etc. O problema, no entanto, é que a realidade social, tal como se nos apresenta está longé de ser harmoniosa, linear e progressiva – na verdade, ela é articulada e conformada significativamente por diferenças dialéticas.

Minha segunda tese é a de que os novos objetivos e as eventuais reformas que porventura vierem a ser definidas não podem ser limitadas a uma simples instância didática. De um lado porque, pela sua própria natureza, o ensino do direito jamais deve ser reduzido a um mero elenco de disciplinas de natureza exclusivamente técnica e profissionalizante. De outro porque, como afirmam Passeron e Bourdieu, todo ato pedagógico é um processo de violência simbólica em que se impõe um arbitrário cultural voltado à reprodução de uma determinada estrutura das relações de classe. Conforme suas palavras,

“Toda ação pedagógica é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural. (...) Todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significação e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força”. (...) Todo sistema de ensino institucionalizado deve as características específicas de sua estrutura e de seu funcionamento ao fato de que lhe é preciso produzir e reproduzir, pelos meios próprios da instituição, as condições institucionais cuja existência e persistência (auto-reprodução da instituição). São necessários tanto ao exercício de sua função própria de inculcação quanto à realização de sua função de reprodução de uma arbitrária cultura da qual ele não é o produtor (reprodução cultural) e cuja reprodução contribui à reprodução das relações entre os grupos ou as classes (reprodução social)”⁽⁵⁾.

Isso significa que ensinar o direito é, também, uma forma de se ensinar a encarar e acatar o direito. Ou seja: de aceitar, mediante um sutil processo de dissimulação, reprodução e justificação ideológica, os valores, os conceitos e as categorias que correspondem a uma formação social e política específica. “A neutralidade proclamada relativamente aos credos éticos e políticos, ou mesmo a hostilidade apregoada para com os poderes —escrevem esses autores a respeito da universidade laica e liberal, em cujo âmbito a dogmática jurídica encontrou acolhida privilegiada— torna menos suspeitável a contribuição que o sistema de ensino é o único capaz de prestar à manutenção da ordem estabelecida”. A ilusão de um ensino neutro, concluem, “é tanto mais perniciosa pelo fato de que a recusa ostensiva da função de doutrinação ou, pelo menos, das formas mais declaradas da propaganda política e a instrução cívica pode preencher... uma função ideológica ao dissimular a função da legitimação da ordem social”⁽⁶⁾.

5 Cf. Jean Claude Passeron e Pierre Bourdieu, “A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino”, São Paulo, Francisco Alves, 1975, pp. 19-20 e 24.

6 Idem, *ibidem*, pp. 214-218.

Decorre daí a necessidade de se fortalecer as disciplinas destinadas a propiciar uma análise abrangente e crítica de suas relações com o sistema social existente. Com que objetivo? Com a finalidade de permitir um controle metodológico e epistemológico mais rigoroso do que as faculdades de direito produzem ao pretender ensinar um saber simultaneamente “humanístico” e “profissionalizante”, a fim de que os corpos docente e discente possam recusar o papel de objetos passivos a que têm sido condenados por um conservadorismo pedagógico cujo objetivo maior é o de manter-se intocado ao lado do conservadorismo sócio-econômico e político-jurídico.

Com o fortalecimento dessas disciplinas não se pretende, pois, racionalizar a transmissão de conteúdos dogmáticos, nem criar ilusoriamente a aparência de problematização no âmbito do ensino jurídico, reduzindo o “cases system” a meros “puzzles”. Pretende-se, sim, tanto estimular a discussão sobre as questões determinantes das interpretações jurídicas e das decisões judiciais quanto preparar os estudantes à reflexão e à dúvida metódica. Mesmo porque, se é certo que toda atividade acadêmica e científica pressupõe uma teoria que estabeleça seus parâmetros básicos, e se é correto que quer as teorias quer as técnicas de investigação e de ensino a elas correspondentes vinculam-se às perspectivas sócio-econômicas e político-culturais dos vários grupos sociais, refletindo assim (embora de maneira indireta) seus interesses específicos e extra-científicos, jamais haverá educação nem pesquisa que possam ser consideradas “neutras”. Daí a importância de uma permanente vigilância epistemológica e de uma crítica metodológica capaz de propiciar contra-leituras das normas jurídicas e das próprias doutrinas sobre o direito positivo.

Sem esse tipo de preparação, os estudantes estarão condenados a viver frustrados no universo político jurídico. Em outras palavras, continuarão enfrentando dificuldades para compreender as crescentes relações sociais que não se submetem aos rígidos e esquemáticos padrões pseudos analíticos do “senso comum teórico”. O risco é o de que, a exemplo dos juízes, promotores, procuradores e advogados hoje matriculados por cursos de pós-graduação, eles também terminem por receber somente informações a respeito de institutos jurídicos vinculados a situações e contextos desaparecidos ou em fase de desaparecimento. Conseqüentemente, a terminarem a faculdade, terão a amargura de descobrir o descompasso entre a (in)formação profissional recebida e o universo de conflitos reais, não tendo assim preparo teórico e prático suficientes para reordenar seus conceitos e ajustar-se a uma realidade nova e responsável por inúmeras transformações nas funções do direito. No caso específico da FD-USP, o corpo discente – ao menos seus segmentos mais dinâmicos na graduação e pós-graduação – já começa a se mobilizar para a reivindicação de aulas destinadas a habilitá-los na compreensão das razões pelas quais, por exemplo,

(I) as funções do direito têm sido alteradas na mesma proporção em que as relações sociais se tornam mais complexas, evoluindo de simples instrumentos de controle social para agir como instrumento de direção social, valendo-se

de estratégias de socialização, integração, atomização, trivialização e repressão para dispersar as contradições sociais e os conflitos que elas suscitam, mantendo-os em níveis de tensão funcionalmente compatíveis com a ordem política vigente.

(II) o Judiciário, na medida em que se encontrava despreparado para resolver conflitos de natureza coletiva e classista, aos poucos vai substituindo a relação formal entre o homem abstrato (o “sujeito de direito”), a lei geral-abstracta e o juiz meramente técnico e exegeta por uma relação material – quando não dialética – entre os homens concretos, a “lei do processo de concretização” e o magistrado criador, participante e consciente de que a credibilidade da instituição por ele representada depende do reconhecimento da justiça material e de permanente atualização histórica e sociológica do direito positivo;

(III) o direito civil, enquanto pilar do direito privado, não conseguiu desapegar-se da noção de propriedade estática e personalíssima;

(IV) o direito público se mostra desorientado em matéria de controle monetário, financeiro, fiscal, ao mesmo tempo em que a reiterada afirmação das liberdades públicas e dos direitos individuais, por parte de nossas Constituições, não tem sido garantia de sua efetividade na vida da Nação;

(V) a segurança jurídica continua atrelada à concepção de indivíduo enlaçado por outro indivíduo ou pelo Estado (mas visto como pessoa), ignorando a existência tanto do Estado burocratizado, despersonalizado e onipotente quanto da grande empresa e dos grupos econômicos, etc;

(VI) as sucessivas invasões de terras urbanas ou rurais vão crescentemente desafiando os tribunais, bem como comprometendo a coerência das decisões judiciais e administrativas, com os ocupantes socorrendo-se do próprio direito que lhes nega a propriedade para “politizando” a questão, tentar legalizar uma situação de fato e assim criar novos direitos; e

(VII) os debates sobre a reforma do judiciário têm aberto caminho para a elaboração de alternativas ao modelo central, formal e profissionalizado que, a partir do movimento codificador do século XIX, vem dominando a administração da justiça processual – alternativas essas relativas à criação de procedimentos, instâncias e instituições relativamente descentralizadas, quando não informais e mesmo desprofissionalizadas, em condições de oferecer soluções mais rápidas, baratas e acessíveis ao processamento de litígios.

Nesse sentido, oito ordens de questões podem ser levantadas para ilustrar a falta de operacionalidade da dogmática jurídica num contexto como o atual. São elas:

(I) o problema dos contratos e do princípio “rebus sic stantibus” numa sociedade caracterizada pela rapidez das transformações e pela intensidade das contradições e seu impacto na estrutura econômica do país;

(II) o rompimento de vários princípios básicos do direito constitucional historicamente consolidados, como os da legalidade, da constitucionalidade das leis e da anualidade dos tributos, sem o acompanhamento da eficiência e da co-

ordenação governamental sempre invocada para justificar o sacrifício daqueles dogmas;

(III) a não abrangência das classes desfavorecidas pelas instituições de direito, na medida em que a marginalização sócio-econômica também produz a marginalização jurídica;

(IV) a emergência de formas novas e mais eficazes de controle e ordenação social, com a gradativa substituição dos mecanismos normativos de repressão por mecanismos de prevenção, mediante uma progressiva combinatória entre técnicas de estímulo e desencorajamento, de natureza persuasiva, com normas tradicionais, de caráter protetor-repressivo. Tal processo de mudança vem abrindo caminho para que certos autores — como Norberto Bobbio — têm chamado de “controles antecipados”, ampliando a níveis imaginados pelo liberalismo jurídico as possibilidades de intervenção do poder estatal no domínio privado e rompendo com uma ortodoxia conceitual baseada em distinções dicotômicas do tipo público/privado, Estado/sociedade civil, política/economia, etc.

(V) a crescente incapacidade de adaptação da racionalidade formal a uma engenharia social baseada numa regulação cada vez mais particularística flexível e fragmentária, cujo caráter “neocorporativo” reflete o modo pelo qual classes e frações de classes dominantes vão compondo soluções institucionais negociadas nos diferentes “anéis burocráticos” do aparelho estatal;

(VI) a crescente percepção de que, no lado do monopólio da violência legítima por parte do Estado, aspecto esse tão valorizados pela concepção liberal do poder jurídico-político, há também um poder difuso, sem centro, atomizado, móvel, múltiplo — o poder inerente às relações e às interações sociais, presente na família, na fábrica, na escola, na igreja, etc., burocratizando a vida social, aprisionando o cotidiano, contendo os desejos, calibrando as expectativas, disciplinando reações, estabelecendo interditos e cultivando a “alquimia” do dever, isto é, da conduta “responsável”.

(VII) as novas lutas sociais desenvolvidas a partir de reivindicações de caráter legal evidenciam, de modo cada vez mais intenso, as funções regulamentares do Estado; elas demonstram como o direito, ao ordenar as relações sociais e dar ao sistema social um mínimo de segurança, ao mesmo tempo em que tenta trivializar conflitos e dispersar tensões, também acaba provocando problemas inéditos para os quais não há respostas possíveis dentro da ordem jurídica, entreabrindo a necessidade de negociações políticas; e estas, por sua vez, não apenas tendem a disseminar a disfuncionalidade dos princípios gerais do direito, como, ainda a abrir novos espaços para ação política dos grupos interessados numa reformulação estrutural das instituições de direito; e

(VIII) o advento de experiências jurídicas alternativas, decorrentes da progressiva substituição da “racionalidade formal” pela “racionalidade material”, propiciando a “informalização da justiça”, os esforços de “justiça comunitárias” e mesmo por inúmeras campanhas em favor da “deslegalização” de certos comportamentos hoje excessivamente regulados pelo direito positivo.

Todas essas questões são intrincadas demais para serem aqui aprofundadas. Elas constituem aspectos específicos das transformações do papel do direito e do Estado numa sociedade tão cambiante como a nossa, exigindo assim um modelo analítico capaz de integrá-las a um quadro conceitual em condições de superar os obstáculos epistemológicos ao progresso do conhecimento jurídico, basicamente decorrentes da distinção Estado/sociedade civil – o que não pode ser objeto deste artigo. Por ora, o que importa, a partir dessas questões, é chamar atenção para a complexa articulação estrutural das formas explícitas e difusas de controle e direção social em sociedades bastante estratificadas, como a brasileira.

Nessas sociedades, as tensões e os conflitos sociais obrigam o Estado a constantes ajustamentos e mudanças no processo de organização sócio-econômica e dominação política sem, no entanto, superar as contradições em que tal organização e tal dominação assentam. Esse processo de ajustamento e mudança tem ampliado a diversificação interna das formas jurídicas e das estruturas normativas e institucionais em que elas operam, entreabrindo deste modo o caráter assimétrico, heterogêneo e fragmentário dos padrões de sociabilidade, controle e direção inerentes ao funcionamento das sociedades de classes. Todavia, a teoria política e jurídica liberal, da qual o positivismo normativista é sua grande expressão, recusa-se a reconhecer esse caráter, reduzindo a questão do direito e da denominação a um bloco monolítico constituído pelo poder jurídico-político do Estado. “Nesta redução, afirma Boaventura dos Santos, um dos responsáveis pela renovação do ensino jurídico na Universidade de Coimbra, reside o fundamento da distinção entre o Estado e a sociedade civil, nos termos da qual o Estado é o domínio do poder enquanto a sociedade civil é o domínio da liberdade”.

“A crise profunda que esta teoria atravessa, diz ele, está relacionada com as transformações recentes no processo de acumulação capitalista. A elas se ligam as reformas que temos vindo a analisar, as quais, por sua vez, se ligam a outras reformas de perfil semelhante noutras áreas da vida social. A proliferação destas reformas poderá acarretar mudanças na natureza do poder estatal (cósmico) e, particularmente, no âmbito das suas relações com o poder cósmico emergente das relações sociais da sociedade civil. Na medida em que o Estado, ao informalizar a justiça, tenta cooptar o poder coercitivo produzido no desenrolar das ‘relações sociais continuadas’, está a articular explicitamente o seu poder cósmico com o poder cósmico que até agora fora mantido fora do seu alcance. Na medida em que o Estado consegue, por esta via, controlar ações e relações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais e integrar todo o universo social dos litígios decorrentes dessas ações e relações no processamento informal, o Estado está de fato a expandir-se. E expande-se através de um processo que na superfície da estrutura social surge como um processo de retratação. O que parece ser deslegalização é na verdade relegalização. Por outras palavras, o Estado está-se a expandir sob forma de sociedade

civil. E se assim for, a dicotomia Estado/sociedade civil deixa de ter utilidade teórica, se é que alguma vez teve. E porque o Estado se expande na forma de sociedade civil, o controle social pode ser executado sob a forma de participação social, a violência, sob a forma de consenso, a dominação de classe, sob a forma de ação comunitária. Em suma, o poder do Estado expande-se através de um 'governo indireto'. Desta maneira, os processos 'nativos' da sociedade civil, as interações, os contextos e ambiências que constituem o tecido da ação social são integrados na estratégia global da dominação política capitalista. A superfície das reformas no domínio da informalização da justiça tal integração é negada (escondida pela subcodificação possibilitada pelo uso extensivo da retórica jurídica, a qual, como é sabido, mobiliza o conhecimento do senso comum e a linguagem ordinária)⁽⁷⁾.

Em síntese, a ausência de uma efetiva discussão de problemas como esses, no âmbito de nossas faculdades de direito, mostra que elas não têm dado aos alunos o instrumental teórico e analítico para a compreensão de seu mundo circundante. Revela, também, que a formação "humanística" sempre invocada pela maioria dos professores ainda permanece presa a uma retórica tradicional, a qual, por sua vez, não explica nem as contradições nem os antagonismos da sociedade urbanizada e de massas em que vivemos. Tal formação tende a transformar-se num simples "verniz", isto é, brilhante mas superficial, não habilitando os juristas de amanhã a agirem realmente em função dos imperativos sociais inerentes a uma realidade em permanente transformação.

7 Cf. Boaventura dos Santos, "Law and Community: the politics of informal of state power in late capitalism", in "The politics of informal justice", Richard Abel organizador, New York, Academic Press, 1982.

Forma de Propriedade, Capitalismo e Ética do Trabalho no Brasil: para uma crítica de Max Weber ⁽¹⁾

Alfredo Attié Junior

Professor do Departamento de Filosofia, da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

“... aquilo de que se trata é a ciência e na ciência o conteúdo encontra-se essencialmente ligado à forma.” (HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*)

“O espírito das leis é a propriedade” (LINGUET, citado por MARX, *O Capital*).

RESUMO: O artigo propõe uma recuperação do tema da propriedade no direito, discutindo a concepção das relações de trabalho no Brasil, através das fontes históricas, iniciando, assim, uma crítica à concepção weberiana da relação entre religião e capitalismo.

RESUMÉ: L'article propose une récupération de la question de la propriété en droit, en discutant la conception des rapports de travail au Brésil, à travers des sources historiques, et dessine une critique à la conception weberienne des rapports entre religion et capitalisme.

I – No interior do pensamento marxiano, em sua transparência e não temor, na fidelidade ao método dialético, de deixar claras contradições e limites, pode-se vislumbrar a convicção da ocorrência de uma ruptura lógica e histórica no percurso do homem. Com efeito, o advento do capitalismo marca uma nova fase da existência humana, a tal ponto fundamental que todo o ocorrido anteriormente, malgrado correspondendo a um período de tempo muito maior, pode ser entendido como uma unidade, contraposta a esta nova estrutura.

O capitalismo significa uma formação social que rompe com uma unidade entre existência e consciência, instaurando o mundo da alienação e da ideologia. É o momento de separação do homem das condições de sua existência – meio e materiais de trabalho – quando assim expropriado passa a ser concebido

(1) Trabalho respeitosamente dedicado à Professora Doutora Izabel Andrade Marson. São Paulo, novembro/dezembro de 1986. Na 10ª Conferência Interamericana de Advogados, Buenos Aires-Argentina, 1987.

como indivíduo isolado da comunidade em que vive, trabalhador livre, não mais proprietário senão de sua força de trabalho, alienada na produção e trocada no mercado por dinheiro com o objetivo de a este reproduzir, consumida como seu valor de uso. Se, antes, o homem se apresentava como senhor de sua existência, porquanto proprietário, por intermédio da comunidade a que pertencia, da terra e dos instrumentos de sua exploração, vale dizer, dono de sua vida, em todos os seus aspectos, agora esta unidade se vê quebrada: pensamento e existência não mais se correspondem, ser e consciência de ser separam-se. A ordem do capital, instauradora da alienação humana, em seu mais alto grau, cria condições para, num mundo dividido entre indivíduos proprietários e indivíduos privados da propriedade das condições objetivas de existência, ergue-se uma barreira para a visão e pensamento do real, a qual busca eternizar aquela ordem, em verdade historicamente explicável.

Não nos preocupa, aqui, descrever aquilo que podemos chamar de modo de ser conservador, pautado pela necessidade de esconder aquilo que parece ser o vício original da estrutura capitalista – a expropriação como reverso da acumulação – apenas sublinhemos que a sua superação somente pode ser alcançada a partir de um esforço de realização de mais este *compendium*⁽²⁾.

O que interessa é notar como, paulatinamente na fala marxiana, vai-se delineando o caráter fundamental da análise das formas de propriedade.

Assim, é a produção que interessa, não qualquer outra atividade. Produção pelos homens de sua existência. Apropriação da natureza e sua transformação constante. É sobre a propriedade que se fundamenta o modo de ser social. Como os homens se apropriam das condições existenciais, assim eles são. Modo de produzir é modo de ser. Forma de propriedade significa forma de ser. A propriedade é o núcleo, determina o estatuto da pessoa e está intimamente ligada às comunidades naturais. A produção exerce uma tirania! Todas as outras atividades não são senão reprodução; a ela se submetem; têm sua forma determinada pelo modo de produzir.

Tal domínio da propriedade perpassa, sem fragmentação, a totalidade do real. Descarte, a mudança das formas de propriedade anteriores para o capitalismo é acompanhada do surgimento da concepção da propriedade como poder, como faculdade, engendrada como direito subjetivo. Afinal, é ao indivíduo e a seus direitos que se atém a sociedade moderna. E o indivíduo não é outro senão o ser isolado e, assim, desigual.

(2) V. A identidade do outro: ensaio sobre as formas de propriedade no Brasil, São Paulo/Viena, outubro/1986.

II – Ora, esta mudança, que parece ser a fundamental, vai ocorrer no interior do pensamento católico, na primeira metade do século XIV. Encontrará seu pleno desenvolvimento, já a partir do século XVI, na doutrina (Suarez e de Vitória, por exemplo) e na prática da Companhia de Jesus, ordem de certo modo responsável pela inserção da Igreja Católica no mundo moderno. Se coube aos franciscanos, na figura do nominalista Ockham, dar os primeiros passos na atualização do direito às necessidades de um processo de crescente individualização e liberação do homem das ligações que tinha com a terra, e da propriedade de seu modo de existir, caberá aos jesuítas a plena expansão desta doutrina, no amplo campo de ação que lhes foi reservado, resultado de suas missões, espalhadas por quase todo o mundo colonial moderno.

Ad majorem, Dei gloriam, na prática e em sua descrição, os missionários demonstrarão a plena eficácia de sua ética de trabalho, preenchida, cabalmente, pelo espírito do capitalismo.

Com isto queremos dizer não apenas que os jesuítas desempenharam um papel de extrema relevância naquele processo que se convencionou chamar de **aculturação** ou **cristianização** dos povos, em verdade expansão da civilização ocidental, então impregnada por nova alma, cuja dinâmica não mais admitiria a exterioridade ou a alteridade – onde as encontrasse ou destruí-las-ia ou faria transformá-las à sua imagem (imagem da dominação política, da desigualdade social, da exploração econômica). Recolhamos algumas passagens do relato do Pe. Sepp⁽³⁾: “**não quero falar aqui de como minha rica roupeta de Cádiz estava toda rota... porém e agora, ele (Deus) tudo me substituiu e restituiu mil vezes... verdadeiramente como ele me cumulou**”... “Quando via a terra americana, não pude conter-me de chorar de alegria... A terra, ‘nota bene’, é tão fértil, que por toda parte encontrarás uns doze a quinze mil bois e vacas... são livres e não fazem parte de nenhum rebanho... nosso colégio, recentemente, mandou reunir 20.000 cabeças de gado e os vendeu por 12.000 Talers. Portanto, a cabeça sai mal por um Gulden. Não seria um alto negócio para os mercadores de gado e corretores da Europa!” Por detrás da caridade católica do padre mal se esconde um discurso de dominação, com vistas à acumulação de bens. “... Há aqui índios e negros (ambos bons católicos) e espanhóis... De resto são estes paraguaios cristãos muito bons e piedosos, a ninguém submissos a não ser aos nossos Padres, amando-os assim como o filho ama ao pai. Somos nós que os vestimos, instruímos e educamos. São muito aplicados e imitam tudo que vêem”. Não há separação entre aquelas preocupações e as especificamente religiosas (é óbvio que especificidade não existe, as ações religiosas são a forma de que se revestem as

(3) O relato é de 1691.

práticas econômicas e políticas): “... benévolo leitor, mal adivinhas onde realmente estavam! Estavam, ah, onde, em circunstâncias idênticas, deveriam estar as mulheres européias, estavam todas juntas reunidas no Senhor... Quem é que não choraria de puro consolo, como deste modo as pobres coitadas adoram ao seu Deus, a quem, faz pouco ainda, não conheciam e nem veneravam”... “Vamos considerar um pouco a situação de nossas reduções, assim chamadas porque todos esses índios são por nós ‘reduciret’ (conduzidos) à fé cristã... Ao todo há 26 reduções. Cada uma é administrada por dois Padres... Consta uma redução destas, três, quatro, cinco, seis mil e mais almas. Todos eles... confessam ao menos quatro vezes por ano... Todas estas confissões o Padre precisa ouvir e absolver, distribuir a comunhão... precisa ser o sacristão. Tudo isto se refere ao espiritual... passemos agora para a economia e administração dos bens terrenos, que não se referem a uma só pessoa, mas à dos índios... O Padre precisa ser tudo a todos... tudo quanto pode haver ainda de funções numa república bem organizada, numa comunidade, cidade ou num ‘Collegium Societas’, ou num convento da Santa Ordem”. No episódio do sal, a inferioridade intelectual, sinônimo da diferença, é expressamente declarada: “ ‘Não notas, meu filho’ – o apelativo sempre é ‘filho’, assim como eles nos chamam de ‘pai’... que não posso comer esta sopa por estar muito salgada”... Depois: “... estes índios são tão pueris, tão grandemente simplórios e de juízo tão curto, que os primeiros Padres, que converteram estes povos, duvidaram realmente se eram capazes de receber os Santos Sacramentos”... A América é rica, os índios preguiçosos, é preciso discipliná-los para produzirem “... mas nós não conseguimos fazer com que os índios, em sua pura preguiça, semeiem mais de uma ou duas rocinhas de 18 passos de grão turco”. O discurso caridoso afinal, desfaz-se: “E mesmo isto só o conseguimos com tundas. Assim domingo passado tornou-se absolutamente necessário passar uma sova em alguns índios que não haviam assentado a terra e nem haviam procurado encontrar um arado... E não davam conta nem deste pedacinho de roça, deste punhado de terra, se o Padre não apertava o agricultor preguiçoso com sovas e inspeções incessantes”.

A produção precisa ser calculada e o produtor disciplinado. Por seu trabalho recebe aquilo que o Padre paga, na maneira como estabelece. É preguiçoso, imprevidente e ingênuo, porém, muita vez, é a sua própria tecnologia de exploração da terra que é empregada, desenvolvida ao máximo, para a produção ao mercado (o cálculo de valores de troca não abandona a mente do bom Padre Sepp).

Porém, dizíamos, não é apenas nesta tarefa de destruição do modo de ser da população não-européia que se empenham os jesuítas. Foi também na disciplina da produção e na ética de trabalho que forneceram importante contribui-

ção. Isto fica patente na crônica de Sepp, e resta inafastável nos manuais de Benci⁽⁴⁾ e Antonil⁽⁵⁾.

III – O que diz respeito à demonstração do cabedal necessário ao senhor de engenho, à narração de seu governo, da especialização das tarefas, das atividades desenvolvidas nas fábricas, na cuidadosa contabilidade, etc., do trabalho de Antonil, fica clara sua finalidade de acumulação e seu caráter de planejamento consciente e eficiente de uma atividade. O que nos interessa mais de perto, entretanto, é a visão do escravo apresentada pelos dois missionários (da descrição de Antonil, diga-se de passagem, percebe-se não ser ele senão um dos múltiplos sujeitos do processo de produção). A estes economistas jamais espantaria, se o tivessem testemunhado, o fato de o projeto constitucional de 1823 declarar: **“A Constituição reconhece os contratos entre os senhores e escravos; o governo vigiará sobre sua manutenção”**. Estar-se-ia tratando de sujeitos de direito? Não eram, pois, os escravos meros instrumentos ou coisas?

Os estudos de Benci e Antonil demonstram que o escravo não se mostrava como coisa, mas como pessoa, sujeito de direitos e deveres, titular de prestações e contraprestações. Trata-se de um trabalhador decaído, não de um ser inferior por natureza. São criaturas racionais, constam de corpo e alma – o contraste com a descrição aristotélica é gritante! Devem ser alimentados e disciplinados, pela correção (a punição, aliás, só se admite se justa e precedida de devido processo, onde o escravo é ouvido) e pelo trabalho.

Neste sentido, algumas questões chamam a atenção em Benci: **“De todos os bens naturais o único de que goza o escravo é a saúde. O bem da riqueza, não o alcança, porque nada tem de seu, pois pertence ao senhor tudo o que lucra”** (q. 47)... **“A desculpa comum e vulgar dos senhores e senhoras do Brasil nesta matéria, é dizerem que suas posses não chegam a poder vestir tanto número de escravos e escravas. Boa razão era esta se eu obrigasse a dar-lhes vestido e galas de grande preço. Mas nem eu, nem Deus obriga a tanto, senão só a cobrir de tal sorte os escravos e principalmente as escravas, que não andem indecentemente vestidos”** (q. 41)... **“por isto com grande propriedade se chama a este sustento presa ‘deditque prae-dam’**. Notai agora a grande providência desta Mulher, a qual entendendo que os servos e as servas não podiam trabalhar sem comer, e não deviam comer sem trabalhar, no mesmo tempo repartia entre eles a ração e as tarefas... para que houvesse a mútua correspondência entre o sustento e o trabalho, de sorte que tendo os servos o sustento pudessem trabalhar, e

(4) Datado de 1700.

(5) Datado de 1711.

tendo o trabalho pudessem merecer o sustento” (q. 197)... “Enquanto o senhor traz o servo ocupado, não cuida esse em outra coisa (diz o Espírito Santo) mais que no descanso. Porém se lhe larga a mão, logo aspira à liberdade e busca traças para se livrar da sujeição” (q. 200).

O mesmo em Antonil: “No Brasil costumam dizer que para o escravo são necessários três PPP, a saber, pau, pão e pano... Costumam alguns senhores dar aos escravos um dia em cada semana, para plantarem para si, mandando algumas vezes com eles o feitor, para que não se descuidem... E se, em cima disto, o castigo for freqüente e excessivo, ou se irão embora fugindo para o mato, ou se matarão por si, como costumam”... Se “os escravos são as mãos e os pés do senhor de engenho”, “os braços de que se vale... para o bom governo da gente e da fazenda, são os feitores” (Livro I).

Nos textos transcritos se observa que, malgrado chamando os trabalhadores de escravos, nesta condição não se apresentam aos jesuítas. Pergunto se não seria melhor denominá-los trabalhadores escravizados, pois não há sempre que se precaver para não terem consciência da liberdade de que são dotados? Que liberdade seria esta? Ela os faz pessoas e, sabemos, desde a ruptura e o momento novo que o capitalismo instaura (anteriormente também, mas de forma diversa), só quem possui algo pode ser, verdadeiramente, livre. E isto vale, também, para os privados de propriedade: os trabalhadores livres. São livres porque isolados (libertos) dos meios de existência, mas também porque proprietários de sua força de trabalho. Se esta condição, entendida estritamente, é pressuposto do capitalismo, como entender a posição dos escravizados? Não têm a propriedade de sua força de trabalho (de sua vida), obviamente, pois esta pertence aos outros. No entanto, permanecem com sua posse (direta). O ato pelo qual perdem a propriedade (e a posse indireta) é um ato jurídico, pode-se afirmar até que seja um contrato. “Mas é um ato de força!”, exclamarão os idealistas... entretanto, respondemos, qual contrato não o é?

Dai os escravizados são tidos como sujeitos e não como coisas. Têm capacidade, mesmo que limitada ao exercício de suas obrigações e ao recebimento de seu jornal, contraprestação esta que nunca corresponde ao que se produziu, mas é sinal de apropriação, pelo senhor, do valor a mais criado no trabalho.

Tratar-se-ia de escravos, de escravos modernos, mas apenas por não ter ocorrido a ninguém chamá-los diferentemente. Porque, em verdade, são trabalhadores livres que jamais como tais conceber-se-ão... são escravizados, perdem a vida porém permanecem com seu exercício, contratam, mas sem o saber, permitindo que se crie um mercado de sua força de trabalho enriquecedor de seus sucessivos proprietários.

A conclusão, então, não é a da compatibilidade entre produção capitalista

e instituição do trabalho escravo, como quer Maria Sylvia Carvalho Franco. Mas a de que o trabalhador não é escravo, e sim livre (mais propriamente escravizado)! A exploração de seu trabalho é tão eficaz, tão grande é sua alienação, tão eficiente é a ideologia que ele não se verá assim. No discurso, porém, dos teóricos da dominação, como vimos, é possível flagrar tal dissimulação... a descoberta da liberdade era um fato sempre em via de ocorrer.

Tudo isto mais se esclarece ao comparar tal discurso àquele produzido por Aristóteles a propósito do escravismo antigo. Ali há a plena e satisfatória distinção entre escravo e livre, sobretudo porque dada, em geral, pela natureza: **“é um escravo por natureza quem é suscetível de pertencer a outrém (e por isto é de outrém), e participa da razão somente até o ponto de apreender esta participação, mas não a usa além deste ponto... Na verdade, a utilidade do escravo pouco difere da dos animais... O escravo é parte da propriedade”**. É coisa, é o instrumento que fala (*instrumentum vocale*).

Heidegger afirmou, em *Ser e Tempo*, que **“a aparência de alguma coisa não significa que ela se mostra, mas que se anuncia através de algo que não se mostra”**. Se correto, será razão para divergirmos de M. Sylvia Carvalho Franco. A instituição que se apresenta não é a da escravidão. Se assim fora, acabar-se-ia por dar razão aos seus adversários, os quais se desejam mais ortodoxos. Pois Marx não afirmou que os trabalhadores livres o são **“no duplo sentido, porque não pertencem diretamente aos meios de produção, como os escravos, os servos, etc., nem os meios de produção lhes pertencem, como por exemplo, o camponês economicamente autônomo etc., estando pelo contrário, soltos e desprovidos deles”** (*O Capital*); e que ao ser o próprio homem **“capturado como um acessório orgânico da terra e junto com ele, sua captura dá-se na qualidade de uma das condições de produção, e esta é a origem da escravidão e da servidão, que logo degradaram e modificaram as formas originais de todas as comunidades”** (*Grundrisse*)? De nada adiantam a ortodoxia, de um lado (porquanto cega e atemporal), e a reconstrução lógica (malgrado possivelmente correta), por outro. É preciso superar, eis que o importante não é a adequação a um modelo, mas a sua prova, perante o tribunal da *praxis*, seu abandono diante do que a realidade dos conflitos transforma.

IV – Pelo que foi dito, bem clara já se delinea a contestação aos trabalhos de Weber, os quais, parece, dividem a preferência dos estudiosos com os de Marx. No que se refere, aliás, ao estudo das formas de produção no Brasil, parece que a opção (mais ou menos consciente ou confusa) têm sido pelo ramo weberiano (referimo-nos, sem exagero, a Sérgio Buarque de Hollanda, Gilberto Freyre, Celso Furtado, Fernando Henrique Cardoso, Raymundo Faoro, e até Ciro Flammarion Cardoso, Caio Prado Junior, Fernando Novais e Antonio Barros de Castro). Isto fica patente sobretudo, quando não assumem a **“categoria”** da totalidade (**“o todo é a verdade”**), afirmava Hegel na *Fenomenologia do Espírito*) e a **determinação** do modo de existência pela produção e ao recusa-

rem a característica da universalidade e não-exterioridade, da tendência à corrosão das formações incompatíveis com sua dinâmica própria – a da mercadoria – (ou, no mínimo, permitindo que subsistam nominalmente, porquanto outra alma passe a lhes dar vida... ou a tirá-la) do capitalismo.

Weber, no afã de contestar as conclusões marxianas, que toma de forma apressada e superficial, postura até certo ponto explicável, dados os desenvolvimentos do marxismo a que assistiu e ao desconhecimento de parte fundamental da produção de Marx, o que, entretanto, nada justifica, face ao idealismo weberiano e ao caráter conservador e, ousaríamos dizer, às vezes acrítico de sua obra – acaba buscando as determinações do capitalismo em lugar errado, chegando mesmo, dadas as características de seu método, a nada dizer sobre as suas origens: fornece um rol de elementos do sistema, rompendo com sua historicidade, visualiza-os em várias épocas diversas, somente lhes fornecendo uma unidade a partir da existência de um aspecto ideal – o seu espírito. Este espírito somente se desenvolve no momento em que a ética protestante supera a ética dual originária do judaísmo, destarte golpeando mortalmente a visão mágica do mundo. Como tardio prócere do racionalismo, fornece-lhe um lugar de extrema relevância no capitalismo; como defensor do idealismo, muito embora em seu aspecto mais estático, trabalha com mentalidades, os sujeitos de sua história não são homens concretos, mas tipos ideais, oblitera os conflitos. Sua análise parece extremamente lógica e insípida. Malgrado insista na tecla de neutralidade axiológica, sua análise do capitalismo encontra-se marcada por um preconceito básico: o desconhecimento da colonização portuguesa e espanhola não o faz relativizar as conclusões, e sim, ao contrário, generalizar suas análises do mundo europeu e colonial britânico – sua perspectiva, muito embora particularizante ao extremo, quer-se universal.

Weber definiu o capitalismo como um sistema onde a satisfação das necessidades de um grupo humano se realiza com caráter lucrativo e por meio de empresas. Uma exploração racionalmente capitalista seria uma exploração com conta de capital, isto é, uma empresa lucrativa que controla sua rentabilidade na ordem administrativa por meio da contabilidade moderna. Não haveria, na concepção weberiana, qualquer óbice para convivência de diversas, digamos, atitudes de produção (uma capitalista, outra artesanal ou senhorial), muito menos uma complementariedade entre separadas (por ele) esferas do social (“**enquanto nossas necessidades diárias se encontram cobertas por métodos capitalistas, as políticas, entretanto, o são por procedimentos litúrgicos**”). O capitalismo teria surgido apenas na segunda metade do século XIX, e sua condição prévia é a contabilidade racional do capital, como norma para todas as grandes empresas lucrativas que se ocupam das necessidades cotidianas.

O capitalismo, pois, é algo de ideal, é um dever-ser... É um sistema que não surge com o capital, mas com seu tratamento racional... Acontece na mente

dos homens, opera com o progresso (intelectual) humano, e menos com as transformações que os conflitos intersubjetivos (ou sociais) fazem ocorrer... haveria real conflito para Weber? O real encontra-se fragmentado, não há continuidade entre o tecido social e cada uma de suas partes pode ter uma determinação diversa. Sintamos os ecos disto nos discursos sobre (ou para) a modernização... nas visões de exterioridade metrópole-colônia, atraso-avanço, razão-acaso, arcaísmo-modernidade, dependência-autonomia, etc.

Prossigamos: para Weber, aquelas empresas têm, como condições prévias, a apropriação de todos os bens materiais de produção como propriedades de livre disposição por parte das empresas lucrativas autônomas; a liberdade de mercado – superação de toda irracional limitação ao comércio; técnica racional – contabilizável ao máximo, ou seja, planejamento controlável; direito racional – quer dizer, calculável, as decisões devem ser previsíveis; trabalho livre: pessoas obrigadas a vender livremente sua atividade num mercado; comercialização da economia – especulação.

Se fosse proceder a uma crítica superficial do sociólogo alemão (se é que do sociólogo alemão se trata, posto ter-se tornado costume, sobretudo no Brasil, referir-se ao **Weber americano**, aquele que a sociologia norte-americana reconstruiu), lembraria apenas que é também no interior da Igreja, no final do século XV, que nasce a contabilidade moderna, o sistema da **doppia scrittura**. E, se ocorre neste instante, é para atender a mudanças que são concomitantes. Não se trata, é claro, apenas disto.

Completemos o quadro: numa passagem extremamente simplista de crítica ao **“mais ingênuo materialismo histórico”**, afirma que o espírito do capitalismo antecede o **“desenvolvimento capitalista”**. Ora, pergunta, na terra de Franklin não teria antecedido de dois séculos e meio o surgimento do capitalismo? A passagem, sem dúvida, é extremamente infeliz.

O espírito do capitalismo seria a atitude que busca o lucro, mas racional e sistematicamente, porquanto a **auri sacra fames** é algo inerente ao homem e, se satisfeita de forma desenfreada, não leva a qualquer desenvolvimento do capitalismo. Se tudo é ordem, ou melhor, se tudo deve ser ordem, prossegue Weber em suas relações de causa e efeito, o espírito do capitalismo somente poderia ter nascido no interior de uma ética que superasse a dicotomia **“moral de grupo”** – **“moral com referência a estranhos”**, num golpe final à concepção mágica do mundo, superando os entraves que a Igreja Medieval havia plantado (supressão dos **consilia evangelica**, das personalidades rigidamente religiosas, etc.). Para ele, afinal, **“ganhar dinheiro dentro da ordem econômica moderna é, enquanto for feito legalmente, o resultado e a expressão da virtude e da eficiência em uma vocação”** (que se transmuda em “profissão”). **“Tais virtude e eficiência são a razão e o fim do espírito do capitalismo”**.

Weber abandonou, de fato, a Igreja na Idade Média. Não percebeu o papel que esta desempenhou – sobretudo pelas mãos dos jesuítas – na expansão e dominação do mundo moderno. Por isto não notou como a ética católica, junto com o advento do capitalismo, transforma-se numa ética da produção para acumulação, de produção para o lucro. Ganhar dinheiro legalmente... sim, mas enquanto o espírito da lei é “**(de consacrer) la propriété**”, e a perda da propriedade é o vício original que instaura, para sempre, o conflito no capitalismo. Acumulam alguns, enquanto expropriam outros. Não teria sido a virtude católica mais eficiente? Mas, que **virtude católica**, que **ética protestante**, que **espírito do capitalismo**? Uma nova ordem havia sido fundada e ela preencheu todas as formações anteriores com sua alma⁽⁶⁾, a dinâmica da mercadoria, a alma do capital.

(6) Se Weber preferia o termo “espírito” (Geist), o que não deixa de ser sintomático, havemos de fixar “alma”, que, mesmo na tradição religiosa, parece ter um sentido muito mais concreto, correspondendo mesmo a uma forma de ser.

O Imigrante e o Direito

Gustavo Zanini

“Imigração Italiana: sua importância histórica, os acordos vigentes entre Brasil e Itália e as propostas para maior entrosamento”

RESUMO: INTRODUÇÃO: Parte I – A Primeira Fase da Normatividade sobre a Imigração no Brasil. Parte II – Regime Jurídico da Imigração Italiana no Brasil – a) O Acordo de Colaboração entre Brasil e Itália. b) Os Acordos de Migração entre Brasil e Itália. c) O Acordo de Roma de 1960 sobre Assistência e Organização das Correntes Migratórias. d) O Acordo de Previdência Social. e) O Acordo sobre Serviço Militar. f) Acordo Cultural. **CONCLUSÕES. NOTAS. BIBLIOGRAFIA.**

INTRODUÇÃO

Um dos temas a ser examinado no VI Congresso Brasileiro de Imigração e Integração em São Paulo relativo à Imigração e Integração intitula-se “O Imigrante e o Direito”.

Trata-se, em verdade, de capítulo deveras amplo dentro da problemática da imigração no Brasil, se considerarmos todas as vicissitudes históricas e sociais que ocorreram em relação a esse fato, desde o momento em que os primeiros contingentes de estrangeiros aportaram em nosso país. Por isso, este ensaio circunscreve-se aos imigrantes italianos.

Os critérios concernentes ao problema da imigração adotados pela Coroa portuguesa, no limiar do século XVIII, revelam as diretrizes reguladoras da matéria, cuja redação apresenta, aliás, forma bem singela. É o que se depreende do despacho de 22 de junho de 1729, emitido pelo Conselho Ultramarino da Metrópole lusa elaborado nos seguintes termos. “É conveniente que, se não instalando no Sul, nas povoações da colônia e outras, casais de ilhéus, e quando estes forem insuficientes, se podiam conseguir casais estrangeiros, sendo alemães ou italianos e de outras nações que não sejam castelhanos, ingleses, holandeses e franceses”⁽¹⁾.

(1) CENNI, Franco. Italianos no Brasil. Liv. MARTINS Editora, São Paulo, 1958, p. 103.

O mesmo critério de forma generalizada pode ser verificado no Decreto assinado a 25 de novembro de 1808 pelo príncipe Dom João VI, pelo qual se permitia a “concessão de ‘sesmarias’ também a estrangeiros para fim de criar condições favoráveis à imigração espontânea”⁽²⁾.

Com o perpassar do tempo, contudo, tornou-se necessário estabelecer medidas normativas apropriadas sobre o processo imigratório e sobre os direitos e obrigações dos imigrantes de modo a permitir que o desempenho desses objetivos pudesse acompanhar paralelamente a evolução global da sociedade brasileira, nesse período histórico, ainda em formação.

PARTE I

A PRIMEIRA FASE DA NORMATIVIDADE SOBRE A IMIGRAÇÃO NO BRASIL

As leis atinentes à imigração no Brasil surgem no decorrer do século XIX e estendem-se ao período atual, não apresentando as mesmas qualquer caráter de preferência a uma ou outra nacionalidade estrangeira. Trata-se de legislação que regulamenta os problemas de naturalização, serviço de transporte de imigrantes, criação de colônias, estado civil, o gozo dos direitos civis e o uso do passaporte.

O decreto nº 397, de 3 de setembro de 1846, por exemplo, criava facilidades para que os colonos de São Leopoldo e São Pedro de Alcântara se naturalizassem brasileiros. Para esse fim, nos termos do Art. 1º, exigia-se apenas que os interessados assinassem um “termo de declaração de ser essa a sua vontade”, ato que, aliás, se registrava na respectiva Câmara municipal.

De particular interesse foi o advento da Lei nº 1.096, de 10 de setembro de 1860, no que tange ao estado civil dos filhos de imigrantes. “O direito que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros af residentes, sem ser por serviço de sua nação, poderá também ser aplicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros durante a menoridade, e sem prejuízo da nacionalidade reconhecida pelo Art. 6º da Constituição. Logo que esses filhos chegarem à maioridade, entrarão no gozo dos direitos de cidadãos brasileiros, sujeitos às respectivas obrigações, na forma da constituição e das leis”.

Pelo que respeita à organização dos meios de deslocamento e acomodação, baixou-se o Decreto 3.254, de 20 de abril de 1864, de natureza nitida-

(2) CENNI, Franco. *idem*, p. 104.

mente protetora. Segundo este Decreto, cria-se a “Agência Oficial de colonização com escritório no centro da cidade, hospedaria e todo o serviço de transporte, desembarque, alojamento e distribuição pelas colônias do Estado”.

·PARTE II

REGIME JURÍDICO DA IMIGRAÇÃO ITALIANA NO BRASIL

Processou-se o início da colonização italiana no Rio Grande do Sul, entre 1871 e 1875, e durante algumas décadas naturalmente os problemas de ordem jurídica eram regulados, consoante se observou, por leis de caráter geral atinentes às migrações italianas e de outros países.

Entenderam, no entanto, os governos da Itália e do Brasil haver necessidade de uma reorganização desse movimento, considerado da maior relevância para as relações interestatais. Para melhor promover essa reorganização, passaram, então, os governos dos dois países a celebrar acordos bilaterais específicos. Assim sendo, os primeiros instrumentos convencionais diziam respeito aos problemas da migração propriamente dita, e os acordos posteriores foram os relativos a questões de colaboração recíproca, de serviço militar, de intercâmbio cultural e de previdência social. É para esses problemas que daremos nossa atenção nos capítulos subseqüentes.

A) O Acordo de Colaboração entre Brasil e Itália

Após a Segunda Guerra Mundial os problemas econômicos e sociais e por via de conseqüência também os concernentes à migração, adquiriram uma relevância particular nas relações internacionais. Constituiu uma preocupação fundamental e constante dos governos recorrer a novos instrumentos e mecanismos para a solução desses problemas, havendo sido, desde então, dispensados grandes cuidados à causa das migrações. De fato, foi com base nesses elementos que aos 8 dias do mês de outubro de 1949, firmou-se no Rio de Janeiro o Acordo entre Brasil e Itália para incentivar as relações de colaboração recíproca e resolver as questões atinentes ao Tratado de Paz, de 1947.

Segundo este Acordo de colaboração, o Governo brasileiro e o Governo italiano assumiram o compromisso de facilitar a imediata criação, bem como o desenvolvimento e as operações de uma Companhia (Sociedade Anônima Brasileira) de colonização e Integração, cuja finalidade será a de promover e desenvolver o trabalho dos imigrantes italianos no Brasil. (Art. II)

Por outro lado, os dois governos declararam empenhar-se na celebração de um novo acordo, o qual tivesse por finalidade precisa regular e desenvolver a imigração no Brasil de elementos adequados às características e às necessidades do País. E para esse fim estabelecer-se-iam no convênio de imigração as

fórmulas mais apropriadas à recíproca colaboração entre os dois Países. (Art. VII)

B) Os Acordos de Migração entre Brasil e Itália

Tendo em conta os termos básicos consignados no Acordo de 1949, os governos do Brasil e da Itália iniciaram diversas consultas no sentido de realizar efetivamente uma obra simultânea de cooperação para conceder um tratamento adequado aos imigrantes. Os resultados imediatos desta ação conjunta refletem-se no Acordo de Migração entre Brasil e Itália (através de Notas trocadas entre as duas Altas Partes Contratantes), assinado no Rio de Janeiro a 5 de julho de 1950. As Ratificações foram trocadas no Rio de Janeiro a 28 de abril de 1952 e o Acordo foi promulgado pelo Decreto 30.824, de 7 de maio de 1952.

Nesse instrumento os dois Governos estabelecem as normas gerais que devem reger as soluções dos problemas migratórios e de colonização a eles vinculados. E dessa forma os dois Governos prevêem o advento de vantagens para ambos os Povos da orientação e da disciplina das correntes migratórias italianas para o Brasil. (Art. 1º – Introdução)

Quanto às condições relativas à execução do processo migratório entenderam os signatários que elas teriam caráter revestido de amplas facilidades. Com efeito, “A imigração de italianos para o Brasil” – estipula o Art. II – “acompanhado ou não de suas famílias, é permitida pelas Altas Partes Contratantes quer sob a forma de migração espontânea baseada em Carta de chamada familiar ou em oferta de trabalho, quer sobre a forma de transferência de sociedades, de cooperativas ou de grupos de trabalho, condicionada à aprovação de seus programas pelas Autoridades brasileiras e italianas competentes, quer ainda sob a forma de migração dirigida, baseadas em listas acordadas para cada leva pelos representantes de ambos os Governos”.

C) O Acordo de Roma de 1960 sobre Assistência e Organização das Correntes Migratórias

Decorreram então dez anos de experiências desde o Acordo do Rio de Janeiro, com resultados bastante expressivos neste assunto. Na medida em que a obra da imigração se desenvolvia e abrangia novas e mais complexas áreas operacionais, tornou-se premente imprimir uma reformulação da mesma, para que se lograssem, em verdade, mecanismos mais dinâmicos e instituições mais ajustadas às necessidades atuais.

Em estrita conexão com as medidas anteriores os Governos do Brasil e da Itália assinaram um novo documento convencional. Foi o Acordo de Migração

pactuado em Roma, a 9 de dezembro de 1960 – promulgado ao depois, pelo Decreto 57.759, de 8 de fevereiro de 1966.

Predominaram neste Acordo as idéias da assistência e da organização das migrações condizentes com os respectivos interesses baseados no espírito de colaboração internacional.

No que tange às finalidades, o Acordo de Rôma de 1960, tem por objetivo orientar, assistir e organizar as correntes migratórias italianas para o Brasil dentro de um regime de conjugação de esforços de ambas as Altas Partes Contratantes, a fim de que os problemas migratórios e de colonização entre os dois Países tenham solução prática, rápida e eficaz, levando-se em conta a conveniência de preservar a unidade dos núcleos familiares. (Art. 1º) Este Acordo também delara que a migração italiana para o Brasil poderá ser dirigida ou espontânea em colaboração e assistência com o Comitê Intergovernamental para as Migrações Européias (CIME) e com outros organismos Internacionais. (Art. 2º)

D) O Acordo de Previdência Social

O Acordo Administrativo de Previdência Social entre Brasil e Itália, firmado em Brasília a 19 de março de 1973 – para dar aplicação aos artigos 37 a 43 do Acordo de Roma, de 1960 – contempla um interessante procedimento geral do regime jurídico de concessão de prestações por motivo de doença, invalidez, morte (pensão), maternidade e funeral.

Segundo o Art. 3, desse Acordo, para os fins de concessão previstas para o trabalhador segurado e seus dependentes, o País de acolhimento levará em conta, quando necessário, os períodos de seguro cumpridos no País de origem.

Em um texto de onze artigos, o Acordo Administrativo de Brasília entrou em vigor, com efeitos retroativos a partir de 26 de fevereiro de 1965, data em que o Acordo de Migração iniciou sua vigência⁽³⁾.

E) O Acordo sobre Serviço Militar

Outra das grandes deficiências existentes nas relações entre o Brasil e a Itália podia ser notada na falta de um instrumento jurídico relativo ao serviço militar. Para sanar essa lacuna, os dois Governos firmaram o Acordo sobre Serviço Militar, no Rio de Janeiro, a 6 de setembro de 1958, o qual foi promulgado pelo Decreto 56.417, de 4 de junho de 1965.

(3) Vide SÜSSEKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1981, p. 334.

Este Acordo expressa o propósito dos dois Governos no sentido de atribuir uma consideração especial às pessoas que estejam ou venham a ficar sujeitas a prestar serviço militar obrigatório, nas Forças Armadas de ambos os Países. (Art. 1º)

F) Acordo Cultural

O ano de 1965 marca uma outra etapa importante nas relações entre o Brasil e a Itália na esfera da cooperação cultural. O programa dessa cooperação foi consubstanciado no Acordo cultural firmado no Rio de Janeiro, a 6 de setembro de 1965 e entrado em vigor a 23 de julho desse ano.

Demonstra o exame desse Acordo que os Governos brasileiro e italiano, cōncios da comunidade de tradições sobre as quais se baseia a vida cultural de seus dois países, e animados do desejo de tornar ainda mais estreitas e fecundas as relações literárias, artísticas, científicas e técnicas já existentes entre seus dois povos, permitirão a criação de instituições culturais. Além disso, cada governo favorecerá junto às Universidades, aos outros institutos superiores e aos institutos de instrução média situados no próprio território, a criação de cátedras, leitorados e cursos de língua, literatura, história, e arte de outro País. (Art. II) Para a realização desses planos manter-se-ão contatos diretos entre as universidades e outros organismos de cultura humanística, científica e artística dos dois Países, impondo-se, necessariamente, nessas atividades o intercâmbio de professores, de conferencistas, de pesquisadores e de estudantes. (Art. IV)

CONCLUSÕES

Da análise efetuada neste ensaio depreende-se, desde logo, existir, a partir do século XIX, profundos vínculos de amizade e de colaboração entre o Brasil e a Itália. Tais vínculos amadureceram pelas experiências nos vários campos de atividade e se solidificaram de modo inabalável.

Tendo em conta esses fatores, desejamos assinalar em nossas considerações conclusivas que os Governos dos dois países detêm os pressupostos para a elaboração de uma convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e italianos. O elemento fundamental para esse objetivo já existe plenamente; é o ânimo voluntário de suscitar o gradual aperfeiçoamento, em todos os setores de seus relacionamentos dos instrumentos e estruturas destinados a lograr o harmonioso desenvolvimento da Comunidade Ítalo-Brasileira⁽⁴⁾.

(4) Vide GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Comunidade Ítalo-Brasileira. Artigo publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", 7 de março de 1987 pp. 27 e 28.

BIBLIOGRAFIA

- CENNI, Franco. Italianos no Brasil. Liv. MARTINS Editora. São Paulo, 1958.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. "Raízes do Brasil". Liv. José Olímpio Edit., Rio de Janeiro, 1956.
- CORTES, Geraldo de Meneses. Migração e Colonização no Brasil. Livraria José Olímpio Edit., São Paulo, 1958.
- ASCARELLI, Tullio. Sguardo sul Brasile. Ed. A. Giuffrè, Milano, 1949.

Capítulo II

TESES

Teses defendidas pelos candidatos no ano de 1987 nos Cursos de Pós-Graduação (CPG) na Faculdade de Direito da USP

DISSERTAÇÕES E TESES defendidas na Faculdade de Direito em 1987

34. **Área: Direito do Estado**
Autor: Sebastião Botto de Barros Tojal
Dissertação: "O ESTADO E A EMPRESA ESTATAL-CONTROLE:
FISCALIZAÇÃO OU PODER DE DOMINAÇÃO"
Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
Defendida em: 16/6/1987
35. **Área: Direito Econômico e Financeiro**
Autor: José Tadeu de Chiara
Tese: "MOEDA E ORDEM JURÍDICA"
Orientador: Geraldo de Camargo Vidigal
Defendida em: 26/6/1987
36. **Área: Direito do Estado**
Autor: Augusto Martinez Perez
Tese: "O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA PELO CIDADÃO"
Orientador: José Cretella Júnior
Defendida em: 19/8/1987
37. **Área: Direito Econômico e Financeiro**
Autor: Heitor Regina
Dissertação: "INCERTEZA E INSEGURANÇA JURÍDICA
RESULTANTE DO ALARGAMENTO DO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL
ATRAVÉS DOS MECANISMOS DA DELEGAÇÃO E DA
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA"
Orientador: Walter Barbosa Corrêa
Defendida em: 20/8/1987
38. **Área: Direito Civil**
Autor: Custodio da Piedade Ubaldino Miranda

Tese: “INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS”

Orientador: Antonio Junqueira de Azevedo

Defendida em: 24/8/1987

39. Área: Direito Civil

Autor: Maria Cristina Borges de Lara Campos

Dissertação: “CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA SEPARAÇÃO DE FATO NO DIREITO BRASILEIRO”

Orientador: Antonio Junqueira de Azevedo

Defendida em: 26/8/1987

40. Área: Direito do Trabalho

Autor: Antonio Rodrigues de Freitas Júnior

Dissertação: “ESTADO E REPRESENTAÇÃO SINDICAL NO BRASIL: HERANÇA COORPORATIVA E FORMAÇÕES TRIVIAIS COMO DILEMA”

Orientador: Amauri Mascaro Nascimento

Defendida em: 28/8/1987

41. Área: Direito Civil

Autor: Eliana Conceição da Silva Fernandes Machado

Dissertação: “RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS”

Orientador: Fábio Maria de Mattia

Defendida em: 02/9/1987

42. Área: Direito Comercial

Autor: Antonio Martin

Tese: “CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE FORNECIMENTO”

Orientador: Mauro Brandão Lopes

Defendida em: 29/9/1987

43. Área: Direito do Trabalho

Autor: Ênio Sandoval Peixoto

Tese: “DIREITO DO TRABALHO E INFORMÁTICA JURÍDICA”

Orientador: Amauri Mascaro Nascimento

Defendida em: 02/10/1987

44. Área: Direito do Estado

Autor: Sônia Helena Novaes Guimarães Moraes

Dissertação: “O ESTADO E A PROPRIEDADE AGRÁRIA NO BRASIL: FÓRMULAS JURÍDICAS E VIGÊNCIA POLÍTICA”

Orientador: Dalmo de Abreu Dallari

Defendida em: 05/10/1987

45. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito
Autor: Ari Marcelo Solon
Dissertação: “A FUNÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO DE PROPRIEDADE”
Orientador: Tercio Sampaio Ferraz Júnior
Defendida em: 15/10/1987
46. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito
Autor: Arthur Debeux Neto
Dissertação: “DIREITO E CIÊNCIA DO DIREITO (NORMATIVIDADE E INDICATIVIDADE)”
Orientador: Miguel Reale
Defendida em: 29/10/1987
47. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito
Autor: Mozar Costa de Oliveira
Dissertação: “O CONCEITO DA LEI NA METAFÍSICA E NA CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO (SANTO TOMÁS DE AQUINO E PONTES DE MIRANDA)”
Orientador: Miguel Reale
Defendida em: 05/11/1987
48. Área: Direito Penal
Autor: José Henrique Pierangelli
Dissertação: “O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO”
Orientador: Paulo José da Costa Júnior
Defendida em: 05/11/1987
49. Área: Direito Comercial
Autor: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo
Dissertação: “A EMPRESA EM CRISE NO DIREITO FRANCÊS E AMERICANO”
Orientador: Mauro Brandão Lopes
Defendida em: 06/11/1987
50. Área: Direito Civil
Autor: Lucia Stella Ramos do Lago
Tese: “SEPARAÇÃO DE FATO ENTRE CÔNJUGES-EFEITOS PESSOAIS”
Orientador: Álvaro Villaça de Azevedo
Defendida em: 10/11/1987
51. Área: Direito Civil

Autor: Tito Roberto Liberato

Dissertação: “RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES”

Orientador: Carlos Alberto Bittar

Defendida em: 11/11/1987

52. Área: Direito do Estado

Autor: Massami Uyeda

Dissertação: “DA DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO”

Orientador: José Cretella Júnior

Defendida em: 12/11/1987

53. Área: Direito do Estado

Autor: Sérgio Resende de Barros

Dissertação: “O VETO: UMA PROPOSTA PARA A NOVA REPÚBLICA”

Orientador: Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Defendida em: 27/11/1987

54. Área: Direito do Estado

Autor: Marcelo Pereira

Dissertação: “DO PODER DISCRICIONÁRIO”

Orientador: Odete Medauar

Defendida em: 04/12/1987

55. Área: Direito Civil

Autor: Antonio José de Mattos Neto

Tese: “A POSSE AGRÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NO BRASIL”

Orientador: Fábio Maria de Mattia

Defendida em: 07/12/1987

56. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Autor: Tânia Henriqueta Lotto Pierini

Dissertação: “DA BUROCRACIA À TECNOBUROCRACIA À LUZ DE MAX WEBER”

Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Defendida em: 16/12/1987

57. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Autor: Celso Fernandes Campilongo

Dissertação: “REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E ORDEM JURÍDICA: OS DILEMAS DA DEMOCRACIA LIBERAL”

Orientador: José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Defendida em: 18/12/1987

58. Área: Direito Internacional
Autor: Rosemea de Souza Smart
Dissertação: "ESTUDO SOBRE OS CONFLITOS DE LEIS DE ACORDO COM OS PRECEDENTES DO DIREITO NORTE-AMERICANO"
Orientador: Irineu Strenger
Defendida em: 14/4/1988
59. Área: Direito Internacional
Autor: Maria Luiza Machado Granziera
Dissertação: "O EQUILÍBRIO INSTÁVEL: UMA COLABORAÇÃO AO ESTUDO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO A LONGO PRAZO"
Orientador: João Grandino Rodas
Defendida em: 10/5/1988
60. Área: Direito do Trabalho
Autor: Walkure Lopes Ribeiro da Silva
Tese: "ALTERAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DA DISPENSA DO EMPREGADO"
Orientador: Amauri Mascaro Nascimento
Defendida em: 02/6/1988
61. Área: Direito do Trabalho
Autor: Marcos Emanuel Canhete
Dissertação: "O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO EMPREGO"
Orientador: Octavio Bueno Magano,
Defendida em: 07/6/1988
62. Área: Direito Civil
Autor: Irany Cascone
Dissertação: "ADOÇÃO E DIREITO SUCESSÓRIO"
Orientador: Yussef Said Cahali
Defendida em: 09/6/1988
63. Área: Direito do Estado
Autor: Nelson Freire Terra
Tese: "SEGURANÇA, LEI E ORDEM"
Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
Defendida em: 13/6/1988
64. Área: Direito Econômico e Financeiro
Autor: Roni Genicolo Garcia
Tese: "MACROEMPRESA: ASPECTOS RELEVANTES PARA O DIREITO ECONÔMICO"

Orientador: Eros Roberto Grau
Defendida em: 15/6/1988

65. Área: Direito do Estado
Autor: Mônica Herman Salem Caggiano
Tese: “SISTEMAS ELEITORAIS X REPRESENTAÇÃO POLÍTICA”
Orientador: Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Defendida em: 16/6/1988
66. Área: Direito Civil
Autor: Francisco Antonio Paes Landim Filho
Dissertação: “O CREDOR APARENTE NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO (EXAME DO ARTIGO 935 DO
CÓDIGO CIVIL)”
Orientador: Fábio Maria de Mattia
Defendida em: 21/6/1988
67. Área: Direito Civil
Autor: Maria Luiza Temporini Costa Galli
Dissertação: “A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE CÔNJUGES”
Orientador: Walter Moraes
Defendida em: 23/6/1988
68. Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito
Autor: Cláudia de Sousa Leitão
Dissertação: “REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: OS DILEMAS DO
ESTADO INTERVENCIONISTA”
Orientador: José Eduardo Campos de Oliveira Faria
Defendida em: 24/6/1988
69. Área: Direito Internacional
Autor: Aquiles Augusto Varanda
Tese: “A DISCIPLINA DO ‘DUMPING’ DO ACORDO GERAL DE
TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO: TIPIFICAÇÃO DE UM
DELITO NUM TRATADO INTERNACIONAL”
Orientador: Irineu Strenger
Defendida em: 27/6/1988
70. Área: Direito Econômico e Financeiro
Autor: Fernando Facury Scaff
Tese: “RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR INTERVENÇÃO
SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO”
Orientador: Fábio Nusdeo
Defendida em: 28/6/1988

71. **Área: Filosofia e Teoria Geral do Direito**
Autor: Mário Chizzotti Filho
Dissertação: “ESTRUTURA LÓGICA DO PROCESSO JUDICIAL”
Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior
Defendida em: 30/6/1988
72. **Área: Direito Internacional**
Autor: Maria Cristina Lima Ribeiro Silva
Dissertação: “CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA ANTÁRTICA NO SISTEMA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS”
Orientador: Vicente Marotta Rangel
Defendida em: 04/7/1988

Capítulo III
TRABALHO DE ALUNO

A História do Direito: Aspectos Conceituais

Eugênio Carlos Callioli

Advogado em São Paulo
Pós-graduando da FADUSP

RESUMO: A evolução do conceito de história e os vários modos de conceber este conceito: processo de crescimento linear e irreversível; processo de reversão periódica, em forma de ciclos; e progresso irrepitível, resultante das experiências que os ciclos que se iniciam tomariam dos que fenecem. A história do Direito como parte da história geral. A distinção entre história externa e interna do Direito. O objeto da história do Direito. O conhecimento crítico das fontes como fundamento do método da história do Direito. O modo de exposição da história do Direito: cronológico e sistematizado. As duas grandes vertentes do “historicismo”.

ABSTRACTS: The evolution of the concept of history and the various means to conceive the concept. They are: process of linear and irreversible growth; process of periodical revisions, in the form of cycles, and not repeating progress, resultant from the experiences that the starting cycles gain from the preceding ones. The history of law as a part of world history. The critical knowledge of sources as the fundamental method of the history of law. The means of exposition of the history of law: chronological and systematical. The two great currents of “historicism”.

I. CONCEITO DE HISTÓRIA: ACEPTÕES E ONTOLOGIA

O problema com relação ao conceito de história é o relativo à dualidade de significados. Os fatos e seu conhecimento ficam abarcados sob a mesma denominação. A complexidade do problema aparece ademais na multiforme evolução do conceito de história que o homem desenvolveu. Reduzindo estas variantes e suas posições mais simplistas, poderíamos estabelecer um esquema tríplice: os que concebem a história como um processo de crescimento linear, irreversível, para uma meta humana ou sobrenatural; os que a entendem como um reverter periódico, em forma de ciclos; os que integram ambas as posturas e defendem um progresso irrepitível, resultante das experiências que os ciclos que se iniciam tomariam dos que fenecem. A visão da história como processo linear

com fim sobrenatural é própria do pensamento cristão; como secularização ou laicização do mesmo, surge a visão linear com fim intramundano, como ocorre no positivismo e no marxismo. A pura concepção cíclica corresponde à proposta grego-romana. A defesa de um processo com base cíclica é típica de uma grande variedade de escolas (com variantes substanciais) que vão desde N. Maquiavel (1469-1527) e G. Vico (1668-1744), até os grandes sistemas dos séculos XIX e XX (Hegel, Spengler, Toynbee). Há outras propostas para as quais não é fundamental a compreensão integral do acontecer humano. Incidem com maior intensidade sobre a estrutura imediata da ciência histórica: sobre seu objeto, sua metodologia, etc.

Não é o escopo destas linhas adentrar no estudo destas tendências. Basta, para nosso fim, fazer alguma consideração sobre o que poderíamos chamar a “Ontologia da história”.

Por “histórico”, como por “historicidade”, pode designar-se ou o acontecido e conseqüentemente possível tema do historiador (plano semântico da ‘existência’) ou o que por essência exige que, em caso de existir, ‘exista’ em história. Em suma, ambas as concepções remetem à história.

Prescindindo-se da possível ampliação, por analogia, à natureza, a história reserva-se ao humano, e, dentro dele, **ao suceder singular irreversível** (não a processos psicológicos que se repetem) enquanto campo aberto a sempre mais amplas conexões, por mais que um estudo concreto tenha que recortá-la a um determinado marco (a história de tal indivíduo, grupo, nação, etc.). Delimitando, assim, a amplitude de história, investigaremos o que ela vem a ser.

Antes de tudo, é ‘pretérito’ (ou se futuro, devemos supor já passado), a julgar pela mais usual definição da historiografia como “estudo do passado”, acepção que avalizam expressões como “passar à história”, “ser já história”, “ter mero valor histórico”. Ainda que esta preteridade não seja uma categoria de essência, mas de posição (C. Seignobos), possui sua objetividade, já que é irreversível, inegável, irreparável, e é preciso fazer-lhe justiça. Com referência à presente possibilidade de atuar, o pretérito faz-se “tardio”, assim como o futuro “cedo”, e o presente, o ‘kairós’ ou “tempo oportuno”. Precisamente por estas propriedades mencionadas, exerce o pretérito esta enigmática atração fascinante que o homem atual de cada época tenta vencer com vistas ao adiante, deixando monumentos e crônicas, e, ao de trás, evocando o passado. No entanto, é fácil advertir espontaneamente que nem tudo do passado é histórico, nem quanto mais passado mais histórico.

Se há, agora, com relação a nosso presente um passado, é porque antes, como agora mesmo, “passou” algo. Logo a história também é a ‘fortiori’ um passar, isto é, um advir do que era até então futuro e um deixar de ser do que era presente. A este aspecto alude a imagem que parece ser imprescindível à

história (a do ‘curso’ do rio), assim como as denominações tomadas do tempo (“crônicas”, “anais”, “décadas”, “diários”). Assim a história é a cada momento a vanguarda do presente, se bem enquanto já “congelado” e abandonado. Agora, o passado exige sê-lo de alguém ou de algo, ainda que fosse este sujeito referencial indefinido que mencionamos como “o conjunto do ocorrido”. Em todo o caso, só com uma comparação conseguimos explicar este aspecto da história: com o paradigma do poema – ou ao menos da proposição oral – cada um de cujos elementos não advém sem o desaparecimento do anterior e, no entanto, este não adquire sentido senão a partir da totalidade do que se vai seguir. Também a história (a universal e a de cada setor) propriamente só o é quando todos os seus elementos (acontecimentos) deixaram de ser. Obviamente, este passar cabe considerá-lo como destruidor ou como construtor (de impérios, religiões, obras de arte e técnica).

Apesar dos acasos, a história é também continuação. É deste prisma que tem sentido o matiz elogioso das expressões “personagem histórico”, decisões e palavras “verdadeiramente históricas”, “fazer história”, e em função de tal suposição é que o historiador seleciona o digno de relato. Precisamente por isto pode definir-se história como o “passado que sobrevive”. Se se acentua além de certo limite a continuidade, chega-se à consideração da história como ‘recorrências’ (repetição de acontecimentos) em virtude de certas leis gerais inscritas na natureza humana. Nisto se apóia a historiografia pragmática e o conceito de “lei histórica”. Provavelmente pode-se extrair da história ‘lições’ e ‘morais’. No entanto, parece que se há ‘recorrências’, estas serão sempre em outra situação a nível de época, e com outra constelação de circunstâncias, que fazem muito problemático falar-se de “leis históricas” propriamente ditas (não de leis econômicas e sociológicas que se cumprem na história). Quando não se chega até aí, considera-se a história como ‘prosecução’. Isto pode ocorrer ou porque persista o pretérito ou porque o futuro unifique. O pretérito pode persistir por inércia (“usos e costumes”, instituições), ou porque venha objetivado em monumentos, utensílios, linguagem, ou porque o agente humano conte com ele como experiência exemplar até o ponto de ter podido J. Ortega y Gasset (1883-1955) em ‘História como sistema’ defini-la como ‘o sistema das experiências humanas que formam uma cadeia inexorável e única’. Por sua parte, o futuro atua como unificador dos agentes históricos enquanto ‘mito atrativo’, quer seja de restauração de um passado melhor (‘idade de ouro’, ‘fervor primitivo’ de qualquer ideologia), quer de criação de um ‘futuro melhor’ (Império ou Estado Universal, Era Feliz). Quando não se toma uma decisão sobre ser a história recorrência ou prosecução, mas se atende somente à gênese dos fatos, temos simplesmente a historiografia genetista de Ranke (1795-1886).

Apesar de ser continuação, a história é também variação. Isto explica expressões tão correntes, também do século XVIII, como ‘época’, ‘nível histórico’, ‘altura dos tempos’. De modo diverso ao intemporal ou ao que se considera

repetível, a história aparece como seqüência irreversível criadora de novidade qualitativa e a diverso 'tempo' A esta ênfase da história como "escada", onde cada um de seus degraus pressupõe os passados e condiciona os vindouros, é a que se alude, de ordinário, quando se fala de "consciência histórica" e de "historicismo", como veremos mais adiante.

Mas já ficou dito antes que por historicidade também se designa aquilo que por essência, em caso de existir, deve existir transcorrendo em história. Socialidade, personalidade e culturalidade parecem ser as coordenadas que delimitam o histórico. Certamente o historiador só tem expressamente por tais a certos fatos e a certas entidades ou de grupos ou de forma. Mas se se exige maior radicalidade ao raciocínio, isto implica atribuir a historicidade ao homem enquanto indivíduo instalado socialmente. É o que desenvolveram com matizes vários, autores como J.M. Heidegger, (1889-1968) e J. Ortega y Gasset (1883-1955).

II. A HISTÓRIA DO DIREITO: PROBLEMÁTICA E METODOLOGIA

História do Direito é, segundo uma das acepções descritas, a ciência que se ocupa do Direito no passado. As considerações feitas no apartado anterior aplicam-se quase como numa relação gênero-espécie para a história do Direito. Com efeito, a história do Direito é parte da história geral e no mais das vezes utiliza os mesmos métodos, fontes, etc. Há uma história universal do Direito e histórias do mesmo nos diferentes povos e épocas; uma história geral e uma história de seus diferentes ramos e especialidades.

De início, podemos asseverar que, cultivada em sua dupla finalidade, como parte da ciência histórica e como parte da jurídica, a história do Direito das Nações, diversamente da história do direito romano, viu acentuar nos diferentes países uns e outros caracteres. A continuidade ou ruptura com o próprio direito antigo determina seja seu estudo considerado como uma dimensão da ordem jurídica vigente ou como mera experiência histórica. Em um mesmo país, reforça-se ou debilita-se o sentido da própria tradição jurídica, dependendo das épocas e dos autores. A concepção fundamental a respeito do Direito e acerca dos limites e possibilidades do conhecimento histórico determinam várias posições da história do Direito. Mas existe, sem dúvida, uma doutrina comum histórico-jurídica, cujas linhas fundamentais tentamos destacar.

A partir de Gustavo Hugo (1764-1844) admite-se uma distinção entre história externa e interna do Direito. A primeira compreende as fontes e notícias sobre sua origem, alterações e destino; limita com a história política e com a história da ciência jurídica. A história interna refere-se aos conceitos e normas de Direito, a sua origem e modificações. Esta divisão foi objeto de diversas

formulações e também de críticas, fundadas na unidade essencial do fenômeno histórico-jurídico. No entanto, as diversas tentativas de refundí-las ou mesclá-las não afetam a efetividade da distinção original.

O objeto da história do Direito deve ser considerado de um ponto de vista histórico e de um ponto de vista jurídico-sistemático; o primeiro é dominante na história das fontes; o segundo, na história das instituições. O sistema conforme o qual haja de organizar-se a história do Direito pode ser ou o adotado convencionalmente pelo historiador, ou o consistente em buscar para cada época a sua ordem peculiar de relações. A aplicação de conceitos e categorias jurídicas atuais a épocas nas que não foram conhecidas, dá lugar a deformações na imagem histórica, que se tenta corrigir mediante uma fidelidade estreita às próprias expressões dos textos jurídicos de cada época. A inclusão de acontecimentos históricos não jurídicos (políticos, econômicos, culturais) pode igualmente desvirtuar a índole específica da história do Direito; mas uma referência a eles será, às vezes, necessária para esclarecer o sentido próprio do acontecer jurídico. A atenção ao anti-jurídico de cada época está igualmente justificada. A delimitação nacional da história do Direito não apresentou dificuldades para a historiografia do século XIX, imbuída do dogma da escola histórica, segundo a qual há um espírito do povo que preside as diversas manifestações culturais de cada nação, e entre elas, o Direito. Quando uma nação apresentava zonas culturais diversas, tentou-se estabelecer este espírito por um processo de síntese, que muitas vezes consistia só numa confusão. A historiografia anterior ao século XIX revela o caráter regional da história do Direito, e igualmente deve assinalar-se para determinados momentos e aspectos do Ordenamento jurídico um caráter local definido. Tema habitual procedente de uma concepção científico-natural da história é o dos elementos formativos de um determinado Direito. Em geral, para as nações européias admite-se que estes elementos são fundamentalmente o elemento primitivo de cada país, o romano e o germânico; acrescenta-se o canônico, e para a Península admite-se a particularidade dos elementos muçulmano e judeo.

O método da história do Direito funda-se no conhecimento crítico das fontes. A teoria geral das fontes históricas é remodelada para a história do Direito, pela significação que nela têm aquelas que devem ser consideradas como fontes do Direito de cada época, por contar suas leis, costumes, jurisprudência e doutrina, com a advertência de que a significação relativa destes termos é peculiar a cada época. No âmbito da vigência, as fontes são universais, nacionais, territoriais ou locais. Fonte indireta, por não conter a mesma norma jurídica, são os documentos de aplicação do Direito e as fórmulas ou modelos que servem para redatá-los. Às vezes, não revelam a aplicação, mas a criação do Direito. Há, na realidade, várias formulações do Direito: uma delas, a documental. Fontes indiretas da história do Direito são também as não-jurídicas, mas que transmitem notícias desta índole: fontes narrativas e literárias. Os problemas críticos das fontes, referem-se à determinação de sua natureza, autor e proce-

dência, o tempo e lugar de sua formação, e a transmissão da mesma no curso da qual pode ser objeto de alterações. A autenticidade das fontes que pode afetar cada um de tais aspectos adquire em história do Direito uma especial significação pela existência de falsificações mediante as quais se pretendeu apoiar determinadas pretensões jurídicas. Do ponto de vista histórico, não se pode esquecer que a falsificação utiliza elementos ou modelos autênticos. Na interpretação das fontes jurídicas entrem em jogo, ao lado de fatores puramente históricos que permitem identificar pessoas, lugares e acontecimentos, outros especificamente jurídicos que hão de ser preferentemente os relativos à ordem jurídica na que a fonte está situada, mas que deve também contar com a unidade da cultura jurídica.

O modo de exposição da história do Direito, objeto de várias tendências, obedece à finalidade perseguida; é fundamentalmente cronológico e sistemático. A periodização da história do Direito adota a clássica divisão em Idades Antiga, Média, Moderna e Contemporânea; ou ainda estabelece períodos derivados do acontecer histórico jurídico: a formação de grandes monumentos legais; as transformações do Direito Público, como o território ou a forma de governo. Admite-se, em geral, que o ritmo histórico é diferente segundo os diversos ramos do Direito, e que estes são mais ou menos afetados pela mudança de condições econômicas, sociais ou espirituais da época. Tenta-se reconstruir a história do Direito como um acontecer especial, dotado de unidade, continuidade e sentido, e com um certo gênero de necessidade. Para esta concepção da história, de raiz idealista, os textos jurídicos são como que testemunhos que corroboram ou simbolizam este acontecer obediente a certas leis ou constantes. Mais antiga é a atitude do historiador que se dirige para os textos jurídicos como o objeto, e não como o meio, próprio e específico de sua investigação, e encontra neles os monumentos da cultura jurídica. Então, a crítica não trata já de verificar um testemunho, mas de caracterizar a sua índole, alcance, formação e conseqüências. No exame destes textos, obtêm um singular relevo as alterações sofridas pelos mesmos e as relações de procedência e derivação entre eles, que refletem a continuidade de uma tradição literária na que é de preferente interesse a identificação dos autores, individuais ou coletivos, assim como sua pertinência a determinadas escolas e âmbitos culturais, e a função profissional na que surge a obra, que é o ensino do Direito, a legislação, etc.

Ao tomar como objeto da história do Direito os livros jurídicos, a história externa dirige-se às circunstâncias de sua localização, transmissão e difusão. A história interna atem-se a dois aspectos:

1. À estrutura dos livros de Direito, que fundamentalmente adota duas formas:

a) a mera justaposição de elementos, tal como se foi produzindo a sua fi-

xação por escrito: coleções de privilégios, leis, sentenças, e cuja ordem costuma ser cronológica;

b) a colocação de acordo com uma ordem sistemática que é peculiar de cada cultura jurídica ou procedente de outra.

2. Ao conteúdo destes livros (as figuras jurídicas em particular), cujo tratamento está determinado por:

a) uma tradição que as conserva e adapta a novas necessidades;

b) a criação de outras figuras novas para responder a necessidades surgidas nas diferentes esferas.

Caráter histórico do Direito é a sua contingência: realidades configuradas juridicamente em determinadas épocas históricas podem deixar de sê-lo e ficam submetidas a uma regulação moral, social ou arbitrária; por outro lado, outras épocas podem imprimir a forma do jurídico em realidades até então sujeitas a estes outros tipos de regulação. A própria ordem jurídica é contingente em sua totalidade: não necessária. Pode haver, e de fato houve, épocas, lugares e situações sem Direito. Este é o limite da história do Direito.

III. HISTORICISMO JURÍDICO E HISTÓRIA DO DIREITO

O termo “historicismo” ou “historismo” apresenta duas vertentes: uma negativa e outra positiva. Em sentido negativo denomina-se, com freqüência, pensador historicista ao que concede atenção exclusiva às realidades históricas e não admite como objetos válidos de conhecimento humano as realidades superhistóricas (verdades e normas imutáveis, transcendência, etc.), caindo, em geral, no erro relativista de pensar que tudo é mutável, e passageiro, como o tempo, e que o que hoje parece verdade, talvez amanhã não o seja. Positivamente o movimento historicista responde à capacidade de valorizar segundo o justo as realidades que ostentam uma condição de irredutivelmente individual-comunitário-histórica, em virtude da qual não vêm dadas ao homem como objetos fixos, delimitados, antes devem autodesdobrar-se em ativa vinculação a seu entorno e conseguir assim a sua plena vinculação.

Estas duas vertentes – em aparência opostas – respondem ao fato de abordar uma tarefa filosófica muito complexa, a de fazer justiça a objetos de conhecimento que não se reduzam a meros objetos, com recursos metodológicos precários. O deslumbramento da “consciência histórica” teve lugar no século XIX sob o influxo por uma parte, da metafísica idealista, marcadamente especulativa e, por outra, da escola histórica (Droysen, Ranke) caracterizada pelo ater-se experimental ao que é dado.

Certamente consagraram os historicistas de diversas tendências, notáveis energias à valoração das realidades ainda que não souberam harmonizar natureza e liberdade, e natureza e história; seus métodos, e a herança filosófica recebida eram só os da Ilustração e do idealismo, não chegando a conhecer as conquistas da filosofia clássica perene.

Embora o historicismo tenha a sua sede própria no campo estritamente filosófico, também tem profunda repercussão no campo do pensamento histórico-jurídico.

Como reação ao jusnaturalismo racionalista, principalmente de Ch. Wolff (1679-1754) e seus seguidores, surgiu em princípios do século XIX o movimento historicista, iniciado pela Escola histórica do Direito. Há que se ter em conta que grande parte das idéias que serviram de base ao primeiro historicismo jurídico já tinham sido sugeridas por alguns autores do século XVIII. Em 1725 publicava Vico os "Princípios de uma ciência nova em torno da natureza comum das nações, pela qual se descobrem outros princípios de Direito natural das gentes". Pouco tempo depois, C.L. Montesquieu (1689-1755) dedicava grande parte de sua obra "**L'esprit des lois**" (1748) a descobrir uma série de elementos condicionantes da variedade histórica e geográfica do jurídico legal, como são a situação de cada país, seu clima, sua qualidade de território, extensão, gênero da vida de seus habitantes, a religião que professam, a densidade demográfica, as relações comerciais e econômicas, assim como seus costumes e usos próprios. Outro dos indiscutíveis propulsores do movimento historicista foi J.G. Herder (1744-1803) que, ao estudar as origens da linguagem, descobre a idéia-chave do primeiro historicismo jurídico, a saber, a idéia do povo (**Volksidee**) como entidade nacional e racial com a sua própria individualidade cultural.

O predecessor imediato da Escola histórica do Direito foi, no entanto, o já citado G. Hugo, cujas diretrizes doutrinárias foram muito bem aproveitadas por F.K. Savigny (1779-1869) ao traçar o programa da Escola histórica do Direito. Frente a todas as Escolas anteriores, qualificadas por Savigny de 'ahistóricas', o objetivo fundamental da Escola histórica do Direito era demonstrar que o Direito procede radicalmente do modo de ser 'natural' de cada povo, sendo este concebido como nação autônoma, de tal modo que existe uma coerência orgânica entre a essência e o caráter de cada povo e seu Direito. Da mesma forma que o idioma, o Direito se acomoda ao longo de sua evolução histórica ao desenvolvimento progressivo de cada povo. O programa de Savigny foi continuado principalmente por Puchta, que lhe deu maior unidade sistemática, concebendo o Direito como uma convicção comum de quem vive em uma comunidade jurídica.

Da Escola histórica do Direito, surgiu como derivação mais importante a Escola etnológica, dedicada a explorar o direito dos povos primitivos, dando

assim origem à Etnologia jurídica. Pouco depois surgiu a Ciência do Direito comparado, cuja finalidade principal era descobrir, agrupar e descrever os elementos comuns a todos os direitos históricos. Por este caminho, houve os que chegaram a assinalar a existência de forças polares de sinal contrário na evolução histórica do Direito. Com maior segurança, no mundo anglo-saxão, H. Summer Maine (1822-1888) chegou à conclusão de que todos os sistemas jurídicos historicamente existentes procedem de dois tipos de sociedades: um estático, que se rege pelo *'status'*, e outro dinâmico, regido pelo *'contractus'*. Em todos eles, no entanto, produziu-se uma evolução *'From status to contract'*. Unindo a tese básica da Escola histórica do Direito com os princípios do positivismo, apareceu em finais do século XIX o que podemos chamar de positivismo jurídico historicista, cujos postulados fundamentais persistem ainda em parte no pensamento jurídico do século XX.

Ainda que não exista nenhuma relação de dependência estrita entre Hegel (1770-1831) e a Escola histórica, o certo é que dele procede a conhecida expressão espírito do povo (*Volksggeist*), que depois é utilizada também por Savigny em seus *'Sistema de Direito romano atual'* (1840). Para Hegel, somente o que ele chama Direito abstrato ou formal, baseado na idéia de liberdade, está por cima da temporalidade histórica; mas este Direito só contém proibições jurídicas (*Rechtsverbote*). O que chama Direito natural ou filosófico, o mesmo que o Direito positivo, que é o único Direito válido, baseia-se na idéia de comunidade e na moralidade objetiva. A comunidade é primariamente o povo como parte do Espírito absoluto, que se desenvolve a si mesmo através de três momentos dialéticos: tese, antítese, e síntese. Tanto o Direito natural, como o Direito positivo são, portanto, Direitos históricos, sendo a relação entre eles similar à que existe entre as Instituições e as Pandectas. Ademais disto, Hegel afirma que existe uma identidade radical entre o real e o racional, conforme o princípio "o que é real é racional e o que é racional é real"

O historicismo objetivo-idealista de Hegel converte-se com Marx em historicismo econômico-materialista. Marx imputa a Hegel o esquecer-se do homem real que come e bebe, necessita vestir-se e ter onde morar. Para Marx a única realidade histórica é a vida material do homem. Este deve converter-se em força produtiva para poder sobreviver. Não há oposição entre natureza e história, pois tanto uma como outra dependem da vida material do homem e crescem ao ritmo da estrutura econômica e do desenvolvimento econômico. Se o Direito se separa da estrutura econômica, converte-se em uma de tantas ideologias, é uma superestrutura. Propriamente, o Direito há de ser uma consequência das relações econômicas, entendidas em sentido histórico-materialista, transformando-se em um instrumento a mais para a implantação da sociedade comunista futura. Esta interpretação errônea e funesta do Direito é seguida pelo marxismo posterior, acomodando-a, inclusive, às vezes, à situação política, como acontece com a versão leninista ou stalinista e nos neomarxistas contemporâneos.

Por último, cabe destacar o historicismo vitalista, de perfil preferentemente gnoseológico, cujo principal iniciador foi W. Dilthey (1833-1911), para quem o Direito pertence à categoria das “ciências do espírito”, cujo objeto e método é diferente do objeto e método das “ciências da natureza”. Estas últimas baseiam-se no conceito de causa e seu método de conhecimento consiste em descobrir um sistema de relações causais; já as ciências do espírito, também chamadas culturais ou históricas, têm por objeto as realidades do chamado mundo humano, sendo o seu método de conhecimento a compreensão de tais realidades utilizando as categorias conceituais de fim, sentido e valor. Dentro destas categorias, ocupa um lugar de preferência o Direito, que, por sua referência a um fim, está em relação direta com os sistemas de cultura, variando histórica e sociologicamente como estes.

BIBLIOGRAFIA

- ACUÑA, Fernando F., **História del Derecho**, San José (Costa Rica), 1972.
- BALIÑAS, C.A., **El acontecer histórico**, Madrid, 1965.
- BRAGA DA CRUZ, G., **História do Direito Português**, Coimbra, 1953.
- CAETANO, M., **Lições de História do Direito Português**, Coimbra, 1962.
- GILBERT, R., **Historia General del Derecho español**, Granada, 1968.
- MILLAN PUELLES, A., **Ontologia de la existencia historica**, Madrid, 1955.
- MOLINERO, M.R., **Historicismo: Filosofia del Derecho**, in Gran Enciclopedia Rialp, vol. XII, Madrid, 1973.
- MUNILLA, O.G., **Historia: Concepto y Ciencia**, in Gran Enciclopedia Rialp, vol. XII, Madrid, 1973.
- RAO, Vicente, **O Direito e a vida dos Direitos**, São Paulo, 1955.
- WIDGERY, A.G., **Les grandes doctrines de l'Histoire**, Paris, 1965.

Em Tema de Usufruto em Direito Romano

Sara Mazzanti Corrêa

(Pós-graduanda pela Universidade de São Paulo)

RESUMO: 1. Cícero relata a disputa entre os juristas republicanos **Publius Mucius Scaevola**, **Manius Manilius** e **M. Iunius Brutus**, com relação ao fato de ser considerado fruto o parto da escrava dada em usufruto. 2. Prevalência da tese de **Brutus**, segundo a qual o filho da escrava pertence ao nú-proprietário, não recebendo tratamento igual ao dos frutos. 3. No Digesto, o princípio estabelecido por **Brutus** vem mencionado nos fragmentos de Gaio (2 *rer. cott.*, D. 22.1.28.1 = I. 2.1.37) e Ulpiano (17 *ad Sab.*, D. 7.1.68 pr.). 4. A motivação dada por Gaio para o fato de não ser considerado fruto o **partus ancillae** denota um fundamento de ordem filosófica. 5. A motivação dada por Ulpiano, por outro lado, apesar do aparente motivo filosófico, apresenta uma nítida coloração de ordem econômica, que em parte se explica pela grande crise do III século d.C. 6. Entretanto, não se conhece exatamente os termos nos quais **Brutus** elaborou a sua tese. Isso nos permite aventar a hipótese de que o princípio **partus ancillae in fructu non est** teria sofrido a influência de fatores de ordem-econômica, dado o grande valor patrimonial dos escravos.

RIASSUNTO: 1. Cicerone riporta la disputa tra i giuristi **Publius Mucius Scaevola**, **Manius Manilius** e **M. Iunius Brutus**, per quanto riguarda il fatto di considerarsi frutto il parto della schiava data in usufrutto. 2. È prevalsa la tesi di **Brutus**, secondo cui il figlio della schiava spetta al nudo proprietario, e così non viene annoverato fra i frutti. 3. Nel Digesto, il principio formulato da **Brutus** viene ammesso nei passi di Gaio (2 *rer. cott.*, D. 22.1.28.1 = I. 2.1.37) ed Ulpiano (17 *ad Sab.*, D. 7.1.68 pr.). 4. La motivazione data da Gaio al fatto di non venire annoverato fra i frutti il **partus ancillae** ha un fondamento di carattere filosofico. 5. Dall'altra parte, la motivazione presentata da Ulpiano, nonostante l'apparente motivo filosofico, ha una colorazione di ordine economica, che si potrebbe spiegare in base all'analisi della grande crisi economia del III sec. d.C. 6. Il problema principale riguarda la mancata motivazione di **Brutus** al principio da lui determinato, cioè che il **partus ancillae in fructu non est**, non ne facendo qualsiasi riferimento le fonti.

(*) Gostaria de agradecer ao Prof. Luigi Capogrossi-Colognesi, da Universidade de Roma "La Sapienza", bem como ao Prof. Eduardo C. Silveira Marchi, da Universidade de São Paulo, a atenção dispensada durante a redação deste trabalho. O meu agradecimento sincero também ao Dr. Giunio Rizzelli, pelo seu incentivo constante.

Roma, dezembro de 1987.

Trabalho apresentado na USP em 23 de abril de 1989.

Cícero, em um passo do *De finibus* (1.4.12), relata a famosa disputa entre os juristas do II século a.C., **Publius Mucius Scaevola**, **Manius Manilius** e **M. Iunius Brutus**, com relação ao fato de ser considerado fruto o parto da escrava (**partus ancillae**) dada em usufruto, assim como deveria ser segundo a regra geral:

An, partus ancillae sitne in fructu habendus, disse-
retur inter principes civitatis, P. Scaevolam Ma-
niumque Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet
(quod et acutum genus est et ad usus civium non
inutile, nosque ea scripta reliquaue eiusdem gene-
ris et legimus libenter et legemus),

O debate tomou relevância devido a importância dos três juristas em questão, dado que eram homens políticos, homens de Estado de primeiro plano⁽¹⁾. Pompônio na realidade os considera “fundadores” do *ius civile* (**qui fundaverunt ius civile**)⁽²⁾.

Publius Mucius era um membro da *gens Mucia*⁽³⁾, foi pretor em 136

(1) Cfr. J.C. DUMONT, *Servus. Rome et l'esclavage sous la République*, École Française de Rome, Palais Farnèse, 1987, p. 103.

(2) Pomp. *sing. ench.*, D. 1.2.2.39. Cfr. M. TALAMANCA, *Costruzione Giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in “Società romana e produzione schiavistica, III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali”, Bari, 1981, p. 21. Sobre os três juristas em questão, cfr. também M. BRETONI, *Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile* (D. 1.2.2.39), in “La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto”, Florença 1971, p. 103 ss. e M. BRUTTI, *Manio Manilio, Giunio Bruto e Publio Mucio Scaevola*, in “Lineamenti di storia di diritto romano”, organizado por M. TALAMANCA, Milão, 1979, p. 339 ss.

(3) F. SCHULZ, *Roman legal science*, Oxford, 1953, 41: outros dois juristas importantes pertencentes a *gens Mucia* eram **P. Licinius Crassus Mucianus** e **Q. Mucius Scaevola**, *pontifex*, sendo que com este último se atinge “the climax and the end of the pontifical science of private law”. Cfr. sobre o mesmo assunto a recente obra de A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, p. 3 ss.

a.C., exerceu o consulado no ano 113 a.C. e foi **pontifex maximus** em 130 a.C. Já **Manius Manilius** pertencia à classe dos juristas não pontífices, tendo subido ao consulado em 149 a.C.⁽⁴⁾. **Iunius Brutus** exerceu a pretura em época incerta, em torno do ano de 140 a.C., sendo que desenvolveu um grande trabalho como jurista. As fontes nos informam que a sua obra *De iure civili* foi escrita em forma de diálogo, tendo como interlocutor seu filho⁽⁵⁾.

Publius Mucius, Manius Manilius e Brutus foram juristas que viveram em um período de grande fermento social. Período que faz iniciar a crise da República (133, ano do consulado de **Publius Mucius**, é na realidade também ano em que Tibério Graco assume o tribunato).

A discussão entre os juristas nasce no âmbito do usufruto, com relação a quem deveriam pertencer os filhos nascidos de uma escrava, a qual fosse objeto da relação jurídica. **Brutus** é da opinião de que esses filhos pertencem ao nú-proprietário, não recebendo tratamento igual ao dos frutos. **P. Mucius e M. Manilius** afirmam ao invés que o parto é de ser atribuído ao usufrutuário, raciocinando provavelmente no sentido de que, sendo o escravo uma *res*, deve seguir a regra geral do usufruto⁽⁶⁾ (as fontes, contudo, não se referem aos termos, nos quais basearam tais juristas suas argumentações).

Do passo de Cícero resulta que os pareceres dos três juristas tinham sido legados à tradição escrita, devendo provavelmente fazer parte de suas obras literárias⁽⁷⁾: **quod et acutum genus est et ad usus civium non inutile, nosque ea scripta reliquaque eiusdem generis et legimus libenter et legemus.**

(4) **M. Manilius** escrevia sob a forma de coleção de fórmulas, isto é, coleção de contratos, testamentos, ações e defesas precedentes (cfr. SCHULZ, *op. cit.*, 155). Segundo J. LINDERSKY, *Partus ancillae. A vetus quaestio in the light of a new inscription*, in *Labeo* 33 (1987), p. 194, **Manius Manilius** era ainda vivo e ativo em 129 a.C., ano no qual ambienta Cícero o diálogo *De republica* – diálogo esse que Cícero imagina que se sucedeu entre **Scipio Aemilianus, Lelius, Philus, Manilius, Q. Tubero, P. Rutilius, Fannius e Scaevola** (cfr. E. BRÉGUEH, *Cicéron. La République*, I, Paris, 1980, p. 16 ss.).

(5) Sobre a forma literária de **Brutus** como *colloquium scholasticum* e sua obra, cfr. SCHULZ, *op. cit.*, p. 92 e 327.

(6) TALAMANCA, *op. cit.*, 21.

(7) Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889 (Graz 1960), p. 78, 590 e 755: com relação a **Brutus e Manilius** o autor aponta que ambos fizeram referência ao objeto da controversia em obra literária, sendo os nomes dessas obras, contudo, desconhecidos. Com relação a **P. Mucius**, LENEL não traz nenhuma notícia sobre qualquer obra literária na qual o jurista tenha mencionado tal assunto.

É do passo de Ulpiano (17 ad Sab., D. 7.1.68 pr.) que sabemos que prevaleceu a opinião de Brutus (*Bruti sententia optinuit*). Um problema que se coloca, contudo, é o saber quando tal entendimento foi acolhido, sem controvérsia, pelos juristas. Já ao tempo de Ulpiano, sendo ele o jurista mais recente que nos dá notícia do debate, certamente tal problemática não suscitava mais discussão, pois refere-se “a uma velha questão” (*vetus quaestio*), ou seja, ao passado, resolvida em favor da opinião de Brutus. Também o testemunho de Gaio (2 rer. cott., D. 22.1.28.1) decisivamente não deixa nenhuma dúvida quanto ao fato do *partus ancillae* não pertencer ao usufrutuário. Cícero, por outro lado, traz somente notícia da discussão, sem mencionar o resultado. Arangio-Ruiz é da opinião de que na época em que Cícero escreveu sua obra *De finibus* (45 a.C.), a questão referente ao *partus ancillae* ainda permanecia aberta, “onde ben avrebbe potuto un giudice contemporaneo di Cicerone decidere in senso favorevole alla pretesa dell’usufruttuario”⁽⁸⁾. Watson, contudo, é radicalmente contra. Segundo esse autor Cícero, quando escreveu sua obra, estava interessado em filosofia, e não em direito. Sendo assim, qual decisão havia prevalecido não era importante⁽⁹⁾. Razão tem Watson, quando diz que Cícero tinha em mente uma obra filosófica, porém se deve notar que, quando o orador relata a disputa entre os juristas republicanos, diz que tal argumento interessa também à ordem civil (*et ad usus civium non inutile*).

Recentemente um artigo de Lindersky reabre a discussão sobre esse ponto de divergência entre os romanistas citados. Lindersky é do mesmo parecer de Arangio-Ruiz e sua tese, segundo a qual, ainda no tempo de Augusto, a doutrina predominante era a de P. Mucius e Manilius, é fundamentada com base em uma inscrição epigráfica encontrada em Regium, na Itália, e publicada em 1963⁽¹⁰⁾.

Tal inscrição diz respeito à manumissão de três escravos: Thiasus, seu filho Celus e a mãe deste último, cujo nome não se é possível ler na inscrição. Thiasus e Celus teriam sido alforriados por Júlia, filha de Augusto, por volta do ano 2º a.C., já que integravam o *peculium* que este lhe havia destinado, quando a ela foi imposta a pena de exílio na ilha de Pandateria, por haver cometido

(8) V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone Giurista*, in “Ciceroniana. Rivista di studi Ciceroniani”, dirigida por V. PALADINI, I-II, Roma, 1959, p. 10.

(9) A. WATSON, *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968, p. 215. No mesmo sentido: TALAMANCA, *op. cit.*, 320.

(10) Tal inscrição encontra-se publicada em *L’année épigraphique*, 1975 [1978], p. 75, sob nº 289:
C(aius) Iulius Iuliae divi / Aug(usti) f(iliae) l(ibertus) Celos [si]bi et / C(aio) Iulio Iul[iae divi A]ug(usti) f(iliae) l(iberto) / Thiaso patr[i, sexuir(o) a]ug(ustali), / [et Iu]liae divai Au[gustae l(ibertae)] matr[i], / ex testamen[to].

adultério. A mãe de nome desconhecido teria, contudo, sido alforriada por Lívia, esposa de Augusto e madrastra de Júlia, o que faz supor que essa escrava era de sua propriedade.

Lindersky constrói sua teoria com base em uma suposição: que Lívia teria enviado sua escrava a viver na casa de Júlia e que esta gozava do usufruto da mesma. Thiasus e essa escrava ter-se-iam unido e de tal união teria nascido o filho Celus⁽¹¹⁾. Nesse caso, de acordo com a doutrina de Brutus sobre o **partus ancillae**, esse filho deveria tornar-se propriedade de Lívia, que era a **domina** da mãe. Mas, como foi ele manumitido por Júlia, a propriedade sobre ele claramente passou à usufrutuária, situação essa conforme a teoria de P. Mucius e Manilius.

Reforça, por fim, o autor o seu ponto de vista, tomando um passo das Instituições de Gaio (II, 50), que considera escusável o fato de o usufrutuário de uma escrava alienar os seus partos, por crer que eles lhe pertencem, assim como as crias dos animais. Segundo Gaio o usufrutuário não comete furto: **si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committitur,...**

Sabemos, contudo, ainda de Ulpiano (17 **ad Sab.**, D. 7.1.68.1) que um problema semelhante se discutia nos primeiros anos do principado, com relação ao **fetus pecorum** e que Sabinus e Cassius resolveram no sentido de que esse pertencia ao usufrutuário. Assim, a decisão foi em sentido contrário àquela do **partus ancillae: fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere**. As fontes, contudo, não trazem nenhum testemunho sobre a posição desses mesmos juristas, relacionado com o problema do **partus ancillae**.

No Digesto, o princípio estabelecido por Brutus vem mencionado nos passos de Gaio e Ulpiano⁽¹²⁾. O passo de Gaio (2 **rer. cott.**, D. 22.1.28.1 = I. 2.1.37) diz que o parto da escrava deve pertencer ao proprietário porque parecia absurdo que o homem fosse considerado fruto, já que a natureza produz todos os frutos em função do homem:

Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

(11) Segundo nossa opinião, a teoria construída pelo autor força um pouco a interpretação do conteúdo da inscrição, retirando dela mais do que realmente diz.

(12) Cfr. Ulp. 15 **ad ed.**, D. 5.3.27 pr.; 17 **ad Sab.**, D. 7.1.68 pr.; 42 **ad Sab.**, 47.2.48.6 e Gai. 2 **rer. cott.**, D. 22.1.28.1 = I. 2.1.37; 2 **rer. cott.**, D. 41.3.36.1 = II.50.

Segundo Ulpiano (17 ad. Sab., D. 7.1.68 pr.)⁽¹³⁾ o parto da escrava deve pertencer ao nú-proprietário porque “o homem não pode ser considerado fruto do próprio homem”:

Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominum homo esse potest. Hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit.

Algumas considerações de ordem conceitual, contudo, se fazem necessárias para a compreensão dos passos acima citados.

A palavra **partus** vem usada pelos juristas com três significados diversos, sempre se referindo ao ser humano: é usada para indicar a pessoa já nascida⁽¹⁴⁾; é usada para indicar o concebido, ainda não nascido, isto é, o nascituro⁽¹⁵⁾; e por fim, pode indicar o parto em si, entendido como o ato de dar a luz⁽¹⁶⁾. O parto dos animais, entretanto, geralmente vem indicado com a palavra **fetus**⁽¹⁷⁾.

Com relação a ser ou não considerado “fruto” o parto da escrava, indiscutivelmente o termo “fruto” neste caso corresponde aquele de “fruto natu-

(13) Cfr. Ulp. 42 ad Sab., D. 47.2.48.6.

(14) Com relação às fontes jurídicas, v. por exemplo, Ulp. 24 ad ed., D. 25.4.1.1 (post editum plane partum a muliere) e Paul. 19 resp., D. 1.5.12.

(15) Paul. sing. port., D. 1.5.7 e Marcell. 28 dig., D. 11.8.2.

(16) Tryph. 10 disp., D. 1.5.15 e Ulp. 41 ad ed., D. 37.9.1.19. Encontramos esses mesmos significados acima citados (notas 14 e 15) da palavra **partus** também na literatura não jurídica: com relação ao ser já nascido cfr. Plin. n.h., 8.66, referindo-se aqui, contudo, aos animais (coitus verno aequinoctio bimo utrimque vulgaris, sed a trimatu firmior partus) e A. ERNOUT – A. MEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine, Paris, 5 e., 1979, p. 483; no sentido de nascituro cfr. Flor. 1.38.2 (partus gravidarum mulierum extorquere tormentis); e por último, indicando o momento de dar a luz, cfr. Cic. Cluent. 11.31 (nam cum esset gravida Auria, fratris uxor, et iam appropinquare partus putaret).

(17) **Partus** nas fontes literárias pode corresponder a **fetus** (cfr. Cic. Tusc. 5.79: **Bestiae pro suo ita propugnant ut vulnera excipiant**). Algumas vezes **partus** vem usado nas fontes jurídicas com referência também aos animais (cfr. por exemplo, Ulp. 15 ad ed., D. 5.3.25.20). Sobre a distinção mais detalhada sobre **fetus** e **partus**, v. V. BASANOFF, **Partus ancillae**, Paris, 1929, 155.

ral”⁽¹⁸⁾, como, por exemplo, compreendem-se entre os frutos dos animais, as crias, o leite, o pêlo e a lã (Gai. 2 rer. cott., D. 22.1.28 pr.: **in pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana...**).

E é essa condição de fruto natural que os juristas citados se recusam a conferir ao escravo. Ambos os passos se justificam afirmando a condição de **homo do servo: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit e neque enim in fructu hominis homo esse potest.**

Gaio, na verdade, ao fazer a **summa divisio de iure personarum** insere a categoria dos escravos dentro daquela mais ampla que é a dos “homens”, colocando-as lado a lado com a categoria dos homens livres: **quod omnes homines aut liberi sunt aut servi** (I. 9). Os homens livres, portanto, e os escravos são espécies diversas do gênero “pessoa”. O conceito de **homo** (homem) em geral coincide com aquele de **persona**⁽¹⁹⁾. **Persona** aqui não tem o significado de

(18) Segundo BRETONNE, **La nozione romana di usufrutto. Dalle origini a Diocleziano**, Nápoles, 1962, I, 37 ss., no período compreendido entre a época de Plauto a época de Céro, **fructus** designa o “fruto em senso natural”, máxime os produtos agrícolas individualmente contados, ou também a colheita no seu conjunto e os produtos dos animais. Mais amplamente o termo indica a renda que se retira de uma coisa ou de uma atividade, e empregando-o em um sentido ainda mais traslato, significa a “vantagem”. Entre o I e o II século a.c. **fructus** tem também um valor “subjetivo” ao lado do valor “objetivo” acima indicado: ou seja, indica não somente a “renda”, como também o “gozo” como ação do sujeito.

(19) Cfr. F. GORIA, **Schiavi. Sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato**, in “Prospetive sistematiche nel diritto romano”, Turim, 1976, 332. Esse paralelismo, contudo, entre os conceitos de **persona** e o conceito de **homo** vem a ser abalado quando o conceito de **persona** se amplia até compreender também a pessoa jurídica, i.é., um ente com capacidade jurídica diversa da do homem (cfr. P. CATALANO, **Alle radici del problema delle persone giuridiche**, in “Rassegna di Diritto Civile”, 1983, 948: o autor, contudo, não usa a expressão “capacidade jurídica”, mas somente “ente”). Cumprir notar, ainda, que a expressão **homo** nas fontes jurídicas é usada muitas vezes não somente em relação ao homem em geral, mas também referindo-se à pessoa do escravo (cfr. B. ALBANESE, **Le persone nel diritto privato romano**, Palermo, 1979, 8 e Gai. II. 13). Com relação a essa terminologia, L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, **La denominazione degli schiavi e dei padroni nel latino del terzo e del secondo secolo a.C.**, in “Actes du colloque sur l’esclavage”, Nieborow, 2-6.XII.1975, Varsóvia, 1979, 177 ss., mais especificamente se referindo ao período do final da república, diz que na linguagem jurídica o escravo era denominado de três formas diversas: **servus**, **mancipium** e **homo**, sendo que é no Digesto que **homo** vem usado mais particularmente e com maior frequência com relação ao escravo. Essa denominação, segundo o autor, possui uma ironia certamente involuntária, pois “afferma la radicale espropriazione del carattere umano dello schiavo nel momento stesso in cui sottolinea la natura comune che unisce lo schiavo all’uomo libero, entrambi indicati e concepiti come **homines** e quindi como realtà assolutamente diverse da qualsiasi altro bene o alto essere animato su cui possa costituirsi un diritto di proprietà. Já a denominação do escravo como **mancipium**, continua o a., remonta à época antiquíssima e refletiria o fato que de todas as **res mancipi** seria o escravo a figura de maior relevo.

sujeito de direitos, mas indica a condição humana, a pessoa como “homem”, como “ser humano”⁽²⁰⁾. Assim, o conceito de *homo* se identifica com aquele de *persona*, e para Gaio o escravo é um *homo*, e portanto *persona*.

A condição humana do escravo vem também atestada nas fontes literárias do período tardo-republicano e do início da idade imperial. Sêneca, por exemplo, em uma carta a Lucílio (Ep. 47), na qual se referia ao tipo de relacionamento entre esse e seus escravos, insiste no ponto de que os escravos são seres humanos⁽²¹⁾.

Significativa é a segunda parte do passo de Gaio, onde esse recorda a antiga disputa, sem contudo mencionar nomes. Vê-se claramente que o jurista se refere ao passado, já que usa *videbatur*⁽²²⁾. Certamente no seu tempo a controvérsia já se encontrava superada. A motivação da regra *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse* certamente é de caráter filosófico: *cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*⁽²³⁾.

(20) G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose – contratti*, sob os cuidados de L. LANTELLA, Turim, 1974, 7. V. também CATALANO, *op. cit.*, 496. Sobre a evolução do termo *persona*, cfr. R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Turim, 1968, 7 ss.

(21) Sen. epist. 47.1:

Libenter ex his, qui a te ueniunt, cognoui familiariter te cum seruis tuis uiuere: hoc prudentiam tuam, hoc eruditionem decet. “Serui sunt.” Immo homines. “Serui sunt.” Immo contubernales. “Serui sunt.” Immo humiles amici. “Serui sunt.” Immo conserui, si cogitaueris tantundem in utrosque licere fortunae.

Referindo-se a Sêneca, E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1980, 53, diz que a doutrina estoíca ensinava que a escravidão não existia na natureza humana e que a condição de livre ou de servo eram devidas à sorte ou à injustiça, e, apesar de ressaltar tal ideal filosófico frente à realidade de seu tempo, não podia contudo imaginar um ordenamento estatal que reconhecesse a todos os seres humanos personalidade jurídica. (Sobre a filosofia humanitária de Sêneca com relação aos escravos, cfr. M.T. GRIFFIN, *Seneca. A philosopher in politics*, Oxford, 1976, 256 ss.).

(22) TALAMANCA, *op. cit.*, 321, nota 70, com relação a esse passo de Gaio comenta: “Come osservano il Basanoff e il Watson, Gaio vuole, infatti, riferire le ragioni in base alle quali si é risolta, in un determinato senso, la disputa fra i veteres (preciso è il segnale dato a tale proposito da *videbatur*) e il giurista dell’età degli Antonini non fa che esplicitare quanto era detto – con una sintesi che, forse, sottintende in modo eccessivo il “background” filosofico – da Bruto, secondo quanto ne riferisce Ulpiano in D. 7.1.68 pr. Onde, anche da questo punto di vista, si viene a riaffermare l’orientamento “filosofico” della motivazione del giurista repubblicano”.

(23) Com relação à suspeita de serem os passos de Gaio, contidos nas suas *Res cottidianae*, trabalhos de feitura pós-clássica (do final do III séc. d.C.), ou mais especificamente uma versão ou elaboração das suas *Institutas*, e assim não ser o passo aqui tratado original desse jurista, cfr. SCHULZ, *op. cit.*, 167 e TALAMANCA, *op. cit.*, 321, nota 70.

Já Ulpiano, à diferença de Gaio, é muito mais preciso, pois se refere claramente a **Brutus: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere...**⁽²⁴⁾. Segundo Talamanca, retomando Kaser⁽²⁵⁾, a motivação de Ulpiano (**neque enim in fructu hominis homo esse potest**) é na mesma ordem de idéias daquela que seria a de Brutus. Obscura, contudo, se apresenta essa motivação, cuja frase é de difícil compreensão. Qual o significado da afirmação “que o homem não pode ser considerado fruto de um outro homem”? Kaser é da opinião de que Brutus teria excluído que o **partus ancillae** fosse considerado um fruto porque era da mesma natureza da coisa frugífera. Assim considerado, contudo, também as crias dos animais não poderiam ser arroladas entre os frutos naturais, e, se Ulpiano retomasse Brutus, com essa argumentação soaria ilógico, já que do passo 17 **ad Sab.**, D. 7.1.68.1 sabe-se que Ulpiano seguia a orientação da escola sabiniana, para a qual as crias dos animais eram de ser consideradas frutos⁽²⁶⁾. Talamanca é da opinião que o **principium** do passo citado deixa transparecer uma consideração de ordem econômica por detrás da coloração filosófica⁽²⁷⁾; consideração essa que se poderia extrair também de Ulp. 15 **ad ed.**, D. 5.3.27 pr.:

Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem...⁽²⁸⁾.

(24) Segundo SCHIAVONE **op. cit.**, 27, no passo 17 **ad Sab.**, D. 7.1.68 pr., Ulpiano teria evidentemente encontrado referência em Sabino, que por sua vez já a teria tomado de Quinto Múcio.

(25) TALAMANCA, **op. cit.**, 320, nota 69.

(26) Nota-se, todavia, que na hipótese na qual se deve proceder à **summissio**, as crias dos rebanhos também não são tratadas como frutos (cfr. Ulp. 17 **ad Sab.**, D. 7.1.68.2 e D. 7.1.70.1). Sobre a opinião de KASER e corrente contrária, v. TALAMANCA, **op. cit.**, 320, nota 70. A obscuridade da motivação dada por Ulpiano em D. 7.1.68 pr. é tal, que talvez por isso não fazem qualquer referência a ela os compiladores das *Basílicas* (cfr. 42.1.27); de outra parte nem mesmo a glosa a explica por completo.

(27) TALAMANCA, **op. cit.**, 322, nota 72.

(28) Cfr. Ulp. 15 **ad ed.**, D. 5.3.20.3 e Bas. 42.1.27.

Trata-se nesse caso de uma *hereditatis petitio*, na qual se discutia se seria possível fazer parte do pedido de restituição, além da escrava-mãe, também os seus partos. Segundo a regra geral da petição de herança, o possuidor deve restituir também os frutos. Ora, Ulpiano nesse passo faz uma exceção à regra *partus ancillae in fructu non est*, porque diz que apesar de o parto das escravas, bem como de o parto dos partos (netos), não serem frutos, fazem, contudo, parte da herança e assim podem ser reclamados. Equiparou, pois, o parto das escravas ao parto dos animais, que eram considerados frutos (cfr. Paul. 29 ad ed., D. 5.3.27). Respeitada aquela regra ao pé da letra, esses partos pertenceriam ao possuidor da escrava-mãe. A motivação que dá o jurista, nesse passo, ao fato de não serem frutos os partos da escrava é *quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant*, ou seja, porque nem sempre se adquirem escravas com a finalidade de fazê-las procriar. Entendido *non temere* como “não sempre” emerge imediatamente uma consideração de ordem econômica na motivação de Ulpiano. Não toma ele uma razão de ordem filosófica dizendo, por exemplo, que não são considerados frutos por motivos humanitários. Pelo contrário, com aquela motivação admite que “também” para essa finalidade, isto é, a de aumentarem o número de filhos, vinham adquiridas as escravas. E assim, obviamente, aumentam o patrimônio do proprietário⁽²⁹⁾.

Talvez se possa tentar fundamentar o raciocínio de Ulpiano, analisando a situação econômica do período em que viveu.

Ulpiano foi jurista em um período que atravessou uma séria crise econômica – a famosa crise do III século – mais especificamente no campo monetário e no processo inflacionário. Ulpiano viveu entre 163 e 223 d.C.⁽³⁰⁾ e foi um “eminente giurista, altissimo funzionario, tutore del giovane imperatore Alessandro, senatore e, come lo definiscono i vecchi scrittori, imperii quasi collega”⁽³¹⁾. Assim, quase todo o período dos Severos – período esse que mais par-

(29) Cfr. Paul. 33 ad ed., D. 19.1.21: tanto parece lógico que existia um motivo de alto interesse econômico na intenção de comprar escravas, para fazê-las reproduzirem, que ao comprador era dada a *actio empti*, caso fossem essas estéreis, fato este considerado vício redibitório. Com relação à interpretação de *non temere* no passo de Ulp. 15 ad ed., D. 5.3.27 pr., HEUMANN – SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Yena, 1907, 9 e., o traduz como “nicht leicht”, isto é, “não facilmente”, enquanto que nas Bas. 42.1.27 vem usada a expressão grega, cuja tradução em latim (cfr. HEIMBACH, *Basilicorum libri*, Lipsiae, IV, 1846, 221) vem como *utique* (que seria traduzido mais exatamente, como “não sempre”, “não geralmente”, “não habitualmente”). Cfr. também TALAMANCA, *op. cit.*, 320, nota 69.

(30) G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in ANRW II/15, Berlin-Nova York, 739, diz que o momento do nascimento de Ulpiano oscila entre 163 e 170 d.C., enquanto que sua morte é de ser colocada entre 223 e 228 d.C.

(31) CRIFÒ, *op. cit.*, 738.

ticularmente com referência ao reinado de Severo Alexandre, os históricos definiam como “um bloco de treze anos de poder... dominado pela prefeitura de Ulpiano até 228⁽³²⁾ – esteve sob essa severa crise inflacionária que levou à tomada de drásticas medidas econômicas, como por exemplo a desvalorização da moeda em quase 50% do seu valor e o confisco de bens e de metais preciosos na Itália, Espanha e Gália por Septímio Severo, bem como a fixação de um limite de preços⁽³³⁾.”

A inflação levou a um declínio da agricultura nesse período, que teve como uma das principais causas a insuficiência da força de trabalho. Essa insuficiência resultava da decadência do sistema escravagista, que contudo não encontrava mão-de-obra livre disponível, em número suficiente para substituir o trabalho-escravo. De Martino nota que ocorreu nesse período uma real diminuição da população livre e que – apesar da falta de fontes diretas e estatísticas sobre o assunto – Ulpiano mesmo se refere à **penuria hominum** desses anos⁽³⁴⁾.

(32) CRIFÒ, *op. cit.*, 764, claras são as palavras do autor que descrevem a real importância desempenhada pelos juristas, e mais particularmente por Ulpiano, no reinado dos Severos: “Vi si può vedere, senza difficoltà, un vero programma generale di governo, reso noto a tutti gli amministrati (altro tratto degno di nota) e da ricondursi certamente alla cancelleria imperiale, cioè, nella sostanza, ai consiglieri del giovane principe, senatori e funzionari, ‘uomini esperti nel diritto e famosi per la loro dottrina’. È possibile riconoscerli, insomma, la mano di Ulpiano”.

(33) F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, II, Florença, 1979, 364/5. Sobre a fixação de um limite de preços, que levou a uma maior penúria, o autor cita a fixação do preço de um escravo *ex forma censoria* na quantia de 500 denarii, preço esse baixo demais em uma época na qual devia haver exigência de mão-de-obra no mercado. Sobre a crise econômica do III séc., cfr. M. MAZZA, introdução à tradução italiana da obra de F. HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico*, Bari, 1972, V ss.; *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Bari, 1973, 273 ss., sendo que nesta última obra MAZZA dá um quadro geral muito claro da situação econômico-social da época dos Severos. Período esse onde “scoppiarono le guerre civili, le lotte cioè tra le grandi unità militari delle province dell’impero, per imporre sul trono il loro candidato; esse portarono devastazioni e rovine, spogliazioni e rapine; e sullo sfondo insanguinato delle lotte militari, apparve profilarsi lo spettro della rovina economica dell’impero” (301).

(34) DE MARTINO, *op. cit.*, 379. Com relação à **penuria hominum**, cfr. Ulp. 4 *off. proc.*, D. 50.6.3 (2-1): sabe-se também que esse foi um período de grandes invasões, principalmente bárbaras, sendo que grande parte dos homens livres abandonavam o trabalho para integrar o exército. Além desse fator, sob o reinado de Marco Aurélio o exército foi atingido pela peste e esta se propagou por Roma, onde o número de mortos muitas vezes atingia 2.000 pessoas por dia (cfr. *ibidem*, 362).

Se essa grave crise econômica foi fato que pode ter influenciado na decisão dos juristas da época severiana, não se pode, contudo, deixar de fazer aceno ao fato de que tais juristas tinham também formação filosófica, sendo que o pensamento jurídico dessa época sofre grande influência da filosofia grega: platônica, aristotélica e estoíca. Os conceitos de *ius naturale* e de *ratio naturalis* não eram estranhos já à jurisprudência do II século, sendo que o maior testemunho é aquele de Gaio⁽³⁵⁾. Na idade severiana, o direito natural encontra suas bases no pensamento sofista, como por exemplo naquele que diz que “todos os homens são livres”. Afirmção essa que, segundo Bretonne, era “sempre dissonante nel contesto economico-sociale del mondo antico”⁽³⁶⁾. Na realidade, a própria obra de Ulpiano reflete essa concepção do *ius naturale*, como direito concernente a todos os seres vivos e não somente aos homens. Assim, conclui Bretonne, considerando-se “sacerdotes” e “filósofos”, esses juristas reivindicam a si mesmos uma grande responsabilidade ética. No pensamento jurídico desse período se introduzem e amadurecem preocupações que até então não tinham sido trazidas à plena luz⁽³⁷⁾.

Poder-se-ia, pois, dizer – com base nessa formação filosófica – que tanto Gaio quanto Ulpiano teriam tentado formular motivações de ordem não econômico-jurídica, com relação à regra *partus ancillae in fructu non est*⁽³⁸⁾. A nosso ver, contudo, seguindo essa linha de raciocínio, resultam ambos juristas pouco convincentes.

E é essa dificuldade de motivar filosoficamente tal regra que Ulpiano deixa transparecer em 17 ad Sab., D. 7.1.68 pr. Assim, devendo respeitá-la, já que era uma regra consolidada pela tradição jurídica, o jurista da época severiana tenta limitar ao máximo possível o seu âmbito de aplicação, fazendo men-

(35) M BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Nápoles, 1982, 2 e., 32.

(36) BRETONNE, *op. cit.*, 33.

(37) BRETONNE, *op. cit.*, 34.

(38) GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turim, 1958, 202, diz, mais exatamente, que a motivação de Gaio, reproduzida nas Instituta de Justiniano, logicamente desenvolvida, deveria levar à condenar a própria escravidão. W.W. BUCKLAND, *The roman law of slavery*, 1908, 21, com relação às motivações dadas à regra de Brutus em D. 5.3.27 pr. e D. 22.1.28.1 expressa sua opinião no seguinte sentido: “Both of them express, somewhat obscurely the real reason, which was respect for human dignity, rather than any legal principle”.

ção a exceções⁽³⁹⁾. Por outro lado, em 15 ad ed., D. 5.3.27 pr., recorre Ulpiano a um fundamento basicamente econômico, para justificar a mesmíssima regra.

Voltando a Brutus, sabemos qual era sua opinião, embora não nos informem as fontes em que termos foi elaborada sua motivação. E é exatamente essa motivação que os romanistas tentam precisar. A nosso ver, a análise do problema deve partir do estudo do contexto histórico do período no qual surge a disputa entre os juristas republicanos em torno do *partus ancillae*. No final do II século a.C. e início do I séc. a.C., nota-se em Roma um incremento significativo da população servil. Na realidade o número de escravos supera em quase o dobro do de homens livres⁽⁴⁰⁾. A causa desse fenômeno é a expansão das atividades bélicas, que gerava um número elevado de prisioneiros. A essa fonte de escravidão somam-se os filhos nascidos de escravas (*partus ancillae*). Assim, o elemento servil representava uma grande parte da população e constituía quase que totalmente a mão-de-obra disponível. O trabalho escravo, portanto, se apresentava útil – e quase que totalmente imprescindível – em vários campos de atividades, tais como na área agrícola, no trabalho artesanal, em serviços administrativos, e muitas vezes até em trabalhos que exigiam conhecimento técnico especializado, já que muitos escravos provinham de culturas superiores e dotados de excelente instrução⁽⁴¹⁾. Na realidade, o trabalho servil eliminou quase que totalmente o trabalho livre em alguns setores⁽⁴²⁾.

(39) Ulpiano em D. 5.3.27 pr., ao enunciar que os partos da escrava não eram considerados como fruto (... *fructus esse non existimantur*), usava a expressão *existimantur*, que tem um significado mais ameno do que afirmar *fructus non sunt*.

(40) VOLTERRA, *op. cit.*, 53, nota que, segundo os historiadores modernos, enquanto nos primeiros séculos da República os servos eram uma pequena parte da população de Roma, no séc. III a.C. esse número havia sextuplicado. No séc. I a.C. na Itália frente aos 6 ou 7 milhões de homens livres havia 14 ou 13 milhões de escravos, e que no século seguinte o número desses últimos deveria ainda ter aumentado. Na verdade, diz o autor, nos últimos séculos da República, devido à pirataria e à redução à condição de escravo de massas de habitantes das províncias, por motivo de dívida fiscal, desenvolveu-se um vasto comércio internacional de escravos. E, justamente, o final do período republicano foi um período muito tumultuado por revoltas servis, fato que fatalmente levou os juristas da época a revisarem os conceitos sobre a escravidão. Sobre a situação dos escravos no II séc. a.C., cfr. DUMONT, *op. cit.*, 323, nota 77 e S. TONDO, *Crisi della repubblica e formazione del principato in Roma*, Milão, 1988, 36 ss.

(41) TONDO, *op. cit.*, 39 ss.

(42) Cfr. VOLTERRA, *op. cit.*, 52 ss. e TONDO, *op. cit.*, 38 ss.

Juridicamente, contudo, a pessoa do escravo não encontrava quase que nenhum respaldo. Sendo privado de qualquer personalidade jurídica, era ele considerado uma *res*, objeto de relações jurídicas⁽⁴³⁾, quase que totalmente reduzida a uma mercadoria como outra qualquer⁽⁴⁴⁾. Essa situação tem como causa o número elevado da população servil, que deixa pois em plena evidência o caráter de propriedade, de “direito” do escravo com relação ao proprietário, já que o relacionamento afetivo entre eles, pessoal e individual, cada vez se dissolve mais nessa massa de servos⁽⁴⁵⁾.

Destarte, chegamos ao final do II século a.C. com uma dramática situação social da população servil, situação essa que não poderia resistir por muito mais tempo, dando origem a uma série de rebeliões que se desenrolaram entre 140 e 70 a.C.⁽⁴⁶⁾. Certamente **Brutus** não poderia ter permanecido insensível frente a um quadro de grandes e graves distúrbios sociais. Poder-se-ia dessa maneira

(43) VOLTERRA, *op. cit.*, 54.

(44) TONDO, *op. cit.*, 41, citando M. FINLEY, *Schiavitù antica e ideologie moderne* (1980), Bari, 1981, 91 ss., deixa bem clara a situação em que se encontravam os escravos: “... E, pertanto, in modo da raffigurarvi una riduzione a merce della persona dello schiavo (onde, per esempio, si parlava – sia pure in funzione critica – del trattare gli schiavi ‘come se fossero delle scarpe o dei vasi’) non soltanto della sua forza lavoro. Con conseguenze tristemente coerenti – che giungevano a forme di straordinaria spietatezza anche agli effetti disciplinari e punitivi”. Não se deve esquecer, por outro lado, que o escravo, enquanto **homo**, gozava de prerrogativas não reconhecidas a outros tipos de *res*, enquanto participava dos *sacra*; fazia tornar-se religioso o terreno onde vinha sepultado; podia ser destinatário de sanções públicas; etc. (cfr. VOLTERRA, *op. cit.*, 56 ss.). O escravo vivia às expensas do proprietário, não possuindo patrimônio próprio, com algumas exceções a ele era permitido formar um **peculium**. Esse patrimônio representado pelo **peculium**, contudo, juridicamente não pertencia ao escravo, passando ao seu proprietário quando aquele morria ao invés de se transferir aos seus descendentes. Mesmo porque, não sendo a união conjugal entre escravos considerada matrimônio, mas uma simples relação de fato (**contubernium**), esse não criava relações de parentesco (assim, a ele era negado até mesmo o direito de construir família). O proprietário, por fim, tinha sobre o escravo poder de vida e de morte. Somente mais tarde foram estabelecidas regras impondo limitações à discricionariedade do poder do dono, bem como proibindo sevícias cruéis aos escravos e estabelecendo penas, caso fossem infringidas tais proibições.

(45) Cfr. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Le forme giuridiche della schiavitù e la società romana nella tarda repubblica*, in “Opus”, Roma, 1982, I fasc. 1, 87.

(46) Cfr. TONDO, *op. cit.*, 45. O diminuído valor dos escravos, a grande diferença de estirpe entre eles, bem como serem empregados em trabalhos muitas vezes longe da administração direta do proprietário, e o perigo que representava o seu elevado número (o que gerava contínuas revoltas), sendo que todos esses fatores somados levaram à modificação profunda da condição de fato do escravo, com inevitáveis consequências jurídicas, bem como à emanção de leis específicas com relação à escravidão no início do Império (cfr. VOLTERRA, *op. cit.*, 54).

hipotizar que, atribuindo o parto ao nu-proprietário e negando-lhe o caráter de fruto, o jurista poderia ter atenuado – ao menos aparentemente – a qualidade de mero objeto de propriedade que representava fortemente a figura do escravo.

O problema, em suma, segundo nosso entendimento – sempre apoiado contudo em terreno meramente hipotético, dada a falta de testemunho direto das fontes – transcende a barreira dos princípios filosóficos e humanitários⁽⁴⁷⁾ e poderia tranqüilamente avançar para o campo da problemática econômica, ou seja, dos jogos de interesse com relação ao valor patrimonial que representava o parto da escrava⁽⁴⁸⁾. Tal argumentação, entretanto, nos coloca frente a várias indagações. Por que **Brutus** favorece a posição do nu-proprietário e não a do usufrutuário, já que havia entre eles um interesse econômico conflitante – e facilmente compreensível – pela propriedade desses novos escravos? Não se pode afirmar que foi uma tomada de posição a favor de uma classe dominante, já que

(47) TALAMANCA, *op. cit.*, 322, nota 72, observa que **Brutus** e Gaio raciocinavam no campo filosófico, mas que outros bem poderiam ter feito a mesma coisa tomados da realidade econômica, e que tal hipótese é de fato atestada pelo passo de Ulpiano, 15 *ad ed.*, D. 5.3.27 pr. Com relação à afirmação de certos autores, que conferem à decisão de **Brutus** um caráter de ordem humanitária, porque com a atribuição do parto ao **dominus proprietatis**, o filho não vem separado da mãe logo após vir à luz, TALAMANCA, *op. cit.*, 323, nota 77 (retomando observação de WATSON, *Morality, slavery and the jurists in later roman republic*, in “*Tulane Law Review*” 42, 1967-68, 293 ss.) observa que, pelo contrário, a atribuição do parto ao nu-proprietário comportava a imediata separação entre mãe e filho. Além do motivo acenado por TALAMANCA, nada impedia que o **dominus** alienasse mãe ou filho separadamente, já que sobre os seus bens podia dispor livremente.

(48) Não há dúvidas de que o escravo, em geral, representa um bem de alto valor econômico. Se já na época de **Brutus** – quando ocorreu um aumento elevadíssimo do número de escravos em Roma – esse valor patrimonial poderia ter sido motivo de influência na decisão do jurista republicano, muito mais facilmente se explicaria essa mesma tomada de posição por parte de Ulpiano, em cuja época a situação econômica era seríssima, agravada pela falta de mão-de-obra no mercado (vide supra notas 33 e 34).

(49) CAPOGROSSI-COLOGNESI, *op. cit.*, 87, ensina que já no III séc. a.C. a sociedade romana era organizada em função do controle da **res publica** e fundada sobre a propriedade privada da terra, encontrando-se por outro lado, totalmente superado o modelo fundado sobre o ordenamento gentilício, isto é, de propriedade coletiva, do tipo doméstico, centralizado na figura do **pater familias**. E são os proprietários dessas terras privadas que formam uma nova aristocracia, cujo “sfruttamento dei propri possessi doveva essere ormai assicurata dalla presenza di un numero adeguato di schiavi”. Sobre os latifúndios e a organização agrária romana, cfr. do mesmo autor a introdução a AA.VV., *L’agricoltura romana – Guida storica e critica*, Bari, 1982, VII ss.

certamente tal conflito se apresentava no interior da mesma classe social, podendo em um caso concreto tanto nu-proprietário como usufrutuário serem os ricos proprietários de terras. É ainda de se perguntar se não se desenvolveu na estrutura escravagista romana, e em que nível, um interesse na “produção-de-massa” de escravos, já que esses representavam as bases da organização das empresas agrárias, pertencentes aos proprietários de grandes terras⁽⁴⁹⁾. Tais problemas, contudo, ultrapassam os limites da presente pesquisa, restando em aberto para uma posterior reflexão.

Por outro lado, contudo, conforme resulta das fontes retroexaminadas, **Brutus** não afirmou que em geral o parto da escrava não é um fruto, mas somente que não deve ser considerado como tal no âmbito do usufruto. Essa regra é pacificamente aceita pelos juristas sucessivos que nos são notícia da controvérsia e que tentam, por sua vez, formularem motivações com coloração filosófica. Esses juristas, portanto, encontram dificuldades de legitimar e aplicar a outras situações o princípio geral segundo o qual o *partus ancillae in fructu non est*. Tal princípio certamente recebeu maior apoio e ressonância entre os filósofos.⁽⁵⁰⁾

(50) Segundo M. KASER, *Partus ancillae*, in ZSS (1958), 197, este princípio gozava de escassa popularidade entre os juristas, mas, ocorre repetir que o princípio em questão, meramente filosófico, não se identifica com a regra jurídica introduzida por **Brutus** e limitada à hipótese do usufruto da escrava.

Capítulo IV

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS



Discurso de Posse do Professor Doutor Antonio Junqueira de Azevedo, Titular do Departamento de Direito Civil

Antonio Junqueira de Azevedo
Vice-Diretor da Faculdade de Direito

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Excelentíssimo Senhor Prof. José Carlos Moreira Alves. Presidente do S.T.F.

Excelentíssimo Senhor Professor Emérito Luís Eulálio de Bueno Vidgal

Excelentíssimos Senhores Professores da Congregação,

Senhores Professores,

Senhoras e Senhores,

Meus alunos.

Compreendeis certamente a plenitude de sentimentos que invadem minha alma, ao falar no salão nobre desta Escola, há mais de um século, coração da vida cívica, política, social e jurídica de São Paulo.

Esta tradicional cerimônia de recepção do Professor Titular representa o **ponto final** da carreira universitária. Seria interessante se este que vos fala pudesse olhar para o passado e dizer o quanto foi grande o seu esforço para chegar até aqui. Infelizmente, porém, sinto como se ainda não tivesse chegado.

Os pequenos resultados dos meus esforços e minha solidariedade para com meus irmãos de nacionalidade impedem-me de considerar que o combate esteja terminado. Pelo contrário, encaro esta cerimônia, não como a **extrema unção** do professor, e sim, como o **batismo** para o ingresso do neófito num amplo movimento de restauração nacional.

Todos vós conheceis a parábola do semeador (Mt 13, 1-13; Mar 4, 1-20; Lc 8, 4-15). Trata-se de parábola muito grata a oradores, políticos, professores, porque diz respeito às virtudes da palavra. “Saiu o semeador a semear” e comparam-se os intérpretes em comentar as quatro atitudes de quem ouve: a da-

queles que praticamente não recebem a palavra proferida; a dos que a ouvem, mas são inconstantes; a dos que a ouvem, mas com o tempo deixam-se levar pelas preocupações mundanas; e, finalmente, a dos que aceitam e deixam-na frutificar.

Ora, observo que, além da lição conhecida, há, nesta parábola, algo estranho do ponto de vista puramente humano: é que este semeador semeia loucamente – ou, generosamente – aos quatro ventos; uma parte das sementes cai, afinal, à beira do caminho, outra, entre pedregulhos, mais outra, entre espinhos, e somente uma parte, em terra boa. É como se o semeador dissesse “sou semeador, minha função é semear. Semeemos, pois, sem olhar para trás, sem olhar para onde”.

Se o exemplo é esse, se aqui está o coração cívico, político, social e jurídico de São Paulo e se me dão voz, tentarei imitar, como puder e souber, o semeador “louco”, aproveitando a imprecisão das palavras “cívico” “político” “social” e “jurídico” semeando uma idéia em cada campo, consciente de que o servo não é melhor que seu senhor.

No campo cívico, a **federação brasileira** como está, a quase nada corresponde. São mais de uma vintena de Estados, inteiramente díspares do ponto de vista territorial, econômico, demográfico e, principalmente, cultural.

A insatisfação é geral. A equiparação de Estados como a Bahia ao Acre, Rio de Janeiro a Rondônia constitui evidente inadequação. Esta equiparação não corresponde à nossa realidade geográfica e histórica.

As províncias brasileiras são somente sete e precisam encontrar expressão constitucional, a fim de não nos apagarmos todos numa padronização global, que acabará por destruir a identidade brasileira.

As sete províncias são: **Bahia**, cujo modo de falar, agir, comer, e, até mesmo, andar, constitui, na ordem cronológica, o primeiro modo de ser da cultura brasileira; **Rio de Janeiro**, símbolo da beleza da nação, um Estado hoje humilhado, sem um papel à altura de sua voz, confundido como está com Estados menores; **Minas Gerais** – quem uma vez levantou às seis da manhã e foi por estradas de terra serpenteando entre montanhas, num dia de sol, cruzou com o caminhão do leite, com um cavalo perdido na estrada, viu uma vaca na cerca, passou por grupos de quatro ou cinco crianças, indo a pé, com as malinhas a caminho da escola, sabe: Minas, é especial! E há **São Paulo**: os primeiros paulistas foram severos e rudes; a imigração de italianos, sírio-libaneses, japoneses, e ainda, a vinda de elevado número de brasileiros da Bahia e do Nordeste, em nada alterou essa característica: éramos simples, somos simples, consideramos o trabalho necessário, a elegância não é nosso forte, em São Paulo o que

queremos é que a palavra valha. **Pernambuco**, terra de coragem; **Rio Grande do Sul**, baluarte da cultura portuguesa frente ao espanhol, e **Pará**, contitui as outras três províncias.

Os demais Estados são meras variações das sete províncias; eles que se agrupem em torno das sete capitais: Salvador, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, São Paulo, Recife, Porto Alegre e Belém.

A Assembléia Constituinte, a ser instalada, já encontrou condicionamentos prévios dificilmente removíveis. Um deles é justamente este: o de que, tendo a eleição sido feita para deputados e senadores, a suposição é a de que o Senado, órgão representativo da Federação, permaneça como está.

Entretanto, mesmo sem alterar esses dados e mantida também a organização jurídica e administrativa de cada Estado, nada impede que se crie, com vantagem até mesmo didática, uma nova Câmara, com funções legislativas e consultivas que agrupe em sete províncias todos os Estados, e reflita o Brasil real, o Brasil histórico, a unidade nacional na diversidade harmônica de suas culturas.

E passemos ao campo político.

A persistência, como está, do modelo proporcional de eleição para deputado é um absurdo que clama aos céus. Até mesmo os mais interessados e preparados dos eleitores não ficaram sabendo quantos e quais eram todos os candidatos na eleição que se encerrou. Não é de admirar que os votos em branco e nulos tenham suplantado os sufrágios dados aos mais populares candidatos (e é preciso lembrar que, entre os votos computados, estão muitos, feitos literalmente sem escolha, isto é, por pessoas que se fixaram em um nome, ou em um número, sem qualquer comparação entre candidatos).

Esta situação não pode permanecer; não fiquemos como as crianças que resmungam na praça, a reclamar da chamada "classe política". Lutemos pela introdução, parcial, do sistema distrital, isto é, da divisão do Estado em circunscrições e da escolha entre somente quatro ou cinco candidatos por circunscrição. Experimentemos também, vencendo velhos preconceitos, associar a esse sistema duplo, mais o sistema corporativo, de escolha indireta, por categorias, de forma a haver, na Câmara, representantes dos operários, dos empresários urbanos, dos agricultores, dos produtores rurais, dos professores, dos advogados, dos médicos, dos juízes, dos promotores, etc. Diante do quadro desenhado pela última eleição, é o caso de gritar: "Para deputado, indiretas já!"

Reflitamos um pouco, em terceiro lugar, sobre a questão social. Se, em princípio, são três os fatores da produção econômica, natureza, capital e traba-

lho, organizados pelo empresário, é preciso antes de mais nada, que este reconheça o primado do trabalho, fator humano, sobre os outros dois. É indispensável também, sempre em linha de princípio, e como afirmou o Papa João Paulo II, na encíclica “*Laborem Exercens*”, que trabalhador e empresário se vejam como colaboradores de uma obra comum.

Por outro lado, é de se observar ainda que alguns conceitos jurídicos pecam por excessiva abstração; à própria palavra “propriedade” sofre desse mal, porque encobre realidades diversas. Nela, cabem tanto bens móveis de pouco valor, quanto a casa de residência, o imóvel rural, ou as grandes unidades de produção, possuídas através das ações da sociedade anônima.

Ora, dentro desses parâmetros, estamos vivendo uma situação paradoxal. Sobre a reforma nas grandes empresas, que têm milhares de empregados, em que o fator humano e organizacional predomina largamente e onde seria razoável que os trabalhadores tivessem participação, ainda que minoritária na administração, pouco se fala.

O fato se agrava quando se trata das empresas de comunicação, em que nem os empregados nem a sociedade, diretamente interessada, têm voz ativa, ficando tudo sob orientação, o poder, muitas vezes, de um só homem.

E é justamente na atividade rural, em que o papel dos fatores capital e natureza têm maior vulto e em que, pelo menos de Minas Gerais para o Sul, a economia funciona relativamente bem, que se fala em reforma.

O excesso populacional de nossas grandes capitais não é fenômeno brasileiro, fruto de um subdesenvolvimento rural; é fenômeno universal, fruto do desenvolvimento tecnológico. E é preciso não confundir o problema social do “bóia-fria” com o do trabalhador da terra, eis que o primeiro é um caso especial, ele é antes o-trabalhador da usina de cana, – empresa industrial, e não, rural.

Enfim, em matéria social, penso que os espíritos mais generosos estão errando de alvo; tratam do que não é preciso e silenciam sobre o fundamental – especialmente, a indispensável reforma nos meios de comunicação.

Finalmente, no campo estritamente jurídico, há o problema da tradicional divisão do direito em público e privado. Esta divisão vem, há alguns decênios, sendo considerada ultrapassada e não são poucos os doutrinadores que procuram situar as matérias de sua especialidade em um terceiro gênero. No meu modo de entender, estas colocações se devem a uma confusão originada no século XVIII e início do século XIX, pela qual o direito privado foi indevidamente amarrado à vontade individual. Considerando as progressivas e inevitáveis li-

mitações à autonomia do particular torna-se evidente que sua identificação com o direito privado somente pode levar ao desapareço, senão à extinção, deste ramo do direito. No entanto, o direito privado não é o direito do indivíduo, e sim o direito da sociedade, por oposição ao direito público, que é o direito do Estado. O primeiro é social e o segundo, estatal. Diferem, pois, no objeto. Diferem também na origem e nos caracteres. É preciso lembrar que, até mesmo no ápice do absolutismo monárquico, os reis raramente criavam o direito civil. Este direito brotava diretamente da sociedade. Na célebre frase atribuída a Luís XIV, “L’Etat c’est moi”, “Estado” refere-se ao “aparato estatal”, não às normas de direito privado.

Foi somente no início do século passado que, de modo generalizado, as assembléias populares assumiram a produção jurídica do direito civil.

A afirmação de que o estado liberal do *laissez-faire*, *laissez-passer*, foi um Estado de atividade restrita não é, portanto, inteiramente verdadeira, quando se dá conta de que foi então, que o Estado alargou seus poderes, fazendo sua, a faculdade de criar o direito da sociedade.

Nesta análise, a oposição conceitual entre sociedade e Estado não pode ser esquecida. A sociedade vive sob o signo da **colaboração**; seus membros são, como diz a palavra, sócios.

Já o Estado é uma criação artificial; vive sob o signo da hierarquia, tem tempo histórico definido.

Seguem-se daí diferenças profundas entre os dois ramos do direito, o estatal, ou público, e o social, ou privado. O direito público é um direito “bolado”, se me for permitida a gíria; ele se faz **per modum determinationis** como seu conteúdo ético está antes nos fins que no conteúdo das normas; nele, tem vastas possibilidades a imaginação criadora. Já o direito privado brota **naturalmente** do povo; ele se faz lentamente e é obtido **per modum conclusionis**; seu caráter ético é, em princípio, intrínseco às suas normas. A atitude do jurista, diante dele, não pode ser a do criador revolucionário, e sim, a do observador beato que, com humildade, procura saber o que quer o povo. Ora, reconhecido que direito privado é o direito social por excelência, pelo menos duas conclusões se impõem: 1ª) as conhecidas restrições à vontade individual, como os limites à liberdade de contratar, as regras sobre lesão, excessiva necessidade, revisão judicial de contratos, proteção ao consumidor, não são, como muitas vezes se diz, “exceções” em seu verdadeiro leito, o social – vê-se que as “exceções” são exigências de sua própria natureza, já que se trata de direito baseado na **colaboração**; 2ª) o civilista não deve se pôr a imaginar soluções ideais para regulamentar a vida do povo.

Nesse sentido, não me parece correto, exemplificando, que se imponha

a todos os brasileiros, o casamento sob o modelo modernista da família sem chefe. Não entra na mente dos brasileiros pobres, – homens e mulheres – que, por exemplo, na decisão sobre mudança da família, da Bahia para São Paulo, a palavra final sobre a fixação do domicílio conjugal não caiba ao marido, e sim, a um juiz. Uma norma como esta é uma **violência** contra os simples.

As modificações no direito privado não podem ser dessa forma. As soluções novas devem ser admitidas, mas, à moda romana, isto é, sem eliminação das antigas, com justaposição para escolha pelas partes; por aluvião, não por avulsão.

Eis aí, senhoras e senhores, algumas idéias que me pareceram devessem ser expressas. O final retórico seria de se esperar, mas já escrevia Cícero “a cada um, o seu”. Prefiro terminar, dizendo o que realmente sei: que Deus, é rico em misericórdia. Por isso, peço: Pai, que seu Espírito ilumine os que me ouvem e abençoe o povo brasileiro.

Arcadas, 26 de novembro de 1986.

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).