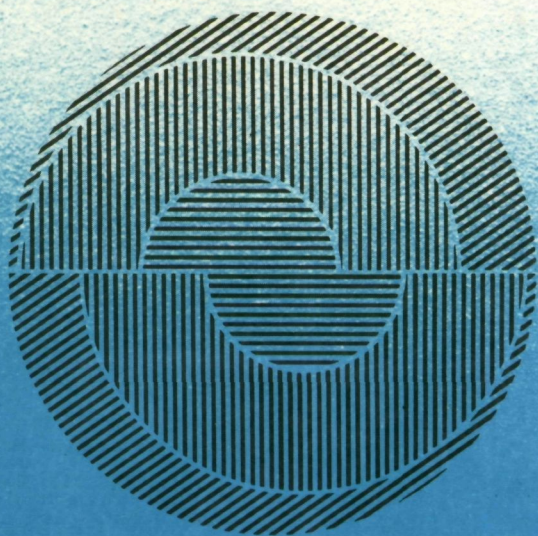


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO
ANO 19 • NÚMERO 76

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 19 n. 76 — outubro/dezembro 1982

**Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal**

Fundadores:

**Senador AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961—1967)**

**Dr. ISAAC BROWN
Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal
(1946—1967)**

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Redação:

**ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR (Chefe)
PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO**

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 19	n. 76	out./dez. 1982
-----------------	----------	-------	-------	----------------

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração
são de responsabilidade de seus autores

Preço deste exemplar: Cr\$ 350,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

SOLICITA-SE PERMUTA
PIDESE CANJE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
WE ASK FOR EXCHANGE
SI RICHIERE LO ESCAMBIO

Revista de Informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-
Brasília, Senado Federal

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
COLABORAÇÃO	
A imunidade jurisdicional dos Estados — <i>Jacob Dolinger</i>	5
Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar — <i>Luiz Alberto Araújo e Luiz Regis Prado</i>	65
O direito penal internacional e a extradição na sistemática jurídica — <i>Therezi- nha Lúcia Ferreira Cunha</i>	87
Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	97
O controle de constitucionalidade de leis municipais — <i>Fernanda Dias Menezes de Almeida</i>	125
Perda de mandato por infidelidade partidária? — <i>Nelson de Sousa Sampaio</i>	135
O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do Estado de Direito — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	163
O Estado e suas empresas — <i>Hely Lopes Meirelles</i>	165
Legislação tributária: fontes e conceito — <i>Carlos Valder do Nascimento</i>	171
Usucapião de bens imóveis e jurisprudência do STF — <i>Fábio Maria de Mattia</i> .	187
O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento — <i>Nuno Tomaz Pires de Carvalho</i>	213
A concorrência desleal e a confusão entre produtos — <i>Carlos Alberto Bittar</i> ..	259
Direito de arena — <i>Antônio Chaves</i>	277
Considerações a propósito das tentativas de elaboração de um Código de Exe- cuções Penais — <i>Licínio Barbosa</i>	299
Substituição processual — processo do trabalho — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vi- lhena</i>	311
Iniciação ao estudo do precatório — <i>Vladimir Souza Carvalho</i>	325
Deficientes: sua tutela jurídica — <i>Moacyr de Oliveira</i>	365
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	377

A imunidade jurisdicional dos Estados

JACOB DOLINGER

Professor de Direito Internacional Pri-
vado na Universidade do Estado do
Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO
 - 1.1. *A temática.* 1.2. *O fundamento jurídico.* 1.3. *A extensão da imunidade estatal.* 1.4. *Evolução restritiva.* 1.5. *Renúncia do Estado à imunidade.* 1.6. *A distinção entre acta jure imperii e acta jure gestionis.* 1.7. *O papel da jurisprudência.* 1.8. *As Resoluções do Instituto de Direito Internacional e da Harvard Law School.* 1.9. *Empréstimos públicos.*
2. FONTES MODERNAS
 - 2.1. *A Convenção Européia sobre Imunidade Estatal.*
 - 2.2. *A lei britânica.* 2.3. *Antecedentes jurisprudenciais britânicos.* 2.4. *A lei americana.* 2.5. *A Tate Letter.* 2.6. *Imunidade de execução.* 2.7. *Contratos petrolíferos.* 2.8. *Recurso a arbitramento.*
3. O ESTADO ESTRANGEIRO PERANTE A JUSTIÇA BRASILEIRA
 - 3.1. *Doutrina.* 3.2. *Jurisprudência.* 3.3. *Nossa posição.*
4. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO BRASIL NO EXTERIOR
 - 4.1. *Introdução.* 4.2. *Legislação brasileira sobre empréstimos públicos externos.* 4.3. *Legislação sobre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico.* 4.4. *Empréstimos públicos contraídos no exterior.* 4.5. *Conclusão.*

1. A IMUNIDADE JURISDICCIONAL DO ESTADO

1.1. A temática

A questão da competência dos tribunais nacionais para julgar um Estado estrangeiro tem suscitado grande interesse da doutrina e ocupado a jurisprudência de muitos países, em virtude da crescente presença dos Estados e de seus órgãos de administração direta e indireta no comércio internacional.

Nos últimos anos foram promulgadas leis especiais sobre a matéria na Inglaterra e nos Estados Unidos, tendo sido assinada uma convenção europeia sobre imunidade estatal, já em vigor em alguns países.

Entre nós, no Brasil, a matéria ainda não foi versada convenientemente, urgindo que se provoque o interesse dos estudiosos, eis que o governo brasileiro tem estado cada vez mais presente em contratos de natureza internacional.

A soberania, a independência e a igualdade dos Estados acarretariam absoluta proibição de um Estado ser julgado em tribunal estrangeiro? Ou concebem-se hipóteses em que o Estado é equiparado ao particular e pode ser julgado em foro estrangeiro?

Esta a questão básica, da qual se ramificam os debates em torno da distinção entre o *jus imperii* e o *jus gestionis* e a questão da renúncia à imunidade, expressa ou tácita. Os contratos entre o Estado e pessoas jurídicas privadas de outras nacionalidades, bem como o instituto da arbitragem são questões que se inter-relacionam com o tema principal.

1.2. O fundamento jurídico

A doutrina da imunidade estatal que é considerada criação do século XIX tem sua gênese na antiga regra feudal *par in parem non habet imperium*, que só permitia que os magnatas, senhores feudais, respondessem a seus superiores e não a seus iguais. Desta antiga regra originou-se a imunidade pessoal dos soberanos, que por sua vez motivou, *a fortiori*, a vedação do exercício de jurisdição de um soberano territorial sobre o outro.

Esta noção foi fortalecida pelo princípio constitucional da *common law* de que o soberano não poderia fazer mal algum nem em relação a seus próprios súditos e que, portanto, seus atos ficavam acima de qualquer exame das cortes locais.

Deste conceito de imunidade pessoal do soberano originou-se o princípio da imunidade do Estado como entidade jurídica.

Iniciando-se no final do século XVIII e continuando através do século XIX, as cortes nacionais desenvolveram a doutrina da ilimitada imunidade estatal. A recíproca independência, igualdade e dignidade dos Estados soberanos obrigaram-nos a se abster de exercer qualquer

jurisdição *in personam* ou *in rem* visando a coerção das leis locais sobre um Estado estrangeiro ou sobre sua propriedade.

Significava isto que os Estados renunciavam à sua jurisdição territorial, exclusiva e absoluta, sempre que estivessem envolvidos um Estado estrangeiro ou suas propriedades.

No famoso caso "Schooner Exchange v. Mc Faddon", julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1812, envolvendo uma embarcação militar francesa atracada em porto americano, o Chief Justice Marshall assim se manifestou:

"One sovereign being in no respect amenable to another; and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation by placing himself or his sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory... in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station... are reserved by implication, and will be extended to him."

ALFRED VERDROSS (1) assim resume o princípio da imunidade:

"La independencia de los Estados unos frente a otros tiene, entre otras consecuencias, la de que ninguno de ellos, en cuanto sujeto del Derecho Internacional esté sometido al ordenamiento jurídico de otro. Es el viejo principio: *Par in parem non habet imperium*. Esta inmunidad es absoluta pues, en la medida en que un Estado aparece como titular del poder público, no está sometido a la legislación de otro Estado ni a su administración, sino única y exclusivamente al D.I."

IAN BROWNLIE (2) distingue dois princípios que fundamentam a teoria da imunidade estatal. O primeiro se apóia na máxima acima referida *par in parem non habet jurisdictionem*, relacionado com o *status* de igualdade que decorre da soberania: pessoas jurídicas de nível igual não podem ter suas disputas solucionadas nos tribunais de um deles. O segundo princípio é o da não-intervenção nos assuntos internos de outros Estados.

Sustenta ainda o autor britânico que a imunidade do Estado soberano parece derivar doutrinariamente da imunidade do seu embaixador (3).

A passagem de MONTESQUIEU no seu *Espírito das Leis* (4) que versa a imunidade diplomática, indica, contrariamente, que a imunidade

(1) *Derecho Internacional Público*, edição espanhola da Aguilar, 1972, Madrid, págs. 171/2.

(2) *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1973, págs. 316 e seguintes.

(3) *Op. cit.*, pág. 319.

(4) Edição da Encyclopaedia Britannica, *Great Books of the Western World*, volume 38, pág. 223.

diplomática é que deriva da liberdade e da independência do príncipe. Diz MONTESQUIEU:

“The law of nations requires that princes shall send ambassadors; and a reason drawn from the nature of things does not permit these ambassadors to depend either on the sovereign to whom they are sent, or on his tribunals. They are the voice of the prince who sends them, and this voice ought to be free; no obstacle should hinder the execution of their office; they may frequently offend, because they speak for a man entirely independent; they might be wrongfully accused, if they were liable to be punished for crimes, if they could be arrested for debts, these might be forged...”

Difícil conceber nesta ordem de raciocínio que o embaixador gozasse do benefício da imunidade e que isto não ocorresse com o príncipe que delega poderes a seu enviado.

J. F. LALIVE publicou longo estudo no *Recueil des Cours*, volume nº 84, intitulado “L’immunité de jurisdiction des États et des organisations internationales” concluindo pela inexistência de qualquer regra de direito internacional — convencional ou costumeira — que imponha o dever de se reconhecer a imunidade jurisdicional de um Estado estrangeiro e criticando aqueles que a sustentam com base num costume internacional decorrente de soberania, independência e igualdade ou prática uniforme dos Estados.

Reconhece, todavia, a existência da regra da imunidade jurisdicional do Estado para certos atos considerados de poder público, assim enumerados: atos de administração interna, legislativos, de suas forças terrestres, navais, aéreas, de atividade diplomática e dos empréstimos públicos contratados no estrangeiro.

1.3. *A extensão da imunidade estatal*

A imunidade pode ser invocada pelo próprio Estado, i.e., seu governo, e também por seus navios públicos, especialmente navios de guerra, e pelas entidades estatais, inclusive as companhias criadas pelos Estados para exercer funções consideradas de interesse do Estado.

Problema complexo é o atinente às unidades políticas, subdivisões de Estados federados e os Municípios. Doutrinariamente sustentava-se que estas entidades políticas não gozam de imunidade de jurisdição, mas ocasionalmente alguns tribunais decidiram a favor do privilégio. Exemplo clássico é a decisão de um tribunal norte-americano que não admitiu sua jurisdição numa ação promovida por um portador de bônus emitidos pelos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, decidindo que os réus mereciam a mesma imunidade que os tribunais americanos concedem aos Estados da federação norte-americana (5).

(5) “Sullivan v. State of São Paulo”, julgado em 1941, referido por HAROLDO VAL-LADAO em *Direito Internacional Privado*, volume III, 1978, pág. 150, e por FRANCIS DEAK em *Manual of Public International Law*, editado por Max Sorensen, Londres, 1968, pág. 427.

VALLADÃO se refere a decisões de tribunais americanos que reconheceram a imunidade jurisdiccional do cantão da Basileia e das Índias holandesas.

HILDEBRANDO ACCIOLY assim se pronuncia sobre o tema (6):

“Deve a imunidade de jurisdição aplicar-se também às simples subdivisões políticas do Estado, Estados de uma federação, Províncias, Municípios? Parece-nos que sim, pois que a ação intentada contra uma dessas subdivisões perante uma jurisdição estrangeira será dirigida, afinal de contas, contra o Estado a que pertença a subdivisão e ao qual cabe representá-la nas relações internacionais” (7).

Quanto aos órgãos governamentais, tratando-se de um Ministério ou de um Departamento que se dedica a atividade pública, tem-se-lhes concedido imunidade (8).

Por outro lado, há hipóteses em que se questiona se determinada entidade é efetivamente parte integrante da máquina governamental; nestes casos, os tribunais têm geralmente respeitado o critério do país onde a entidade foi criada: se os tribunais deste país consideram a entidade em questão como órgão de seu governo, os tribunais estrangeiros seguirão o mesmo critério (9).

Em outros casos, os tribunais preferiram examinar o ponto de vista dos órgãos políticos do Estado cuja entidade esteja em questão. Ou sua legislação.

Um tribunal italiano reconheceu a imunidade da “Academia Húngara em Roma” depois de constatar que, de acordo com a lei húngara, a Academia era um órgão do Ministério da Cultura e Educação (10).

Os tribunais americanos têm decidido que certas organizações estão abrangidas no conceito de “Estado estrangeiro”. Por exemplo, em “Gittler v. German Information Center”, um tribunal americano decidiu que as regras sobre imunidade estatal se aplicam a uma ação movida contra o Centro de Informação alemão, “seção do Consulado-Geral da República Federal da Alemanha, que se dedica a desenvolver relações culturais e promover a compreensão entre a Alemanha e os Estados Unidos”.

Assim também, o “U. S. District Court for the Southern District of New York” decidiu que a “Soviet Novosti Press Agency” é um “Estado estrangeiro” por pertencer ao governo soviético.

(6) *Manual de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1973, 10ª edição, pág. 36.

(7) Esta também é a posição de CLÓVIS BEVILAQUA, como veremos adiante.

(8) “Piascik v. British Ministry of War Transport”, julgado nos Estados Unidos em 1943.

(9) “Masatoshi Suzuki et al v. Tokyo Civilian Open Mess”, *ILR*, 1957, pág. 226.

(10) “Hungarian Ecclesiastical and Pontifical Institute v. Academy of Hungary in Rome”, 88 *Clunet*, 837, 1961.

Companhias controladas por governos estrangeiros foram igualmente consideradas como "Estados estrangeiros" para efeitos de imunidade. Em "Herzberger v. Companhia de Acero del Pacífico S.A." o tribunal americano considerou que a ré, uma companhia chilena criada e pertencente na proporção de 95,15% à "Corporación de Fomento de la Producción", inteiramente controlada pela República do Chile, se equipara ao Estado estrangeiro e deve gozar de imunidade de jurisdição. O mesmo foi decidido com relação à "Libyan National Oil Company", totalmente controlada pelo governo líbio.

1.4. *Evolução restritiva*

No século passado os Estados passaram a atuar em setores econômicos considerados até então como exclusivamente "privados". E apesar de sua freqüente competição com indivíduos e entidades privadas, os governos continuaram exigindo o direito de invocar imunidade em processos judiciais decorrentes de questões surgidas de suas atividades competitivas. Não tardou a reação dos que consideravam que esta imunidade redundava numa injusta desvantagem para os particulares e às pessoas jurídicas de direito privado que transacionavam com os governos.

Assim surgiu uma resistência ao princípio da imunidade absoluta do Estado nas relações internacionais, que, aliás, já se manifestara no plano da imunidade doméstica, campo no qual se passara a admitir o direito de particulares processarem o Estado por prejuízos sofridos em decorrência de atos do soberano.

Após a 1ª Guerra Mundial co-existiam duas teorias sobre a imunidade estatal nas jurisdições estrangeiras: a da imunidade absoluta e a da imunidade restrita, ou relativa, que concedia imunidade aos Estados em relação a seus atos soberanos ou públicos (*jus imperii*), mas recusava o privilégio a seus atos privados ou comerciais (*jus gestionis*).

Esta segunda teoria foi ganhando terreno, suplantou a teoria clássica da imunidade absoluta, que praticamente não mais influencia o direito atual.

1.5. *Renúncia do Estado à imunidade*

Admite-se a jurisdição dos tribunais em relação a Estado estrangeiro quando o mesmo consente em ser processado em foro estranho.

Esta renúncia do Estado à sua imunidade se configura às vezes por via de tratado. Os Estados Unidos firmaram após a 2ª Guerra Mundial vários tratados comerciais bilaterais em que ambas as partes renunciaram à imunidade de jurisdição. Também a União Soviética tem adotado esta orientação nos tratados bilaterais relativos a suas delegações comerciais.

Outras vezes a renúncia se manifesta contratualmente.

Antes da aceitação da teoria da imunidade relativa, os tribunais de certos países aplicavam uma interpretação liberal que os levava a considerar que determinadas atividades estatais continham implícitas renúncias à sua imunidade.

Na Inglaterra registrava-se critério severo quanto à renúncia da imunidade, exigindo os tribunais que ela fosse manifestada expressamente perante a corte.

A iniciativa de um Estado de processar a outra parte perante tribunal estrangeiro era geralmente interpretada como renúncia à sua imunidade, o que permitia que o tribunal também julgasse uma reconvenção ou ação conexa postulada pela parte contrária contra o governo estrangeiro.

Contudo, desenvolveu-se uma divergência se a ação da outra parte deveria ter relação com o objeto da ação movida pelo governo estrangeiro, ou se, uma vez que o Estado estrangeiro se havia submetido à jurisdição do foro, poder-se-ia aceitar contra ele ações independentes, não relacionadas com o objeto da ação por ele promovida.

Na Bélgica, França e Alemanha os tribunais permitiram ocasionalmente ações independentes. Mas nos países da *common law*, os tribunais só aceitavam ações defensivas, i.e., ações em resposta direta às medidas promovidas pelo governo estrangeiro.

“National City Bank of N.Y. v. Republic of China” (11) foi o primeiro caso em que uma corte americana admitiu uma causa contra governo estrangeiro cujo objeto não tinha relação com ação anterior movida pelo soberano estrangeiro. A China processava o banco novaiorquino para reaver importância de duzentos mil dólares que depositara no Banco e este moveu outra ação contra a China cobrando um milhão e seiscentos mil dólares relativos à questão totalmente estranha à original.

Com relação à segunda ação a Corte de New York decidira pela imunidade jurisdicional da China, por considerar a contra-ação independente da ação original, mas a Suprema Corte norte-americana, por voto de maioria, decidiu que um país estrangeiro que renuncia à sua imunidade, já não pode invocá-la na contra-ação que a parte adversária lhe move.

Felix Frankfurter, integrando a maioria, assim votou:

“The short of the matter is that we are not dealing with an attempt to bring a recognized foreign government into one of our courts as a defendant and subject it to the rule of law to which non-governmental obligors must bow. We have a foreign government invoking our law but resisting a claim against it

(11) 348 U.S. 356, 75 Sup. Ct. 423, 1955.

which fairly would curtail its recovery. It wants our law, like any other litigant, but it wants our law free from the claims of justice. . . .”

HILDEBRANDO ACCIOLY ⁽¹²⁾ discorre sobre as várias formas de renúncia do Estado à imunidade de jurisdição. A renúncia será expressa quando o Estado, por tratado ou convenção internacional, admitir a competência de tribunal estrangeiro. Será tácita: 1) quando o Estado propõe uma ação perante tribunal estrangeiro; 2) quando, acionado perante tribunal estrangeiro, não levanta a declinatória de incompetência; 3) quando exerce atos de comércio ou indústria em território estrangeiro; 4) quando possui bens imóveis em país estrangeiro, admitindo-se neste caso que, tornando-se proprietário de tais bens, o Estado aceitou, de antemão, a jurisdição local, no tocante às ações reais relativas aos mesmos.

Narra ACCIOLY um caso de renúncia tácita ocorrida em 1895 no processo intentado pela legação brasileira em Buenos Aires contra um periódico daquela capital, intitulado *Le Petit Journal*.

O jornal publicara pesadas injúrias ao Brasil e ao povo brasileiro, e por isto a legação moveu a ação. Levantada a preliminar se a legação seria pessoa legítima para dar queixa e se poderia a República dos Estados Unidos do Brasil estar em juízo, a justiça portenha decidiu no sentido afirmativo ⁽¹³⁾.

1.6. *A distinção entre acta jure imperii e acta jure gestionis*

A criação e a evolução da teoria da imunidade relativa está intimamente ligada à distinção entre os atos *jure imperii* e os atos *jure gestionis*: a imunidade jurisdicional dos Estados só se aplicaria aos primeiros.

Mas o que será um ato *jure imperii*? O que caracterizaria a função pública do Estado e como se qualificariam suas atividades comerciais — *jure gestionis*?

Há autores que não admitem distinguir entre atos governamentais de natureza soberana e outros atos sem esta característica. FITZMAURICE ⁽¹⁴⁾ observa que um Estado soberano não deixa de ser soberano por exercer atos que um cidadão particular poderia executar.

A verdade é que a conceituação de atos governamentais *jure gestionis*, ou seja, da atividade estatal de natureza comercial, exige um jul-

(12) *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, tomo I, pág. 195.

(13) A regra da renúncia está consagrada atualmente na Argentina pelo Decreto-Llei nº 1.285, de 1968, que admite ações contra Estados estrangeiros mediante sua concordância, que se pode manifestar de forma expressa ou tácita.

(14) 14 B.Y. 1933, 117.

gamento de valor que depende da filosofia política que se adote quanto à esfera específica da atividade estatal e das prioridades da política governamental.

Muitos economistas consideram que nos países de economia subdesenvolvida o natural campo de ação governamental abrange amplos setores em que se planejam e executam projetos relacionados com a pobreza, a saúde, a nutrição, a educação, e cuja magnitude se equipara às questões de segurança em época de guerra.

Já os expoentes da política econômica liberal, do *laissez faire* não concordariam com esta qualificação.

Há, fundamentalmente, dois critérios. Um caracteriza o ato governamental por sua natureza jurídica, negando imunidade às atividades que também são empreendidas pelos particulares. Outro prefere perquirir a finalidade ou o objetivo do ato, concedendo imunidade para os atos diretamente ligados a funções públicas, como defesa e financiamento público.

Os resultados decorrentes de cada um destes critérios são freqüentemente divergentes. Assim, por exemplo, os tribunais que aplicam o teste da finalidade decidirão que o suprimento de cigarros para um exército estrangeiro é uma transação imune à jurisdição, uma vez que todo fornecimento a um exército constitui exercício de uma função estatal⁽¹⁵⁾, como um contrato para a compra de botas para o exército é um ato de características soberanas⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, a Corte Suprema da Itália, aplicando o critério da natureza jurídica da transação, num processo relativo a um contrato para o suprimento de couro para um exército estrangeiro, negou imunidade porque a finalidade da transação não altera a essência privada do contrato⁽¹⁷⁾.

As convenções sobre direito marítimo não adotam um critério claro a respeito do que seja atividade governamental.

A "Convenção de Bruxelas de 10 de abril de 1926 sobre Unificação de Certas Regras concernentes às Imunidades dos Navios de Estados" dispõe em seu artigo 2º que as embarcações engajadas em comércio e pertencentes ou operadas por Estados estrangeiros ficam sujeitas à jurisdição interna como se pertencessem a pessoas particulares.

Duas convenções mais recentes, a do Mar Territorial e Zonas Contíguas e a do Alto Mar, ambas assinadas em Genebra em 1958, assimilam a posição de navios pertencentes a governos que são operados para fins comerciais aos navios mercantes não governamentais.

(15) "Guggenheim v. State of Vietnam" in *Gazette de Palais*, 1962, 186.

(16) "Kingdon of Roumania v. Guarantee Trust Co. of N. Y.", 250 Fed. 341, 1918.

(17) "Stato di Rumania v. Trutta" in *Foro Italiano*, 1926, vol. 1, pág. 584.

A Convenção do Mar Territorial e Zonas Contíguas, ao versar a passagem inocente através do mar territorial, distingue a posição de “navios governamentais operados para fins comerciais” da de “navios governamentais operados para fins não governamentais” (artigo 22).

O artigo 9º da Convenção sobre o Alto Mar dispõe que “navios pertencentes ou operados por um Estado e utilizados somente em serviço governamental não comercial, gozarão em alto mar de completa imunidade jurisdicional de qualquer Estado além do de sua bandeira”.

Não fica esclarecido o que vêm a ser exatamente “fins comerciais” e “serviço governamental”.

O Tratado de Montevideu de 1940 sobre Navegação Comercial Internacional, em seus artigos 34 e seguintes, concede imunidade aos navios de guerra e aos navios governamentais que realizam “serviços públicos estranhos ao comércio”.

1.7. O papel da jurisprudência

Na questão da imunidade jurisdicional do Estado a jurisprudência dos tribunais europeus liderou a doutrina, tomando a si a iniciativa de abrir novos horizontes neste difícil e delicado setor em que se entrelaçam o direito internacional público e o direito internacional privado, este principalmente através do direito processual internacional.

Itália — As cortes italianas foram as primeiras a restringir a imunidade jurisdicional dos Estados. Em “Gutteriez v. Elmilik”⁽¹⁸⁾, em que se discutia sobre honorários relativos a um contrato por serviços prestados ao Rei da Tunísia, a imunidade deste foi rejeitada pela Corte de Cassação de Florença.

A jurisprudência italiana tem decidido que os critérios para distinguir atos públicos de privados devem ser os estabelecidos pelo direito italiano e não pelo direito do Estado que pleiteia a imunidade⁽¹⁹⁾, inequívoca influência da teoria que advoga a qualificação segundo a *lex fori*.

Bélgica — Uma das primeiras e mais importantes decisões que restringiu a imunidade do Estado foi um acórdão da Suprema Corte belga proferido em 1903, em “Société anonyme des Chemins de Fer Liégeois-Luxembourgeois v. État néerlandais”⁽²⁰⁾, em que a Holanda teve negada a imunidade jurisdicional numa ação que envolvia um contrato de empreitada para construção de uma estação ferroviária naquele país. A transação foi considerada pela corte belga como um ato privado de caráter comercial.

(18) *Foro Italiano*, 1886, vol. I, pág. 913.

(19) “Floridi v. Sovexportfilm” in *AJIL*, 98, 1955, e “Borga v. Russian Trade Delegation” in *ILR*, 1955, pág. 235.

(20) *Pasicrisie Belge*, 1908, I, pág. 294.

Suíça — Os tribunais suíços também adotaram a teoria restritiva a partir do início do século. Em 1918 a Suprema Corte helvética considerou válida sua jurisdição num caso que envolvia empréstimo público, entendendo que a relação jurídica criada entre o Ministério das Finanças de um país estrangeiro e portadores suíços de bônus emitidos pela outra parte era de natureza privada (21).

França — Os tribunais franceses distinguem entre “acte de commerce” ou “acte de gestion privée” dos “actes de puissance publique”, abandonando sua posição anterior, de absoluta imunidade do Estado, mantida durante o século XIX.

Em “*Roumania v. Pascalet*” (22) o Tribunal do Comércio de Marseilles decidiu que a compra de bens para revenda a nacionais é um “acte de commerce”, não cabendo imunidade jurisdicional ao soberano que pratica esta atividade.

Da mesma forma em “*Chaliapine v. USSR*” (23), a União Soviética não conseguiu imunidade num processo de infringência de direitos autorais.

Grécia — O principal caso da jurisprudência grega é o “*Soviet Republic*”, relativo a um contrato para entrega de gado. Decidiu a corte grega que um Estado se submete à jurisdição estrangeira sempre que age como empreendedor e se compromete com negócios civis.

Austria — A Corte Suprema decidiu em 1950 (24), que os Estados estrangeiros só ficam imunes à jurisdição doméstica com relação a seus atos *jure imperii*, mas são submetidos à jurisdição das cortes austríacas em todos os litígios decorrentes de relações jurídicas privadas.

Alemanha — A Alemanha só abandonou a teoria da absoluta imunidade em 1938 no caso “*Visurgis e Sienna*” (25), uma ação movida por empresa alemã para cobrar fatura de reduzido valor por concertos efetuados no edifício de uma embaixada estrangeira. A Corte Constitucional alemã decidiu que o direito internacional não impede o exercício de jurisdição por cortes alemãs em processos que envolvem as atividades *jure gestionis* de Estados estrangeiros.

1.8. *As Resoluções do Instituto de Direito Internacional e da Harvard Law School*

Em duas oportunidades o Instituto de Direito Internacional estudou a questão da imunidade jurisdicional dos Estados, produzindo as Resoluções de Hamburgo, de 1891, e de Aix-en-Provence, de 1954.

(21) “*K.K. Österreichische Finanzministerium v. Dreyfus*”, *ESB-G*, vol. 44, I, pág. 49.

(22) AD, 1923-4, caso nº 68.

(23) AD, 1935-7, caso nº 85.

(24) “*Dralle v. Republic of Czechoslovakia*”, *ILR*, 1950, caso nº 41.

(25) AD, 1938-40, caso nº 94.

A Resolução de Hamburgo admitiu ações contra um Estado estrangeiro nos seguintes casos: 1) ações reais sobre bens sitos no território; 2) ações fundadas na qualidade do Estado estrangeiro como herdeiro ou legatário; 3) ações referentes ao Estado estrangeiro como explorador de comércio, indústria ou transporte ferroviário no território; 4) ações contra Estado estrangeiro quando este renuncia expressa ou tacitamente o privilégio, propondo ação, reconvinde ou não excepcionando; 5) ações decorrentes de contratos firmados pelo Estado estrangeiro e executáveis no território; 6) ações relativas a perdas e danos decorrentes de delito ou quase-delito ocorrido no território.

A Resolução de Aix-en-Provence enfatizou a distinção entre a ação e a execução forçada, com imunidade mais extensa para a segunda, fixou a imunidade jurisdicional para os atos do poder público, praticados tanto pelo Estado estrangeiro como por pessoa jurídica por ele criada, como por suas subdivisões políticas, admitiu a renúncia expressa ou tácita à imunidade e manteve a imunidade para as dívidas do Estado estrangeiro contraídas por empréstimo público.

Em 1932 um grupo de juristas norte-americanos, sob o patrocínio da Harvard Law School, após aprofundados estudos dos múltiplos aspectos da jurisdição internacional, elaborou um projeto de convenção sobre a competência dos tribunais em relação a Estados estrangeiros. Em seu artigo 8º declara que um Estado poderá ser acionado perante um tribunal de outro Estado nos seguintes casos: a) quando expressamente consente nisso; b) quando após notificação da ação judiciária e antes de alegar a sua imunidade, pratica qualquer ato relativo ao mérito de tal ação, isto é, que implique o seu consentimento tácito à jurisdição; c) quando firma contrato com cláusula de eleição de foro estrangeiro; d) quando consente em submeter-se à jurisdição estrangeira por tratado bilateral; e) quando, por lei ou decreto ou declaração, vigente por ocasião de ser proposta a ação, indicou previamente que consentiria em que esta fosse intentada no foro estrangeiro.

O mesmo projeto prevê ainda, nos seus artigos 9º e 12, as seguintes hipóteses em que o Estado estrangeiro poderá ser acionado: 1) a ação versa direito ou interesses do Estado estrangeiro em bens imóveis situados no território do foro; 2) a ação se refere à aquisição, por sucessão ou doação, de bens sujeitos à jurisdição do foro; 3) a ação tem por fundamento atos praticados pelo Estado estrangeiro como pessoa privada, na qualidade de possuidor ou explorador de uma empresa industrial, comercial ou financeira no território do foro; 4) a ação se refere a títulos, direitos ou obrigações possuídos pelo Estado estrangeiro em companhias ou associações de fins lucrativos, organizados sob as leis do foro.

1.9. *Empréstimos públicos*

Uma das mais importantes questões em matéria de imunidade jurisdicional concerne às ações relativas aos empréstimos concedidos a Estados.

É de ser observado que o Instituto de Direito Internacional, em ambas as suas Resoluções acima referidas, manteve a imunidade jurisdicional do Estado com relação a dívidas contraídas por empréstimo público. LALIVE, que procura restringir ao máximo a imunidade jurisdicional dos Estados⁽²⁶⁾, incluiu os empréstimos públicos contraídos no estrangeiro entre os atos imunes.

Esta posição vem se alterando nos últimos anos, revelando-se uma tendência no sentido de restringir a imunidade jurisdicional do Estado tomador de empréstimos. Nos Estados Unidos esta orientação se materializou na "Foreign Sovereign Immunities Act", promulgado em 1976.

O projeto apresentado ao Congresso norte-americano em 1973 distinguia entre a dívida pública (public debt) contraída por um governo central de Estado estrangeiro e a dívida contraída por uma de suas subdivisões políticas ou agências do Estado estrangeiro ou de sua subdivisão política.

As subdivisões políticas e as agências não gozariam, segundo o projeto, de qualquer imunidade quando levantassem empréstimos nos Estados Unidos, mas os governos centrais dos Estados estrangeiros se beneficiariam de total imunidade jurisdicional, se não tivessem renunciado à mesma, eis que, conforme explicava a justificativa do projeto:

"... muitos governos nacionais não desejam emitir seus títulos num país estrangeiro que os sujeita a ações baseadas nestes títulos..."

A lei finalmente aprovada pelo Congresso norte-americano em 1976 não faz qualquer referência a dívidas contraídas por governos centrais de Estados estrangeiros. Segundo GEORGES DELAUME⁽²⁷⁾, a exclusão do dispositivo contido no projeto anterior "não pode ter outro significado senão o restabelecimento da unidade de tratamento dos empréstimos contraídos nos Estados Unidos por todo tipo de tomadores de empréstimos públicos, irrelevantemente se o devedor é um Estado ou uma subdivisão política do mesmo ou uma agência de um soberano estrangeiro. Como, segundo os projetos anteriores, os empréstimos feitos por subdivisões políticas e agências governamentais eram considerados atos comerciais, excetuadas apenas as dívidas contraídas pelos governos centrais, conclui-se que, com a retirada desta exceção, a dívida pública de tais governos também deva ser tratada como tendo natureza comercial".

Desta forma, a lei americana se harmoniza com a Convenção Européia, de 1972, cujo artigo 4 assim dispõe:

"... a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the

(26) *Recueil des Cours*, vol. 84.

(27) "Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976" in *American Journal of International Law*, 1977, nº 3, págs. 399 e seguintes.

proceedings relate to an obligation of the State, which, by virtue of a contract, falls to be discharged in the territory of the State of the forum.”

Qualquer empréstimo, seja de forma direta ou através da emissão de bônus, sempre representa uma “obrigação” (mesmo que seja apenas um pagamento), a ser “cumprido” na praça de sua emissão.

Contudo, reconhece DELAUME que na lei americana não figura disposição expressa como na Convenção européia, sendo possível que os empréstimos de governos centrais estrangeiros se prestem a tratamento privilegiado, recomendando que os documentos que consubstanciam tais empréstimos definam a transação, como acontecia na prática antes da promulgação da lei. A definição sugerida pelo estudioso americano deveria ser redigida da seguinte forma:

“Os empréstimos aqui estipulados são atos privados e comerciais e não serão considerados como atos governamentais ou públicos.”

Na Suíça os tribunais seguem o precedente já referido considerando que os empréstimos efetuados naquele país por países estrangeiros são atos *jure gestionis*, sujeitando o devedor à jurisdição das cortes daquele país, sejam os empréstimos em forma de contratos diretos ou através de emissão pública de bônus no mercado financeiro, o mesmo ocorrendo nos demais países europeus com relação aos *euro-bonds*.

Nos últimos anos as emissões de eurobônus têm incluído uma cláusula de renúncia à imunidade tanto de jurisdição como de execução, o que espanca qualquer dúvida sobre a acionabilidade e exequibilidade dos governos tomadores destes empréstimos.

Esta forma de renúncia à imunidade jurisdicional surgiu em 1970, em contratos realizados no mercado financeiro alemão, que fixavam a jurisdição dos tribunais deste país. Um dos primeiros foi um empréstimo de 100 milhões de marcos alemães contraído na Alemanha pela Irlanda, através de uma emissão de bônus a 8,5% de juros anuais, em cujo contrato foi inserida a seguinte cláusula:

“The place of jurisdiction in respect of all matters covered in these Terms and Conditions is Dusseldorf. The bondholders and Commerzbank Aktiengesellschaft, however, are also entitled to pursue their claims before Irish courts and before courts in any other country in which there are situate assets belonging to Ireland in which case the laws of the Federal Republic of Germany shall likewise be applicable in accordance with § 14. The German courts shall have jurisdiction over the annulment of lost or destroyed Bonds. Ireland will not plead immunity or lack of jurisdiction before any court in which claims can be pursued against Ireland under this provision, or before any authority competent for the enforcement of judicial

decrees and judgments. Ireland hereby expressly submits to the jurisdiction of such courts or authorities" (28).

Outros contratos relativos a emissão de *euro-bonds* têm submetido a relação jurídica às leis do Estado de New York, como o empréstimo de 50 milhões de dólares levantado pela República da Argentina no mercado financeiro europeu, no qual a renúncia à imunidade foi assim pactuada:

"Neither the Republic nor its property has any right of immunity from legal proceedings; and to the extent that the Republic or any of its property has or hereafter may acquire any such right of immunity, it hereby irrevocably waives such right of immunity in respect of its obligations under this Note or the coupons appertaining hereto" (29).

Em 1976 a Finlândia contraiu um empréstimo nos Estados Unidos em cujo contrato renunciou à imunidade jurisdicional através da seguinte cláusula:

"Finland will appoint the Fiscal Agent as its authorized agent upon which process may be served in any action arising out of or based on the Notes which may be instituted in any State or Federal Court in New York City by any holder of a Note. Finland will irrevocably waive any immunity from jurisdiction to which it might otherwise be entitled in any action arising out of or based on the Notes..." (30).

Note-se que nestas cláusulas, além de renunciar à sua imunidade, o governo da Finlândia nomeou procurador com poderes específicos para receber citação.

Esta nomeação de procurador para receber citação é muito significativa, pois na maioria dos casos a dificuldade prática reside justamente em conseguir citar o Estado estrangeiro, se este não colabora. Ante a dificuldade de citar, a vantagem da renúncia à imunidade manifestada pelo contratante soberano perderia sua utilidade não fosse a nomeação de um procurador para receber citações e intimações.

Outra orientação tem sido a inclusão da cláusula de arbitragem, eis que inúmeros países, relutantes em se submeter à jurisdição de tribunais estrangeiros, não impõem qualquer restrição à arbitragem de situações decorrentes de contratos assinados por seus governos. Outros ainda recorrem a um moderno método de solucionar disputas entre Estados e particulares proporcionado pela "Convenção sobre Solução de Divergências em Torno de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados", de 18 de março de 1965.

(28) GEORGES DELAUME, "Public Debt and Sovereign Immunity: some considerations pertinent to S. 566" in *American Journal of International Law*, 1973, pág. 754.

(29) DELAUME, *op. cit.*

(30) DELAUME in *American Journal of International Law*, 1977, pág. 414.

Esta Convenção, patrocinada pelo Banco Mundial, e que foi assinada por 72 Estados e ratificada por 67, prescreve um sistema para solucionar disputas decorrentes de investimentos em que contendem um Estado contratante (ou qualquer subdivisão ou agência do mesmo) e um nacional, seja pessoa física ou jurídica, de outro Estado signatário.

O Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos criado por esta Convenção tem por incumbência conciliar ou arbitrar estas disputas.

2. FONTES MODERNAS

2.1. *A Convenção Européia sobre Imunidade Estatal*

Esta Convenção, promovida pelo Conselho da Europa, foi assinada na Basileia, em 16 de maio de 1972, pela Áustria, Bélgica, Chipre, República Federal da Alemanha, Luxemburgo, Países Baixos, Suíça e Reino Unido, tendo sido ratificada pelos três primeiros países ⁽³¹⁾.

A Convenção estabelece uma série de exceções à imunidade jurisdicional dos Estados que ocupam os seus primeiros 14 artigos, para declarar, no artigo 15, que "os Estados contratantes gozarão de imunidade da jurisdição dos tribunais de outros Estados contratantes se a matéria versada no processo não incidir nas hipóteses dos artigos 1 a 14".

As exceções referidas nos primeiros três artigos (com uma ressalva no artigo 13) referem-se a várias formas de renúncia à imunidade, expressas e tácitas. No artigo 4º veda-se a imunidade em processo relacionado com obrigações contratuais assumidas pelo Estado a serem cumpridas no território do foro, já acima transcrita ⁽³²⁾.

Um Estado contratante não pode pleitear imunidade de jurisdição de tribunal de outro Estado contratante se o processo se refere a um contrato empregatício em que o trabalho deva ser desempenhado no território do foro, hipótese que sofre algumas ressalvas, todas contidas no artigo 5º

Dispõe o artigo 6º que o Estado signatário também não pode invocar imunidade quando participa com pessoas físicas em uma companhia, associação ou outra entidade jurídica que tenha sua sede ou principal estabelecimento no território do foro, e o processo judicial concerne ao relacionamento entre o Estado, de um lado, e a entidade ou qualquer outro de seus participantes, de outro lado.

Também não há imunidade jurisdicional, segundo preceitua o artigo 7º, se o Estado estrangeiro mantém no território do foro um escritório, agência ou outro estabelecimento através do qual se engaja, da mesma forma como uma pessoa privada, numa atividade industrial,

(31) *Revue Critique de Droit International Privé*, 1976, pág. 586.

(32) 1.9.

comercial ou financeira e o processo se relaciona com esta atividade da agência, escritório ou estabelecimento (princípio de *jus gestionis*).

Exceção à imunidade também é assinalada pela Convenção, em seu oitavo artigo, para direitos de propriedade industrial, registrados ou requeridos no foro pelo Estado estrangeiro.

A imunidade é negada ao Estado pelo artigo 9º em ações relativas a seus direitos e interesses, uso ou posse de imóveis ou obrigações decorrentes de direitos e interesses no uso ou posse de imóveis, o mesmo ocorrendo em ações relativas a direitos de propriedade de quaisquer bens, móveis ou imóveis, originários de sucessão ou doação (artigo 10), e em ações relativas a indenização por danos pessoais ou patrimoniais se os fatos que ocasionaram o dano ou o prejuízo ocorreram no território do foro e se o responsável estava presente no território quando da ocorrência dos fatos (artigo 11).

Também não será concedida imunidade nos casos em que o Estado se tenha contratualmente submetido à arbitragem (artigo 12). A administração da falência pelos tribunais de um Estado não sofrerá qualquer restrição pelo fato de outro Estado contratante ter algum interesse na massa falida, segundo dispõe o artigo 13.

A Convenção trata em seus artigos 20 e 21 dos efeitos de sentença prolatada contra Estados signatários, dispondo que cada Estado signatário executará a sentença prolatada contra si por um tribunal de outro Estado signatário, se, de acordo com as disposições da Convenção, o Estado não poderia invocar imunidade de jurisdição, e se a sentença estrangeira tiver passado em julgado, ressalvadas as hipóteses de sentenças que sejam manifestamente contrárias à ordem pública do Estado condenado, ou quando haja litispendência, por força de ação sobre a mesma causa entre as mesmas partes, iniciada anteriormente à ação já julgada, litispendência esta que se forma tanto na hipótese de ação movida no foro do Estado réu, como em terceiro Estado, também signatário da Convenção.

A Convenção não foi além desta disposição que determina o cumprimento espontâneo por cada país signatário das sentenças contra ele prolatadas por tribunais de outros países, quando competentes para tal.

O artigo 23 é categórico no sentido de que nenhuma execução ou medida preventiva será aplicada contra a propriedade dos países signatários em território de outro país signatário sem que o Estado proprietário tenha manifestado seu consentimento, por escrito.

Se o soberano condenado não cumpre a sentença, o outro litigante fica sem remédio.

2.2. *A lei britânica*

A Grã-Bretanha promulgou o "State Immunity Act 1978", que entrou em vigor a 22 de novembro do mesmo ano, em que regulou toda a matéria relativa a ações movidas no Reino Unido por ou contra Estados

estrangeiros, os efeitos de sentenças promulgadas contra o Reino Unido nos tribunais de Estados-Membros da Convenção Européia sobre Imunidade Estatal, versando igualmente as imunidades e privilégios de chefes de Estado.

A parte mais longa e detalhada da lei concerne à situação dos Estados estrangeiros perante as cortes britânicas, dispondo, em seu artigo 1º, que eles são imunes à jurisdição das cortes britânicas, exceto nas hipóteses previstas nas disposições da parte 1ª da lei. Estas exceções são numerosas e cobrem uma multiplicidade de hipóteses que incluem as seguintes:

- quando tiver se submetido à jurisdição das cortes inglesas;
- quando a ação versar uma transação comercial efetuada pelo Estado estrangeiro ou uma obrigação do Estado que por força de um contrato (versando transação comercial ou não) deva ser cumprida integral ou parcialmente no Reino Unido.

A seção 3, § 3º, assim define transação comercial:

- a) qualquer contrato para o suprimento de bens ou serviços;
- b) qualquer empréstimo ou outra transação visando a concessão de financiamento e qualquer garantia ou indenização relativa a qualquer destes tipos de transação ou de qualquer outra obrigação financeira;
- c) qualquer outra transação ou atividade (de caráter comercial, industrial, financeiro, profissional ou semelhante) em que um Estado se engaje e que não constitua exercício de autoridade soberana.

Trata-se de uma definição ampla, dando ao *jus gestionis* um grande raio de abrangência, restringindo substancialmente a ocorrência do *jus imperii*.

A lei também exclui da imunidade as ações relativas a:

- morte ou dano pessoal;
- dano ou perda de propriedades, causados por ato ou omissão em território do Reino Unido;
- qualquer interesse do Estado na posse ou uso de propriedade imóvel sita no Reino Unido;
- qualquer obrigação do Estado decorrente de seu interesse na posse ou no uso de qualquer propriedade imóvel;
- qualquer interesse do Estado em propriedades móveis ou imóveis, decorrente de sucessão ou doação;
- qualquer direito relacionado à propriedade industrial pertencente ao Estado estrangeiro e registrado no Reino Unido;

- questões em que o Estado tenha se submetido por escrito à arbitragem;
- navios pertencentes ao Estado quando utilizados para finalidades comerciais;
- cargas pertencentes ao Estado quando destinadas a finalidades comerciais;
- responsabilidade do Estado decorrente de obrigações fiscais e direitos alfandegários;
- alugueis devidos por locações utilizadas em finalidades comerciais.

A lei ressalta que todas as referências ao Estado estrangeiro incluem o chefe do Estado em sua capacidade pública, o governo do Estado e qualquer departamento do governo.

As exceções à imunidade não se aplicam às atividades relacionadas com forças armadas que se encontrem em território inglês, segundo dispõe a seção nº 16 da lei.

A lei britânica foi mais longe ainda, ao cuidar da questão inversa — da competência jurisdicional dos tribunais estrangeiros, membros da Convenção Européia sobre Imunidade Estatal, para julgar questões envolvendo o Estado britânico.

Assim, dispõe, em seu artigo 18, o princípio da reciprocidade, pelo qual serão reconhecidas na Grã-Bretanha as sentenças contra ela proferidas por tribunais de um dos países membros da referida convenção em questões enquadradas nas exceções estipuladas pela lei quanto à imunidade dos Estados estrangeiros na Inglaterra.

Este reconhecimento sofre as ressalvas decorrentes do princípio da ordem pública, da exceção de litispendência, desrespeito a certas regras básicas de natureza processual, ou em que o tribunal estrangeiro tenha aplicado direito diverso daquele que seria indicado pelas regras do Direito Internacional Privado inglês.

Como se vê, a lei britânica incorpora no seu direito interno as regras estabelecidas pela Convenção Européia sobre Imunidade Estatal, de 1972, da qual o Reino Unido é parte signatária, apesar de não tê-la ainda ratificado quando da promulgação do "State Immunity Act".

Assinala GEORGES R. DELAUME⁽³³⁾ que a lei inglesa dá uma nova dimensão às regras da Convenção. Esta só se aplica aos países signatários, mas a lei britânica refere-se a qualquer país, tendo, assim, aplicação universal, o que também ocorre com a lei norte-americana.

Na lei britânica a imunidade de jurisdição (ressalvadas as exceções especificadas em seu texto) só é aplicável ao governo central dos Estados

(33) "The State Immunity Act of the United Kingdom" in *American Journal of International Law*, 1979, nº 2, págs. 185 e seguintes.

estrangeiros, incluindo-se as agências que não sejam consideradas como distintas do governo em causa.

Quaisquer outras entidades, inclusive os Estados federados ou as províncias de uma federação e as entidades públicas separadas que tenham sua própria personalidade jurídica, não têm direito à imunidade.

A mais importante distinção entre a lei americana, da qual trataremos mais adiante, e a lei inglesa é no que tange à definição de “transações comerciais”, com sua clássica e tormentosa distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*. Assim, enquanto a lei americana apenas recomenda aos tribunais que atentem para a natureza do ato praticado pelo governo estrangeiro, o que deixa aos juízes o encargo de qualificar todo ato governamental que lhes venha a ser submetido, já a lei inglesa foi mais casuística, ao cuidar de duas das mais frequentes atividades transnacionais de Estados soberanos: as que decorrem de contratos para o suprimento de bens e serviços e as que se relacionam com empréstimos ou transações financeiras efetuadas por Estados estrangeiros (seção 3, letras *a* e *b*). Ambas são qualificadas como transações comerciais, i. e., *acta jure gestionis*, facilitando, assim, sobremaneira, a tarefa dos tribunais.

Outrossim, a lei americana em sua seção 1.603, letra *e*, e em outras disposições da “Foreign Sovereign Immunities Act” só visa as atividades de Estados estrangeiros efetuadas ou tendo efeitos diretos no território dos Estados Unidos. Já de acordo com a lei britânica, em sua seção nº 3, não existe esta limitação. Assim, a qualificação dada pela lei inglesa às atividades comerciais dos Estados estrangeiros se aplica igualmente a transações efetuadas por um Estado estrangeiro fora do Reino Britânico e que, por força de regras processuais internacionais, venham a ser objeto de ação proposta em tribunais do Reino Unido.

Nas conclusões de sua apreciação sobre a lei britânica, assim se expressa DELAUME:

“For the first time in the history of codification of a modern doctrine of immunity, the Act provides unequivocal definitions of the most frequent commercial activities of states. These provisions, together with the correlated treatment of state property used for commercial purposes and of waivers of immunity, not only make the Act the most advanced codification in existence, but should also be of great assistance to the courts and the parties.”

2.3. *Antecedentes jurisprudenciais britânicos*

Quando a lei britânica foi promulgada, já estavam seus tribunais conscientizados da impossibilidade de manter a velha teoria da absoluta imunidade dos Estados estrangeiros. Esta posição é bem ilustrada no processo “Trendtex Trading Corporation Ltd. v. Central Bank of Nigeria”, em que o “Court of Appeal” julgou, em janeiro de 1977, a favor

dos autores, rejeitando a preliminar de imunidade jurisdicional apresentada pelo réu. Discutia-se a recusa do Banco Central da Nigéria de pagar por exportações da autora efetuadas àquele país mediante cartas de crédito.

Na primeira instância foi deferido o pedido de imunidade do Banco Central nigeriano, mas na segunda instância, Lord Denning, após discorrer sobre a tradicional doutrina inglesa de imunidade absoluta, observou que a doutrina da imunidade restrita havia ganho terreno em todo o mundo nos últimos cinquenta anos. Referindo-se a recentes decisões dos tribunais da Bélgica, Holanda, República Federal da Alemanha e Estados Unidos, invocando a Convenção Européia sobre Imunidade Estatal de 1972 e a recente "U.S. Foreign Sovereign Immunities Act" de 1976, perguntou o ilustre magistrado inglês, em seu peculiar estilo:

"Seeing this great cloud of witnesses, I would ask:

'Is there not here sufficient evidence to show that the role of international law has changed? What more is needed? Are we to wait till every other country save England recognizes the change? Ought we not to act now? Whenever a change is made someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood. England should not be left behind on the bank.'

Magnífica lição de filosofia do direito comparado!

Para Lord Denning a questão versava transações comerciais e não permitia que se estendesse a imunidade jurisdicional ao Banco Central da Nigéria (34).

Os autores classificavam a Inglaterra como último país a manter a teoria da soberania absoluta. Assim escreveu CLÓVIS RAMALHETE em seu trabalho "O Estado Estrangeiro perante a Justiça Nacional" (35):

"Assinalem-se a importância dos Estados Unidos entre os alinhados na *soberania relativa*, e a resistência isolada da monarquia inglesa entre os últimos defensores da *soberania absoluta*."

E em outro trecho (36):

"A intensa atividade econômica internacional dos Estados, porém, principiou a abalar, nestes formidáveis redutos anglo-saxões,

(34) A decisão do "Court of Appeal" seguiu o voto de Lord Denning e é comentada por ROSALYN HIGGINS, em "Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom", no *American Journal of International Law*, 1977, nº 3, págs. 423 e seguintes.

(35) *Revista da OAB*, 1970, pág. 318.

(36) Pág. 324.

o conceito da *soberania absoluta*. Toda uma literatura jurídica salientou entre ingleses e americanos a inconformidade da ficção jurídica vetusta com a realidade. As resistências na Inglaterra demonstraram, entretanto, mais rigor. — É que ali, a existência visível do Soberano sempre dispensou, para os ingleses, a formulação abstrata da idéia do Estado e a da sua personalidade jurídica, na assim chamada *Constituição inglesa*.”

Observe-se que no século passado os tribunais ingleses seguiam a orientação da soberania relativa, distinguindo entre o exercício do *jus imperii* do *jus gestionis*.

Em 1851 em “*De Haber v. Queen of Portugal*”, o Lord Chief Justice declarava que:

“... an action cannot be maintained in an English Court against a foreign potentate for anything done or omitted to be done by him *in his public capacity as representative of the nation of which he is the head*... no English Court has jurisdiction to entertain any complaints against him *in that capacity* (grifos nossos).

A mesma orientação foi seguida no caso *Charkiek*, julgado em 1873, no qual Sir Robert Phillimore sustentou que, apesar de pertencente ao Cadiva do Egito, a embarcação com aquele nome perdera sua imunidade porque fora contratada por uma pessoa privada para empreender um transporte como um navio mercante comum.

PEDRO LESSA⁽³⁷⁾ enumera uma série de casos em que as cortes britânicas admitiram sua jurisdição em processos nos quais os Estados estrangeiros acionaram particulares na Inglaterra que reconvieram contra os autores soberanos. Alude ao caso do governo da Colômbia contra a casa Rothschild, em 1826, a causas que envolveram o Rei da Espanha em 1833, os EUA em 1866, a Bélgica em 1885, o Japão em 1895. Mas, conclui LESSA, “verdade é que ultimamente a jurisprudência inglesa restringiu a admissibilidade da reconvenção”.

Mais adiante⁽³⁸⁾ refere-se a um seqüestro de bens de soberano deferido em corte inglesa a 6 de março de 1874, sem especificar maiores detalhes.

A jurisprudência inglesa alterou-se com o caso *Parlement Belge*, julgado em 1880, em que a embarcação objeto da causa pertencia ao Rei dos belgas, era um navio-correio que também transportava passageiros e alguma carga na travessia do Canal da Mancha. Sir Robert Phillimore manteve sua linha de raciocínio no caso *Charkiek*: um barco público não tinha direito à imunidade se se ocupava de transporte de bens e passageiros, num empreendimento comercial. Mas sua decisão foi refor-

(37) *Do Poder Judiciário*, págs. 206/7.

(38) Pág. 216.

mada pela "Court of Appeal". A Corte inglesa se referiu à "absoluta independência de toda autoridade soberana" e à "imunidade da propriedade pública de qualquer Estado que se destina ao uso público", inspi-rando-se na doutrina da independência do Estado e da imunidade de sua propriedade.

D. W. GREIG em *International Law* (39) comenta que a Corte de Apelação britânica poderia ter reformado a sentença de Sir Robert Phillimore argumentando que, apesar de transportar carga e passageiros, o *Parlement Belge* estava a serviço público devido ao transporte de correio, mas o tribunal britânico preferiu dar fundamento amplo e abrangente à sua decisão, qual seja, de que, como resultado da teoria da independência dos Estados soberanos e da *comitas gentium*, cada Estado deve-se abster de exercer sua jurisdição sobre outro Estado, não havendo por que distinguir entre um navio de guerra, um navio-correio ou um navio mercante, pois a vingar a jurisdição, estar-se-ia obrigando o soberano a comparecer para proteger sua propriedade.

A partir desta decisão os tribunais ingleses mantiveram invariavelmente a posição da imunidade absoluta do Estado estrangeiro, mesmo quando este se engaja em atividades tipicamente comerciais, citando-se o clássico caso do Porto Alexandre julgado em 1920.

O Porto Alexandre era um navio de propriedade do governo português, utilizado para o transporte de carga. Numa questão marítima processada em corte inglesa que envolvia a embarcação, o governo português invocou imunidade de jurisdição, preliminar acolhida pela Justiça britânica.

Apesar de certas vozes que de vez em quando se manifestavam na "House of Lords" sobre a incorreção desta orientação, ela se manteve firme, evoluindo para abranger não apenas os Estados soberanos propriamente ditos, mas também as agências governamentais estrangeiras, como foi decidido em casos que envolveram a "United States Shipping Board" e a agência noticiosa "Tass".

Em "Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo", a "Court of Appeal" foi mais adiante: o réu era um departamento do Ministério da Agricultura da Espanha, mas, de acordo com a prova apresentada no processo e aceita por ambas as partes, tinha personalidade jurídica independente. No entanto, a maioria do tribunal aceitou seu pedido de imunidade, apesar de que, segundo o direito espanhol, se tratava de uma companhia independente, e o objeto da disputa era uma transação comercial — a venda de 26 mil toneladas de cevada pelos autores ao réu.

Os tribunais ingleses enfrentavam questão muito delicada em matéria de imunidade estatal, quando surgiam contestações ou dúvidas se o Estado estrangeiro tinha efetivamente interesse na causa.

(39) Butterworths, Londres, 1970.

De um lado, a mera pretensão do Estado estrangeiro à imunidade já teria o efeito de neutralizar o tribunal, impedindo-o de sequer examinar se o soberano estrangeiro efetivamente tinha interesse na causa, daí a imunidade jurisdicional. Note-se que esta inércia poderia ocasionar grave injustiça para a outra parte.

Se, por outro lado, o tribunal examinasse o cabimento da pretensão do Estado estrangeiro à imunidade, só poderia fazê-lo obrigando-o a produzir a prova de sua propriedade ou de seu interesse, o que implicaria em exercer uma determinada medida de jurisdição sobre o soberano estrangeiro, contrariando o princípio da imunidade jurisdicional do Estado.

Os tribunais ingleses tentaram encontrar uma via média no sentido de que, nas hipóteses em que houvesse divergência sobre o interesse do Estado estrangeiro, deveria este apresentar evidência suficiente para satisfazer o tribunal de que sua pretensão não é meramente ilusória, nem baseada em título manifestamente defeituoso.

Em 1938 iniciava-se a reação contra a irrestrita concessão de imunidade, no julgamento do navio S. S. Cristina.

Lord Maugham assim expôs sua posição:

“... the absurdity of the position which our Courts are in if they must continue to disclaim jurisdiction in relation to commercial ships owned by foreign Governments. The matter has been considered over and over again of late years by foreign jurists, by English lawyers, and by businessmen, and with practical unanimity they are of the opinion that, if Governments or corporations formed by them chose to navigate and trade as shipowners they ought to submit to the same legal remedies and actions as any other shipowner...” (40).

Outro membro da “House of Lords” que levantou objeções à absoluta imunidade da jurisdição, no mesmo processo do S. S. Cristina, foi Lord MacMillan, que assim se manifestou:

“... I should hesitate to lay down that it is part of the law of England that an ordinary foreign trading vessel is immune from civil process within this realm by reason merely of the fact that it is owned by a foreign state... When the doctrine of the immunity of the person and property of foreign sovereigns from the jurisdiction of the courts of this country was first formulated and accepted it was a concession to the dignity, equality and independence of foreign sovereigns which the comity of nations enjoined. It is only in modern times that sovereign states have so far condescended to lay aside their dignity as to enter the competitive markets of commerce, and it is easy to see that different views may be taken as to whether

(40) *Manual de Max Sorensen*, págs. 433/4.

an immunity conceded in one set of circumstances should to the same extent be enjoyed in totally different circumstances. I recognise that the courts of this country have already gone a long way in extending the doctrine of immunity; but the cases which have gone furthest have not been hitherto considered in this House, and like my noble and learned friend Lord Thankerton I desire to reserve my opinion on the question raised in the case of *The Porto Alexandre*" (41).

Os dois lordes ficaram vencidos.

Foram necessários quarenta anos até que a "Court of Appeal" afinal negasse a imunidade do Banco Central da Nigéria no caso "Trendtex Trading Corporation". A lei sobre imunidade do Estado era aprovada poucos meses depois.

2.4. *A lei americana*

O "Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", aprovado pelo Congresso norte-americano, a 21 de outubro de 1976, e que entrou em vigor a 20 de janeiro de 1977, regula, a partir desta data, toda a temática da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros em território dos Estados Unidos.

A ementa da lei, numa síntese bem feliz, assim enuncia seu objetivo:

"Define a jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos em ações contra os Estados estrangeiros, as circunstâncias nas quais os Estados estrangeiros ficam imunes e nas quais não se pode executar suas propriedades."

Visando alterar a tradição dos tribunais americanos de consultar o Poder Executivo, através do State Department, sempre que um governo ou órgão estatal estrangeiro invocasse o benefício da imunidade, a nova lei, que tecnicamente se apresenta como uma alteração do título 28 do United States Code (referente à organização judiciária e ao processo civil), traçou linhas mestras para orientar os tribunais nos casos de pretensão à imunidade.

Assim, a seção 1.602 do United States Code, pela nova redação que lhe foi dada pelo *Immunities Act*, declara que, de acordo com o direito internacional, os Estados não estão imunes à jurisdição de tribunais estrangeiros no que concerne a suas atividades comerciais, e que suas propriedades comerciais podem ser seqüestradas para garantir a execução de sentenças proferidas contra eles em conexão com suas atividades comerciais.

Na seção 1.603 a lei inclui, na qualificação de Estado estrangeiro, suas subdivisões políticas, suas agências e órgãos.

(41) *International Law*, de GREIG, págs. 173/4.

No mesmo artigo define-se o que é atividade comercial. Como vimos acima, há dois critérios para qualificar a atividade comercial: segundo sua natureza ou de acordo com seus objetivos. A lei americana optou pela primeira ao fixar a seguinte definição:

“The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.”

Esta qualificação foi criticada por DELAUME como sendo “highly uncertain”, crítica que também faz à Convenção européia (42).

Sob o título de “Exceções gerais à imunidade jurisdicional de um Estado estrangeiro”, a seção 1.605 enumera as seguintes hipóteses:

- A) Um Estado estrangeiro não está imune à jurisdição dos tribunais norte-americanos em qualquer caso em que:
 - 1) tenha renunciado à sua imunidade, expressa ou tacitamente;
 - 2) a ação seja baseada em uma atividade comercial executada nos Estados Unidos pelo Estado estrangeiro;
 - 3) a ação seja concernente a bens de um Estado estrangeiro que se encontram situados nos Estados Unidos e que tenham sido adquiridos pelo Estado estrangeiro através de uma expropriação violadora do direito internacional, desde que a presença destes bens no território decorra de uma atividade comercial do Estado estrangeiro nos Estados Unidos;
 - 4) se litigue sobre bens sitos nos Estados Unidos e adquiridos por doação ou sucessão, e, em qualquer hipótese, se se tratar de bens imóveis localizados nos Estados Unidos;
 - 5) se reivindique indenização contra um Estado estrangeiro por danos pessoais ou morte, danos ou perdas materiais ocorridos nos Estados Unidos causados por atos ou omissões ilícitos do Estado estrangeiro.

- B) Um Estado estrangeiro também não estará imune à jurisdição dos tribunais norte-americanos em qualquer caso que envolva créditos marítimos contra navios pertencentes ao Estado estrangeiro, baseados em suas atividades comerciais.

A lei aplica ressalvas a algumas das hipóteses acima referidas, mas basicamente são estas as seis grandes exceções estipuladas pela lei norte-americana à imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros nas cortes daquele país.

(42) *American Journal of International Law*, 1977, pág. 404.

Depois de cuidar dos detalhes de natureza processual relativos à citação do Estado estrangeiro, a lei versa a imunidade de medidas cautelares e de execução:

“Ressalvados os acordos internacionais de que os Estados Unidos sejam participantes, as propriedades de um Estado estrangeiro sitas nos Estados Unidos serão imunes de penhora, seqüestro e execução, excetuadas as hipóteses previstas nas seções 1.610 e 1.611.”

Estas exceções assim se discriminam:

As propriedades de Estados estrangeiros sitas nos Estados Unidos e utilizadas para uma atividade comercial nos EUA não estarão imunes de execução, se:

- 1) o Estado estrangeiro tiver renunciado a sua imunidade de execução expressa ou tacitamente;
- 2) a propriedade foi utilizada para uma atividade comercial relativa à demanda;
- 3) a execução se relaciona com uma sentença que estabeleceu direitos de propriedade adquiridos por meio de violação do direito internacional;
- 4) a execução se refere a uma sentença que estabeleceu direitos dominiais de bens adquiridos por sucessão ou doação, ou de bens imóveis sitos nos Estados Unidos;
- 5) a propriedade resulta de uma obrigação contratual.

A seção 1.611 declara a total imunidade de execução dos bens pertencentes a um banco central ou outra autoridade monetária governamental ou ainda às autoridades militares do governo estrangeiro.

No dia 8 de agosto de 1978 a Sra. Isabel Morel de Letelier, viúva do antigo embaixador do Chile nos Estados Unidos, posteriormente Ministro das Relações Exteriores daquele país no governo de Salvador Allende, ingressou com uma ação no U.S. District Court de Columbia contra a República do Chile, a DINA, polícia secreta chilena e vários de seus ex-oficiais, pleiteando indenização pela morte de seu marido, ocorrida em Washington, em explosão causada por uma bomba plantada em seu automóvel, atentado terrorista de grande repercussão internacional.

A pretensão da viúva Letelier se baseia na seção 1.605, letra a, nº 5, da lei americana, que exclui a imunidade estatal quando se reclama indenização pecuniária contra um Estado estrangeiro por danos pessoais ou morte ocorridos nos Estados Unidos e causados por atos ilícitos do Estado estrangeiro ou por qualquer funcionário do mesmo, no desempenho de suas funções.

2.5. A Tate Letter

Durante muitos anos os Estados Unidos seguiram a orientação da Grã-Bretanha no sentido da imunidade absoluta. A Suprema Corte norte-americana afirmou em 1926 esta teoria em "Berizzi Bros. Co. v. S.S. Pesaro" (43) — um navio mercante, pertencente e operado pelo governo italiano, que se ocupava de atividades comerciais, teve reconhecida a mesma imunidade de que gozam os navios de guerra:

"Não conhecemos uso internacional algum que considere a manutenção e o desenvolvimento do bem-estar econômico de um povo em tempo de paz como menos dirigido à finalidade pública do que a manutenção e o treinamento de uma força naval."

Após a 2ª Guerra Mundial, o grande incremento das atividades comerciais de certos Estados levou o Departamento de Estado norte-americano a reconsiderar sua política relativa à imunidade estatal. Em 1952, numa carta dirigida ao Ministério da Justiça americano pelo conselheiro jurídico interino do Departamento do Estado, M. Tate, após examinar minuciosamente as regras concernentes à imunidade de jurisdição nos diversos países, observa que ela vinha sendo cada vez menos concedida para os atos de caráter comercial.

O Dr. Tate propunha em sua carta que não mais fosse sugerido aos tribunais americanos a concessão de imunidade em relação a atos de natureza puramente *jure gestionis*.

A certa altura o missivista fazia a seguinte distinção:

"... to accommodate the interests of individuals *doing business* with foreign governments in having their legal rights determined by the courts, with the interest of foreign governments in being free to perform certain *political acts* without undergoing the embarrassment or hindrance of defending the propriety of such acts before the courts" (44).

Note-se que o ponto nodal da distinção é entre "doing business" (*acta jure gestionis*) e "political acts" (*acta jure imperii*).

A carta concluía que "doravante o State Department seguirá a teoria da imunidade relativa no exame das pretensões à imunidade apresentadas por governos estrangeiros".

O Departamento de Estado durante vários anos não se sentiu comprometido por esta carta, mas paulatinamente foi aceitando sua orientação básica, merecendo ser observado que logo após a promulga-

(43) 271 U.S. 562, 574.

(44) *International Legal Materials*, 1974, volume I, pág. 135.

ção da lei americana sobre imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros, o State Department endereçou uma carta ao Attorney General, na qual assinala que a nova legislação seguiu em muitos aspectos a prática que havia sido adotada sob a inspiração da "Tate Letter" (45).

2.6. *Imunidade de execução*

Mesmo depois que a "Tate Letter" passou a ser considerada e se admitiu a competência jurisdicional dos tribunais americanos para julgar Estados estrangeiros, não aplicavam eles qualquer medida cautelar contra bens de Estados estrangeiros.

Esta política, que proibia inclusive o seqüestro de fundos depositados pelos governos estrangeiros em bancos americanos, acarretava a inaplicabilidade da "Tate Letter".

FRANCIS DEÁK (46) relata que o State Department modificou esta posição em 1959, quando proclamou que, "sempre que de acordo com o direito internacional um governo estrangeiro não tiver imunidade, a penhora ou o seqüestro de sua propriedade para fins de prevenção de jurisdição são permitidos".

A execução foi a última etapa a ser vencida: a imunidade de execução continuou a ser garantida mesmo em casos de renúncia do Estado estrangeiro à sua imunidade de jurisdição.

Em "Dexter and Carpenter v. Kunglig Jarnvagsstyrelsen" (47), julgado em 1930, por exemplo, o tribunal americano concedeu imunidade à execução de propriedades relacionadas com as atividades comerciais de governo estrangeiro, apesar de o mesmo ter consentido na jurisdição do tribunal americano.

A primeira decisão americana que permitiu a execução de bens de Estado estrangeiro se deu no caso "Harris and C. Advertising v. Cuba" (48), julgado em 1961.

O "Foreign Sovereign Immunities Act" de 1976 confirmou o princípio da imunidade relativa exposto na "Tate Letter", ditou regras gerais para os tribunais, reduzindo, assim, a influência do State Department, e regulamentou a imunidade às medidas cautelares e à execução.

Cabe agora aguardar as primeiras manifestações dos tribunais americanos ao aplicar a nova legislação.

(45) *International Legal Materials*, 1977, volume VI, pág. 1.437.

(46) *Max Sorensen*, *op. cit.*, pág. 441.

(47) 43 F. 2d 706.

(48) 127 So. 2d 687.

JEAN SCHAPIRA ⁽⁴⁹⁾, referindo-se à questão da imunidade de execução, diz o seguinte ⁽⁵⁰⁾:

“Si l’immunité de juridiction est relative, *l’immunité dite d’exécution est absolue*: aucune saisie, de quelque nature qu’elle soit, ne peut être pratiquée contre un État, même si la créance émane d’un contrat d’affaire et même si la justice en a reconnu le bien-fondé. La règle tient ici à l’indivisibilité du patrimoine de l’État, l’exécution risquant d’atteindre des avoirs affectés à l’exercice de la souveraineté. La Cour de Paris vient de réaffirmer le principe dans un procès concernant la République démocratique du Vietnam (7 jun 1969).”

No mesmo ano de 1972 em que SCHAPIRA publicou seu trabalho, foi aprovada a Convenção européia, deixando ao arbítrio de cada Estado signatário submeter-se ou não à execução de sentenças estrangeiras. Ainda não temos notícia de qualquer reação concreta a esta disposição.

2.7. Contratos petrolíferos

Os países petrolíferos e a própria OPEP têm tomado medidas no sentido de excluir qualquer jurisdição estranha no julgamento de controvérsias resultantes dos contratos firmados com seus clientes.

JULIAN LEW, em estudo intitulado “La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux” ⁽⁵¹⁾, informa que nos “State contracts” (i.e. contratos entre Estados e entidades particulares ou públicas de outros Estados), vem se notando uma volta ao que denomina de “nacionalismo jurisdicional”, visando o monopólio da competência jurisdicional do Estado contratante, em detrimento tanto da jurisdição estrangeira como do arbitramento ⁽⁵²⁾.

E invoca a decisão do governo da Arábia Saudita, de 25 de junho de 1963, que proibiu qualquer agência governamental de assinar contratos com indivíduos, companhias ou organizações privadas que incluam cláusula sujeitando-a à jurisdição de qualquer tribunal estrangeiro ou a qualquer entidade estrangeira que tenha caráter judicial, vedando ainda a aceitação da arbitragem como forma de solucionar divergências.

Em junho de 1968 a 16ª Conferência da OPEP, realizada em Viena, aprovou unanimemente uma decisão, posteriormente ratificada pelos nove países que compunham a organização (e que produzem cerca de 85% do petróleo exportado no mercado internacional), no sentido de que,

(49) *Le Droit International des Affaires*, Presses Universitaires de France, 1972.

(50) Pág. 6.

(51) In *Le Contrat Économique International*, publicação da 7ª Jornada de Estudos Jurídicos Jean Dabin, organizada em Louvain, novembro de 1973 e publicada em 1975 pelo “Centre Charles De Visscher pour le Droit International”.

(52) Pág. 144.

“ressalvada regra diversa contida no sistema jurídico do País signatário, todas as divergências que ocorram entre o governo e os operadores serão submetidas exclusivamente à jurisdição dos competentes tribunais nacionais ou às cortes regionais especializadas”.

Durante o Colóquio organizado pela Academia de Direito Internacional da Haia em 1968 sobre “Os Acordos de Comércio Internacional”, publicado em 1969 por aquela entidade, H. S. ZAKARIYA, chefe do serviço jurídico da OPEP, assim se manifestou sobre a decisão da Conferência (53):

“One can safely say that the Resolution represents the prevailing thoughts in OPEC member countries and their determination to implement these thoughts at the appropriate time in the near future. The conclusion to be drawn from this is, I think, quite evident: The rule from now on, would be the submission of all disputes under the petroleum agreements to the national courts in each country. The *exception* would be the *ad hoc* settlement of these disputes, such as arbitration, on the condition that it is authorized or permitted by the legal order of the State itself. In this latter case arbitration would essentially be a domestic matter and not an international one. It is evident also that the law applicable to these disputes will have to be basically the national law of the State itself.”

Denominaríamos este fenômeno de “desinternacionalização” dos contratos internacionais.

2.8. Recurso à arbitragem

A arbitragem tem sido prestigiada pelos especialistas do Direito do comércio internacional e tem sido freqüentemente adotada na prática dos “State contracts”, excetuados, como visto, os contratos petrolíferos.

JOE VERHOEVEN, em estudo sobre “Contrats entre États et ressortissants d'autres États” (54), assim se pronunciou (55):

“L'arbitrage paraît, par excellence, le mode de règlement des différends relatifs aux contrats entre États et ressortissants d'autres États, même si des courants contradictoires visant tantôt à nationaliser tantôt à internationaliser davantage les procédures se font jour.”

No já referido Colóquio da Academia de Direito Internacional da Haia, Giovanni Kojanec, professor da Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Roma, advogando o recurso à arbitragem disse:

“... the State accepts, on the basis of the contract, limitations to its own sovereign powers. Such limitations consist in the

(53) Pág. 364 da publicação da Academia.

(54) In *Le Contrat Économique International* já acima referido.

(55) Pág. 150.

adoption of contractual provisions which tend to exclude the application of internal rules and which substitute to the jurisdictional competence of the State, the recourse to international arbitration.”

Em defesa da natureza internacional dos contratos, disse ainda ⁽⁵⁶⁾ :

“It results from our analysis that the arbitral institution acquires a special role and importance in this context, being the instrument through which the application of the legal rule may be fully guaranteed beyond the limits of national influence, which might command unilateral attitudes of the State. It is indeed in the arbitral proceedings that we may reach the application of supra-national rules even though the validity of the contract as well as its application depend on a national system of law.”

Mas esta atitude não é aceita universalmente.

Interessantes as observações apresentadas ao Colóquio da Haia por S. Sucharitkul, diretor-geral do Departamento Econômico do Ministério de Relações Exteriores da Tailândia, em que ironiza a segurança que se pretende vislumbrar na cláusula de arbitragem inserida nos “State contracts”, assim se manifestando ⁽⁵⁷⁾ :

“I can find nothing sacrosanct, nothing final about arbitration least of all the peremptory character, the impossibility of derogation from an obligation to arbitrate. This would be more effective than international law, more powerful than supra-national law. It would be almost divine law if once the State permits itself to submit to arbitration, it cannot allegedly derogate from this submission. However, it should be pointed out that the character of arbitration is in itself voluntary, it is in itself extra-legal conciliatory. Therefore, being a Buddhist, I cannot accept any *Deus ex machina*.”

Esta filosofia reforça a tendência dos países petrolíferos de refugiar-se sob o manto da absoluta imunidade jurisdicional.

3. O ESTADO ESTRANGEIRO PERANTE A JUSTIÇA BRASILEIRA

3.1. Doutrina

O Ministro CLOVIS RAMALHETE trata na última parte de seu trabalho ⁽⁵⁸⁾ da posição do direito brasileiro na questão da imunidade jurisdicional do Estado, assim se pronunciando:

“Nas Constituições da República abriu-se no Brasil oportunidade ao Estado estrangeiro para litígios perante a justiça na-

(56) Pág. 340.

(57) Pág. 359.

(58) *Revista da OAB*, 1970.

clonal, quer contra a União, os Estados e os Municípios, quer contra pessoas privadas. É tradição constitucional republicana brasileira. Foi omissa a Constituição Imperial de 1824. Mas a matéria acolheu-se nas Constituições da República...

Efetivamente todas as Constituições republicanas (59) trataram da competência jurisdicional quando uma das partes fosse "nação estrangeira", a partir de 1946 substituído por "Estado estrangeiro".

A atual Constituição assim dispõe:

"Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

.....

c) os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios;

.....

II — julgar em recurso ordinário:

a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

....."

"Art. 125 — Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar;

II — as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil;

....."

É estranhável que a doutrina não se dedique a esta matéria, tão cuidadosamente versada em todas as nossas Constituições republicanas. Atesta-o CLOVIS RAMALHETE (60):

"Muitos comentaristas eminentes (BARBALHO, AURELINO LEAL, RUI, MANGABEIRA, TEMÍSTOCLES, CASTRO NUNES) silenciam o tema.

(59) Constituição de 1891, arts. 59 e 60; Emenda de 1926, arts. 59 e 60; Constituição de 1934, arts. 76 e 81; Carta de 1937, art. 101; Constituição de 1946, art. 101, alterado pela Emenda Constitucional nº 16, de 28-11-1965; Constituição de 1967, arts. 114 e 119, e Constituição de 1969, arts. 119 e 125.

(60) *Op. cit.*, pág. 327.

PONTES DE MIRANDA apenas aflora-o sem maior explicar. Parece que aceita a dupla capacitação judicial, ativa ou passiva, quando escreveu:

“Tire-se, pois, quando o autor ou o réu é Estado estrangeiro que os Municípios etc.” (*Comentários à Constituição de 1946*, pág. 199, v. II).

Entretanto, falta maior desenvolvimento do tema pelo notável escritor. É possível que a eventual conceituação, por PONTES DE MIRANDA, da inexistência de imunidade de jurisdição ultrapasse o catálogo de casos em geral aceitos e de citação comum. Eles são os de ações reais, herança ou legado, de delito ou quase delito e aqueles em que o Estado estrangeiro aceita tácita ou expressamente a competência do Juízo nacional.”

Não nos parece que JOÃO BARBALHO tenha silenciado sobre o tema. Basta verificar as referências feitas a seus *Comentários* por PEDRO LESSA em seu *Do Poder Judiciário* ⁽⁶¹⁾ às páginas 71, 73, 204 e 217.

Também CARLOS MAXIMILIANO, na obra citada por RAMALHETE ⁽⁶²⁾, invoca a autoridade de JOÃO BARBALHO quando se refere aos litígios julgados em tribunais norte-americanos e argentinos a respeito de “dívidas contraídas pelas circunscrições administrativas autônomas”.

Em seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, PONTES DE MIRANDA não se dedicou especificamente à matéria, assim se justificando:

“... Voltaria à baila a questão da competência se há Estado estrangeiro perante a Justiça do Brasil. A Constituição supõe que isso se possa dar e revela recepção de doutrina do direito das gentes. Não é aqui o lugar, conforme antes já dissemos, para discutirmos o assunto, que escapa ao direito constitucional...” ⁽⁶³⁾.

Pouco adiante diz PONTES:

“... Interessante é que, em vez de proteger a nacionais, a Constituição estatui que se assegure ao Estado estrangeiro o mesmo tratamento que à União, tanto assim que se excluiu a referência a cidadãos brasileiros e se adotou a expressão *pessoa domiciliada ou residente no País*.”

Este comentário seguramente foge ao enfoque internacional da matéria em que se conceberia proteção do Estado estrangeiro, no sentido de considerá-lo imune à jurisdição do foro, e não no sentido de ampliar o raio de sua submissão à Justiça brasileira!

(61) Francisco Alves, 1915.

(62) Pág. 339.

(63) Tomo IV dos *Comentários*, RT, 2ª edição revista, maio de 1974, pág. 76.

Mais adiante (64) PONTES ainda acrescenta:

“Em consequência, há cognição recursal do Supremo Tribunal Federal ainda que o pleito seja entre Estado estrangeiro e nacional desse Estado estrangeiro, domiciliado ou apenas residente no Brasil; e não na há se são partes Estado estrangeiro e brasileiro, não domiciliado nem residente no Brasil.”

Denota-se aí total desinteresse pela soberania do Estado estrangeiro, a ponto de conceber que nacional de Estado estrangeiro processe seu próprio Estado perante a Justiça brasileira.

As demais considerações tecidas pelo eminente tratadista sobre os arts. 119 e 125 versam questões colaterais, sem interesse algum para o tema ora versado.

CLOVIS RAMALHETE invoca as autoridades de CARLOS MAXIMILIANO (65) e de PEDRO LESSA (66) como os únicos autores nacionais que versaram a matéria, reportando-se a breves trechos dos dois constitucionalistas pátrios em que tocaram no assunto da imunidade do Estado estrangeiro.

“CARLOS MAXIMILIANO (*Com. à Constituição de 1946*, v. II, pág. 339), repetindo a lição de PEDRO LESSA, inclui a competência da Justiça brasileira para certos casos. Exemplo: o “das ações fundadas em contratos celebrados com outros países no território nacional, quando as obrigações são de tal natureza que os pactuantes não poderiam, de boa fé, contar com a execução das mesmas no estrangeiro pelo Estado devedor e de acordo com outras leis senão os destes”. Para MAXIMILIANO, conclui-se, a competência do Judiciário brasileiro vem estabelecida nas Constituições republicanas e inclui a de julgar Estado estrangeiro como réu nas questões oriundas de contratos firmados no País.”

Em seguida RAMALHETE cita seu festejado antecessor na Suprema Corte:

“PEDRO LESSA (*Do Poder Judiciário*, págs. 71/73) comenta com clarividência as normas constitucionais sobre competência do Judiciário quanto a Estado estrangeiro como parte, ré ou autor. E de fato assentou a competência para “as ações fundadas em contratos celebrados com Estados estrangeiros no território, quando a execução completa no território pode ser promovida, de acordo com as regras da boa fé”. Entende, pois, que, em tais casos, não há imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição da Justiça nacional.

Com inteira atualidade, o insigne PEDRO LESSA reporta-se a DESPAGNET e VON BAR, quando afirma, comentando a norma

(64) Pág. 77.

(65) *Comentários à Constituição de 1946*.

(66) *Do Poder Judiciário*.

constitucional brasileira — “no estado atual do Direito Internacional Público certos casos se nos deparam em que, segundo a comum opinião, os Tribunais de um Estado têm competência para processar e julgar as causas em que são partes Estado ou soberano estrangeiro”. Entende, portanto, que aqueles tipos citados de casos estão sob a direta eficácia da norma constitucional brasileira, que instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal.”

Assim se pronunciou LESSA, no local indicado por MAXIMILIANO e reproduzido por RAMALHETE (67):

“Não há dúvida que nenhum país está sujeito à jurisdição de outro, princípio que, em regra, isenta da jurisdição de um Estado, não só as nações estrangeiras, como também os soberanos ou chefes de Estados estrangeiros, desde que contrataram por conta de seu país. Mas, no atual estado do Direito Internacional Público certos casos se nos deparam, em que, segundo a comum opinião, os tribunais de um Estado têm competência para processar e julgar causas em que são partes Estados, ou soberanos estrangeiros. Tais são os seguintes: 1º) quando se trata de ações reais (petitórias ou possessórias), que têm por objeto imóveis situados no território do país, onde a ação é proposta ou móveis que se acham nesse território ao surgir o litígio; 2º) quando o Estado estrangeiro (ou o soberano, ou chefe de Estado) aceita a competência dos tribunais do país, quer expressa, quer tacitamente, intentando, por exemplo, a ação, ou propondo a reconvenção; 3º) admite-se, ainda, geralmente a penhora e o embargo, bem como a competência da jurisdição territorial, sobre as coisas que, especial e expressamente dadas em penhor, ou em hipoteca, se acham no território do país que exerce a jurisdição.”

Mais adiante PEDRO LESSA reproduz o relatório apresentado por VON BAR à reunião do Instituto de Direito Internacional de 1891 realizada em Hamburgo, a que já nos referimos acima.

A enumeração de PEDRO LESSA das hipóteses de cabimento da jurisdição local sobre Estados estrangeiros se compõe de seis itens, que MAXIMILIANO distribuiu em sete, das quais RAMALHETE só reproduziu a última: das ações fundadas em contratos celebrados por outros países no território do foro.

Convém destacar o trecho do grande internacionalista francês DESPAGNET que PEDRO LESSA transcreve:

“... De là une distinction de plus en plus admise entre les actes d'un caractère privé et ceux qui se réfèrent à l'exercice de la souveraineté. Les premiers seuls pouvant entrer dans la compétence des tribunaux étrangers.”

(67) *Op. cit.*, págs. 71/3.

Há mais algumas passagens na obra de PEDRO LESSA que merecem destaque. Comentando o art. 60 da primeira Constituição republicana, então vigente, diz o ilustre autor (68):

“Comentando a equivalente disposição da Constituição americana, afirmava STORY que a sujeição de um Estado estrangeiro aos tribunais americanos era inteiramente voluntária (wholly voluntary): nenhuma nação pode ser compelida a ser parte, autora ou ré, perante os tribunais dos Estados Unidos.

Esse comentário de STORY é reproduzido, ou, antes, resumido por J. BARBALHO.

Mas, no presente estado do Direito Internacional a tese de STORY precisa ser explicada, ou, melhor, limitada. Foi na última metade do século XIX e, portanto, depois de publicada a obra do grande constitucionalista norte-americano, que a questão da competência territorial em face dos Estados estrangeiros teve na doutrina um amplo desenvolvimento, que repercutiu na jurisprudência.”

A distinção entre *acta jure gestionis* e *jus imperii* é assim formulada por PEDRO LESSA (69):

“Os atos que pratica o Estado como pessoa civil não diferem na essência dos que realizam os particulares: uma compra, e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem idênticas, inalteradas, quando o Estado contrata. Aí temos, pois, relações de direito e de interesses privados; qualquer idéia de poder, de soberania, é estranha aos atos em que intervém o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietário, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer os direitos de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunais, e que por estes é condenado a pagar, e não um soberano, nem um órgão da soberania.”

Discorrendo sobre empréstimos públicos, em aparente contradição à passagem acima transcrita em que se refere a Estado credor ou devedor, diz (70):

“Quanto às dívidas contraídas por um Estado, por meio de empréstimos por subscrição pública, no território de outro, a doutrina geralmente admitida é a que VON BAR expôs no seu relatório perante o Instituto de Direito Internacional: para julgar as questões oriundas do inadimplemento dessas obrigações não é competente a justiça territorial.”

(68) *Op. cit.*, pág. 204.

(69) *Op. cit.*, pág. 208.

(70) Pág. 213.

E distinguindo a execução da jurisdição, volta a citar DESPAGNET (71):

“A dificuldade de execução absolutamente não infirma o valor jurídico da condenação pronunciada, e do que se cuida é apenas de indagar se um Estado civilizado poderá moralmente subtrair-se, em seu território, aos efeitos de uma decisão equitativamente lavrada contra ele por um tribunal estrangeiro, competente na espécie.”

A questão sob o duplo ângulo — internacional e constitucional — foi examinada com especial acuidade por CLÓVIS BEVILÁQUA em *Direito Público Internacional* (72).

Na regra nº 17 lança o seguinte princípio:

“Não se opõe à soberania do Estado que ele se submeta à jurisdição de um tribunal de outro, em matéria de ordem privada.

É lícito, portanto, dirimir quaisquer litígios jurídicos entre nações, por sentença de tribunais de uma delas.”

E desenvolvendo o princípio, diz CLÓVIS:

“PAEPE sustenta, de acordo aliás com LAURENT, que os tribunais de um país, competentes para dirimir as controvérsias de direito privado, estendem a sua jurisdição aos Estados estrangeiros.”

BEVILÁQUA discorda:

“Nestes termos absolutos a doutrina é inaceitável, porque, ainda quando age como pessoa jurídica no terreno do direito privado, o Estado não se despoja, em face de outro Estado, das suas prerrogativas de soberania, e porque a execução da sentença contrária a um país estrangeiro poderia encontrar dificuldades insuperáveis, e, talvez uma insignificante questão de direito privado viesse a terminar por um conflito violento, em que as duas nações medissem as suas forças, e sacrificassem interesses de valia incomparavelmente superiores.”

O autor invoca os princípios que a jurisprudência francesa vinha firmando à época, de que os tribunais comuns são competentes para conhecer de causas em que intervém Estado estrangeiro nas seguintes hipóteses: 1) quando o Estado estrangeiro renuncia expressamente ao direito de invocar sua imunidade; 2) quando, perante um dos tribunais estrangeiros, propõe alguma ação, o que importa em aceitar sua jurisdição; 3) quando acionado, não opõe a execução declinatória *fori*; 4) quando é proprietário de imóveis no país e a questão versa sobre esses bens.

(71) Pág. 217.

(72) 2ª edição, 1939, tomo I, págs. 79 e seguintes.

CLÓVIS se refere à decisão do tribunal de apelação de Bruxelas a favor da competência dos tribunais belgas para julgar uma ação movida contra o Estado da Bahia por um quase-delito atribuído a preposto de um mandatário desta província brasileira e transcreve a crítica publicada a esta decisão no *Journal de Droit International*, concluindo com a seguinte observação:

“A Bahia não é um Estado soberano, é apenas, em face da Constituição brasileira, um Estado autônomo; mas uma sentença contra ele proferida, atingiria a soberania nacional, porque os diversos Estados da Federação constituem elementos essenciais da nação soberana, sendo divisões políticas para a vida jurídica interna do Estado, somente podendo aparecer nas relações internacionais através da soberania nacional.”

Em nota de rodapé acrescenta o emérito civilista e internacionalista brasileiro:

“Os tribunais europeus têm enveredado por este sofisma: os Estados federados, não sendo soberanos, podem ser condenados civilmente por juizes de países estrangeiros. O Brasil não aceita semelhante pretensão aberrante dos princípios do Direito Internacional.”

Em seguida, num toque de magistral soberania, assim comenta CLÓVIS BEVLÁQUA a regra constitucional então vigente:

“A Constituição federal brasileira, art. 101, I, letra *d*, estatui que são da competência privativa do Supremo Tribunal Federal: . . . *d*) Os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados. A doutrina que se desprende desse artigo é a seguinte: 1º) *os Estados estrangeiros podem propor ações contra a União e os Estados* perante o Supremo Tribunal Federal; 2º) *esses mesmos Estados podem ainda aceitar, expressamente, a jurisdição brasileira, por convenção ou tratado*; 3º) ou, ainda, pelo fato de possuírem imóveis no Brasil.

Assim, a nossa Constituição oferece às nações amigas meios de solver, judicialmente, as questões que, acaso, tenham com o Brasil e os brasileiros, desde que estas questões, por sua natureza, não transcendem da competência dos tribunais comuns” (grifos nossos).

Vê-se que CLÓVIS compreendeu a necessidade de interpretar o texto constitucional brasileiro em harmonia com os princípios do direito internacional. E reconheceu ser inconcebível tratar de maneira diversa a soberania de nosso Estado e a soberania dos Estados estrangeiros. Se o Brasil não se submete à jurisdição dos tribunais estrangeiros, como impor a competência de nosso Supremo Tribunal Federal sobre os Estados estrangeiros, igualmente soberanos? Estaria ferido o princípio da igualdade dos Estados.

Nenhum de nossos insígnis constitucionalistas atentou para este delicado e importante aspecto da matéria.

Muitos anos mais tarde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação:

“Em princípio, os Estados estrangeiros não podem ser demandados em nosso País, assim como o Brasil não pode ser demandado no estrangeiro. Em princípio, um Estado não pode se submeter à jurisdição de outro Estado...” (73).

Nossos mestres de Direito Internacional Público também não atentaram para a necessidade de focar o tema sob o duplo aspecto que nele se encerra.

Assim, HILDEBRANDO ACCIOLY, a cuja obra já acima nos referimos, limita-se a enunciar as hipóteses da renúncia, expressa ou tácita, do soberano estrangeiro à sua imunidade jurisdicional, e aborda ligeiramente a distinção entre o *jus gestionis* e o *jus imperii* (74).

RAUL PEDERNEIRAS (75) atribui a regra da imunidade jurisdicional ao princípio da igualdade dos Estados, regra que sofre exceção quando um Estado consente na intervenção jurisdicional de outro Estado.

Já os nossos autores de Direito Internacional Privado foram mais cuidadosos, examinando as imunidades estatais com maior profundidade.

OSCAR TENÓRIO assim escreveu (76):

“Não se contém no art. 12 (da Lei de Introdução) nenhuma disposição a respeito da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, naturalmente por entender o legislador que a matéria se rege pelos princípios do Direito Internacional Público. A regra é a imunidade. Todavia, já se considera correta a opinião de nas relações de direito privado (*jure gestionis*), e não nas que decorrem do poder político soberano (*jure imperii*), não se justificar a imunidade, devendo ser admitida a competência de tribunais locais.

Citemos, a propósito, como expressão da tendência atual o aresto da Corte de Apelação de Atenas nº 1.690, de 1949. Sobre ele paira, de qualquer forma, a grave preocupação relativa às imunidades.”

(73) In *DJ*, de 29-11-62, pág. 198; *Rev. Jur.* 58/80, apud ALEXANDRE DE PAULA, *Código de Processo Civil Aplicado*, volume II, pág. 121.

(74) *Tratado de Direito Internacional Público*, Tomo I, págs. 194-5, edição de 1933.

(75) *Direito Internacional Compendiado*, 11ª edição, revista e aumentada por OSCAR TENÓRIO, Freitas Bastos, 1956, pág. 175.

(76) *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª edição aumentada, Borsoi, 1955, pág. 387.

Em *Direito Internacional Privado* ⁽⁷⁷⁾ escreve OSCAR TENÓRIO ⁽⁷⁸⁾:

“A doutrina da imunidade absoluta é inaceitável. A imunidade cobre apenas os atos dos Estados e de seus representantes diplomáticos, como atos de certa expressão política. Fora disto eles se equiparam aos particulares.

A *Constituição*, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios (art. 119, I, c), *admite, através da regra de competência, que os Estados estrangeiros possam acionar ou serem acionados no Brasil.*

O dispositivo constitucional não se sobrepõe ao Direito Internacional Público. Coexiste com os princípios do direito das gentes na qualificação da matéria suscetível ou não de demanda proposta por Estado estrangeiro ou contra ele” (nosso grifos).

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES ⁽⁷⁹⁾, em breve comentário ⁽⁸⁰⁾, também interpretou o dispositivo constitucional que dá ao STF competência para julgar Estados estrangeiros, assim se manifestando:

“Passando do direito convencional para o direito interno, vemos que a Constituição Federal, no art. 119, nº I, letra c, estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para as causas entre nações estrangeiras e a União ou os Estados, sendo que a doutrina consagra essa exceção à regra geral da jurisdição nacional, pelo princípio chamado da extraterritorialidade, não o tomando, porém, sob um aspecto absoluto. Reconhece, assim, as seguintes exceções: a) quando se tratar de atos de comércio ou praticados como comerciantes; b) quando o litígio versar sobre imóveis, excluindo o edifício da legação, mesmo no caso de ser propriedade particular do agente; c) quando implicitamente renunciarem às imunidades, comparando em juízo como autores; d) nas convenções contra o Estado ou seu chefe propostas naquelas causas.”

AGUSTINHO FERNANDES DIAS DA SILVA ⁽⁸¹⁾ enfrenta o problema constitucional/internacional, numa síntese feliz e correta. Diz o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Juiz federal no Estado do Rio de Janeiro ⁽⁸²⁾:

“Nos litígios entre Estados estrangeiros ou organismo internacional e as pessoas jurídicas de direito público brasilei-

(77) 11ª edição, Rio de Janeiro.

(78) Vol. II, pág. 351.

(79) *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, A Noite, 1946.

(80) Vol. III, pág. 261.

(81) *Direito Processual Internacional*, Rio de Janeiro, 1971.

(82) Pág. 56.

ras, fica, assim, assegurada não só a competência do Supremo Tribunal Federal, mas também a competência internacional da jurisdição brasileira (Nota do autor — o mesmo se diga com relação a litígios entre os Estados estrangeiros e Municípios ou pessoas residentes no Brasil) quando não afastada, como é óbvio, por norma hierarquicamente superior. Como as relações de direito público com Estados estrangeiros se acham sujeitas ao Direito Internacional Público, sendo amiúde regidas por tratados, a jurisdição em tais casos pode caber a órgãos internacionais, à ONU, à OEA, tribunais arbitrais etc. Convém, também, não esquecer o princípio de imunidade de jurisdição local, salvo submissão expressa. *De sorte que se pode afirmar ser a letra "c" do nº I do art. 119 aplicável somente nos casos em que houver anuência dos Estados estrangeiros ou organizações internacionais implicados*" (nossos grifos).

Em *A Imunidade de Jurisdição Local dos Estados Estrangeiros* (83), o mesmo autor afirma:

"Em decorrência do princípio da imunidade, uma decisão do tribunal local, qualquer que seja o seu grau, proferida contra nação estrangeira ou qualquer de seus órgãos, só é válida se o Estado estrangeiro expressa e voluntariamente se submeteu à jurisdição local. Se não houve tal submissão, falta a jurisdição — um dos pressupostos processuais, a incompetência é absoluta e o processo nulo ab initio" (nossos grifos).

Mas o ilustre professor adota posição radical quando não admite a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, considerando que mesmo nestes vige a imunidade jurisdicional do Estado (84).

Não acompanhamos a posição adotada por CLOVIS RAMALHETE, quando escreve:

"O Judiciário não examina atos políticos. Mas sendo dotado pela Constituição de poder jurisdicional sobre Estado estrangeiro, é curial que tenha sob suas vistas os atos não políticos. A apreciação destes não lhe pode ser sonegada. E não o pode nem mesmo pelo distraído acatamento, pelos juízes, a Tratado de Comércio ou atos diplomáticos, nos quais a apreciação judicial de tais atos, que constitucionalmente é da competência dos Tribunais, lhes tenha sido sonegada.

Será inconstitucional os demais ramos do Poder concluírem Tratado ou Convenção, restringindo a função do Poder Judiciário. Tratar-se-á, na hipótese, de clara invasão de um Poder pelo outro, com lesão das regras constitucionais, contravérsia, também esta, a ser em última análise dirimida pelo Supremo Tribunal Federal."

(83) *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 103, pág. 27.

(84) *Op. cit.*, págs. 23/24.

Os preceitos constitucionais que tratam da competência da Justiça federal e da Suprema Corte em questões que envolvem Estados estrangeiros são regras de competência, que se aplicam sempre que os princípios do direito das gentes permitirem a submissão do soberano estrangeiro à nossa jurisdição. Portanto, não vemos como se possa colocar a questão nos termos acima transcritos.

Ademais, a primazia da Constituição sobre tratados é questão altamente debatida aqui e alhures, pois entre os monistas há os que incluem a Constituição na posição de inferioridade hierárquica com relação às fontes internacionais e outros que entendem supremas as regras constitucionais, mesmo em relação às fontes internacionais.

Todavia há que se reconhecer que a regra da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro obedece a um princípio secular do direito internacional, e nada impede que dois ou mais Estados fixem, restritiva ou ampliativamente, o raio da incidência do princípio básico da imunidade jurisdicional dos Estados.

É de se observar que, se nossa Constituição foi tão zelosa quanto à submissão exclusiva da União federal à Justiça brasileira, matéria que analisaremos adiante, deverá igualmente tolerar a pretensão de Estado estrangeiro à sua imunidade jurisdicional.

As disposições contidas no art. 119, I, c, e II, a, da Constituição devem ser entendidas, portanto, como regras fixadoras de competência, mas cuja aplicação depende da anuência do Estado estrangeiro e do respeito aos princípios firmados pelo Direito Internacional Público e universalmente aceitos.

O próprio OSCAR TENÓRIO, paladino do nosso monismo, é incisivo no sentido de que as regras constitucionais não de coexistir com os princípios do direito das gentes na qualificação da matéria suscetível ou não de demanda proposta por ou contra Estado estrangeiro.

HAROLDO VALLADÃO, no terceiro volume de seu *Direito Internacional Privado*⁽⁸⁵⁾, dedica o capítulo 69 às questões de imunidade internacional.

No que tange aos Estados estrangeiros, seus chefes e os navios de guerra, entende VALLADÃO que o Brasil adota, assim como os demais Estados latino-americanos, os princípios do Código de Bustamante, e que, fora deste Código, a doutrina brasileira segue a orientação da imunidade restrita nos termos das Resoluções do Instituto de Direito Internacional de Hamburgo, 1891, e Aix-en-Provence, 1954.

Assim, os Estados estrangeiros podem ser acionados no Brasil nas seguintes hipóteses: a) ações reais, referentes a uma coisa, móvel ou imóvel, encontrada no território; b) ações fundadas na qualidade do Estado como herdeiro ou legatário ou cessionário de sucessão aberta

(85) Rio de Janeiro, 1978.

no território; c) ações referentes a um estabelecimento mercantil, industrial ou a uma estrada de ferro, explorados no território; d) ações decorrentes de contratos concluídos pelo Estado estrangeiro no território, se a execução completa no mesmo território pode ser pedida por cláusula expressa ou segundo a própria natureza da ação; e) ações de perdas e danos oriundas de delito ou quase-delito praticado no território; f) litígios em virtude de um ato que não é do poder público. Nesta enumeração, VALLADÃO segue estritamente as Resoluções do Instituto do Direito Internacional, interpretando nossa Constituição à luz do Direito Internacional Público.

Acrescenta o ilustre internacionalista pátrio que a distinção entre atos de império e de gestão não prosperou na doutrina brasileira, que, segundo ele, preferiu a enumeração específica, acima transcrita. Não nos sentimos à vontade para acompanhar o mestre nesta afirmação. Os autores brasileiros, cujas opiniões acima expusemos, tendem a aceitar a distinção. Outrossim, a própria enumeração de VALLADÃO está impregnada da concepção distintiva entre atos de soberania e atos de comércio, estes no sentido mais amplo do termo.

A distinção também é aceita na Convenção européia, nas leis americana e inglesa e, apesar de superada na doutrina e na jurisprudência italianas, como lembra VALLADÃO, ainda tem o suporte da absoluta maioria das autoridades estrangeiras que tratam da matéria, como vimos acima.

Em seu Projeto de Lei Geral da Aplicação das Normas Jurídicas, VALLADÃO insere as seguintes disposições concernentes às imunidades:

“Art. 68 — Os Estados estrangeiros, bem como os chefes de Estados, os agentes diplomáticos e membros da respectiva família, que com eles vivam, e outras pessoas especialmente indicadas em atos internacionais, gozarão no Brasil de imunidade de jurisdição civil e criminal, estabelecida em tratados ou convenções ou decorrente de reciprocidade, devendo ser acionados perante os tribunais existentes no respectivo Estado.

.....

§ 4º — Denegadas ao Brasil e a seus representantes as imunidades acima previstas, em território de Estado estrangeiro, poder-se-á, independente das providências internacionais cabíveis, determinar a suspensão total ou parcial das imunidades no território nacional àquele Estado e a seus representantes.”

Segundo este projeto, excluída a hipótese de tratados ou convenções e não havendo reciprocidade, inexistirá imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros, inclusive para atos *jure imperii*, posição com a qual não podemos concordar, pois que colidente com a doutrina estrangeira e pátria, com os princípios gerais de direito internacional em que ainda vigem, solidamente, os princípios da soberania e da independência dos Estados.

Outrossim, ao regime jurídico brasileiro sempre repugnou o princípio da retorsão. O Brasil sempre agiu de forma exemplar no campo das relações internacionais, e, ao invés de se preocupar com eventuais falhas nos sistemas alienígenas, preferiu agir com liberalidade e de acordo com seus princípios jurídicos, sem vinganças e retaliações no campo jurídico, como, aliás, apontado inúmeras vezes por VALLADÃO em sua vasta e erudita obra.

PONTES DE MIRANDA adota posição mais clara em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* da que expôs em sua obra sobre a Constituição, que criticamos acima. Diz o insigne jurista pátrio (86):

“Tem-se de partir, no tocante à jurisdição para as ações proponíveis ou propostas contra um Estado, do princípio fundamental de direito das gentes de que nenhum Estado pode ser submetido à jurisdição de outro ou de outros Estados. Chama-se a isso, também, princípio da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. Pode dar-se que o Estado A adquira, por exemplo, em banco situado no estrangeiro, moeda estrangeira ou sua, ou artigos ou peças que sejam úteis a seus escritórios, lugar de investigação e de indústria. Aí o Estado figura como se fosse qualquer pessoa pública ou privada, e não se pode dizer que haja imunidade jurisdicional. Temos de repelir, em tal espécie de ato jurídico, que seja o Estado a atuar como Estado.

A teoria que marca limite à imunidade jurisdicional quando o Estado procede, no campo de outro Estado, como titular de direito privado desse Estado, é a verdadeira, posto que se tenha de reconhecer que não há aí, rigorosamente, exceção, porque só se falou de imunidade do Estado, como tal. Está noutro território (*princeps in alterius territorio privatus*).

Se o Estado estrangeiro voluntariamente exerce no Brasil a sua pretensão à tutela jurídica, como se propõe ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva perante algum juízo brasileiro, renunciou à sua imunidade, se, no caso, a tinha” (nossos grifos).

3.2. *Jurisprudência*

Os tribunais brasileiros têm tido freqüentes oportunidades de julgar casos que envolvem as imunidades diplomáticas e consulares, bem como questões de imunidade em reclamações trabalhistas movidas contra Embaixadas e organismos internacionais.

Já no campo da imunidade do Estado estrangeiro, são mais raros os casos registrados por nossa jurisprudência.

Em 14 de maio de 1935, o Dr. Edgard Ribas Carneiro, Juiz federal no Rio de Janeiro, em executivo fiscal promovido contra a República

(86) Tomo II, 1973, págs. 173 e seguintes.

Argentina, no qual se cobrava taxa de saneamento relativa ao prédio da Embaixada, assim se pronunciou:

“Em hipótese alguma seria admissível que uma pessoa de direito público fosse chamada a Juízo em um país estrangeiro...

Seria contrário, formalmente contrário, às noções básicas de direito internacional que a Justiça brasileira tivesse competência para processar e julgar obrigações contraídas pela República Argentina, ainda que tais obrigações houvessem sido assumidas no território brasileiro.

Dessa maneira, é claro e inequívoco que o processo instaurado para a cobrança da taxa de saneamento do prédio à Rua Senador Vergueiro, nº 59, é nulo, visto ser proposto contra uma nação estrangeira, por manifesta incompetência deste Juízo” (87).

Em uma ação de despejo movida contra a sede da representação diplomática da Bolívia no Rio de Janeiro, em 1963, sustentava o proprietário, autor da ação, que a Embaixada renunciara à imunidade em face da cláusula de eleição do foro, impressa no contrato de locação. O Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, à época o saudoso Amílcar Araújo Falcão, sustentou que persistia a imunidade por não ter havido renúncia que “deve ser concludente, específica, inequívoca, mais, devidamente autorizada pelo governo”. No caso, dizia o parecer, “tratava-se de cláusula impressa em contratos do tipo *standard* que tira à renúncia, não de foro mas de jurisdição, as reservas fundamentais dos tratados, usos e doutrina”.

Em outro parecer emitido na mesma causa, o Prof. HAROLDO VALLADÃO, acrescentou, citando FARO JÚNIOR:

“Tal imunidade é de ordem pública, isto é, o agente não pode renunciá-la; entretanto, o próprio Estado a que pertence o agente pode dela abrir mão.”

O despejo não foi deferido.

Outro caso foi a ação ordinária movida em Brasília contra o Japão, em que Augusto Gonzaga de Menezes pleiteou indenização pelos danos sofridos numa colisão com o automóvel da Embaixada daquele país. Deferida a citação, via Ministério das Relações Exteriores, este enviou ao Juízo nota da Embaixada japonesa que declarava “não estar disposta a sujeitar-se à jurisdição brasileira”.

A sentença decidiu pela imunidade jurisdicional nos seguintes termos:

“... ora, se os agentes diplomáticos gozam da imunidade de jurisdição, e esta só poderá ser dispensada mediante renúncia expressa do Estado acreditante, e ainda assim, quando da

(87) *Rev. Forense*, nº 65, págs. 150/151.

execução deverá ser feita nova renúncia, com muito mais razão necessária se faz a renúncia expressa do Estado acreditante à sua soberania e tradicional imunidade de jurisdição.”

Esta sentença vem noticiada na tese de livre docência do Prof. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES *Das Imunidades de Jurisdição e Execução* (São Paulo, 1980), que assim comenta a decisão do juiz brasileiro:

“Lamentável a decisão na Ação Ordinária nº 459, pois baseada num erro imperdoável: a Convenção de Viena silencia a respeito dos atos praticados pelo Estado ou pela missão diplomática. Impertinente a nota diplomática, errôneos os Pareceres que induziram o juiz a tal sentença. O raciocínio *a fortiori* de estender a necessidade de recusa expressa das imunidades dos agentes diplomáticos aos atos atribuídos ao próprio Estado, além de revelar uma concepção antropomórfica do soberano e do Estado, revela um desconhecimento do tema, em especial da tendência moderna de restringir-se o quanto possível a abrangência das imunidades. A denegação de justiça, a prosperar tal entendimento, será patente, pois mal se sabe se a Suprema Corte do Japão aceitaria competência por um delito acontecido alhures; pense-se, ademais, nos tropeços de um ofendido ter de constituir advogados no Japão, mesmo porque não haveria lugar para rogatória, inexistindo jurisdição.

Além do mais, a sentença confunde a imunidade de jurisdição no processo de cognição com aquela existente na execução, quando se sabe serem fenômenos substancialmente distintos.”

O professor paulista louva duas sentenças do Juiz Federal de Brasília, Dr. Dario Abranches Viotti, proferidas em ações movidas contra o Governo Imperial do Irã e contra a República Socialista da Tchecoslováquia.

Na ação contra o Irã, tratava-se de alegada rescisão de contrato relativo a obras no prédio da chancelaria e da residência particular do Embaixador, e contra a Tchecoslováquia foi formulada uma ação de cobrança.

Na sentença da ação contra o governo da Tchecoslováquia, o juiz federal informa que sua sentença no caso anterior, contra o governo do Irã, não chegou a ser apreciada pelas instâncias elevadas, porque as partes acabaram realizando acordo.

E após longas considerações de natureza histórica, política e jurídica, decide a favor da jurisdição brasileira, com os seguintes argumentos:

“Como a jurisprudência dos países civilizados não é uniforme e considerando que, nesse assunto, “na falta de qualquer norma internacional, os tribunais têm a liberdade de decidir como entenderem” (Brierly-Waldock), entendo que o Brasil

não deve transferir a decisão de seus próprios negócios aos Estados estrangeiros. Que o verdadeiro respeito à soberania nacional impõe a cada Estado o dever de submeter-se à jurisdição civil alheia no alheio território. Entendo que a evolução do direito internacional se vem fazendo no sentido da restrição dos privilégios e imunidades. Que tem razão o Instituto de Direito Internacional ao sustentar que os atos privados de um Estado devem estar sujeitos à jurisdição do país em que o realizam. Entendo que, no Brasil, onde nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, não deve o Poder Judiciário, baseando-se em doutrina incerta e contestável, negar-se à prestação jurisdicional quando brasileiros se digam lesados em seus direitos individuais pela atuação, de natureza privada, de Estados estrangeiros, dentro de nosso território” (88).

Ao Supremo Tribunal Federal só chegou a ação movida contra o Japão, pelo Agravo de Petição nº 56.466, em que foi reconhecida a imunidade jurisdicional do Estado.

Foi o seguinte o parecer da Procuradoria-Geral da República:

“Tem-se, pois, que a imunidade daquele Estado soberano à jurisdição doméstica não resulta da Convenção de Viena, mas de uma das mais sólidas regras costumeiras do direito das gentes. Nenhum Estado ignora a impossibilidade de submeter outra nação, contra sua vontade, à condição de parte perante o Judiciário local. Nem poderia fazê-lo, a menos que disposto — e apto — a garantir pela força bélica a execução da eventual e esdrúxula sentença condenatória, o que repugna substancialmente ao moderno direito internacional, que nossa República ajudou a construir e consolidar.”

Este parecer foi integralmente endossado pelo Acórdão do Tribunal Pleno, em votação unânime (89).

Houve mais um caso levado até o Supremo Tribunal Federal em que não se examinou a questão da imunidade, pois as instâncias originárias haviam trancado o feito antes mesmo de o Estado réu ser citado.

O juiz indeferira a petição por considerá-la inepta, reportando-se aos termos do agravo de petição a que nos referimos acima, confirmada sua decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Mas a Suprema Corte entendeu que não cabe decidir a incompetência de nossos tribunais antes de o governo estrangeiro invocar esta exceção. Lê-se na ementa do acórdão:

“Ação ajuizada por particular contra Estado estrangeiro (C.F., art. 125, II). Somente a citação permite saber se o demandado recusa a jurisdição local, ou se a ela acaso se submete.

(88) Apud GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *op. cit.*, pág. 280.

(89) *RTJ*, 66/727.

A improbabilidade da submissão, por notório que seja, não autoriza o Juízo a dar por inepta a inicial, encerrando liminarmente o processo" (90).

3.3. Nossa posição

O Código Bustamante trata da situação jurisdicional dos Estados contratantes nos arts. 333 a 335, distinguindo entre o "conhecimento dos assuntos cíveis ou comerciais", para os quais são incompetentes os juízes e tribunais dos demais Estados contratantes (salvo na hipótese de submissão expressa ou de pedido de reconvenção) — arts. 333/4 — dos casos em que o Estado estrangeiro contratante ou seu chefe tiverem "atuado como particulares ou como pessoas privadas", em que admite a competência jurisdicional estrangeira — art. 335, forma pouco precisa para distinguir o *jus imperii* do *jus gestionis*.

Também admite (art. 336) a competência para os juízos universais (falências e heranças).

E como o Código Bustamante é fonte internacional e preferencial do Direito Internacional Privado brasileiro, incompetente será a Justiça brasileira para julgar causas enquadradas nas hipóteses dos arts. 333 e 334 em que sejam partes quaisquer dos outros 14 Estados signatários da Convenção, devendo-se interpretar os preceitos constitucionais brasileiros de forma a harmonizá-los com as regras convencionais.

Não se trata aqui de decidir pela primazia da Convenção sobre a Constituição (que, como vimos, é matéria altamente controvertida na nossa doutrina), mas de interpretar a Constituição de maneira a que não resulte qualquer conflito entre suas disposições e as regras do Código de Direito Internacional Privado latino-americano. Esta harmonização de textos, quando possível, constitui a melhor hermenêutica.

Para evitar o aparente conflito bastará interpretar nossas regras constitucionais como de competência interna, i.e., sempre que não houver incompetência determinada pelo direito internacional e pelo Código Bustamante, sendo assim possível julgar o Estado estrangeiro em nossa jurisdição, como no caso da renúncia à imunidade ou nas hipóteses de atuação estatal "como particular ou como pessoa privada" (*jure gestionis*), será competente, no plano interno, o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses do art. 119, e o juiz federal, na hipótese do art. 125.

Concluímos que as regras constitucionais contidas nos arts. 119 e 125 da nossa Lei Maior terão aplicação quando não colidirem com as normas do Direito Internacional Público ou com a vontade soberanamente manifestada pelo Estado estrangeiro.

Não admitimos a competência jurisdicional da Justiça federal e do Supremo Tribunal Federal a não ser em matéria seguramente enqua-

(90) Apelação Cível nº 9.682, Richard Allison Clayton contra o Governo dos Estados Unidos da América, in *RTJ* 78, pág. 75.

drada no *jus gestionis* ou na hipótese de renúncia expressa do Estado estrangeiro à sua imunidade.

Assim, entendemos que GUIDO FERNANDO SILVA SOARES foi longe demais em sua crítica à sentença exarada na ação movida contra o governo do Japão, mas, por outro lado, o parecer da Procuradoria-Geral da República, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no mesmo caso, também foi amplo demais, pois não distingue entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*.

Correta, segundo entendemos, a sentença do juiz federal de Brasília, Dr. Dario Abranches Viotti, na ação movida contra o governo da Tchecoslováquia⁽⁹¹⁾, em que limitou sua teoria aos "atos privados", ficando, assim, adstrito às regras estabelecidas no Código Bustamante (de valor doutrinário quando não se tratar de Estados signatários da Convenção), que se harmonizam com as Resoluções do Instituto do Direito Internacional, hoje universalmente aceitas, exceção apenas dos Estados socialistas.

Mesmo restringindo a competência de nosso Judiciário aos atos privados de Estados estrangeiros e às hipóteses em que renunciam à sua imunidade, permanece nosso sistema constitucional/internacional numa situação de desequilíbrio, pois outras, completamente diversas, são as regras a respeito da posição do Estado brasileiro perante a jurisdição de tribunais estrangeiros, matéria que passamos a examinar no próximo capítulo.

4. A IMUNIDADE JURISDICIONAL DO BRASIL NO EXTERIOR

4.1. Introdução

Cabe agora analisar a situação do Estado brasileiro, de suas autarquias e companhias públicas quando acionadas em Juízo estrangeiro. Vigorarão os mesmos princípios da possibilidade de renúncia à imunidade, da inexistência da imunidade nos atos *jure gestionis*?

Esta matéria, de mais alta importância, não foi versada por nossos autores, tanto constitucionalistas como internacionalistas, salvo duas honrosas exceções.

HAROLDO VALLADÃO⁽⁹²⁾ diz laconicamente o seguinte:

"Em longamente fundamentado parecer — em contrato no estrangeiro, de pessoa jurídica estrangeira, com o governo do Brasil — acolhido pelos interessados, 12-9-73, mostramos a inadmissibilidade de renúncia de foro e de imunidade de jurisdição pelo Brasil."

(91) GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *op. cit.*, págs. 269/282, esp. pág. 280.

(92) *Direito Internacional Privado*, volume III (1978), pág. 151.

PONTES DE MIRANDA ⁽⁹³⁾ entende que, se o Brasil propuser ação perante tribunal de outro Estado, estará violando nossa Constituição. Entre outras, o insigne tratadista pátrio tece as seguintes considerações:

“... Para que tal renúncia explícita ou tácita aconteça, é preciso que, conforme a sua Constituição, pudesse o Estado renunciar.

Daí ser da máxima importância que se verifique, de início, se o caso ou a espécie entra na dimensão da imunidade jurisdicional ou não entra. (...)

Tem-se de partir do princípio da imunidade jurisdicional dos Estados para se saber se o Estado, em sua Constituição, permitiu ao Poder Executivo, ou ao Poder Legislativo, renúncia expressa ou tácita. Se não o admitiu, a lei seria inconstitucional, bem como, *a fortiori*, o ato do Poder Executivo.

(...) Na Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, o art. 125 estatui que “aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância: (...)”

De modo nenhum se pode interpretar qualquer texto constitucional como permissivo de se poder inserir em lei, tratado ou negócio jurídico a sujeição à competência jurisdicional de outro Estado se a espécie cabe em qualquer das regras jurídicas constitucionais acima apontadas. (...) Partindo do princípio da imunidade jurisdicional, cada Estado edita as suas regras jurídicas constitucionais, que podem cortá-lo em alguns pontos; mas ele mesmo não o pode cortar se a sua Constituição não o permitiu. Os outros não podem impor que faça cortes: só ele os pode fazer ir ao ponto de se desestatizar.”

Comentando os dispositivos do Código Bustamante, diz PONTES DE MIRANDA que “os arts. 333 e 334 são relativos apenas às espécies em que incide o princípio da imunidade jurisdicional, a que alguns Estados permitem exceção pela submissão expressa ou tácita, o que de modo nenhum se pode admitir em leis e tratados ou quaisquer declarações dos Poderes brasileiros porque feriria a Constituição”.

Prossegue PONTES ⁽⁹⁴⁾, comentando o art. 775, § 1º e sua letra e do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922 ⁽⁹⁵⁾:

“Proveio do Código de Contabilidade da União (Decreto Legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, art. 106).

Falou-se de “pena de nulidade.”

Nulidade do contrato, ou nulidade da cláusula que ofende o princípio da imunidade jurisdicional? No Decreto nº 15.783, de

(93) *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II (1973), págs. 174 e seguintes.

(94) Pág. 179.

(95) Que exige cláusula fixadora do foro brasileiro nos contratos administrativos.

8 de novembro de 1922, a redação não foi boa, mas a interpretação que reputasse nulo o contrato seria errônea. O que se há de entender é que nula seria a cláusula renunciativa da imunidade jurisdicional. O assunto merece na prática maior exame.

O princípio da imunidade jurisdicional é princípio do direito das gentes; e o direito constitucional brasileiro repele qualquer renúncia do Estado à sua imunidade jurisdicional, mesmo se atinente só a algum assunto ou ponto.

Mesmo se não fosse posta a cláusula, o foro tinha de ser do Brasil.

Dáí não dizermos que é obrigatória, posto que seja aconselhável inclusive para conhecimento das pessoas que tiverem negócios com a empresa estrangeira a respeito dos títulos brasileiros. A ausência da cláusula não acarreta qualquer invalidade do contrato.

Trata-se, no caso, de respeito ao princípio universal, que é o da imunidade jurisdicional.

Cada Estado promete a tutela jurídica, e não há qualquer inconveniente em que a sua Justiça julgue as ações em que ele é parte, pois, a cada momento, o outro figurante não é pessoa jurídica estrangeira e os juízes condenam o Estado de cujo Poder Judiciário fazem parte. Se tal o tratamento dos seus nacionais, igual há de ser o dos estrangeiros. Mas a Justiça de um Estado julgar outro Estado, como entidade estatal, seria ofensa ao princípio da imunidade jurisdicional. . .

Se falta elemento para que o princípio da imunidade jurisdicional não incide, então sim: o Estado que, no território de outro, procede como se fosse particular, não é como Estado que propõe ação ou responde a alguma citação. Tornou-se *subditus temporarius*. A implantação da agência de negócios no estrangeiro rege-se pelo direito local, e não é o Estado com a sua personalidade que atua. Com isso, o Estado não renunciou à imunidade jurisdicional; aí não a tem. Por isto, havemos de repelir a referência à renúncia, como fizeram alguns juristas desde o fim do século passado.”

Um tanto timidamente Pontes admite aqui a jurisdição estrangeira quando o Estado age *jure gestionis*, mas não esclarece suficientemente a distinção entre os dois papéis do Estado no mundo hodierno. E prossegue:

“O direito à imunidade jurisdicional é irrenunciável, conforme já antes dissemos; e a lei especial, que fosse feita, seria inconstitucional. Se posta em contrato a cláusula renunciativa, nula seria por ofensa à Constituição, e poderia ser causa para responsabilidade dos dirigentes.

A cláusula renunciativa seria contrária ao princípio da imunidade jurisdicional e à Constituição, que de modo nenhum

a permite nem permite que alguma lei dê aos figurantes de negócios jurídicos a faculdade de inserção de tal cláusula. . .”

Mais adiante (96) diz PONTES, em aparente contradição com o que antes dissera:

“Se o governo assina contrato com empresa estrangeira, ou mesmo nacional, no qual há cláusula de ser competente jurisdicionalmente a Justiça do Estado estrangeiro, aí a nulidade é de todo o contrato e não só da cláusula.”

Acima PONTES dissera que a nulidade seria somente da cláusula e não vemos em que a hipótese versada nesta passagem difere da anterior. Prossegue:

“O negócio jurídico violou o princípio da imunidade jurisdicional e a própria Constituição da República Federal do Brasil. Além disso há responsabilidade pelo ato de quem assinou, por ter poderes constitucionais ou legais para assinar, ou o assinou por delegação ou procuração.”

E com toda ênfase, diz PONTES categoricamente (97):

“Se houver ou se há, na espécie, incidência do princípio jurisdicional do Brasil, qualquer sentença declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, proferida contra o Brasil, ou mesmo em ação proposta no estrangeiro, pelo governo brasileiro, é sentença cuja eficácia de jeito nenhum pode ter acolhimento no Brasil, nem poderia o Supremo Tribunal Federal homologá-la. O Supremo Tribunal Federal, ao ter de homologar sentença estrangeira, há de começar pela verificação do respeito ao princípio da imunidade jurisdicional e à Constituição brasileira. Se não se atendeu ao princípio e à Constituição, é de indeferir-se, *in limine*, o pedido de homologação. . .

A jurisdição brasileira é inafastável e irrenunciável. Se querem afastar meras controvérsias no estrangeiro, aconselhável é que se ponha a cláusula de ser competente, em quaisquer circunstâncias, a Justiça brasileira.”

Diante de tão ardoroso e categórico posicionamento do mais ilustre dos juristas pátrios e da igualmente categórica, ainda que lacônica, observação de VALLADÃO, caberia proceder a um exame cuidadoso de certos contratos firmados pelo governo brasileiro e por seus órgãos com entidades estrangeiras, principalmente no setor financeiro, em que abundam ultimamente os contratos de empréstimos e de emissão de títulos.

Importa conhecer a legislação brasileira a respeito da contratação de empréstimos no estrangeiro, inclusive as leis que criaram e regulam as atividades do BNDES.

(96) Pág. 181.

(97) Pág. 182.

4.2. *Legislação brasileira sobre empréstimos públicos externos*

Temos uma sucessão de leis regulando a contratação de empréstimos no exterior pelo Poder Executivo, diretamente ou como garantidor de terceiros.

Esta legislação desenvolveu-se a partir de 1951 com a Lei nº 1.518, de 24 de dezembro.

Em seu art. 1º, o legislador autorizou o Poder Executivo a contratar créditos ou dar a garantia do Tesouro Nacional a créditos que vierem a ser obtidos no exterior para “o fim especial de financiar o programa de reaparelhamento de portos, sistemas de transportes, aumento da capacidade de armazenamento, frigoríficos e matadouros, elevação do potencial de energia elétrica e desenvolvimento de indústrias básicas e agricultura”.

Pela enumeração das suas finalidades, este tipo de empréstimo visa objetivos eminentemente de interesse público, que não podem ser qualificados como *acta jure gestionis*.

Aliás, já vimos acima que, tradicionalmente, desde o relatório de VON BAR ao Instituto do Direito Internacional, os empréstimos públicos contraídos pelos Estados eram considerados atividade soberana, critério este que só veio a ser alterado com a Convenção européia de 1972 e a lei americana de 1976, sem necessárias repercussões em nosso sistema.

O art. 2º da Lei nº 1.518 autoriza o Poder Executivo a dar garantia do Tesouro Nacional a créditos que forem concedidos por organismos financiadores estrangeiros e internacionais aos Estados e Municípios, bem como às sociedades de economia mista em que proponderarem as ações do poder público e que explorem serviços públicos, desde que as operações se destinem à realização de empreendimentos relacionados com estes serviços. Esta atuação do Estado, de prover fundos necessários para a realização de serviços públicos, é inegavelmente uma manifestação *jus imperii*.

Um dos mais importantes diplomas legislativos em matéria de empréstimos públicos é a Lei nº 5.000, de 24 de maio de 1966, que autoriza a concessão de garantia do Tesouro Nacional a créditos obtidos no exterior nos casos que especifica, e que assim se discriminam:

- a) financiamentos obtidos no exterior por órgãos do governo federal e suas autarquias, desde que destinados a projetos de investimento ou outras finalidades previstas nos respectivos orçamentos, de aplicações aprovadas pelo Presidente da República;
- b) créditos e financiamentos obtidos no exterior mediante acordo ou resultantes de acordo em que a União Federal, direta ou indiretamente, seja interessada;
- c) financiamentos obtidos através do Programa da Aliança para o Progresso, ou concedidos por organismos internacionais de que o Brasil faça parte;

- d) projetos que obtiverem aprovação pelas Comissões Deliberativas da SUDENE e da SUDAM.

Nos demais casos, determina o art. 2º, a garantia do Tesouro Nacional dependerá da verificação de sua viabilidade econômico-financeira assim como “do grau de interesse para a economia nacional”.

O Poder Executivo também ficou autorizado por esta lei a contratar empréstimos ou dar a garantia do Tesouro Nacional a créditos destinados ao “financiamento compensatório de desequilíbrio de balanço de pagamentos ou a promover a formação de adequadas reservas internacionais em moeda estrangeira”.

O Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, geralmente referido nos contratos em que participa a União como tomadora ou como garantidora, dispõe em seu art. 11:

“O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.”

O Decreto-Lei nº 1.558, de 17 de junho de 1977, exige para a contratação de qualquer operação de crédito de origem externa e para a concessão de garantia da União federal a créditos de origem externa, que haja prévio e expresso pronunciamento do Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República “sobre o grau de prioridade do projeto ou programa específico, dentro dos planos e programas nacionais de desenvolvimento”.

A programação do desenvolvimento nacional é atividade pertinente ao *jus imperii*, daí os empréstimos tomados pelo governo ou por ele avalizados caracterizarem atividade governamental que não se identifica com o *jus gestionis*.

Não há como enquadrar os atos relacionados com estes empréstimos nas exceções ao princípio da imunidade jurisdicional do Estado, ressalvada a hipótese, se possível, da renúncia estatal à sua imunidade.

Vimos que o Decreto-Lei nº 1.312 permite que o governo aceite o compromisso de dirimir dúvidas e controvérsias derivadas dos contratos financeiros por meio de arbitragem.

Este dispositivo deve ser comparado com a regra do art. 775 do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, que aprovou o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública a que já nos referimos e que assim reza:

“A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.

§ 1º — São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade:

-
- e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declare competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões judiciais originadas dos mesmos contratos.”

Se a arbitragem não for considerada como exercício jurisdicional, os dispositivos em exame não estariam em choque: o governo só não pode submeter-se à jurisdição estrangeira, eis que o foro nacional brasileiro é exclusivamente competente, mas nada impede o compromisso de aceitar a arbitragem no exterior.

Mas, considerando que, na maioria dos países, o laudo resultante da arbitragem deve ser submetido posteriormente à homologação judicial, poder-se-ia entender que a submissão à arbitragem constitui, de certa forma, uma submissão à jurisdição estrangeira.

Seríamos, assim, levados a especular se o Decreto-Lei nº 1.312 teria revogado o disposto no art. 775, § 1º, letra e, do Decreto nº 15.783, de 1922.

No entanto, mesmo que assim fosse, o Decreto-Lei nº 1.312 limitou-se a autorizar que o governo brasileiro concorde em submeter eventuais disputas à arbitragem, o que de forma alguma abrange renúncia mais ampla à imunidade jurisdicional, não implicando na possibilidade de o Tesouro Nacional e as autarquias do governo se submeterem, como devedores ou fiadores, à direta jurisdição de tribunais estrangeiros. Contra esta hipótese vigora a regra do Decreto nº 15.783/22.

4.3. *Legislação sobre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (*)*

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico foi criado pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, e entre seus objetivos figura o de “atuar como agente do governo nas operações financeiras que se referem ao reaparelhamento e ao fomento da economia nacional” (art. 8º).

A Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971, enquadrou o BNDE na categoria de empresa pública (art. 1º).

A lei de 1952, em seu art. 9º, dispôs que o BNDE gozará, como serviço público federal, de todas as vantagens e regalias respectivas, inclusive quanto a impostos, taxas, direitos aduaneiros, juros moratórios, impenhorabilidade de bens, foro e tratamento nos pleitos judiciais.

Dispõe o parágrafo único do art. 5º da lei de 1971 que operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que

(*) NR.: Por força do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, o BNDE passou a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ficando vinculado administrativamente à SEPLAN.

fica a empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico autorizada a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitragem.

Este dispositivo é o precursor do art. 11 do Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, a que nos referimos acima, que autorizou o Tesouro Nacional a aceitar, nas operações com organismos financiadores internacionais, as cláusulas e condições usuais, inclusive o compromisso de arbitragem.

Não pode haver dúvida que ambas as disposições (da Lei nº 5.662 e do Decreto-Lei nº 1.312) só permitiram a cláusula de arbitragem, pois, ao especificá-la, deixaram bem claro que somente esta é admissível e não qualquer cláusula que subordine o Tesouro Nacional ou o BNDE à jurisdição de tribunais estrangeiros.

Conclui-se que o BNDE é uma empresa pública e, como tal, enquadrada no disposto no art. 125, I, da Constituição Federal, que determina a competência dos juizes federais para julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, o que também decorre da expressa regalia de foro e tratamento judicial determinados pelo art. 9º da Lei nº 1.628; conclui-se também que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico visa a realização e o desenvolvimento da economia nacional, atividade inequivocamente de natureza *imperii* e não *gestionis*, e, finalmente, que só lhe foi permitido submeter-se a arbitragem para dirimir questões surgidas de suas operações com o exterior, vedada, portanto, a submissão à jurisdição de tribunais estrangeiros.

4.4. *Empréstimos públicos contraídos no exterior*

Na década de 70 o governo brasileiro levantou vultosas importâncias no exterior, não só junto aos órgãos de financiamento internacional, como também em bancos particulares. Este segundo tipo de empréstimo ora é contraído diretamente pelo Tesouro Nacional, ora se destina a uma empresa pública, contendo o aval do Tesouro Nacional ou do BNDE (98).

Segundo estatísticas oficiais (99), no período 1961/1970, menos de 7% da dívida global latino-americana provinha de empréstimos privados; já no período 1971/1976, mais da metade dessa dívida estava sob o controle do sistema privado internacional.

(98) Entre muitos outros destacamos os seguintes empréstimos: 100 milhões de marcos alemães através de bônus do Tesouro Nacional colocados no mercado financeiro europeu por um sindicato de bancos alemães (1972); 50 milhões de dólares em bônus do Tesouro Nacional no mercado financeiro de New York (1976); 10 bilhões de yens através de bônus do Tesouro Nacional no mercado japonês (1976); em 1977 o BNDE contratou um empréstimo de 141.500.000 dólares, 42.600.000 marcos alemães e 12 bilhões de yens; em 1977 a Light obteve 100 milhões de dólares com fiança do BNDE, a ELETROBRÁS conseguiu 150.000.000 de marcos alemães com garantia do governo brasileiro e em 1978 a Carafba Metais S/A. Ind. e Com. levantou 70 milhões de dólares avaliados pelo BNDE.

(99) LUCIANO MARTINS, "Da Dívida Externa" in *Jornal do Brasil*, 4 de maio de 1978.

Esta "privatização" da dívida externa decorreu do extraordinário desenvolvimento do mercado de eurodólares, repercutindo igualmente na dívida externa do Brasil.

Em inúmeros contratos envolvendo nossas empresas públicas como o BNDE, e até o Tesouro Nacional, houve eleição de foro estrangeiro, ou admissão de jurisdição estrangeira, o que fere os princípios de nosso sistema legal, acima examinados e, segundo PONTES DE MIRANDA, estas cláusulas seriam nulas.

4.5. Conclusão

Do estudo ora efetuado chega-se a inabalável conclusão de que o regime jurídico brasileiro encerra um desequilíbrio entre a situação dos Estados estrangeiros perante nossos tribunais e a posição do Brasil (União federal, entidades autárquicas e empresas públicas) perante a jurisdição de Estados estrangeiros.

Nossa Constituição prevê no art. 119, I, letra c, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, originariamente, os litígios entre Estados estrangeiros (ou organismos internacionais) e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios.

No art. 125, II, está regulada a competência dos juízes federais para julgar as causas entre Estado estrangeiro (ou organismo internacional) e Municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 119, II, letra a).

Nossa interpretação, baseada em ilustres autores brasileiros de Direito Internacional Privado, é de que esta competência só se materializa nas hipóteses permitidas pelos princípios do Direito Internacional Público, quais sejam, a da renúncia do Estado estrangeiro à sua imunidade jurisdicional ou a de atos governamentais *jus gestionis*.

Se a questão não tiver esta característica e o Estado estrangeiro não tiver renunciado expressa ou tacitamente à sua soberania, não se aplicarão os dispositivos constitucionais, que são regras de competência interna de nossa Justiça federal.

Já no que concerne à submissão do Brasil à jurisdição estrangeira, a situação é totalmente diversa, eis que o regime jurídico brasileiro não admite renúncia à imunidade do Estado, excluída apenas a faculdade de submissão à arbitragem no exterior.

Esta posição decorre dos seguintes pontos:

1) A Constituição Federal, art. 125, I, declara competentes nossos juízes federais para "processar e julgar em primeira instância as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes" ⁽¹⁰⁰⁾

(100) Esta regra está reproduzida na Lei nº 5.010, que organiza a Justiça federal, em seu art. 10.

Ainda que quiséssemos interpretar este dispositivo como regulador da competência interna do sistema processual brasileiro, e que a mesma não representa obstáculo à submissão da União e de seus agentes à Justiça estrangeira, isto não nos parece possível, em vista das seguintes razões:

2) O Decreto nº 15.783, de 1922, em seu art. 775, § 1º, letra e, exige, nos contratos administrativos com pessoas domiciliadas no exterior, a cláusula da exclusiva competência do foro nacional brasileiro;

3) A Lei nº 5.662, de 1971, dispôs em seu art. 5º, parágrafo único, que o BNDE pode submeter-se, em contratos internacionais, à arbitragem, do que se entende que não houve autorização para submeter-se a jurisdições estrangeiras;

4) O Decreto-Lei nº 1.312, de 1974, dispôs em seu art. 11 que, em operações com o exterior, o Tesouro Nacional pode submeter-se à arbitragem, permissão que se interpreta da mesma forma exclusiva;

5) A categórica posição de PONTES DE MIRANDA e de HAROLDO VALLADÃO, acima transcritas.

Assim, parecem-nos ineficazes todas as cláusulas dos contratos de financiamento que o Brasil vem firmando com pessoas domiciliadas no exterior em que, na qualidade de prestador ou garantidor, se submete a qualquer tipo de jurisdição no estrangeiro, excetuada a arbitragem. E esta só é admissível quando não dependa de homologação judicial no exterior, o que só ocorrerá se se tratar de arbitragem conforme as regras da Câmara de Comércio Internacional ou se for realizada em país que não exige homologação judicial de laudos arbitrais.

Sabemos que forte é a pressão atual dos credores estrangeiros para a inclusão de cláusulas de renúncia à imunidade jurisdicional, mas isto de nada lhes serve, pois em caso de eventual demanda judicial, qualquer sentença proferida por tribunal estrangeiro não será homologável e exequível no Brasil, por força das razões acima enumeradas.

Para maior comodidade das operações financeiras que o Brasil aparentemente precisa negociar no exterior, seria interessante introduzir uma legislação inspirada no "State Immunity Act" da Grã-Bretanha, que revogasse os dispositivos contidos no Código de Contabilidade da União, nas leis que regem o BNDE e os empréstimos contraídos no exterior, o que exigiria, naturalmente, uma ligeira reforma do texto constitucional, para que ficasse consignado que as regras de competência do Supremo Tribunal Federal e dos juízes federais são de natureza interna, aplicáveis sempre que não caracterizada competência, contratualmente aceita, de jurisdição estrangeira.

Esta reforma também teria a vantagem de igualar a situação do Estado estrangeiro perante nossa jurisdição e a de nosso Estado perante jurisdições estrangeiras, colocando nosso sistema jurídico ao lado das legislações mais modernas em matéria de imunidades jurisdicionais do Estado.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando — *Manual de Direito Internacional Público*. 10ª ed., Rio de Janeiro, 1973.
- — *Tratado de Direito Internacional Público*. 3 vols., Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1934.
- BEVILAQUA, Clóvis — *Direito Público Internacional*, 2ª ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1930.
- BROWER, C., Bistline, W., LOOMIS, G. — The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Practice, in *American Journal of International Law*, 1979.
- COLOQUIUM 1968 do Recueil des Cours — Les accords de commerce international, Sijthoff, Leiden, 1969.
- DEÁK, Francis — Organs of States in their external relations: immunities and privileges of state organs and of the state, *Manual of Public International Law*, editado por Max Sorensen, MacMillan London, Melbourne, Toronto, 1968.
- DELAUME, Georges — vários trabalhos publicados no *American Journal of International Law*, 1973, 1975, 1977 e 1979.
- GREIG, D. W. — *International Law*. Butterworths, Londres, 1970.
- HIGGINS, Rosalyn — Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the U. K., *American Journal of International Law*, 1977.
- LALIVE, J. F. — L'immunité de Jurisdiction des États et des organisations internationales, *Recueil des Cours*, vol. 84.
- LE CONTRAT ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL, STABILITÉ ET ÉVOLUTION, Bruxelas, Paris, 1975.
- LESSA, Pedro — *Do Poder Judiciário*. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1915.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa — *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. A Noite, Rio de Janeiro, 1946.
- MAXIMILIANO, Carlos — *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954.
- MIRANDA, Pontes — *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda número 1, de 1969*. Vol. IV, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- — *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2º, Forense, 1973.
- MONTESQUIEU — *The Spirit of Law*. Great Books of Western World, Encyclopaedia Britannica, vol. 38, Chicago, London, Toronto, 1952.
- PEDERNEIRAS, Raul — *Direito Internacional Compendiado*. 11ª edição, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956.
- RAMALHETE, Clovis — O Estado Estrangeiro Perante a Justiça Nacional, *Revista da OAB*, 1970.
- SCHAPIRA, Jean — *Le Droit International des Affaires*. Presses Universitaires de France, Paris, 1972.
- SILVA, Agostinho Fernandes Dias da — *Direito Processual Internacional*, Rio de Janeiro, 1971; *Arquivos do Ministério da Justiça*.
- SOARES, Guido Fernando Silva — *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. São Paulo, 1980.
- TENÓRIO, Oscar — *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª edição, Borsol, Rio de Janeiro, 1955.
- — *Direito Internacional Privado*. 2 vols., 11ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976.
- VALLADÃO, Haroldo — *Direito Internacional Privado*. Freitas Bastos, 3 vols., 1968/1978.
- VERDROSS, Alfred — *Derecho Internacional Público*. Aguilar, Madrid, 1972.

Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar

LUIZ ALBERTO ARAÚJO

Professor Assistente de Direito Internacional Público da Universidade Estadual de Maringá. Doutorando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de Strasbourg — França.

LUIZ REGIS PRADO

Professor Assistente de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá. Mestre e Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO

Considerações preliminares

- I. Conceito, fundamento e natureza jurídica
- II. Esboço histórico
- III. Limitações à extradição
 - III.1. Limitações em razão da pessoa: a não-extradição de nacionais
 - III.2. Limitações em razão da natureza da infração
 - III.2.1. Delitos religiosos, de imprensa, fiscais e militares
 - III.2.2. Delitos políticos

Considerações finais

Considerações preliminares

"Le juste est le but dont les lois ne sont que le moyen" (H. DE PAGE).

As leis que têm como finalidade precípua a defesa do indivíduo, bem como a manutenção da ordem social, são, constantemente, violadas. Até aí, nada de novo, pois os Estados possuem, pelo menos em tese, condições de reprimir a delinqüência que fatalmente (em consequência da própria natureza humana) irá surgir em seu território. O problema se configura quando um indivíduo comete um crime em determinado território e, inconscientemente, evade-se dele, objetivando eximir-se das sanções a que estaria sujeito. Emerge nesse momento o conflito de soberanias, pois o Estado lesado não pode invadir o território de outro para prender o criminoso, sem intentar grave dano às leis de convivência internacional, posto que a soberania do Estado onde está abrigado o delinqüente é incontestável. A partir daí, duas questões passam a tomar forma: a primeira, de caráter penal, oriunda do crime cometido e da necessidade de punir o autor do ato lesivo; a segunda, de natureza internacional, pois a ingerência em território de qualquer país soberano poderia gerar, a curto ou a longo prazo, o surgimento de um estado de beligerância, de tal maneira evolutivo, que, inevitavelmente, viria ferir a harmonia e a paz entre as nações, já que só excepcionalmente se pode aplicar o princípio da extraterritorialidade da lei penal. Surge, nesse momento decisivo, um instituto de mais alta importância, que existe com a finalidade específica de solucionar o impasse: a denominada extradição, instrumento de repressão penal internacional que tem como escopo evitar que o criminoso encontre guarida em outro país e, por conseguinte, a impunidade de seus atos.

As leis penais internas dos diferentes países, bem como os tratados internacionais, impõem certas restrições ao direito de extraditar, face a determinadas peculiaridades atinentes à matéria, tendo sempre como ponto de referência a proteção e a liberdade da pessoa humana.

A noção de extradição marca, inexoravelmente, a convergência de dois ramos da ciência jurídica, o direito penal e o direito internacional público, numa verdadeira simbiose. Diz respeito ao direito penal, por relacionar-se com a aplicação ou o exercício efetivo do **jus puniendi** do Estado; ao direito internacional público, porque supõe ou implica relações entre os Estados, com o fim de repressão à criminalidade.

O presente trabalho é simplesmente uma abordagem rápida e parcial de alguns aspectos essenciais do instituto em tela. Procurou-se também, tanto quanto possível, fornecer ao eventual leitor uma visão panorâmica da mais recente legislação em vigor no Brasil sobre a matéria.

1. Conceito, fundamento e natureza jurídica

A palavra "extradição" tem origem no latim "ex-traditione" ("ex": fora; "traditione": entrega; entrega fora das fronteiras), significando "tra-

ditio extra territorium". No passado, as palavras "deditio", "remissio" e "intercum" eram utilizadas para designar a entrega de criminosos (1). Na Europa, especialmente na França, foi ela empregada pela primeira vez em um decreto governamental datado de 1791.

OLIVEIROS LITRENTO, em seu **Manual de Direito Internacional Público**, enumera as razões que justificam a extradição:

1ª) o interesse da justiça natural, pela qual um indivíduo não possa subtrair-se às conseqüências do delito que tenha cometido, mesmo refugiado em país estrangeiro;

2ª) o dever de solidariedade dos Estados contra o crime;

3ª) o interesse dos Estados em que, por toda parte, a ordem social seja mantida, as leis obedecidas e a justiça respeitada" (2).

O renomado internacionalista pátrio HILDEBRANDO ACCIOLY conceitua a extradição como "o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo" (3).

No ano de 1932, o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na cidade holandesa de Haia, definiu o instituto como "uma obrigaçao resultante da solidariedade internacional na luta contra o crime".

A maioria dos autores, entre eles LISZT, KOHLER, ASUA e BATTAGLINI, refere-se à extradição como um instituto jurídico de cooperação internacional no combate e repressão à delinqüência, visando impedir que o criminoso encontre refúgio em um país que não aquele no qual cometeu o delito. Alguns a entendem como uma cortesia internacional (comitas gentium), ou uma forma de reciprocidade jurídica. R. GARRAUD sustenta estar fundada no interesse recíproco das nações, visando à punibilidade dos delitos, com base no princípio moderno do auxílio mútuo que devem prestar-se os Estados para consecução deste desiderato.

Há tratadistas que negam o direito de extradição, vale dizer, todos os partidários da extraterritorialidade absoluta do direito penal consideram a extradição como supérflua (4). Ainda com relação ao fundamento do instituto, pode-se mencionar o critério de soberania, esposado por VICENZO MANZINI. MAGGIORE (5) entende que não se trata de um ato político ou de cortesia internacional, mas, sim, "de um ato jurídico derivado do princípio da territorialidade da lei penal, que se expressa por

(1) O vocábulo extradição foi empregado somente em meados do século XIX (Cf. V. MANZINI, *Trattato*, tomo I, pág. 416).

(2) *Manual de Direito Internacional Público*, pág. 437.

(3) *Manual de Direito Internacional Público*, pág. 89. Ver ainda: ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. I, pág. 237; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, pág. 317; OLIVEIROS LITRENTO, *Manual de Direito Internacional Público*, pág. 321; CELSO D. ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. II, pág. 601; RAUL PEDERNEIRAS, *Direito Internacional: Compendiado*, págs. 325 et seq.

(4) Cf. LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, tomo II, pág. 885.

(5) *Trattato*, vol. I, pág. 416.

meio de um ato judicial, ou seja, pelo exercício de uma jurisdição penal subsidiária do Estado onde se cometeu o delito" (6). O ilustre professor da Universidade de Palermo afirma ser a extradição "um ato de colaboração punitiva internacional, para que um réu refugiado no estrangeiro seja entregue ao Estado em que se cometeu o delito, e sofra as penas merecidas" (7). O jurista francês CHARLES VALLÉE entende que a extradição "é a operação pela qual um indivíduo perseguido ou condenado pelas autoridades judiciárias de um Estado e presente no território de outro é entregue por este àquele para ser julgado ou cumprir pena" (8).

O instituto da extradição importa tanto ao Estado requisitante como ao requisitado. Ao primeiro, em razão de garantir a repressão de um delito cometido em seu território; ao segundo, por livrá-lo da presença de um criminoso (9).

Entre os deveres morais dos Estados figura o da assistência e cooperação mútuas, no sentido de uma ação mais eficaz no combate ao crime e no interesse comum de defesa da ordem jurídica. Em princípio, o Estado em cujo território se verificou o fato punível seria aquele que apresentaria melhores condições de processar e julgar o autor (10). A extradição — já afirmava BECCARIA — é uma forma de garantia da ordem social, trazendo a certeza de não haver um lugar onde o criminoso possa ficar impune. O Código Bustamante afirma ser da natureza da extradição o auxílio penal internacional. O art. 344 do referido Estatuto praticamente conceitua a extradição quando dispõe:

"Para tornar efetiva a competência judicial internacional em matérias penais, cada um dos Estados contratantes acederá à solicitação de qualquer dos outros, para a entrega de indivíduos condenados ou processados por delitos que se ajustem às disposições deste título, sujeitos às previsões dos tratados ou convenções internacionais que contenham listas de infrações penais que autorizem a extradição."

Atualmente ainda divergem os doutrinadores quanto à natureza jurídica do instituto em foco, entendendo alguns que se trata de um ato administrativo discricionário do governo, sem garantia jurisdicional para o extraditando, e outros como ato jurisdicional entre o Estado requerente e o extraditando, procedimento que finaliza com sentença vinculadora para o Estado requerido. A legislação brasileira, como a italiana, adota o sistema misto, no sentido de que o processo extradicional "é um ato de governo, mas subordinado a uma garantia jurisdicional em favor do extraditando" (11). O citado processo inicia-se com o pedido do Estado

(6) *Derecho Penal*, pág. 236.

(7) *Derecho Penal*, vol. I, pág. 236.

(8) *Droit International Public*, pág. 445. No direito soviético, a extradição é comumente definida como a entrega, por um Estado a outro, de indivíduo perseguido por ter cometido um delito comum ou crime internacional no território de um Estado e que tente ocultar-se no território de outro (Cf. TUNKIN e outros, *Curso de Derecho Internacional*, vol. I, Moscou, Editoriã Progreso, 1979).

(9) Cf. DONNEDIEU DE VABRES, *Trailé*, pág. 975; MAGGIORE, *Derecho Penal*, pág. 236.

(10) Ver HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional*, vol. I, págs. 253 e 422; ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. I, pág. 237.

(11) GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal*, vol. II, págs. 208-9.

requerente ao governo brasileiro, por via diplomática, preenchidas as formalidades legais (prova documental). Cabe ao Ministério das Relações Exteriores receber tal pedido, remetendo-o ao Ministério da Justiça (fase administrativa). Em seguida vem a fase judicial do processo, toda ela desenvolvida perante o Supremo Tribunal Federal. É o que dispõe o art. 83 da lei vigente:

"Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão."

A prática internacional sobre essa matéria não é uniforme. O sistema francês tem caráter essencialmente político e deixa a extradição ao arbítrio do Poder Executivo, sem nenhuma garantia jurisdicional em favor do extraditando. A intervenção, requerida pelo Conselho de Estado e pela autoridade judicial, tem caráter meramente consultivo. Por outro lado, os sistemas inglês e norte-americano revestem-se de caráter de procedimento jurisdicional, no qual o Estado requerente e a pessoa extraditada são partes, e a sentença pertinente não poderá ser executada enquanto não passar em julgado. O sistema belga-holandês, de caráter jurisdicional, faculta ampla liberdade aos interessados ⁽¹²⁾.

É oportuno ainda aqui citar as formas e princípios que norteiam a matéria em estudo. Entre as várias modalidades de extradição podem ser mencionadas a ativa, a passiva, a voluntária, a de fato e a de trânsito ("O trânsito da pessoa extraditada e de seus custódios pelo território de um terceiro Estado contratante se permitirá mediante exibição do exemplar original ou de uma cópia autêntica do documento que concede a extradição" — art. 375 do Código Bustamante). Há também a chamada reextradição, consistente na entrega do extraditando a um terceiro Estado, em razão de um crime anterior àquele pelo qual tenha sido entregue (a legislação brasileira faz referência ao instituto, embora em outros termos, no artigo 91, inciso IV, da Lei nº 6.815, de 19-8-80, alterada pela Lei nº 6.964, de 9-12-81). A extradição é regida por alguns princípios, entre os quais o da **legalidade** (Nulla traditio sine lege), o da **especialidade** ("De não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido" — artigo 91, inciso I, da Lei nº 6.815, de 19-8-80, com as alterações da Lei nº 6.964, de 9-12-81), o da **identidade** ("quando o fato que a motivar não for considerado crime pela lei brasileira ou do Estado requerente", artigo 77, inciso II), o da **dupla incriminação** e o da **personalidade ou nacionalidade** ⁽¹³⁾.

Quanto à preferência entre os pedidos de extradição, há duas posições consagradas: uma, de caráter subjetivo, que dá preferência ao Estado da nacionalidade do indivíduo; outra, objetiva, que prefere o local da prá-

(12) Cf. GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho Penal*, t. I, pág. 238; ver também: HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, págs. 436-7; GILDA M. C. MEYER RUSOMANO, *A Extraditão* ..., págs. 136 e segs.; ALOISI-FINI, "Estradizione", *Nov. Digesto Italiano*, pág. 1.018.

(13) Ver: CELSO ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Público*, vol. II, pág. 605; GILDA MACIEL C. M. RUSOMANO, *A Extraditão* ..., págs. 76 e segs.; LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, págs. 753 e segs.; ORLANDO SOARES, *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 156.

tica da infração. O nosso País filiou-se à segunda corrente. A Lei nº 6.815, de 19-8-80, corrigida pela Lei nº 6.964, de 9-12-81, dispõe textualmente:

“Art. 79 — Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.

§ 1º — Tratando-se de crimes diversos, terão preferência, sucessivamente:

I — o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;

II — o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica;

III — o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos.

§ 2º — Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o governo brasileiro.

§ 3º — Havendo tratado com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo.”

II. Escorço histórico

Vestígios do instituto remontam à antiguidade oriental. No Egito foi firmado um tratado ⁽¹⁴⁾ sobre extradição entre Ramsés II e o rei dos Hititas, datado de 1291 a.C., sem os caracteres atuais, prevendo a extradição somente do criminoso político ⁽¹⁵⁾.

Na Grécia antiga, apesar de o asilo eclesiástico ter restringido o emprego da extradição, afirma-se ter sido ela concedida para autores de delitos graves ⁽¹⁶⁾. Em Roma, conforme assevera ASUA, a extradição foi praticada, estando o culpado subordinado ao tribunal dos “recuperadores”, que decidia se o entregava ou não. Em sentido contrário se manifesta FIORE, negando a existência da extradição, com base na Lei XVII, Livro L, Título VII, do Digesto, que dispõe que o indivíduo que ofendesse a um Embaixador devia ser entregue ao Estado a que pertencia o Embaixador ofendido (Eum qui legatum pulsasset, Quintus Mucius, dedi hostibus, quorum erant legati, solitus et respondere) ⁽¹⁷⁾. O Estado romano, na rea-

(14) Uma das cláusulas desse Tratado diz: “Se um homem ou inclusive dois ou três fuja do Egito e chegue ao país do grande monarca de Hatti, se apodere dele e o devolva a Ramsés II, grande senhor do Egito. Mas quando isto suceder, que não se castigue o homem que devolveu a Ramsés II, grande senhor do Egito, que não se destrua sua casa, nem se faça o menor dano a sua esposa, nem a seus filhos, e que a ele não o matem, nem lhe mutilem os olhos, nem as orelhas, nem a língua, nem os pés, e que não se lhe cause nenhum crime.”

(15) Cf. GILDA M. C. MEYER RUSSOMANO, *A Extradição...*, págs. 14 e segs.; CELSO L. DE ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Público*, págs. 601 e segs.; LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, págs. 891 e segs.

(16) ORLANDO SOARES, *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 156.

(17) *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 892. Ver também HELENO C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, pág. 146.

lidade, não respeitava a soberania dos outros Estados, por força de seu imenso poderio econômico e militar, de tendência colonialista.

Na época medieval delineiam-se as verdadeiras facetas do instituto. Inúmeros tratados de extradição foram nesse período firmados, disciplinando as condições, a forma e os efeitos. No século IX, na Península Itálica, aparecem tratados regulando a matéria, como os realizados entre Sicardo, príncipe de Benevento, e os magistrados de Nápoles (ano 836), o celebrado entre Veneza e o Imperador Lotário (ano 840) e o celebrado entre Veneza e Frederico II (ano 1220). Em 1174, Henrique II, rei da Inglaterra, e Guilherme da Escócia convencionaram a entrega dos indivíduos culpados de felonias, quando refugiados em um ou outro país. Um verdadeiro tratado internacional de extradição foi celebrado no ano de 1376 entre Carlos V, rei da França, e o Conde de Sabóia, com o objetivo de impedir que os acusados de crimes comuns pudessem encontrar refúgio num desses países. França e Inglaterra estabeleceram, anos antes, acordo proibindo conceder proteção aos seus inimigos. Por volta de 1497, a Inglaterra firmou convênio com Flandres, obrigando-se reciprocamente pela entrega de súditos revoltosos (*Intercums Magnus*). Relativamente à Península Ibérica, pode ser mencionado com verdadeiro caráter de tratado o acordo celebrado em 1360 entre Pedro I, rei de Castela, e o rei de Portugal, visando à entrega recíproca de condenados à morte refugiados em ambos os reinos. Pela Pragmática de 1569, Felipe II avençou com Portugal convênio relativo aos crimes de lesa-majestade, roubo, furto, rapto, homicídio etc.

No período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, o principal objeto da extradição foram os delitos políticos. Face ao predomínio do absolutismo, os governos consideravam os delinquentes políticos como os mais perigosos.

Na verdade, a extradição se reveste de verdadeira forma jurídica apenas no século XIX, com a lei belga de 1º de outubro de 1833, que consagrou definitivamente a orientação segundo a qual os criminosos políticos não são passíveis de extradição⁽¹⁸⁾. Logo após, surgem as legislações dos Estados Unidos (1848), Inglaterra (1870), Holanda (1875), Argentina (1885), Japão (1887) e Suíça (1892), entre outras.

No direito brasileiro, a extradição remonta ao início do século XIX (1826), quando se celebraram tratados de extradição com vários países. Por uma circular do Ministério dos Negócios Estrangeiros, datada de 4 de fevereiro de 1847, estabeleceram-se os princípios e as condições gerais de entrega de criminosos refugiados em nosso território. No mesmo ano, outra circular regulamentou o instituto, sob regime administrativo. Decorridos sete anos, uma resolução estabeleceu novas bases para a extradição, prevendo sua concessão por reciprocidade, mediante ato administrativo. A primeira lei de extradição do País foi a nº 2.416, de 28 de junho de

(18) Cf. LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, págs. 891 e segs.; GILDA M. C. MEYER RUSOMANO, *A Extradición* ..., págs. 14 e segs.; CELSO ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. II, págs. 801 e segs.; ALOISI-FINI, "Estradizione", *Nov. Digesto Italiano*, págs. 1.009 e segs.

1911. Posteriormente, surgiu o Decreto-Lei nº 394, de 28-4-38, que vigorou até 1969, quando foi aprovado o chamado Estatuto do Estrangeiro (Decreto-Lei nº 941) e seu regulamento (Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970). Atualmente, vigora o Novo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração ⁽¹⁹⁾, alterada pela Lei nº 6.964, de 9-12-81, e regulamentada pelo Decreto nº 86.715, de 10-12-81.

III. Limitações à extradição ⁽²⁰⁾

III.1. Limitação em razão da pessoa: a não-extradição de nacionais

Muito embora grande parte da literatura jurídica internacional da atualidade seja favorável à extradição de nacionais, **contrário sensu se** posicionam as legislações positivas da quase totalidade dos países ⁽²¹⁾. Poucos Estados concedem a extradição de nacionais, quando submetida à condição de reciprocidade, como os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e a Itália.

VON GLAHN sustenta que as razões de tal posição por parte dos EUA é decorrente do fato de os tribunais norte-americanos não possuírem competência para julgar os crimes cometidos no exterior.

(19) Cf. OLIVEIROS LITRENTO, *Manual de Direito Internacional Público*, págs. 439 e segs.; CELSO ALBUQUERQUE DE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 602; GILDA M. C. MEYER RUS-SOMANO, *A Extradição...*, págs. 116 e segs.; HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, pág. 436; ORLANDO SOARES, *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 156; LUÍS IVANI DE AMORIM ARAÚJO, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, pág. 217.

(20) O legislador brasileiro encontrou soluções diversas para a limitação à extradição:

a) a de deixar à legislação ordinária as regras jurídicas permissivas ou vedativas de extradição, quer de brasileiros, quer de estrangeiros (1824 e 1891);

b) a de proibir, constitucionalmente, a extradição de brasileiros em qualquer caso, e a de estrangeiros, se o crime é político ou de opinião;

c) a de somente proibir, constitucionalmente, a extradição de brasileiros (1937). A Constituição de 1967 seguiu a solução:

d) como o fizera a de 1945" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V, pág. 271).

O Novo Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, enumera de forma taxativa os casos de não concessão de extradição:

"Art. 77 — Não se concederá a extradição quando:

I — se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificou-se após o fato que motivar o pedido;

II — o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III — o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV — a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano;

V — o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI — estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII — o fato constituir crime político; e

VIII — o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção."

(21) O princípio da não extradição do nacional não é recente. No século XII resulta do dever de proteção do Estado aos seus cidadãos (*Carte pro libertate villae de Bocejo*, 1294 — "Concedimus etiam, quod de habitatoribus dicti loci non fiat aliqui remissio extra regnum"). Segundo a *Bula de Brabante*, século XIV (1355), os cidadãos tinham direito a serem julgados pelos tribunais locais. Em 23 de outubro de 1811, um decreto de Napoleão reservou ao governo a faculdade de conceder a extradição de franceses.

Sobre os argumentos favoráveis e desfavoráveis à não-extradição de nacionais, calha muito bem a síntese de HILDEBRANDO ACCIOLY:

“1º) Os Estados devem proteção a seus nacionais e, por conseguinte, têm a obrigação de lhes garantir uma justiça imparcial; ora, essa imparcialidade pode faltar nos juízes estrangeiros.

2º) Os Estados não devem abdicar parcela alguma de sua soberania, e a entrega de um nacional a uma justiça estrangeira constitui uma espécie de renúncia a direitos inerentes à soberania.

3º) Todo indivíduo tem o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de que é nacional, e, portanto, seria injusto afastá-lo contra a vontade. Esses argumentos podem ser facilmente rebatidos. Primeiro de tudo, a proteção devida pelo Estado aos seus nacionais não pode ser entendida de maneira que impeça o comparecimento destes perante juízes estrangeiros. Depois, a falta de confiança na justiça estrangeira não justificaria apenas a não-entrega dos próprios nacionais, mas também a de quaisquer outros cidadãos, pertencentes a nacionalidades distintas das dos Estados requerido e requerente. Além disto, nem a soberania de um Estado é absoluta, nem a dignidade de um Estado fica ofendida pelo fato da entrega de um seu nacional a uma justiça estrangeira — especialmente porque tal entrega só se deve efetuar depois que as autoridades nacionais examinem os fundamentos do pedido e o considerem aceitável. Por outro lado, os juízes naturais do delinqüente são os do Estado cuja ordem social foi mais gravemente atingida — o que equivale a dizer: os do lugar onde o delito foi cometido. E é inegável que, em muitos casos, será difícil, senão impossível, julgar o indivíduo por crime cometido no exterior, devido à falta de meios e provas necessárias” (22).

Podem-se acrescentar ainda os seguintes argumentos contra a extradição, presentes na doutrina contemporânea:

a) sua lenta e formalista tramitação diplomática a faz inadequada às necessidades criadas pela delinqüência contemporânea;

b) sua ineficácia com relação a cúmplices e encobridores que atuam em Estados distintos.

Pela lei brasileira em vigor, a extradição só pode ser concedida aos não nacionais. Em relação a essa condição pessoal, a Constituição Imperial de 1824 e a Constituição de 1891 eram omissas. A Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911, permitia a extradição de nacionais, muito em-

(22) *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, pág. 424-5. Ver ainda: CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. II, págs. 605-606; LUIS IVANI AMORIN, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, págs. 216-217; GILDA M. C. MEYER RUSSOMANO, *A Extradção...*, págs. 104 e segs.; ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. I, págs. 255-256; LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, págs. 959 e segs.; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 184; HELENO C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, pág. 146.

bora resguardada a reciprocidade de tratamento. Mas a Constituição de 1934, talvez inspirada na Constituição de Weimar, revogou esse princípio, estabelecendo, de forma expressa, a não-extradição de brasileiros, nos termos do art. 113, § 31:

“Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem em caso algum, de brasileiro.”

Praticamente ratificando esses termos, dispunha o art. 122, § 12, da Constituição de 1937:

“Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro.”

Ainda no mesmo diapasão enuncia o art. 141, § 33, da Constituição de 1946:

“Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro.”

A Constituição de 1967 (inclusive a Emenda Constitucional nº 1, de 1969) manteve a mesma orientação da Carta anterior, assegurando a garantia constitucional da não-extradição de nacional (Constituição federal, art. 153, § 19). O Decreto-Lei nº 394, de 28 de abril de 1938, que regulava a matéria, dispunha que “em nenhum caso será concedida a extradição de brasileiro, requisitada por Estado estrangeiro”. O Estatuto do Estrangeiro (Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969) diz expressamente no seu art. 88:

“Não se concederá a extradição:

I — de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato determinante do pedido.”

De forma semelhante regula a matéria a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Novo Estatuto do Estrangeiro), ao enunciar:

“Art. 77 — Não se concederá a extradição quando:

I — se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivou o pedido” (23).

O dispositivo constitucional brasileiro não veda o pedido de extradição do nacional (extradição ativa ou importadora), mas sim a concessão da chamada extradição passiva (ou exportadora).

A regra constitucional do § 19 do art. 153 dá tratamento isonômico ao brasileiro nato e ao naturalizado. Porém, deve-se frisar que “não é a data do pedido de extradição, ou da abertura do procedimento criminal,

(23) A mesma posição foi esposada pelo Instituto de Direito Internacional em 1880.

O art. 1.º, do Decreto-Lei nº 394, de 1938, dispunha: “Não será concedida a extradição de brasileiros naturalizados antes de perpetrado o crime.”

que regula a entrega ou não-entrega do naturalizado, e sim a da época em que praticou o delito. A extradição se subordina, portanto, ao **tempus delicti commissi**" (24). Em nenhuma hipótese, o **civis novus** estará sujeito à extradição passiva, mesmo quando sua naturalização seja posterior ao delito, enquanto não anulada ou cassada a naturalização. A naturalização válida só pode ser perdida quando presente um dos pressupostos do art. 146 da Constituição federal. A competência para decretar a nulidade é do Presidente da República (25).

O Código Bustamante preceitua que "os Estados contratantes não estão obrigados a entregar os seus nacionais. A nação que se negue a entregar um dos seus cidadãos fica obrigada a julgá-lo (art. 345)". Neste sentido se posicionava o Brasil (26). Por não conceder a extradição do nacional, obrigava-se a puni-lo pelo fato praticado no estrangeiro, evitando desta forma a sua impunidade, caso nossa legislação também o considerasse como delituoso. No entanto, essa não nos parece ser a melhor orientação na matéria, pois, além de dificultar o auxílio internacional na repressão à criminalidade, em termos práticos, torna extremamente penosa a coleta de provas e informações pormenorizadas sobre a infração penal. A distância do local do delito e uma série de embaraços de toda ordem fazem com que o ideal, em termos de **persecutio criminis**, seja a jurisdição do **forum delicti commissi**.

As organizações científicas internacionais, tais como o Instituto de Direito Internacional, o Instituto de Direito Penitenciário Internacional, o Comitê de Peritos da Sociedade das Nações para a Codificação Progressiva do Direito Internacional, o Comitê Internacional da União Européia, além de inúmeros congressos de direito penal e direito internacional, adotaram orientação análoga.

No que tange à polêmica em torno da não-extradição de nacionais — princípio consagrado pela esmagadora maioria das legislações contemporâneas —, assiste razão, quer-nos parecer, à orientação doutrinária que permite a entrega dos nacionais, dentro da mais estrita legalidade e subordinada à apreciação de conveniência pelo Poder Judiciário do Estado requerido. Como magistralmente ensina LUIS JIMENEZ DE ASUA, "este critério — o da entrega dos nacionais — é o que melhor se adapta aos princípios de defesa social, pois — como argumentam GARÇON, ROLIN, GARRAUD, FLORIAN, e tantos outros — o juiz mais competente para conhecer do processo é o do lugar onde o delito foi cometido: neste território é onde estão as provas mais vivas e flagrantes, onde se encontram os testemunhos presenciais, onde é mais fácil colher os elementos para instruir a causa, onde é mais provável descobrir a verdade e onde deve ser imposta a sanção, por ter sido ali alterada a tranqüili-

(24) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. I, pág. 341.

(25) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V., págs. 273 e segs.

(26) Era a orientação expressada pelo art. 1.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 394, de 1938. O Estatuto do Estrangeiro (Decreto-Lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969) silencia a respeito, devendo prevalecer os critérios normais de interpretação.

dade pública. Ademais —como observa GLASER —, a entrega dos nacionais é prova da fortaleza dos sentimentos de solidariedade entre os Estados” (27).

III.2. Limitações em razão da natureza da infração

III.2.1. Delitos religiosos, de imprensa, fiscais e militares

Os crimes contra a religião, também denominados crimes de natureza religiosa, cujos autores não são passíveis de extradição, são aqueles que atentam contra a liberdade de crença e culto (Constituição federal, art. 153, §§ 1º e 5º). No dizer de NELSON HUNGRIA, “se entendem os exclusivamente tais (desacompanhados de violência contra pessoas ou coisas), e também os mistos ou que sejam conexos com os crimes comuns” (28). Alguns tratados bilaterais firmados pelo Brasil referem-se aos crimes contra a religião declarando-os excluídos da extradição. Em 1933, a Convenção Interamericana de Montevideu deixou claro não serem passíveis de extradição os delitos contra a religião.

No rol dos chamados delitos de opinião, que “constituem abuso de liberdade de pensamento, seja pela imprensa (jornal, livro, impressos em geral), seja por palavras ou qualquer outro meio de expressão de idéias” (29), estão presentes os delitos de imprensa. Devido ao caráter político de que se revestem determinados crimes de imprensa, o direito pátrio obsta a extradição. CLÓVIS BEVILAQUA opina dizendo que “não há razão suficiente para isentarem-se os crimes de imprensa de extradição. Se estiverem intimamente relacionados com delitos políticos, terão, naturalmente, pelo vínculo da conexidade, a mesma sorte destes, mas, se constituírem delitos comuns, não se vê por que motivos privilegiá-los” (30).

Sobre os chamados delitos fiscais a lei brasileira nada dispõe. São, no entanto, em geral, excluídos da extradição. HILDEBRANDO ACCIOLY diz ser isso decorrente do caráter de criminalidade relativa, o que não significa que Estados limítrofes deixem de assegurar reciprocamente a sua repressão, através de acordos particulares (31). A Conferência Europeia de Extradição (art. 5º), em princípio, exclui de seu campo de aplicação as infrações fiscais ou econômicas. Atualmente, parece-nos ser injustificável, *prima facie*, subtraír à extradição os delitos fiscais de natureza grave e que, portanto, necessitam de uma eficaz repressão no contexto internacional.

(27) *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 966. Ver ainda: HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, págs. 424 e segs.; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, t. I, págs. 339 e segs.; CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Público*, vol. II, pág. 606; LUIS IVANI DE AMORIM ARAÚJO, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, págs. 216-217; GILDA MACIAL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, *A Extradição* ..., págs. 104 e segs.; OLIVEIROS LITRENTO, *Manual de Direito Internacional Público*, págs. 439-440.

(28) *Comentários ao Código Penal*, vol. I, págs. 194-5.

(29) NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, pág. 202.

(30) Apud GILDA M. C. MEYER RUSSOMANO, *A Extradição* ..., pág. 100.

(31) *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, pág. 433; GILDA M. C. MEYER RUSSOMANO, *A Extradição* ..., pág. 101.

No passado (séculos XVII e XVIII) os criminosos militares eram passíveis de extradição. A lei belga de 1833 condenou esse procedimento, que até então era o adotado. Por sua vez, o Instituto de Direito Internacional, no ano de 1880, esposou o mesmo princípio da não-extradição por crimes militares.

De modo geral, os delitos puramente militares (a deserção, a insubordinação, a covardia, o abandono de um posto etc.) não autorizam a extradição (32). Ao lado dos delitos exclusivamente militares (em razão da pessoa e da matéria), há os delitos militares impróprios, vale dizer, aqueles cometidos por militar ao infringir lei penal comum. O crime propriamente militar caracteriza-se por ofender as instituições castrenses, sendo o agente militar. MANZINI invoca a íntima analogia entre os delitos militares e os políticos, diferenciando, para efeitos de asilo, os delitos exclusivamente militares e os crimes comuns reprimidos por leis militares. O referido autor entende o delito militar como violação de uma ordem penalmente sancionada e prevista na legislação militar. Este critério é aquele que entende o crime militar em função da lei (*ratio legis*).

A legislação militar de um Estado tem como objetivo a regulamentação disciplinar nas suas forças armadas; quando ela é violada, não apresenta por si só um caráter de criminalidade tal que possa induzir um outro Estado a conceder a extradição. A doutrina francesa é favorável à não-extradição por delitos puramente militares, isto porque os refugiados não oferecem perigo para o país de asilo, e eles podem ser recrutados para integrar tropas militares, como, por exemplo, a Legião Estrangeira Francesa.

O Instituto de Direito Internacional, reunido em Oxford, manifestou-se no sentido da não-extradição para o caso de delitos puramente militares, inclusive o de deserção, posição que foi alterada pela Comissão Internacional de Juristas (1912), que estabeleceu como facultativa a entrega de desertores, proibindo, no entanto, sua incorporação nas forças armadas de outros países.

A Corte de Cassação Francesa declarou, em 1949, o seguinte:

“Se o ato que agrava a rebelião constitui, por si mesmo, um crime de direito comum, ele pode escapar à pena que a lei comum preceitua; com efeito, a conexão com a insurreição, isto é, outro crime, não pode ser considerada como escusa e determinar uma atenuação da pena.”

Em relação ao tema, HILDEBRANDO ACCIOLY diz que “às vezes a atrocidade do meio é tal que o caráter de direito comum se mostra francamente preponderante, não obstante a natureza militar ou política do delito, e dessarte o referido caráter há de prevalecer no julgamento do pedido de extradição” (33).

(32) ALOISI-FINI, Estradizione, in *Nov. Digesto Italiano*, pág. 1.017.

(33) *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, pág. 432.

Cabe dizer, ainda, que, entre os que são passíveis de extradição, se incluem os desertores das Marinhas de Guerra e Mercante. A entrega de desertores marinheiros (a deserção na Marinha é muito mais fácil do que no Exército) quase nunca é prevista em tratados de extradição, mas sim em convenções ou tratados de amizade, comércio e navegação. Outrora denominada "extradição sumária", não obedece aos trâmites normais dos processos extradicionais, efetivando-se ainda que o Estado solicitado exclua da extradição os delitos militares.

O Código Bustamente (arts. 361 e 362) deu igual tratamento aos desertores da Marinha e da Aeronáutica, vedando para estes, de forma expressa, o direito de asilo. Esta também é a postura adotada pelo Tratado de Montevideu (art. 18).

Em derradeiro, cumpre frisar que, relativamente aos delitos religiosos, de opinião e militares, o Decreto-Lei nº 394, de 1938, proibia a extradição, dispondo expressamente:

"Art. 2.º — Não será, também, concedida a extradição nos seguintes casos: (...)

VII — quando a infração for:

- a) puramente militar;
- b) contra a religião;
- c) de opinião pública."

No entanto, a legislação mais recente, o Estatuto do Estrangeiro (Decreto-Lei nº 941, de 1969), o Regulamento do Estatuto do Estrangeiro (Decreto nº 66.689, de 1970) e o Novo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 1980), nada dispõe sobre a matéria, estabelecendo, na realidade, um regime facultativo, embora a jurisprudência e a doutrina dominantes manifestem-se no sentido de não se conceder a extradição por infrações militares, de opinião ou contra a religião.

III.2.2. Delitos políticos

No oriente antigo, o indivíduo que cometesse delito político não conseguia asilar-se em outro país. Os gregos, porém, passaram a acolher o criminoso político, concedendo-lhe asilo. Por sua vez, os romanos o consideravam sujeito à extradição. Com o advento da Revolução francesa, o sentimento favorável à concessão de asilo adquiriu foros de cidadania, quando se passou a concedê-lo àquele que cometesse delitos políticos. Por influência da Bélgica e da Suíça, no século XIX, iniciou-se uma modificação no princípio da não-extradição deste tipo de criminoso, pois ambos os países passaram a colocar uma cláusula relativa à não-concessão de extradição ao criminoso político nos tratados que firmavam. Esse princípio foi adotado pelo Tratado de Montevideu, em 1889.

A expressão "delito político" foi usada pela primeira vez por PROVÓ KLUTT, em sua obra intitulada **De deditione profugorum**, de 1729,

passando a ser adotada pelos autores, sem, no entanto, acordarem eles quanto ao seu sentido.

As leis vigentes sobre a matéria, em geral, não definem o que deve ser entendido por delinqüência política. Com relação ao conceito de delito político, a doutrina aponta três teorias: a objetiva, a subjetiva e a mista. De acordo com a primeira, o que importa é a natureza do bem jurídico (p. ex., a organização político-jurídica do Estado). Para a teoria subjetiva, o decisivo é o fim perseguido pelo autor, qualquer que seja a natureza dos bens lesionados. A teoria mista — combinação das anteriores — requer que tanto o bem jurídico atacado como o desiderato do agente sejam de caráter político.

LUIS JIMENEZ DE ASUA divide o delito político em três espécies:

a) delitos políticos puros são os que se dirigem contra a forma e a organização política de um Estado;

b) delitos políticos complexos são os que lesionam ao mesmo tempo a ordem política e o direito comum, como o homicídio de um chefe de Estado ou de governo;

c) delitos conexos à delinqüência política, no sentido de meio a fim, ou conexos para o objetivo de insurreição política. realizados pelos mesmos motivos políticos" (34).

Por outro lado, alguns autores falam em delitos puramente políticos e delitos políticos relativos, ou mistos (aspectos políticos e de direito comum). Esses últimos são crimes comuns dominados por motivação política. Com relação a eles, a lei brasileira adotou o critério da prevalência, segundo o qual conceder-se-á extradição quando o delito comum constituir o fato principal. Em 1876, STUART MILL definiu delito político nos seguintes termos:

"A political offense is any offense comitted in the course furthering on civil war, insurrection or political commotions."

O delito político é todo ato lesivo à ordem político-jurídica interna ou externa do Estado. Objetiva ele predominantemente destruir, modificar ou subverter a ordem política institucionalizada (unidade orgânica do Estado). ORTOLAN fixa dois critérios para se saber se um crime é ou não político.

"1º) se ofende a justiça quanto aos deveres de ação ou inação que ao agente impõe a organização social;

2º) se o interesse da sociedade na repressão desse ato é um interesse atinente a essa mesma organização social e política."

(34) *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 988. Ver também SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, págs. 181 e segs.; HELENO C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, pág. 148. ENRICO ALTAVILLA, "Delito Político", in *Nov. Digesto Italiano*, págs. 1.411 e segs.; CARLOS GARCIA VALDÉS, *El Delito Político*, págs. 8 e segs.

Segundo HUNGRIA, não há a distinção feita por alguns entre crime político e crime social, pois para ele o primeiro abrangeria o segundo.

“Nenhum alcance, diz ele, apresenta a distinção, para o efeito de tratamento diverso dos crimes em questão, pois entre as finalidades específicas do Estado se compreende a segurança da organização social, que diz, evidentemente, com a sua própria segurança. A organização política e a organização social interpenetram-se, formando uma unidade incindível. Notadamente na época atual, seria abstrair a palpitante realidade desconhecer que o problema político se dilatou, para abranger ou assimilar, sinteticamente, o problema social. As questões estritamente políticas perderam o seu antigo relevo e evoluíram para as questões mais propriamente chamadas político-sociais” (35).

Em sentido contrário manifesta-se HILDEBRANDO ACCIOLY, entendendo que os crimes cometidos por terroristas ou anarquistas não são considerados como políticos (*stricto sensu*), mas como anti-sociais, porque “não visam a um governo determinado e sim à organização social comum aos Estados civilizados”, sendo seus autores suscetíveis de extradição. Esta é, aliás, a orientação do Instituto de Direito Internacional, que, em 1892, declarava:

“Não são reputados delitos políticos os atos criminosos ou de anarquismo, dirigidos contra as bases de toda a organização social.”

Na inteligência do que vem a ser delito político é de extrema importância o aspecto subjetivo, ou seja, o propósito do autor na prática da infração. O decisivo no caso de delito político, afirma MAURACH, não é o motivo, senão a real direção do ataque. FERRI, na sua **Relazione al Progetto del 1921**, previa no art. 13:

“L'elemento decisivo è sempre quello psicologico e personale dei motivi determinanti dell'autore del delitto, intendendo con questa espressione i motivi e gli scopi di miglioramento collettivo, anche economico, cioè superiori i diversi dal motivo del vantaggio egoistico e personale.”

Deve ser ele entendido em função da objetividade política descrita pela lei, cujo propósito seja também político. O delito puramente político (contra a forma de governo), assevera ASUA, é cada vez mais raro, mesmo porque “toda revolução política tem um cunho social”. O referido autor aponta a diferença entre a delinqüência política e a social, assinalando que, enquanto a primeira se restringe ao território do país cuja forma de governo ataca, a segunda, mais ampla, “pretende mudar o regime social imperante na maioria das nações, e por isso não somente é mais temível no lugar onde provoca a revolução, senão nos Estados vizinhos”.

(35) Comentários ao Código Penal, vol. I, pág. 196.

É pacífico, na quase totalidade das legislações modernas, o princípio da inextraditibilidade do delinqüente político. Em 1977, o Projeto da Convenção Interamericana sobre Extradicação, aprovado pelo Comitê Jurídico Interamericano, estabeleceu que a extradicação não procede:

“Cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, o de delitos conexos. La circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones políticas no justifica por si sola que dicho delito sea calificado como político” (art. II, § 4º).

Duas razões básicas são invocadas para fundamentar a não-extradicação por delitos políticos: a primeira é a da não-ingerência nos assuntos políticos internos do Estado requerente; a outra diz respeito à circunstância de que, freqüentemente, os fatos que em alguns Estados (regimes totalitários) são qualificados de crimes políticos, em outros Estados (democráticos) são plenamente justificados, ou mesmo tidos como legítimo exercício de direitos fundamentais. Registre-se aqui o ensinamento do insigne jurista NELSON HUNGRIA:

“O crime político é tudo quanto há de mais contingente. Basta dizer que sua punição depende do seu insucesso. Se co-lhe êxito, já não é mais crime, mas título de glória. O celerado de hoje é o benemérito de amanhã. Garibaldi, derrotado em Mentana, é um bandido; vitorioso em Marsala, é um herói. Napoleão, ao sair da ilha de Elba para a aventura dos Cem Dias, era, segundo os jornais de Paris, o **bandido corso**, mas, ao chegar triunfante à capital francesa, era o **grande imperador**”⁽³⁶⁾.

Já sustentava CLÓVIS BEVILAQUA que os crimes políticos não devem ser atingidos pela extradicação porque, jungidos às “paixões partidárias”, tende-se a considerar como delitos graves fatos de somenos importância.

Constitui exceção à regra geral da inextraditibilidade do criminoso político a chamada “cláusula do atentado”, criada pela lei belga de 22-3-1856, decorrente do atentado contra Napoleão III ocorrido em 1854, que acrescentou um parágrafo ao art. 6º da lei de extradicação de 1853, nos termos seguintes:

“Ne sera pas réputé delit politique ni fait connexe à un semblable délit l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue soit le fait de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement.”

A partir daí, essa cláusula belga passou a constar na maioria dos tratados de extradicação, entre os quais os celebrados pela França com os Estados Pontifícios (1859), com os Países Baixos e o Chile (1860); com a Bélgica, a Suécia e a Noruega (1869); com o Luxemburgo (1875), com o

(36) Comentários ao Código Penal, vol. I, pág. 198.

Principado de Mônaco (1876), com o Montenegro (1902), com a Argentina (1904) e com a República de San Marino e o Paraguai (1907), e os celebrados pela Espanha com o México (1881), com a Alemanha, a Argentina e a Colômbia (1892); com a Venezuela (1894), com o Uruguai (1896), com o Peru (1898) e com os Estados Unidos (1904). Ela aparece também na Convenção Européia de 1957 e no Código Bustamante, que institui em seu art. 357:

“No será reputado delito político, ni hecho conexo, el de homicidio o asesinato del jefe de um Estado contratante o de cualquiera persona que en él ejerza autoridad.”

No Brasil, a Lei nº 2.416, de 1911, permitia a extradição no caso de predominância do crime comum conexo sobre o crime político. O Decreto-Lei nº 394, de 1938, proibia a extradição por crime político, estabelecendo, no entanto, que “a alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, uma infração comum da lei penal, ou quando o crime comum, conexo dos referidos no inciso 7º (crime puramente militar, contra a religião, político ou de opinião), constituir o fato principal” (art. 2º, § 1º).

A lei brasileira assimilou a chamada cláusula belga, estendendo, entretanto, o seu conceito, para abranger não só o chefe de Estado, mas “qualquer outra pessoa que exerça autoridade”. Diz o texto legal:

“Não se consideram crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, nem os atos de anarquismo, terrorismo e sabotagem, ou que importem em propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social” (art. 2º, § 2º).

O Estatuto do Estrangeiro (Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969), nas pegadas da lei anterior, adotou o princípio da prevalência, estabelecendo no § 3º do art. 88:

“O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado, ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social.”

O Regulamento do Estatuto do Estrangeiro (Decreto nº 66.689, de 11-6-70) e o Novo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19-8-80) reproduziram o conteúdo da legislação precedente. Dessa maneira, ao Pretório Excelso fica facultado o poder de considerar ou não como delitos políticos os atentados contra chefes de Estado ou outra autoridade, bem como os atos de terrorismo, anarquismo, sabotagem, propaganda de guerra ou de subversão.

Frise-se, ainda, que a Constituição Federal proíbe expressamente a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 153, § 19).

Do cotejo entre essa norma constitucional e aquela do § 3º do art. 77 da Lei nº 6.815, de 19-8-80, sente-se um sabor de inconstitucionalidade: o dispositivo constitucional estabelece categoricamente a inextraditibilidade do estrangeiro por delito político, enquanto que a regra infraconstitucional permite ao Supremo Tribunal Federal descaracterizar crime tido como tipicamente político, tornando-o passível de extradição⁽³⁸⁾.

Para determinar o caráter da infração (delito político ou comum), é pacífica a competência do Estado requerido. O Instituto de Direito Internacional, em sua reunião de Oxford, (1880), estabeleceu que "o Estado requerido aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, se o fato em razão do qual a extradição é reclamada tem ou não caráter político". A mesma regra aparece no Projeto de Código de Direito Internacional Público (1912), de Epitácio Pessoa, que dispõe no seu art. 287, § 1º:

"Compete ao Estado requerido decidir da natureza política da infração, tendo em vista a lei mais favorável ao refugiado."

Nas Convenções de Havana (1928) e Montevideu (1933) — ambas ratificadas pelo Brasil — manteve-se a mesma orientação. PONTES DE MIRANDA é enfático ao afirmar que o conceito de crime político, em nosso País, "é aquele que o sistema jurídico continha ao tempo da promulgação da Constituição de 1967"⁽³⁹⁾.

Face à relevância que, lamentavelmente, assume na atualidade o fenômeno terrorismo, calha uma pequena digressão. Como o delito político, o terrorismo não foi objeto, ainda, de definição universalmente aceita. O Conselho da Europa, no ano de 1977, ao tratar especificamente do tema, define como sendo terrorismo:

- a) as infrações definidas na Convenção de Haia para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronave;
- b) as infrações definidas na Convenção de Montreal para a repressão de atos ilícitos dirigidos contra a segurança da aviação civil;
- c) a tomada de refém ou o seqüestro arbitrário;
- d) o atentado contra pessoa que tem proteção diplomática;
- e) a utilização de bombas, granadas e outros instrumentos que acarretem perigo para as pessoas.

(37) A respeito da matéria, a doutrina viabiliza cinco sistemas: "o da prevalência, que admite a extradição quando prevalece a infração comum; o da separação, que concede a extradição para o crime comum, se não forma unidade com o crime político; o da causalidade, que exclui a extradição somente quando os crimes políticos relativos ocorram por ocasião ou no curso de uma insurreição ou guerra civil; o da atrocidade do meio, que é uma paráfrase do sistema da prevalência, a dos usos de guerra, que só concede a extradição quando os fatos de que se trata, cometidos durante uma comoção intestina, não sejam escusados pelos usos de guerra". (NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, pág. 200). A lei brasileira em vigor adota o critério da prevalência (art. 77, § 1.º, da Lei n.º 6.815, de 1980, alterada pela Lei n.º 6.964, de 9-12-81).

(38) "Para o direito brasileiro, nenhuma das limitações que se conhece ao princípio da inextraditibilidade, em casos de crime político ou de opinião, pode ser admitida. Seria contrária à Constituição de 1967, art. 153, § 19, como o seria a que permitisse a extradição do autor de crime político se é particularmente odioso; ou crime contra a pessoa do chefe de Estado, ou crime contra a base de toda a organização social, ou crime comum com maior gravidade do que o crime político" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. V, pág. 281).

(39) *Comentários à Constituição de 1967*, vol. V, pág. 281.

O ato terrorista pode ser entendido como todo aquele que tem como objetivo produzir terror ou intimidação em determinadas personalidades, em grupos de pessoas ou na população de um Estado, criando perigo comum para a integridade corporal ou visando atingir a liberdade das pessoas (seqüestros), mediante emprego de meios cuja natureza cause graves perturbações da ordem ou danos de grande monta. A Organização dos Estados Americanos aprovou convenção sobre terrorismo, considerando-o como crime de interesse internacional, independentemente dos fins com que foi praticado (40). O uso do terror como meio de intimidação tanto pode partir de pessoas que contestem um determinado governo, como do próprio governo, visando atingir os contestadores (terror estatal) (41).

A proibição da extradição não incide sobre a denominada criminalidade terrorista (42). Nesse sentido se orientaram a Convenção de Genebra de 1937 e as Convenções de Haia (1970) e de Montreal (1971). O direito brasileiro não é insensível a esta tendência internacional, já que possibilita a extradição dos autores de atos terroristas. Um dos fundamentos da extradição do terrorista é precisamente evitar a possibilidade de serem encontrados locais que se convertam em verdadeiros redutos onde reine a impunidade.

Fator decisivo no combate ao terrorismo é uma legislação específica, aliada a uma cooperação internacional mais estreita. Além disso, não devem ficar amparados pela inextraditibilidade os que cometerem crimes contra a humanidade, como o genocídio (Convenção Internacional para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1948), os crimes contra a paz e os crimes de guerra.

A repetição sistemática de atentados terroristas demonstra que a busca de soluções violentas, com a finalidade de alcançar certos objetivos políticos, não é exclusividade de determinado credo político ou de um continente específico. O fenômeno é mundial.

Considerações Finais

A extradição é, por excelência, um meio de cooperação e solidariedade jurídica internacional contra a delinqüência. Como ato jurídico bilateral de direito penal internacional, não depende, de forma absoluta, da existência de tratado ou de declaração de reciprocidade. A territorialidade das leis penais e a regra geral da inexecutoriedade das sentenças estrangeiras, de um lado, e, de outro, a possibilidade de que gozam na atualidade os delinqüentes de transpor em breve tempo o espaço da soberania estatal justificam o instituto da extradição, que encontra seu fundamento em sua própria necessidade. Sem ela, muitos

(40) CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. II, págs. 610 e segs.

(41) "O Governo tirânico não é justo, pois não é ele exercido para o bem de quem governa e por conseguinte a rejeição a esta forma de governo não possui a essência da sedição... É o tirano o sedicioso" (SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2-9, XLII, 2. 3).

(42) A Convenção Européia sobre o Terrorismo, de 1967, não considera delito político, para efeitos de extradição, o crime conexo ao delito político ou o crime inspirado por motivos políticos.

delitos ficariam impunes, e a luta contra a criminalidade — interesse de toda a comunidade internacional — tornar-se-ia inócua.

Relativamente ao processo extradicional, o Brasil adotou o sistema misto, em que, ao lado da decisão administrativa, se submete a extradição à uma garantia jurisdicional (Supremo Tribunal Federal).

A não-extradição de nacionais é regra consolidada pela quase totalidade das legislações modernas. No Brasil, embora a Lei nº 2.461, de 1911, permitisse a extradição de nacionais, com base na reciprocidade, o legislador pátrio, na linha de seus congêneres alienígenas, houve por bem alterar aquela posição, passando a vedar totalmente a medida. No entanto, a doutrina internacional, corretamente, se posiciona em sentido diverso, permitindo a entrega de nacionais, desde que revestida da mais absoluta legalidade (determinados critérios previamente fixados) e subordinada sempre à apreciação do Poder Judiciário.

Com relação aos delitos religiosos, de opinião e puramente militares, a lei brasileira em vigor, ao contrário do Decreto-Lei nº 394, de 1938, nada dispõe, estabelecendo um verdadeiro regime facultativo. A jurisprudência e a doutrina tendem à não-concessão da extradição nesses casos. Quanto aos delitos fiscais, omissa é a lei vigente, embora nos pareça injustificável excluí-los da extradição, quando de natureza grave.

O denominado crime político, ato lesivo à ordem político-jurídica do Estado, escapa da órbita do direito extradicional, por força da não-ingerência nos assuntos do Estado requerente, bem como da mutabilidade conceitual que o envolve. Exceção ao princípio geral da inextraditabilidade do delinqüente político é a "cláusula do atentado". A lei nacional não fugiu à regra geral, vedando, assim, a extradição de estrangeiro por crime puramente político, a não ser no caso específico de atentado contra chefes de Estado (cláusula belga). Destaque-se que, pela nova legislação, o Supremo Tribunal Federal detém o poder de considerar ou não como crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou contra autoridades, bem como os atos de terrorismo, anarquismo, sabotagem, seqüestro de pessoas, propaganda de guerra ou de subversão. O terrorismo — conduta delitativa que, mediante atos de extrema violência ou grave intimidação, e com fim subversivo, trata de destruir o sistema político-social dominante — não se confunde, como pode parecer ao observador incauto, com o crime político. Em assim sendo, não beneficia o terrorista, ao contrário do criminoso político, da possibilidade de não ser extraditado. Lamentavelmente, a crença liberal na isonomia axiológica das diferentes convicções políticas tem-se revelado errônea, e na atualidade se torna necessário combater eficazmente — face à gravidade e à amplitude do fenômeno — as formas modernas assumidas pela delinqüência terrorista e os abjetos crimes provenientes de forças organizadas que manipulam o terror. A extraditabilidade do terrorista evita o surgimento e a proliferação perniciosa de "santuários" que lhes resguardem a impunidade.

O fato de a extradição constituir hodiernamente instrumento de cooperação internacional cada vez mais importante e necessário lastreia

uma corrente de pensamento, sempre mais caudalosa, que procura eliminar os obstáculos entorpecedores à sua concessão. Esta tendência, que propõe a eliminação da vigência de certos princípios limitativos, faz-se acompanhar pela exigência iniludível de um absoluto reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais do homem.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Fildebrando — **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio, v. 1, 2ª ed., 1956.
- ALTAVILLA, Enrico — "Delito Político" in **Nov. Digesto Italiano**. Torino, UTET, v. V.
- ALOISI-FINI — "Estradizione", in **Nov. Digesto Italiano**. Torino, UTET, v. VI.
- ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim — **Curso de Direito Internacional Público**. Rio, Borsoi, v. I, 1970.
- ASUA, Luis Jimenez de — **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires, Losada, t. II, 1964.
- BATTAGLINI, Giulio — **Diritto Penal**. São Paulo, Saraiva, v. 1, 1973.
- BETTIOL, Giuseppe — **Diritto Penal**. São Paulo, RT, v. 1, 1976.
- BRIERLY, J. L. — **Diritto Internazionale**. Lisboa, F. Calouste Gulbenkian, 4ª ed.
- BRUNO, Aníbal — **Diritto Penal**. Rio, Forense, v. 1, 1967.
- FRAGOSO, Heleno — **Lições de Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo, Bushatsky, 1976.
- HUNGRIA, Nelson — **Comentários ao Código Penal**. Rio, Forense, t. I, 1977.
- LITRENTO, Oliveira — **Manual de Direito Internacional Público**. Rio, Forense, 2ª ed., 1980.
- MAGGIORE, Giuseppe — **Derecho Penal**. Bogotá, Temis, v. 1, 1971.
- MANZINI, Vincenzo — **Treatato di Diritto Penale Italiano**. Torino, 4ª ed., 1961.
- MARQUES, José Frederico — **Tratado de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, v. I, 1964.
- MATTOS, Aderbal Meira — **Diritto Internazionale Público**. São Paulo, Saraiva, 1980.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque — **Curso de Direito Internacional Público**. Rio, Freitas Bastos, v. 2.
- MIRANDA, Pontes — **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, RT, t. V, 1970.
- PEDERNEIRAS, Raul — **Diritto Internazionale Compendiada**. Rio, Freitas Bastos, 1965.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer — **A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. São Paulo, RT., 3ª ed., 1981.
- SOARES, Orlando — **Curso de Direito Internacional Público**. Rio, Ed., Científica, 1979.
- SOLER, Sebastián — **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires, TEA, t. 1, 1976.
- TUNKIN, G. e outros — **Curso de Derecho Internacional**. Moscou, Editorial Progreso, libro 2, 1979.
- VABRES, H. Donnedieu de — **Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée**. Paris, Sirey, 1947.
- VALDÉS, Carlos García — **El delito político**. Madrid, Edicusa, 1976.
- VALLADÃO, Haroldo — "O Caso Stangi", in **Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal**, nº 17/1967.
- VALLÉE, Charles e outros — **Droit Internazionale Public**. Paris, Ed. Montchrestien.

O direito penal internacional e a extradição na sistemática jurídica

THEREZINHA LÚCIA FERREIRA CUNHA

Assessora da Consultoria Jurídica do Mi-
nistério da Justiça

“Aut dedere, aut punire”.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. SETORES DA DOGMÁTICA JURÍDICA
 - 2.1. *Direito interno e direito internacional*
 - 2.2. *Direito público e direito privado*
 - 2.3. *Direito internacional público e direito interna-
cional privado*
 - 2.4. *Direito penal e direito processual penal*
 - 2.5. *Direito internacional penal*
3. DIREITO PENAL INTERNACIONAL
 - 3.1. *Conceito*
 - 3.2. *Posição sistemática*
4. DIREITO PROCESSUAL PENAL INTERNACIONAL
 - 4.1. *Conceito*
 - 4.2. *Extradição*
5. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

O direito, como um conjunto de normas reguladoras da conduta humana, em uma determinada sociedade, apresenta-se como um sistema unitário. Analisaremos, no sistema do direito positivo, a aplicabilidade das normas jurídicas no espaço: o direito ditado pelo Estado, para alcançar tanto as relações jurídicas internas, como internacionais.

Objeto específico do presente estudo será localizar, na sistemática jurídica, o direito penal internacional, inclusive para tornar mais clara a sua própria definição; do mesmo modo, tentaremos uma colocação mais precisa do instituto da extradição, ora tido como pertencente, por parte da doutrina, exclusivamente, ao direito internacional público, ora como instituto de direito internacional privado. Com esta finalidade, faremos uma apreciação geral dos diversos ramos do direito, relacionados com o direito penal internacional.

Ressalte-se, todavia, que esta divisão do direito será feita por mera facilidade metodológica. Tais divisões não representam, absolutamente, compartimentos estanques, incomunicáveis, onde se colocam determinados institutos jurídicos. As linhas de demarcação desses ramos não são intransponíveis: o mesmo instituto pode revestir-se de características de mais de uma dessas divisões, vez que de várias formas pode se apresentar a relação jurídica, e vários podem ser os seus efeitos.

2. SETORES DA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1. *Direito interno e direito internacional*

Direito interno, ou nacional, ou estatal, é aquele que tem sua vigência em determinado território, termo este usado em sua acepção ampla, isto é, o espaço social submetido à soberania do Estado. São as regras de conduta que cada país impõe, para reger as relações jurídicas, em seu território.

O direito internacional, ou externo, rege as relações que se situam fora do âmbito nacional; representa o conjunto de normas, aceitas pelos Estados, para determinar-lhes a conduta entre si, ou entre os indivíduos e os Estados, ou, ainda, entre indivíduos de diferentes Estados.

2.2. *Direito público e direito privado*

O direito público se caracteriza pela primazia do interesse da coletividade.

Duas importantes características distinguem as regras do direito público das regras do direito privado: a relação jurídica que gerou a sua aplicação e a disponibilidade do bem jurídico que aquela norma protege.

Assim, se o bem jurídico tutelado for indisponível, protegido pelo interesse público, não poderá ser livremente negociado: teremos aí uma relação jurídica de direito público. Se, inversamente, a relação jurídica for de natureza privada, poderão ser levados em consideração apenas os interesses dos indivíduos nela envolvidos, podendo eles dispor, livremente, daquele bem.

Dever-se-á ter em vista a causa da relação jurídica, o fato jurídico que lhe deu origem; se o Estado tem interesse no fato, a relação é de direito público; se o interesse for somente de indivíduos, será relação jurídica de direito privado. O direito público disciplina os interesses gerais da coletividade e seus preceitos têm caráter imperativo, não podendo ser afastados por convenção das partes. Já o direito privado regula as relações dos indivíduos entre si; suas normas são supletivas, desde que a vontade dos interessados não contrarie o modo previsto pelo legislador.

No direito público, há uma relação de subordinação, do indivíduo ao Estado. O direito penal é direito público, vez que visa a assegurar bens essenciais à sociedade, prevalecendo o interesse social. No direito privado, a relação jurídica é de coordenação: as duas partes interessadas acham-se em nível de igualdade.

2.3. *Direito internacional público e direito internacional privado*

Direito internacional público, conforme HILDEBRANDO ACCIOLY, "é o conjunto de princípios ou regras destinadas a reger os direitos e deveres internacionais, tanto dos Estados, ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos" (1).

O objetivo do direito internacional público é o bem coletivo da comunidade internacional, estabelecendo, para tal, regras aplicáveis à sociedade internacional. Através de tratados, acordos, ou ajustes internacionais, os Estados manifestam seu acordo de vontades, seu consenso para alcançarem regras gerais para o bem comum.

Os tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, passam a integrar a legislação nacional, como tem sido decidido, reiteradamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, não há uma separação do âmbito do direito internacional e do direito interno. Frequentemente, normas internacionais são recebidas no direito interno de um Estado, transformando-se em normas de direito nacional. Os tratados e convenções incorporados ao direito interno formam um direito especial, respeitado pelo direito do Estado.

Ressalte-se, entretanto, o respeito à soberania estatal, em virtude da qual a vinculação de um tratado depende da manifestação da sua vontade, o que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional público.

(1) HILDEBRANDO ACCIOLY — *Manual de Direito Internacional Público*, Saraiva, 10ª edição, 1973, pág. 2.

Direito internacional privado — Cada Estado se regula por suas próprias regras; cada direito interno é autônomo, atuando, normalmente, dentro de seu território, sem projeção externa. As leis dos Estados, não sendo universais, coexistem e sucedem-se em regime de igualdade, sem subordinação hierárquica.

Quando as relações jurídicas, de natureza pública, ou privada, acontecem dentro de um determinado território e num instante determinado, não há dúvida de que as leis que regem essas relações são as de direito interno.

Entretanto, há certas relações jurídicas que ultrapassam os limites do território nacional, vindo a ficar em contato com diferentes ordenações jurídicas autônomas. Leis de igual valor, de direito interno de países diferentes, poderiam incidir sobre uma única relação jurídica: dá-se o conflito de leis no espaço, disciplinado pelo direito internacional privado. Não havendo um direito universal, recorre-se a este ramo do direito para solucionar tais conflitos, como esclarece AMILCAR DE CASTRO:

“Quando se trata do fundamento do direito internacional privado, o que se tem em vista é justificar sua autonomia, sua razão de ser, como disciplina jurídica que se governa por princípios próprios, como setor de direito inconfundível. E indiscutivelmente o direito internacional privado tem razão de existir, porque não há direito primário universal, e nenhum dos ramos do direito pode desempenhar a função que lhe é exclusivamente reservada” (2).

O direito internacional privado é ramo do direito público: suas regras não disciplinam relações entre pessoas, mas visam a determinar quais as regras que devem ser aplicadas para disciplinar aquelas relações, em face de diferentes ordenamentos jurídicos. Neste sentido, é chamado por alguns autores de “sobredireito”, pois não tem por objeto relações jurídicas, mas regras de direito, para decidir sobre as regras que se destinam a essas relações. É, portanto, ramo do direito público, interno, aplicado às relações jurídicas de direito privado, quando estas têm efeito em dois ou mais Estados.

2.4. *Direito penal e direito processual penal*

Direito penal — É de HELENO FRAGOSO o seguinte conceito:

“Direito penal é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal” (3).

(2) AMILCAR DE CASTRO — *Direito Internacional Privado*, vol. I, Forense, 1956, pág. 35.

(3) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, José Bushatsky, edit., 1977, pág. 3.

Para caracterizarmos o direito penal, podemos, de início, dizer que é direito público. Como tivemos oportunidade de analisar no item 2.2., o direito público pode ser diferenciado do direito privado pela indisponibilidade do bem jurídico, quando o Estado tem interesse em protegê-lo. Assim, através do direito penal, o Estado proíbe certas condutas, que possam afetar estes bens e interesses; o valor tutelado pelo direito penal interessa à coletividade em geral e sua finalidade é a defesa da sociedade.

Outra característica é a sua positividade: não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal. O princípio da reserva legal rege o direito penal. Se não há norma definindo o crime, a conduta é lícita.

Podemos, ainda, caracterizar o direito penal como constitutivo, originário e autônomo:

“Diz-se constitutivo porque o direito penal não é simples reflexo de outras partes do vasto mundo jurídico. Elabora conceitos, sem vinculação ao significado oriundo de outros setores... Em virtude de constituir, formar, dar origem aos seus conceitos, o direito penal se apresenta originário, ocorrendo inclusive que certos preceitos inexistam em outros ramos do direito... Das características examinadas, decorre que o direito penal é autônomo, vale dizer, independente na forma e na maneira de proteger os bens jurídicos que tutela” (4).

É, ainda, sancionatório, pois que o direito penal reage sempre com uma sanção à violação do preceito, sendo o ramo do direito cujas sanções são as mais graves.

Costumam os autores dividir o direito penal em fundamental e complementar. O primeiro refere-se às regras do Código Penal, às disposições básicas aplicáveis a todas as leis penais; o segundo diz respeito ao conjunto de normas que estão fora do Código Penal, nas leis extravagantes.

Outra classificação é a de direito penal comum, aquele que se aplica a todos, indistintamente; e direito penal especial, aquele que rege as relações jurídicas de uma categoria de pessoas, levando em consideração a qualidade dessas pessoas, ou determinada situação especial em que se acham.

Direito processual penal — O direito processual penal representa o sistema de princípios e regras, mediante os quais se obtém e se realiza a prestação jurisdicional do Estado, necessária à solução dos conflitos de interesses surgidos entre particulares, ou entre estes e o próprio Estado,

(4) LUIZ VICENTE CERNICCHIARO — *Estrutura do Direito Penal* — Sugestões Literárias S/A, SP, 1972, pág. 121.

em matéria penal. O Estado, atendendo à pretensão das partes, dirime as questões que entre elas surgem. A jurisdição é ato público, estando o direito processual dentro do direito público.

É através do direito processual penal que se regula a forma pela qual o Estado resolve os conflitos surgidos em razão de infrações da lei penal. Assim, o tempo, o lugar e a forma dos atos processuais estão previstos e regulados em lei. Este ramo do direito regula o processo e o procedimento para a punição dos que praticam infrações penais; ao mesmo tempo, impõe normas que devem ser seguidas nos processos instaurados, para evitar arbitrariedade das autoridades:

“O processo não é fim em si mesmo, é meio. Meio de dispor, em cada caso, na conformidade do que a lei regula de maneira geral. Por isso, o dispositivo (concreto) da sentença deve conformar-se ao dispositivo (abstrato) da lei. A lei processual é boa na medida em que contribui para a correta aplicação da lei substantiva” (5).

2.5. *Direito internacional penal*

Ramo do direito público, o direito internacional penal é “o conjunto de regras jurídicas concernentes às infrações internacionais que constituem violações de direito internacional” (6).

O direito penal internacional procura organizar a repressão contra as infrações internacionais. Os Estados se unem para combater o crime, procurando uma solução comum e consensual, para este combate, para afastar qualquer perigo à ordem social internacional.

Este ramo do direito não alcançou ainda grande desenvolvimento, não existindo, também, uma justiça internacional penal. Teve sua origem nas penalidades para autores de crime de guerra e nas Convenções de Haia, regulando a conduta na guerra.

Conforme salienta CELSO ALBUQUERQUE DE MELLO, o direito internacional penal é ainda uma tentativa de adaptação de princípios do direito penal ao direito internacional:

“Não quer dizer que ele realmente exista como um ramo autônomo da ciência jurídica e com desenvolvimento semelhante aos demais ramos do direito. Significa apenas que reconhecemos estar ele em gestação e que em futuro remoto venha a nascer de modo pleno” (7).

(5) HELIO TORNAGHI — *Instituições de Processo Penal*, Edit. Saraiva, 1977, Tomo I, pág. 68.

(6) CELSO ALBUQUERQUE DE MELLO — *Direito Penal e Direito Internacional*, Freitas Bastos, 1978, pág. 87.

(7) *Idem*.

Preocupa-se o direito internacional penal, principalmente, com os crimes contra a paz, os crimes de guerra, genocídio, escravidão, terrorismo, discriminação racial, tráfico de mulheres e crianças, pirataria, delitos contra a segurança da aviação civil, falsificação de moeda e proteção aos bens culturais. Assim, os crimes caracterizados como internacionais são apenas aqueles contra a paz, os crimes de guerra e contra a humanidade.

Através de tratados e convenções, o direito internacional penal procura colocar normas que vinculem os Estados, para resguardar o homem, como integrante da humanidade.

3. DIREITO PENAL INTERNACIONAL

3.1. *Conceito*

É de DONNEDIEU DE VABRES o seguinte conceito:

“O direito penal internacional é a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado, frente às jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis criminais — leis de fundo e leis de forma — em relação aos lugares e às pessoas que elas regem, e a autoridade, em seu território, das sentenças repressivas estrangeiras” (8).

O direito penal internacional é um ramo do direito público, pois rege as relações entre o Estado e os indivíduos; o Estado tem como finalidade delimitar a competência de seus tribunais, para a aplicação de *suas leis*. Resulta, portanto, que pertence ao direito interno: cada Estado fixa, nos limites de sua soberania, e unilateralmente, como aplicará as suas leis, sempre que houver um delito, cujos efeitos tenham repercussão em outro, ou outros Estados. É um ramo do direito interno, em matéria internacional.

Justifica-se, portanto, a predominância do princípio da territorialidade, no direito penal internacional, pois que seu objeto é afirmar a competência exclusiva de um Estado, sua jurisdição e leis próprias, para alcançar todos os delitos praticados em seu território.

O princípio da territorialidade é consagrado por todas as legislações: admite-se que os delitos cometidos num território sejam submetidos ao império absoluto de sua lei penal, que se aplica, indistintamente, aos nacionais e aos estrangeiros. As exceções começam a surgir quando o Estado tem interesse em punir um fato delituoso fora de

(8) DONNEDIEU DE VABRES — *Principes Modernes de Droit Penal International*, Recueil Sirey, Paris, 1928, pág. 3.

seu território. Assim, o império da lei penal, nos limites territoriais do Estado, não é absoluto. Admite-se, em determinadas circunstâncias, a extraterritorialidade da lei penal.

3.2. *Posição sistemática*

O direito penal internacional tem por objeto, como vimos, a determinação da norma jurídica aplicável a uma relação jurídica que alcança mais de um Estado.

Ao disciplinar a sua competência exclusiva e a aplicação de suas leis, o Estado, em matéria penal internacional, nada mais faz que aplicar seu direito penal interno, acrescido de um elemento estrangeiro. Podemos, portanto, afirmar que o direito penal internacional se situa no direito penal especial: é o próprio direito interno, com uma característica especial. Esclarece FREDERICO MARQUES:

“O direito penal internacional pertence ao direito interno, isto é, ao direito emanado do Estado, quer para a aplicação intraterritorial, quer para a aplicação ultraterritorial, direito esse também chamado “estatal”, e que se distingue do “direito das gentes”, que ele supõe como distribuidor primário das competências legislativas do próprio Estado” (9).

O direito internacional penal é um capítulo do direito internacional, por envolver tratados contra a criminalidade, em geral. Já o direito penal internacional resulta da elaboração unilateral de cada Estado, do seu direito interno. Ressalte-se, entretanto, a afirmativa de DONNEDIEU DE VABRES:

“Não se deve isolá-lo nem do direito internacional privado, nem do direito internacional público; mas não se deve confundir-lo com nenhuma dessas disciplinas. Apresenta, com o direito internacional privado, uma certa comunidade de origem, uma semelhança de métodos. Mas o direito internacional privado só supõe interesses particulares, enquanto o direito penal internacional põe em relação direta os indivíduos e o Estado. O primeiro pertence ao direito privado; o segundo é um ramo do direito público. Sem dúvida, também o direito penal internacional está, com o direito internacional público, em uma comunicação constante” (10).

(9) JOSÉ FREDERICO MARQUES — *Tratado de Direito Penal*, vol. II, Ed. Saraiva, 1954, pág. 235.

(10) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, págs. 4 e 5.

4. DIREITO PROCESSUAL PENAL INTERNACIONAL

4.1. *Conceito*

Sempre que se trata de aplicar a lei brasileira, a justiça brasileira é a competente. Assim, o direito processual penal internacional se refere à extensão da jurisdição brasileira, quando há extensão das leis penais.

A jurisdição e competência penais acham-se subordinadas à aplicação da lei penal no espaço. Trata-se, portanto, da própria jurisdição nacional, em face de jurisdições estrangeiras.

O direito penal internacional estabelece a aplicação do direito interno quando a relação jurídica afeta mais de um Estado. O direito processual penal, por sua vez, determina o processo, ou o procedimento, para a punição desses crimes.

A posição do direito processual penal, no sistema jurídico, de maneira semelhante ao direito penal internacional, é a de direito público interno, dentro das características apontadas no item 2, vez que, cada Estado, soberanamente, estabelece o procedimento a ser adotado aos delinquentes. Recebe a denominação de internacional, por aplicar a lei brasileira a fato que deu causa a uma relação jurídica, com efeitos em mais de um Estado.

4.2. *A extradição*

Definindo a extradição, declara ASUA:

“A extradição consiste na outorga que um Estado faz a outro Estado de um indivíduo acusado ou condenado, que se encontra em seu território, para que nesse país se processe penalmente, ou que se execute a pena” (11).

Quando o autor de um delito, perseguido ou já condenado, foge para outro Estado, surge um problema: as leis penais, aplicando o princípio da territorialidade só são aplicáveis em seu próprio território; as sentenças, por sua vez, não serão executadas no estrangeiro. Assim, através da extradição, um Estado entrega ao outro o indivíduo acusado, para que ele seja devidamente processado, ou para que a pena seja executada.

Fontes da extradição, no nosso direito, são: os tratados, a lei interna sobre extradição (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), e a reciprocidade.

(11) LUIS JIMENEZ DE ASUA — *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, pág. 771.

Conforme já acentuamos, não se deve colocar um instituto de direito numa das divisões da dogmática jurídica, de maneira precisa e limitada. Ao analisarmos o tratado como fonte da extradição, está este instituto no direito internacional público. Ao admitirmos a reciprocidade, por outro lado, podemos posicioná-lo no direito penal internacional, seguindo VIEIRA, quando se refere a este ramo do direito:

“... regras jurídicas que determinam as condições mediante as quais os Estados devem ajudar-se reciprocamente nos assuntos judiciais, com o fim de assegurar-se o exercício do poder penal no domínio da comunidade internacional” (12).

Reconhecendo, entretanto, que é a lei interna que, primordialmente, se ocupa da extradição e que cada Estado, de maneira unilateral, estabelece as condições e o procedimento a ser adotado para regular a extradição, não podemos colocá-la, senão, como norma de direito interno, e, portanto, de direito processual penal internacional.

5. BIBLIOGRAFIA

— ACCIOLY, Hildebrando — *Manual de Direito Internacional Público*. Edit. Saraiva, 1973.

— ASUA, Luis Jimenez — *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Losada, Buenos Aires, 1950.

— BATALHA, Wilson de Souza Campos — *Tratado de Direito Internacional Privado*. Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

— BETTIOL, Giuseppe — *Direito Penal* — Trad. PAULO JOSÉ COSTA JÚNIOR e ALBERTO SILVA FRANCO. Edit. Rev. Tribunais, 1966.

— CERNICCHIARO, Luiz Vicente — *Estrutura do Direito Penal*. Sugestões Literárias S/A, 1972.

— FIERRO, Guillermo J. — *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

— FRAGOSO, Heleno Cláudio — *Lições de Direito Penal*. José Bushatsky. Ed. 1977, 2ª ed.

— MIRANDA, Pontes de — “Direito Penal Internacional”, *Revista de Direito Penal*, vol. I, 1933.

— VABRES, Donnedieu de — *Les Principes Modernes du Droit Penal International*. Recueil Sirey, Paris, 1928.

— VALLADÃO, Haroldo — *Direito Internacional Privado*. Liv. Freitas Bastos, 3ª ed., 1971.

— VIEIRA, Manuel A. — *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideú, 1969.

(12) MANUEL A. VIEIRA — *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideú, 1969, pág. 18.

Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO
Diretor da Faculdade de Direito da Uni-
versidade Federal de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

O exame dos pressupostos de uma teoria geral do processo constitucional tem merecido diversos estudos na doutrina estrangeira. Definir seus princípios estruturais constitui tema central que possibilita mostrar a viabilidade de seu objeto.

As indagações em torno da teoria dos controles constitucionais, da teoria da inconstitucionalidade, de declaração de inconstitucionalidade, revisão judicial da constitucionalidade das leis fornecem elementos nos quais são encontradas as origens do processo constitucional moderno.

O problema do conflito entre a lei fundamental do Estado, que decorre da superioridade das normas constitucionais sobre as leis ordinárias, decretos e atos administrativos, que devem acomodar-se aos limites traçados pelas Constituições e a defesa dos direitos individuais contra os excessos do poder público, constitui tema fundamental para corrigir os diversos excessos de atuação da atividade estatal em nossos dias.

O controle dos poderes públicos torna-se tema de interesse permanente, quando destaca-se a necessidade em conciliar a liberdade e a autoridade. MARTÍN PÉREZ GUEVARA acentua que, a partir da Revolução Francesa e desde quando MONTESQUIEU aponta o princípio da separação dos poderes como instrumento essencial para assegurar a liberdade e as garantias do homem e do cidadão, o controle passa a ser um dos temas fundamentais do Direito Público.

Os sistemas de controle estão vinculados às indagações em torno de regime político, forma de Estado, sistema de governo, desde que os seus mecanismos são bem diferentes quando nos atentamos para um governo autoritário ou um democrático. As autocracias são refratárias a qualquer forma de controle, pois são constantes em suprimir os obstáculos que intervenham em seu

poder discricionário. Ao passo que os regimes democráticos, assentados na lei, aceitam as formas de controle como instrumento da paz, da justiça e dos valores que informam o regime democrático (1).

Os sistemas ou instrumentos de controle, que se efetivam por meio de mecanismo ou técnicas, que visam a assegurar que os detentores do poder atuem dentro da Constituição e das leis, constituem tema essencial na oportunidade em que o Estado contemporâneo, ao lado das críticas que lhe são postas no que toca à sua estrutura tradicional, amplia suas diversas formas de atuação direta ou indireta.

A revisão judicial da constitucionalidade das leis, de acordo com o sistema anglo-americano, foi tida como uma das manifestações que englobavam a *racionalização do poder*, nos termos em que foi proposta por BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, em trabalhos que revelam o rico material recolhido em vários anos de indagações em torno do assunto, adverte que até a I Grande Guerra Mundial, havia acentuada tendência para a aceitação dos instrumentos anglo-americanos de controle, se bem que não apresentassem os caracteres específicos de tutela dos direitos humanos, mas apenas daqueles relativos ao controle da constitucionalidade das leis, que são os compreendidos na revisão judicial. CARL SCHMITT, pouco afinado com a intervenção dos tribunais no controle constitucional dos atos de autoridade, afirmava que o modelo anglo-americano, e particularmente o fixado através da Corte Suprema dos Estados Unidos, transformou-se em uma espécie de mito. O sistema defendido por HANS Kelsen orientou-se no sentido de estabelecer um tribunal constitucional especializado, como competência exclusiva para o conhecimento de questões constitucionais, isto é, o Tribunal ou Corte Constitucional, implantado nas Constituições da Áustria e Tcheco-Eslováquia, que formam as duas tendências denominadas de *americana e austríaca*, do controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, e disputavam a primazia nos anos seguintes à primeira pós-guerra. Com a queda de regimes autoritários, após a II Guerra Mundial, ocorreu a tendência para os tribunais constitucionais especializados (2).

O controle de constitucionalidade das leis tem sido alvo de diversas pesquisas que procuram situar os precedentes históricos desse instituto (3), repre-

(1) GUEVARA, Martín Pérez, "Bases Normativas del Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela", *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, obra coletiva, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 15 e ss.

(2) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Los Instrumentos Procesales Internos de Protección de los Derechos Humanos en los Ordenamientos de Europa Continental y su Influencia en Otros Países", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nova Série, Ano XII, nº 35, maio/agosto 1979 — UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 337 e ss.

(3) BATTAGLINI, Mario, *Contributi alla Storia del Controllo di Costituzionalità delle Leggi*, Dott. A. Giuffrè — Editore, Milão, 1957.

senta grande passo na evolução do constitucionalismo moderno, sendo corolário da supremacia constitucional e fundamento para defesa da Constituição. Seu desenvolvimento deu suporte para o florescimento de uma justiça que, através de determinado processo, define a aplicação e vigência de preceitos constitucionais essenciais ao estado de direito democrático.

Em 1963, foi publicado em língua espanhola, pela Faculdade de Direito da Universidad Nacional Autónoma de México, importante trabalho do constitucionalista americano JAMES A. C. GRANT, no qual foi exposta a tese de que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, que recebe na terminologia inglesa a denominação *judicial review of legislation*, é uma contribuição da América à Ciência Política. Para esse autor, a confiança nos tribunais para fazer cumprir a Constituição como norma superior às leis estabelecidas na legislatura nacional operou-se graças ao seu surgimento ali, realizado no século XIII, para difundir-se posteriormente em outros Estados (4).

A falta de instrumentos processuais adequados à proteção direta dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, como preceitos individuais e de caráter social, torna-se diariamente mais importante. Ampliar seus meios de intervenção leva-nos a refletir sobre a conveniência da fixação de remédios processuais de tutela direta e específica das liberdades fundamentais.

Os instrumentos tutelares dos direitos humanos adquirem particular importância no Estado constitucional democrático, que deve promover, através de um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal. Tal perspectiva não se contenta apenas com um estado de direito formal, que pode aceitar apenas o *império das leis*, em um Estado legalista, mas garante as formas de atuação estatal. Em sentido material, o Estado de Direito assegura a liberdade do indivíduo, através de um conjunto de direitos individuais, sendo primordialmente direitos de defesa frente ao Estado, assim como barreiras e diretrizes para que ocorra limitação da sua atuação (5).

MAURO CAPPELLETTI, ao examinar a jurisdição constitucional da liberdade, mostra que esses direitos, em geral, são protegidos de maneira direta, pela impugnação de leis que afetam os direitos essenciais da pessoa humana, definidos constitucionalmente, mas com deficiência de tutela (6).

(4) GRANT, James A. C., "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes". *Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1963.

(5) SCHNEIDER, Hans-Peter, "Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", tradução de JOAQUÍN ABELLAN, "Problemática General de las Instituciones de Garantía", Número Monográfico sobre Garantías Constitucionales, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nova Época, nº 7, janeiro/fevereiro 1979, pp. 7 e ss.

(6) CAPPELLETTI, Mauro, *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, Giuffrè, Milano, 1955.

Essas análises, que têm em HÉCTOR FIX-ZAMUDIO grande estudioso, estão ligadas, também, ao Direito Constitucional Processual, quando o jurista mexicano continua obra começada por EDUARDO J. COUTURE, através da contribuição latino-americana a estudos que há muito eram feitos no direito anglo-saxão através da rica jurisprudência sobre o *due process of law*.

Esse publicista sustenta que os estudiosos do Direito Constitucional e os cientistas do processo têm assinalado a estreita vinculação destas disciplinas, particularmente, após a II Grande Guerra Mundial, em que ocorreu nas Constituições a consagração de instituições processuais, desde que os constituintes contemporâneos perceberam a necessidade de outorgar a devida importância à função jurisdicional. Reconhece a transcendência constitucional da função jurisdicional, citando as expressões do processualista NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO quando afirmou que conhecemos o que é jurisdição, mas não sabemos onde localizá-la, se no Direito Processual ou no Direito Constitucional, daí que essa instituição é estudada pelos cultores das duas disciplinas (7).

O processo constitucional está ligado à justiça constitucional, pois, conforme acentua GIUSEPPE CHIOVENDA, os conceitos de processo e jurisdição são correlatos entre si, ao passo que outras indagações atentam para os caracteres processuais dessa jurisdição.

Como processo que tem por objeto matéria constitucional, não pode desprezar os conhecimentos processuais, apesar das particularidades que assume. ENRIQUE VESCOVI acentua os exageros em se criarem processos especiais e diferentes, com busca de princípios específicos. Muitos desses são consagrados pela ciência processual geral como os do contraditório, oralidade, concentração e celeridade.

O reconhecimento dos antecedentes que propiciaram a conceituação de jurisdição procura definir os processos que regulam a aplicação e vigência dos preceitos constitucionais e pode apresentar dados para traçarmos a evolução do processo constitucional. Reconhece-se a necessidade de que as normas constitucionais venham acompanhadas de processo especial que garanta sua vigência e possa acautelar-se contra os abusos do legislador que no direito americano se reconhece como *judicial review*.

A origem do processo constitucional moderno pode ser determinada no Direito Comparado com o surgimento da declaração de inconstitucionalidade que, com perfis jurídicos definidos, só pode ser bem caracterizada nos Estados modernos, com o surgimento das Constituições (8).

(7) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Nova Série, Ano X, nº 30, setembro/dezembro 1977, p. 317; *idem*, "Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica", UNAM, México, 1974.

(8) VESCOVI, Enrique, "Bases para una Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (Declaración de Inaplicabilidad de las Leyes)", Número Especial, *Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Nova Série, Ano VIII, nº 24, setembro/dezembro, 1975, p. 1130.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (9) traçou retrospectivo da evolução da justiça constitucional, com exaustivo exame do controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, com quadro geral das instituições protetoras das normas constitucionais, através de primoroso levantamento das mesmas em todos os Estados em que surgiram.

As reflexões em torno do processo constitucional, justiça constitucional e da inconstitucionalidade da lei não fizeram com que autores, como ENRIQUE VESCOVI, deixassem de apontar a existência de outros processos que pretendem proteger diretamente as normas constitucionais. Inclui o amparo mexicano, aceito em diversos Estados americanos, o processo contencioso administrativo e o mandado de segurança brasileiro. Para o autor referido, nos exemplos citados, com a inconstitucionalidade da lei protege-se a vigência das normas constitucionais de forma direta. A antecedência do *habeas corpus* é importante, desde que esse instituto de garantia propicia a apreciação, por órgãos judiciais, da defesa de princípio consagrado em norma constitucional.

Ordenar os temas principais do processo constitucional constitui o objetivo primordial deste trabalho, mas, para que se possa examinar seus aspectos essenciais, torna-se preciso apontar os pressupostos do tema.

A teoria da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos propiciam, inicialmente, uma proclamação política que desperta a atenção para as violações constitucionais e os remédios para atuação ilegal da autoridade pública. A consagração constitucional da divisão dos poderes fornece mecanismos para defesa das liberdades individuais e do abuso de poder.

CAPPELLETTI faz referência àqueles que consideram a concepção da tripartição (ou da separação) dos poderes estatais como superada. Ele mesmo revela que reconheceu que aquele entendimento, como o fora originariamente, isto é, em sentido orgânico, ou na compreensão de que cada uma das três funções era exercida por órgãos diferentes, está completamente divorciado da realidade, não só italiana, mas da que surgiu na Inglaterra de LOCKE ou na França de MONTESQUIEU ou de ROUSSEAU. Entretanto, faz reserva às críticas ao princípio da separação dos poderes nos moldes daqueles de MASSIMO SEVERO GIANNINI, para quem se deve negar a validade da própria tripartição entre atos e atividades legislativas, jurisdicionais e administrativas, que correspondeu ao exercício de três grupos ou tipo de poderes, compreendendo-se essa última palavra no sentido orgânico, mas funcional (10).

MAURO CAPPELLETTI, considerado como o principal criador de uma sistemática do processo constitucional, realça como objetivo fundamental da justiça

(9) FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

(10) CAPPELLETTI, Mauro, "Il Controllo di Costituzionalità delle Leggi nel Quadro delle Funzioni dello Stato", *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, Ano XV, nº 3, julho/setembro, 1960, p. 383.

constitucional a defesa jurídica da liberdade, daí o nome que lhe dá de *jurisdição constitucional da liberdade*.

A preocupação de garantir as normas constitucionais de violações, por meio de processo especial, que precisa ser sistematizado, mostra a importância do tema.

A função jurisdicional, levada de maneira ordenada para a defesa dos princípios e normas constitucionais, aponta tipos de instrumentos que surgiram nos últimos tempos, de maneira sistemática.

A natureza e o objeto do processo constitucional têm merecido indagações de constitucionalistas e processualistas que divergem em encará-lo como um controle político, uma atividade legislativa ou paralegislativa, uma nova e especial função ou preferentemente função jurisdicional ⁽¹¹⁾. As observações a respeito desses aspectos do tema, nos entendimentos de CARNELUTTI e CAPPELLETTI, que procuram esclarecer se se trata de um processo voluntário, por meio do qual examina-se a inconstitucionalidade, ou que é um processo contencioso, constituem pronunciamentos que mostram a complexidade dessas investigações. Os sistemas difuso ou concentrado, as vias para alcançar-se o processo de inconstitucionalidade, a via incidental ou a direta, bem como os efeitos da sentença nessa modalidade de processo, quando se trata da legitimidade constitucional da lei ou a declaração de sua inaplicabilidade, têm sido objeto de diversos questionamentos.

O estudo comparativo dos sistemas que apareceram permite-nos apreciar as particularidades que surgem. As apreciações em torno do sistema americano, dos modelos da Itália, Alemanha Federal ou da Iugoslávia, os controles políticos, o sistema defendido por Kelsen, que na Áustria estabeleceu-se como um tribunal especial, ou o Conselho Constitucional da França, além de autorizarem a apresentação dos pontos que levam ao estabelecimento de regras específicas que apresentam pontos comuns, permitem assinalar a sua importância dentro da estrutura do Estado contemporâneo.

Os sistemas jurisdicionais puros e os especiais acarretam o surgimento de normas processuais, que objetivam a proteção processual dos princípios constitucionais, com especial relevo daqueles que consagram os direitos individuais, para que não sofram pela ocorrência de decisões ilegais da autoridade pública.

A doutrina italiana tem relevante contribuição em matéria constitucional, principalmente tendo em vista a atuação da Corte Constitucional naquele regime político.

O debate em torno da natureza contenciosa ou voluntária do exame da legitimidade constitucional e a eficácia da sentença no processo constitucional

(11) VESCOVI, Enrique, *Principios Estructurales del Proceso Constitucional*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, República Argentina, nº 79, setembro/desembro 1969, pp. 437 e ss.

foram motivo de penetrante indagação de CAPPELLETTI, CARNELUTTI e LIEBMAN⁽¹²⁾.

A rica elaboração teórica da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal leva a questionamentos em torno das influências metodológicas que surgirão da análise funcional dos direitos humanos no Estado constitucional democrático.

O sistema de *giustizia costituzionale*, próprio para o controle da lei como *giurisdizione delle libertà*, inserindo-se também aí a *giustizia internazionale* e *giustizia sociale*, contribui para resolver problemas essenciais da sobrevivência do mundo atual. A *giustizia costituzionale* poderá ser importante instrumento da superação do tradicional conflito entre equidade e lei, direito natural e direito positivo. A *giustizia internazionale* contribuirá para a superação do monopólio estatal sobre o direito e a justiça. A *giustizia sociale* superará a concepção da justiça como liberdade individual e igualdade formal.

MAURO CAPPELLETTI, que deu tanto relevo ao tema proposto para estas indagações, vê a *giustizia costituzionale* como capaz de dar resposta a vários dos conflitos dos nossos dias.

Estados como a Alemanha, Itália, Áustria e Japão, emergentes de trágicas experiências do totalitarismo, com violações dos mais fundamentais direitos do homem, para impedir o retorno àquele passado, surgiram com o constitucionalismo moderno.

Nesse sentido, a instituição do controle judiciário da constitucionalidade das leis e os seus aperfeiçoamentos posteriores representa típica resposta, no quadro da *giustizia costituzionale*, a problemas que se assentam no estabelecimento de regimes totalitários, baseados na tirania de um homem, um partido ou da ideologia. Os conflitos entre Estados e grupos de Estados, as transformações econômicas e tecnológicas em grande dimensão, criam condições que levam a tensões que devem ser solucionadas por meio de mecanismos adequados.

Como elemento caracterizante de um novo Estado democrático, praticamente ignorado na Europa do século XIX, o controle jurisdicional da lei foi adotado na Áustria, em 1920. Essa aceitação implicava na consagração de princípio profundamente inovador segundo o qual a legislação estava submetida aos limites e controles de uma *legalità superiore*, aceita e aplicada por uma corte constitucional suprema. Nova tentativa foi feita na Constituição da Espanha Republicana de 1931.

Entretanto, a justiça constitucional, nos termos em que é definida, não convive com os regimes ditatoriais:

“Ma la giustizia costituzionale non ha mai potuto convivere con regimi dittatoriali. In particolare il controllo di costituzionalità, in

(12) GIANNOZZI, Giancarlo, “Riflessioni Intorno all'Oggetto del Processo Costituzionale”, *JUS — Rivista di Scienze Giuridiche*, Nova Série, Ano XIV, julho/desembro, 1963; Fasc. III/IV, Milano, pp. 393 e ss.

quanto garanzia, a opera di corti indipendenti, del rispetto da parte del legislatore di una superiore legalità e dei diritti fondamentali dell'uomo proclamati dalla costituzione, era destinato a sparire sia nell'Austria dell'Anschluss che nella Spagna di Franco. Soltanto nell'epoca sucessiva alla Seconda Guerra Mondiale, in molti paesi si sono realizzate le condizioni per un grandioso fenomeno de ritorno alla giustizia costituzionale.

Questo fenomeno ha permeato di sé la storia giuridica e política de un numero crescente di paesi negli ultimi trenta anni, dall'Austria (1945) al Giappone (1947), dall'Italia (1948 e soprattutto 1956) alla Republica Federale Tedesca (1949). Anche la Iugoslavia ha adottato, a partire dal 1963, un sistema di controllo giudiziario di costituzionalità, che costituisce un evento unico nell'ambito degli Stati socialisti⁽¹³⁾.

Outros temas não podem ser descurados na apreciação da importância desta análise, no que se refere às relações e conflitos entre os órgãos do poder estatal. O destaque dado nesta introdução às possíveis averiguações que o tema permite, pela sua importância na atual fase do Estado e a fixação de suas formas de atuação, limites e controles, torna-se cada vez mais importante.

Vários são os sistemas que procuram definir o órgão do Estado que deve surgir como capaz de resolver o conflito.

A reformulação da teoria geral do controle jurídico tem sido considerada como ponto de partida para examinar as características da constitucionalidade.

As modalidades do controle jurisdicional e não jurisdicional levam a consideração sobre os órgãos que efetivam os diversos sistemas consagrados no mundo jurídico.

O presente assunto é de importância fundamental para o Estado moderno, que deve bem definir o papel dos tribunais e cortes constitucionais em qualquer que seja o regime político.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, em trabalho apresentado no Segundo Colóquio Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado na Colômbia, em 1977, encontro este que teve o tema genérico de jurisdição constitucional na Ibero-América, numa demonstração da importância do assunto que deve ter maior número de estudos e divulgação, afirma que a justiça constitucional requer condições que estão ligadas à organização política, social e econômica das comunidades ibero-americanas. Sem aquelas não é possível o controle constitucional dos atos de autoridade, nem a eficácia, também, de uma jurisdição ordinária que se torna inaplicável em regimes autocráticos.

Com a diminuição das faculdades dos órgãos legislativos contemporâneos, inclusive nos Estados de tradição parlamentar, o controle judicial da constitu-

(13) CAPPELLETTI, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dott. A. Giuffrè, Milano, dezembro, 1978, Ano XXXII, nº 4, p. 1385.

cionalidade dos atos de autoridade surge, atualmente, como contrapeso eficaz a um Executivo poderoso, em decorrência das solicitações provocadas, muitas vezes, por transformações sociais, que só podem efetivar-se, com presteza, por meio de crescente intervenção da administração nas relações jurídicas, sociais, econômicas, culturais e políticas de uma sociedade em transformação, que precisa de progressivas atribuições legislativas diretas e indiretas da administração, por meio de faculdades de emergência, decretos-leis, leis, quadros, regulamentos, decretos gerais e outros modelos normativos, muitas vezes, atribuídos a um organismo executivo.

A justiça constitucional terá uma função equilibradora frente a esses poderes vigorosos de uma administração poderosa e crescente, no que se refere a intervenção na elaboração direta ou indireta das disposições legislativas.

Um sistema jurídico constitucional necessita de um bom número de especialistas em Direito Público e em particular de Direito Constitucional, que são raros em muitos Estados do Continente americano. Para o publicista mexicano devemos estimular os estudos de Teoria da Constituição, com investigação em torno do instrumento de interpretação constitucional e Direito Constitucional Comparado (14).

A importância da justiça constitucional acentua-se constantemente, pelo que convém salientarmos algumas das conclusões finais do II Colóquio de Direito Constitucional, em Sochagota, Colômbia, em novembro de 1977, que demonstram a necessidade de ampliar as pesquisas sobre tema tão importante para os dias de hoje:

a) a justiça constitucional configura um dos supostos fundamentais do Estado moderno, para servir de contrapeso efetivo entre o Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e um Poder Legislativo, que está cada dia mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento;

b) a jurisdição constitucional é um suposto fundamental para a preservação dos direitos humanos;

c) pela natureza específica de sua função e pelos mecanismos de atuação de que dispõe, a justiça constitucional é o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se constitui no melhor instrumento de controle e de tutela para funcionamento democrático dos demais poderes do Estado;

d) para que a justiça constitucional possa cumprir com seus objetivos, torna-se necessária a existência prévia de condições políticas que assegurem sua independência, pressuposto essencial para que ela seja capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos;

(14) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Justicia Constitucional en Iberoamerica y la Declaración General de Inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXVIII, set./dez., 1978, nº 111, pp. 641 a 694.

e) a criação de cortes ou tribunais constitucionais específicos, cuja competência, devido à complexidade da vida política no Estado moderno, deverá ampliar-se a todos os aspectos que possam determinar ofensas ou violações à ordem constitucional;

f) a ampliação das competências da justiça constitucional não implica na politização da justiça, desde que o caráter político de um ato não exclui o conhecimento jurídico do mesmo, da mesma maneira que o resultado político deste conhecimento não irá despojá-lo de seu caráter jurídico⁽¹⁵⁾.

TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E FUNÇÕES DO ESTADO

O princípio político-constitucional da separação de poderes, tido como fundamental para o Estado constitucional democrático, sofreu diversas interpretações que influenciam no seu significado, tendo em vista as relações e conflitos que decorrem das funções atribuídas aos diversos órgãos estatais.

A natureza do *poder* e o vocábulo *poderes*, vistos como uma divisão artificial de funções ou diferenciação natural de atividades que levam a uma fragmentação do poder e o equilíbrio sobre o papel do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, conduzem a indagações sobre os mecanismos dos pesos e contrapesos ou a edificação de um sistema que, partindo de forças existentes, leve a um verdadeiro equilíbrio, através da separação formal de poderes.

A doutrina da limitação do poder, conforme assinala BERTRAND DE JOUVENEL, ao demonstrar, baseando-se em MONTESQUIEU, a necessidade de contrapoderes, não deve esquecer que é uma experiência permanente, que todo homem que tem poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontra barreira.

O tema do livro, considerado clássico, é a luta entre o poder e a liberdade, que surgem como rivais que disputam o espaço político, problemática intimamente ligada à temática deste trabalho.

O regime do poder limitado constitui tema essencial da filosofia política do século XVIII. Entretanto, para BERTRAND DE JOUVENEL não ocorriam preocupações com os problemas da formação do poder e do direito. Aceitando-se o direito como criação da vontade geral, isto é, do Parlamento, este converte-se no único capaz de manifestar e formar esta vontade, pelo que foi entregue o poder ilimitado. Para aqueles constituintes, nenhum ato de governo poderia realizar-se a não ser em virtude de lei, que não passava de manifestação do *consensus populi*. O poder do povo não era mais do que uma ficção, aceita a soberania parlamentar. Ao interpretar a doutrina, conclui que as circunstâncias e a superficialidade rescindem todo o princípio de limitação do poder ao sistema formal da separação de poderes. Apesar de não pretender edificar um sistema

(15) SILVA, José Afonso da, "Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina", Separata da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, nº 13/15, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1980, pp. 106 e 107.

susceptível de limitar o poder, ao mesmo tempo que não apresenta qualquer ilusão sobre a natureza do mesmo, ressalta em sua análise o crescimento do poder e as condições teóricas do poder limitado (16).

A separação de poderes, termo considerado como equívoco para muitos, tem gerado mal-entendidos na ciência constitucional moderna, principalmente quando se tem em mente defini-la. A doutrina é tida geralmente como uma volta às formas tirânicas.

A teoria rígida e inflexível não está no próprio MONTESQUIEU, mas em muitos de seus intérpretes, que lhe deram contornos rigorosos. Tendência mais aceita é aquela que ensaia preservar a teoria graças a uma interpretação renovada da fórmula de MONTESQUIEU, não como uma separação impossível, mas como uma distinção funcional entre os órgãos do Estado.

Durante muito tempo, a separação de poderes adquiriu grande prestígio. Os americanos a adotaram de maneira formal, mas convém ressaltar que a Constituição dos Estados Unidos não a aplicou de maneira absoluta.

Na França, o entendimento consagrado pelos intérpretes de 1789 está visível no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, ao proclamá-la como dado essencial do constitucionalismo democrático. A Assembleia Constituinte ficou fascinada pelo princípio. CARRÉ DE MALBERG lembra que a separação de poderes, desde 1789, constituiu-se como um dos princípios essenciais do direito público francês. Apesar de fazer referência a ARISTÓTELES, afirma ser ela de origem moderna. À exceção de MIRABEAU, considerado como precursor do parlamentarismo moderno, os homens de 1789 não se detiveram no problema das relações entre o Executivo e o Legislativo no processo democrático.

As dúvidas surgiram naquele período em que a separação de poderes era considerada elemento essencial na democracia, quando oscilava-se entre a aplicação rigorosa da teoria e o sistema parlamentar do governo.

No estudo sobre a separação de poderes na Constituição de 1791, DUCUR faz uma análise profunda das razões pelas quais o princípio era inaplicável. A vontade nacional pode ser racionalmente representada por vários órgãos ou por apenas um só. Admitindo-se que a soberania não é divisível e deve ser exercida em colaboração com os órgãos de representação, não há lugar de dar, a cada um, um mundo diferente de participação no exercício desta soberania e estabelecer entre eles uma separação de funções. A soberania permanecendo indivisa e exercida em colaboração por órgão de representação, não se pode confiar a função administrativa e a função jurisdicional a duas categorias de agentes diferentes.

Mostra o publicista francês a confusão que existia entre a separação de poderes e a separação de funções, assinalada em autores de destaque que

(16) JOUVENEL, Bertrand, *El Poder*, Editora Nacional, Madrid, 1974, 2.ª ed., tradução de J. de ELZABURU, pp. IX, 356 a 359, 360, 361 e 364; BERNARDIN, Claude, "Le Pouvoir et les Pouvoirs d'après Bertrand de Jouvenel" em *Libéralisme, Traditionnalisme. Décentralisation. Contribution à L'Histoire des Idées Politiques*, obra coletiva sob a direção de ROBERT PELLOUX, Librairie Armand Colin, Paris, 1952, pp. 159 e ss.

escreveram sobre a questão. Citando MICHOUX, conclui que para este a separação de poderes é semelhante à separação de funções. Em cada poder há uma entidade jurídica distinta e nesta separação há apenas uma repartição de funções entre os órgãos para evitar o despotismo, com o objetivo de manter apenas uma certa colaboração. Apontando o engano da conclusão, DUGUIT afirma que a Assembléia Nacional de 1789 quis realizar não somente a separação de funções, mas uma separação de poderes, aceitando que três entidades representativas, investidas, cada uma, de elementos da soberania retalhada, estabeleciam um sistema contrário ao princípio da soberania una e indivisível, que, partindo dessa contradição inicial, deveria cumular novas dúvidas. Também em HAURIU aceitou-se que a separação de funções era ao mesmo tempo uma separação de poderes.

Para DUGUIT, a confusão não provém de LOCKE ou MONTESQUIEU, criadores da teoria da separação de poderes:

“Ni l'un ni l'autre n'ont eu l'intention de faire une théorie juridique, mais seulement de montrer comment la Constitution anglaise, par un partage des fonctions et une certaine collaboration des organes, a établi de sérieuses garanties au profit de la liberté” (17).

Nem no *De l'Esprit des Lois* nem no *Traité du Gouvernement Civil* encontra-se qualquer explicação da separação dos poderes como foi compreendida pelos constituintes de 1791.

A expressão *separação de poderes* não foi empregada uma vez sequer por MONTESQUIEU, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, investidos de uma parte da soberania, absolutamente. Não está em MONTESQUIEU qualquer explicação que leva ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implicava em separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração. Explicando o que se passava na Inglaterra, esclarecia que o Executivo participa na legislação, sendo que o Legislativo exerce um controle contínuo sobre o Executivo e que aquele sistema repousa em uma colaboração constante e íntima dos poderes.

O constitucionalismo francês, a partir da República de 1792, partiu para uma nova técnica política sobre as novas concepções da relação entre o Executivo e o Legislativo, ocasião em que ROBESPIERRE fez na Convenção de 10 de maio de 1793 uma crítica à separação de poderes.

A Constituição de 1793 não fala em separação de poderes. Já a Declaração de Direitos de 1793, em seu artigo 24, proclama que a garantia social não pode existir se os limites das funções públicas não são determinados claramente pela lei.

A Constituição de 22 de agosto de 1795 reconheceu solenemente o princípio, ao afirmar que a garantia social não pode existir se a divisão de poderes não

(17) DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel, La Théorie Générale de l'État*, Tomo segundo, E. de Boccard, Successum, Paris, 1928, 3ª ed., p. 663.

está estabelecida (art. 22). De todas as Constituições francesas foi esta que aplicou de maneira mais categórica o dogma derivado do *De l'Esprit des Lois*.

A Constituição de 1842 repete a fórmula de 1791, quando no artigo 19 proclama que a separação de poderes é a primeira condição de um governo livre.

Já a Constituição de 1875 não menciona o princípio de separação de poderes.

O projeto de Constituição francesa de 15 de abril de 1946, rejeitado pelo *referendum* de 5 de maio de 1946, não o levou em consideração. Entretanto, o projeto de Constituição apresentado pelos membros do M.R.P., no seu artigo 16, reconhecia que toda sociedade na qual os direitos não estão assegurados, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição. Também o projeto de Constituição apresentado por M. BARDOUX dispunha no artigo 22: "a garantia social não pode existir se a separação de poderes não for estabelecida, se seus limites não estão fixados e se a responsabilidade dos funcionários públicos não está fixada". No mesmo sentido, os membros do Partido Republicano da Liberdade proclamaram no artigo 16: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição".

Considerado como um axioma da Ciência Política contemporânea, mereceu de MIRKINE-GUETZÉVITCH algumas indagações que atentam para as consequências e reflexos que ainda pode ter:

"Que reste-t-il de la doctrine de la séparation des pouvoirs deux siècles après la publication de l'Esprit des Lois? Simple argument constitutionnel contre l'ancien régime chez Montesquieu, elle est devenue un dogme chez les théoriciens de la Révolution, chez les hommes de la Constituante. Le dogme périmé, contraire à la réalité du parlementarisme démocratique, ne peut servir les besoins politiques de l'Europe moderne. Mais la théorie elle-même ne sera jamais oubliée dans l'histoire des doctrines politiques, dans l'histoire des certitudes et des justifications rationnelles de la cité libre" (18).

CARRÉ DE MALBERG afirma que LOCKE, apesar de ser o primeiro a ressaltar a utilidade de uma separação de poderes, não conseguiu desenvolver uma teoria com suficiente clareza. A teoria, no seu significado moderno, foi composta por MONTESQUIEU. Está aí a preocupação com a separação de certas funções entre titulares diferentes. Essa teoria da separação orgânica de poderes enunciou-se sob a forma de princípio geral que MONTESQUIEU formulou como uma das condições fundamentais da organização dos poderes em todo Estado bem ordenado. Não considera em sua exposição nenhum Estado em particular. Não partiu de uma especulação abstrata para chegar a esse princípio geral. Antes de ser enunciado entre os franceses, como princípio, havia sido aplicado, em certa me-

(18) MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, "De la Séparation des Pouvoirs", en *Montesquieu, sa Pensée Politique et Constitutionnelle, Bicentenaire de L'Esprit des Lois (1748-1948)*, obra coletiva sob a direção de BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH e HENRI PUGET, Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 181.

dida, na Inglaterra, resultado da luta secular do Parlamento contra o poder real, com o objetivo de limitar os direitos da Coroa mediante as assembléias, tidas como representativas do povo. Após a revolução de 1688 surgiu certo equilíbrio entre a realeza e as Câmaras, através, principalmente, de uma distribuição de poderes entre os órgãos encarregados do Legislativo e do Governo. Essa repartição e equilíbrio foram realizados quando MONTESQUIEU estudava as instituições inglesas, observações que o levaram a extrair a teoria geral exposta no capítulo VI do livro XI, intitulado *Da Constituição da Inglaterra*.

Em sua condenação aos regimes autocráticos ou de poder absoluto, fica bem definida a idéia de que nos Estados em que todos os poderes estão reunidos em mãos de um titular único, seja em um homem, ou uma assembléia, a liberdade pública está em perigo, pelo que aponta estar a solução do problema na separação das três funções estatais.

Existe na demonstração de MONTESQUIEU, conforme aponta CARRÉ DE MALBERG, uma idéia principal que é assegurar a liberdade dos cidadãos, proporcionando-lhes, através da separação de poderes, a garantia de que os mesmos serão exercidos legalmente. A sua doutrina refere-se essencialmente a um sistema de estado de direito. Mesmo que se acentue como objetivo principal dessa explanação a salvaguarda da liberdade civil, a doutrina está relacionada com disposições que devem assegurar a liberdade das próprias autoridades públicas em suas relações recíprocas, no exercício do poder que lhe é atribuído de maneira específica. A divisão das competências e a especialização de funções não são suficientes para efetivar a limitação dos poderes. Os titulares dos poderes não devem exercê-los, na sua área de atividade, de maneira superior, que atente contra o equilíbrio de atuação. É necessário que os respectivos titulares estejam investidos de competências distintas, bem como de uma estrutura orgânica que os coloque de maneira independente e igual entre eles.

A ressonância da teoria de MONTESQUIEU foi assinalada por CARRÉ DE MALBERG, que aponta a sua influência, principalmente, na França, que para ele chegou na época oportuna, isto é, no momento em que o Estado absoluto tinha passado o seu apogeu, daí a doutrina ter encontrado um terreno favorável para o seu desenvolvimento.

Apesar de reconhecer que o princípio da separação de poderes teve grande importância na França, por muito tempo, CARRÉ DE MALBERG já afirmava que, com o desaparecimento de causas políticas que a justificaram inicialmente, o prestígio da teoria estava perdendo influência na literatura jurídica:

“Pero, junto a estes defensores, la teoría de la separación de poderes cuenta hoy día con numerosos adversarios cuyo número parece ir creciendo sin cesar. Se la atacó, primero, desde el punto de vista de su valor político. El principio de MONTESQUIEU es ante todo un principio restrictivo y creador de impedimentos, que divide el poder, en efecto, entre sus titulares, de tal modo que cada un de ellos, encerrado dentro de un círculo de atribuciones especiales, queda condenado a vegetar en un estado de penuria, que equivale a una especie de impotencia” (19).

(19) MALBERG, R. Carré de, *Teoria General del Estado* — Fondo de Cultura Económica, México, 1948, 1ª ed., trad. esp. de José Lion Depetre, pp. 741 a 751.

Na análise da teoria de MONTESQUIEU, aponta, inicialmente, as críticas de ordem política. Do ponto de vista jurídico, assinala as objeções provenientes da Alemanha, com LABAND e JELLINEK, para quem não é nem logicamente aceitável, nem praticamente realizável. Na França, também, surgiram autores que negavam seu valor jurídico e a possibilidade de realização positiva, destacando-se aí DUCURR, que a qualificou de artificial. Mesmo assim, reconhece que mais tarde, enquanto que a doutrina estava desacreditada na França, houve o renascimento dela entre os alemães, quando OTTO MAYER apontou o erro daqueles que a combatiam.

As críticas de CARRÉ DE MALBERG apresentam conclusões sobre os desacertos de certos entendimentos a respeito da teoria de MONTESQUIEU, que levam a interpretações que estão em desacordo com as desenvolvidas naquelas exposições. O valor real do princípio não deve ter, como base, as variantes propostas e que apresentam uma imagem deformada da explicação inicial. Para isso, aconselha que se parta da primitiva pureza do princípio e sua significação integral, o que possibilita juízos a respeito do conceito da separação nos termos em que foi formulado por MONTESQUIEU. Como signo essencial da doutrina, deve-se entender que foi decomposto e seccionado o poder do Estado em três poderes principais, susceptíveis de serem atribuídos separadamente a três classes de titulares, que se integram no próprio Estado, através de autoridades primordiais e independentes. Ao conceito de poder estatal e da unidade de seu titular primitivo opõe-se um sistema de pluralidade das autoridades estatais, assentado na pluralidade de poderes:

“La forma en que MONTESQUIEU presenta su teoría separatista implica que cree hallar en el Estado tres potestades diferentes, cuya reunión o haz constituye la potestad estatal total, pero que tienen un contenido diferente y que, por lo mismo, se le muestran como iguales, independientes y autónomas en sus relaciones de unas con otras. A su vez, las tres clases de autoridades que corresponden a esta división tripartita de la potestad del Estado constituyen orgánicamente tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales, en el sentido de que cada una de ellas posee una parte especial y diferente de la potestad estatal, así como tiene cada una de ellas su esfera de acción propia, en cuyo interior es independiente y dueña; de donde se deduce la consecuencia de que, en la esfera de cada uno de los tres poderes, el titular más elevado tiene realmente carácter de órgano supremo” (20).

Citando DUCURR, salienta as discussões sobre o alcance absoluto do significado dessa doutrina, quando nem sequer a expressão *separação de poderes* foi utilizada, apesar da consagração que teve entre os seus partidários.

Mesmo que o texto não contenha a palavra separação, a advertência de MALBERG é correta, quando acentua que, apesar de não ser empregada no capítulo *De la Constitution d'Angleterre*, a idéia de separação emerge do conjunto da doutrina, principalmente, de maneira clara, quando aparece como proposição fundamental do título acima referido, e ser o fundamento e a descrição essencial desta parte do *De l'Esprit de Lois*.

(20) MALBERG, R. Carré de, *Teoria General del Estado*, ob. cit., pp. 757 e 758.

A importância da exposição sobre o assunto deve ser apontada nas interpretações que ocorreram durante o século XVIII e grande parte do XIX, bem como nas tentativas que já se verificavam na época dos estudos de MALBERG, em que se percebe a tendência para compreender o princípio de MONTESQUIEU afastado de uma verdadeira idéia de separação. Surgiram quando queriam inquiná-lo de falso.

MALBERG, numa das críticas mais completas da teoria, condena a doutrina de MONTESQUIEU, afirmando que suas idéias são incônciliáveis com o princípio da unidade do Estado e de seu poder. De maneira alguma aceita a proclamação da existência de três classes de poderes no Estado, mas apenas um único dotado de dominação. O poder se apresenta sob múltiplas fórmulas, sendo que o exercício concretiza-se por diversas fases: iniciativa, deliberação, decisão e execução. Esses modos, formas ou fases, como os denomina, visam a um fim único: assegurar dentro do Estado a supremacia de uma vontade dominante, que é única e indissolúvel. O Estado pode ter vários órgãos, sem que deixe de existir a unidade que lhe é peculiar.

O princípio da unidade do Estado, que é tido como fundamental para a elaboração do sistema estatal moderno, não impedia que fosse aceita a coordenação entre os diversos poderes.

Dentro da minuciosa análise dessa doutrina, MALBERG afirma que MONTESQUIEU criou seu sistema com o intuito de aplicá-lo a funções materiais determinadas. A teoria é aceita como uma teoria de separação de funções, pelo que a especialização das mesmas constitui um dos elementos essenciais da separação de poderes. Entretanto, a separação de funções, com afetação exclusiva de cada um deles a uma espécie determinada de órgão, é tida como irrealizável. A atividade dos órgãos está vinculada a fins estatais determinados. Dentro dessa crítica, considera-se que a separação ou especialização orgânica das funções está obstruída pela circunstância de que as funções propriamente ditas de legislar, administrar e julgar, no sentido material de MONTESQUIEU, apresentam certos pontos de contato ou apenas limítrofes ou mistas.

Os órgãos estatais acumulam funções materiais diversas, mesmo naqueles regimes em que se pretendeu aplicar com mais pureza a doutrina de MONTESQUIEU. Certos Executivos possuem faculdade regulamentar, que, dentro da teoria material das funções, constitui uma espécie de poder de legislar. Os juizes incluem em sua competência atos que não são de realização jurisdicional, mas administrativa e até legislativa.

Depois de apontar diversas críticas à teoria, MALBERG afirma que, dos pontos de vista sob os quais tinha examinado a separação de poderes, poder-se-ia concluir que ela, além de ser irrealizável, não fora aplicada no direito positivo. Nesse sentido, nem a divisão do Estado em três poderes distintos, nem a especialização das funções materiais e sua repartição entre titulares diferentes, nem a independência dos órgãos e a ausência de relações entre eles, nem a igualdade de poderes ou de autoridades encarregadas de exercê-los foram reconhecidas como possíveis, daí os ataques e negativas que surgiram contra o princípio de MONTESQUIEU, tachado pela literatura jurídica como errôneo e inaplicável.

Não aceita os esforços de autores que, no seu entendimento, para salvar o princípio, alegavam que as críticas dirigidas contra a doutrina referiam-se, apenas, à aceitação de uma separação absoluta e exagerada:

“Cualquier tentativa para justificar la separación de los poderes en uno cualquier de los sentidos que se han indicado hasta ahora, es decir, en una dirección conforme con el pensamiento de MONTESQUIEU, está destinada a un evidente fracaso. Por ejemplo, cualquier separación de funciones en el sentido en que quiere establecerla MONTESQUIEU es inadmisibile. La misma palabra separación, en efecto, tiene un alcance absoluto; implica una escisión entre las funciones e los órganos. Ahora bien, esta escisión, en cualquier grado que se pretenda realizar, tropieza con imposibilidades. Las críticas formuladas contra la separación de poderes concebida según el Espíritu de las Leyes no se dirigen solamente, pues, al sistema que trata de separar hasta el exceso las funciones materiales comprendidas en la potestad estatal, sino que se dirigen a cualquier sistema que pretenda separarlas en cualquier grado, ya que toda separación propiamente dicha, por lo que concierne a estas funciones, es excesiva en si. La separación de los poderes, en cuanto a ellas, así como en cuanto a sus titulares, sólo sería aceptable con la condición de no ser de ningún modo una separación” (21).

As dificuldades sobre a exposição em torno do princípio da separação dos poderes são apontadas pelos publicistas, que dificilmente deixam de fazer referências ao mesmo, como figura essencial das idéias da democracia ocidental. A sua significação teórica para VEDEL está ligada, na França, principalmente, ao dogma da soberania nacional e à noção de representação, desde que a separação de poderes apresenta as diversas funções, através de atribuições que são encaminhadas a órgãos diferentes e independentes:

“Ceci revient à dire que chacun des pouvoirs est le représentant de la nation, dans l'ordre qui est le sien: le Parlement représente la volonté nationale dans l'ordre législatif; le gouvernement représente la volonté nationale dans l'ordre exécutif; les tribunaux jugent au nom de la nation dans l'ordre judiciaire” (22).

A separação dos poderes é aí, também, tida como uma garantia concreta da liberdade e uma afirmativa de que a soberania não será usurpada por qualquer um dos órgãos. Este publicista não está de acordo com aqueles que admitem a separação dos poderes como princípio jurídico absoluto, que conduz a extremismos os mais extravagantes, principalmente quando se aceita a existência, em cada poder, de uma pessoa moral distinta das outras.

Considerando-o como preceito de arte política, pelo qual o povo pretende conservar a liberdade, conclui-se que não deve ser confiado a qualquer órgão um poder total, que conduzirá a formas autoritárias. Em sua efetivação prática,

(21) MALBERG, R. Carré, *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 835.

(22) VEDEL, M. Georges, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, Les Cours de Droit, 195-1959, Paris, p. 628.

a distinção entre os poderes deve ocorrer através de uma fragmentação em que cada órgão não deve deter senão poderes parciais e limitados. Como corolário desta conseqüência, os poderes devem ser independentes uns dos outros. Na ocorrência de influência de um dos órgãos sobre outro, de tal maneira que pudesse transformá-lo em um ser subordinado, em que aquele passasse a acumular, simultaneamente, os poderes confiados ao outro e a ele mesmo, se se admitisse a superioridade jurídica de um sobre o outro, tornar-se-ia imprescindível armar o que fosse considerado hierarquicamente inferior de meios de defesa (23).

Examinada em muitos autores modernos, sob a denominação de funções de Estado, como as diferentes formas jurídicas de que se revestem suas atividades, a teoria de MONTESQUIEU constitui tema fundamental da estrutura do Estado democrático.

A teoria da divisão dos poderes, nomenclatura empregada por certos juristas, teve grande influência no pensamento e nas instituições políticas de seu tempo, apesar de não ser aceita em sua integralidade e ter sofrido modificações. Centralizou-se, em texto positivo, no momento em que foi aceita por diferentes Constituições. Como instrumento que reduz o perigo de um órgão ignorar o campo preciso de sua atuação e ir além de suas atribuições, constitui dado essencial para fixar o relacionamento que deve ser traçado para as diversas estruturas estatais:

“Repartida la soberanía entre varios órganos, correspondiendo a distintos órganos dentro del Estado ejercitar la soberanía dentro de un mismo plano de igualdad, se puede obtener un equilibrio que se traduzca en un prudente ejercicio del poder, en un balance de poderes, en el que un poder sirva de freno y de control al otro” (24).

As vantagens da teoria exposta por MONTESQUIEU, apesar das modificações que foram apontadas em muitas de suas interpretações, são indiscutíveis, daí a sua aceitação pela maioria das Constituições dos Estados modernos, que, apesar de não aceitá-la de modo rígido, partiram para elaborações constitucionais que não abandonaram os pontos básicos formulados pelo pensador francês, mas atenderam à necessária flexibilidade, que ocasiona melhor funcionamento dos órgãos políticos. As precisões, moderações e integrações por que passou essa doutrina, através dos tempos, ocasionaram nos textos a sua adaptação às novas motivações constitucionais que estruturam o Estado:

“Por otra parte, al continuar el estudio de las modificaciones de la teoría de la división de poderes, debemos tomar en cuenta que existe no una división tajante entre ellos, como hemos visto exponer MONTESQUIEU, sino que, de acuerdo con la doctrina moderna, existe una flexibilidad en la separación de los poderes, para expresarlo con propiedad en el reparto de las competencias” (25).

(23) VEDEL, M. Georges, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, ob. cit., pp. 628, 629 e 630.

(24) PEREZ, Francisco Porrúa, *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969, 5.ª ed., p. 364.

(25) PEREZ, Francisco Porrúa, *Teoría del Estado*, ob. cit., p. 366.

O regime constitucional moderno, quando proclama a separação como indispensável à liberdade pública, vem assim entendendo-a de maneira limitada, sem acobertar uma interpretação exclusivista, que levaria essa distinção a não aceitar o menor vínculo de relacionamento entre esses órgãos. Um dos motivos que são apontados às constantes revisões da formulação de MONTESQUIEU é a concentração de poder que surge em determinados Estados contemporâneos, que têm gerado novos entendimentos acerca de uma possível reformulação em torno dessa doutrina (26).

Apesar da preocupação do autor em lhe dar vestes jurídicas, sua importância reside no haver elaborado um sistema de organização da atividade estatal de um regime democrático, assentado na liberdade dos cidadãos.

Diversas denominações são utilizadas para designar o princípio teorizado por MONTESQUIEU: *divisão de poderes*, *separação de poderes* ou *distinção de funções*.

FRANCO BASSI, que preferiu a expressão *separação de poderes*, afastando-se da opinião prevalente na juspublicística italiana, justifica com argumento de ordem histórica, que a doutrina francesa consagrou *séparation des pouvoirs*. Argumenta, ainda que, do ponto de vista puramente lógico-gramatical, a fórmula *separação de poderes* é mais eficaz do que *divisão de poderes*, que é mais idônea para exprimir o significado atual resultante da teoria de MONTESQUIEU.

A expressão não individualiza um conceito lógico, identifica uma noção histórica, que vem sendo interpretada, ou melhor, reinterpretada e considerada nas suas diversas acepções.

A teoria da separação dos poderes, apesar de opiniões de que a sua versão clássica está superada, passou a ser patrimônio da juspublicística moderna. Não é possível abandonar a discussão em torno da articulação do poder no âmbito da organização do Estado, principalmente tendo em conta que o princípio tornou-se uma exigência constitucional do grupo político emergente.

O princípio que, para CARL SCHMITT, se destina a assegurar a moderação e o controle de todos os órgãos de poder do Estado, no seu processo de constitucionalização, foi recebido pela Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição francesa de 1791, tendo em BOLINGBROKE um ativo divulgador. Em escritos de caráter polêmico e memoriais, mas sem explicação sistemática, em *The Craftsman*, referiu-se à teoria constitucional do equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos do Estado, através da garantia de um adequado sistema de contrapesos. Nesses trabalhos empregou expressões como: freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas recíprocas.

A variedade de expressões e de justificativas para o princípio geral da organização da distinção de poderes merece novos reparos, quando SCHMITT aceita que o enunciado mais geral é o que propõe como "distinção de poderes". Entende que *separação* significa um isolamento completo, que serve como pon-

(26) ROJAS, Andres Serra, *Teoria General del Estado*, Libreria de Manuel Porrúa, S.A., México, 1964, pp. 322 e ss.; CAMACHO, Miguel Galindo, *Teoria del Estado*, Editores Mexicanos Unidos, S.A., México, 1959, pp. 304 e ss.

to de partida da organização ulterior, com regulamentação posterior, que leva a algumas vinculações. Já a *divisão* significa uma distinção no seio de um dos vários poderes.

A teoria dos poderes vem sendo examinada sob diversos critérios ou ângulos, conforme prefere FRANCO BASSI, ao apresentar as várias opiniões da doutrina, no que toca à separação subjetiva de poderes e à separação objetiva das funções. Outra das dificuldades apontadas está na prospectiva estritamente jurídica e de qualificação mais política ou na tendência em reconhecer-se que a separação de poderes, inspiradora das Constituições modernas, transformou-se em princípio fundamental da organização do Estado.

Tida como importante para a teoria geral do direito, existem aqueles também que negaram seu aspecto jurídico, sustentando que seu valor no campo do direito não passa de uma determinante prática da estrutura institucional do Estado. Este tema constitui objeto de inúmeros estudos no campo da Ciência Política e da Ciência Jurídica. Deve ressaltar-se que os autores, ao tratarem da organização constitucional do Estado moderno, geralmente, não deixaram de apresentar a posição que têm, frente ao princípio da separação de poderes.

FRANCO BASSI, ao determinar as épocas que contribuíram para a formulação dessa teoria, apesar de reconhecer que somente no século XVIII tenha adquirido suficiente grau de teorização, aponta como primeira aplicação concreta no século precedente o Instrument of Government of Cromwell, de 1653. Essas indagações recuam a PLATÃO, ARISTÓTELES, POLÍBIO, CÍCERO, SANTO TOMÁS DE AQUINO, MARSÍLIO DE PÁDUA.

A formulação teórica de LOCKE está assentada na aceitação do jusnaturalismo, acompanhada da idéia de um estado de natureza, em que existia perfeita igualdade e liberdade. Sua teoria de poder do Estado, por sua origem contratualista, não surge absoluta, encontra limites nos direitos invioláveis do homem. Adquire aí maior relevo o aspecto substancial do limite interno do poder estatal do que a existência meramente instrumental da subdivisão através de uma pluralidade de órgãos.

Apesar dos precursores acima referidos, relaciona-se como autêntico criador do princípio político constitucional da separação dos poderes estatais o barão de MONTESQUIEU. Contido no Capítulo III, IV e sobretudo no VI, do Livro XI do *De l'Esprit des Lois*, publicado em 1748, com referências já no Capítulo IV, do Livro II, surge aí a mais sedimentada formulação das idéias que consolidaram o princípio.

O valor político, e sobretudo jurídico, à luz das múltiplas interpretações fornecidas pela juspublicística, determinou as tendências predominantes no exame da doutrina. Originariamente, o conteúdo preferentemente político dominou, ocorreu, depois, a preocupação do autor em controlar o ilimitado poder da monarquia absoluta e em salvaguardar a liberdade do cidadão, no confronto com o Estado.

Esses pressupostos levam FRANCO BASSI a assinalar dois momentos lógicos distintos e sucessivos. Na primeira fase, surge a oportunidade de se proceder a um fracionamento da autoridade estatal e depois o reconhecimento da ne-

cessidade de determinar a forma como deverá ocorrer. No primeiro momento atende-se às questões políticas e, na segunda etapa, recorre-se ao caráter estritamente instrumental, que atinge a problemática jurídica.

A importância do princípio residiu na possibilidade da elaboração de um Estado que surge com atividades limitadas. O Estado ideal, delineado em *De l'Esprit de Lois*, é visto pelos pronunciamentos tradicionais no seu significado rigoroso, desde que chegam a ver os três poderes como iguais, independentes e autônomos em suas relações recíprocas.

A noção tradicional do princípio da separação de poderes teve uma progressiva influência na problemática do Estado moderno, daí a constância como passou a ser examinada pelos publicistas (27).

A publicística contemporânea prefere consagrar a expressão "funções fundamentais do Estado". Mesmo aí consagra a referência a MONTESQUIEU. A teoria das suas atividades conduzem a um conhecimento mais amplo, que levará à necessidade do conhecimento das funções essenciais do mesmo. As distintas divisões que têm um caráter científico tomam por base o conhecimento da época em que as doutrinas foram formuladas.

Para JELLINEK a distinção mais fecunda e científica entre as funções do Estado é a que surge do reconhecimento da oposição em que se encontram determinados membros do mesmo.

A classificação dos conteúdos das funções do Estado nas distintas ordens da administração não é uma divisão daquelas.

A teoria da separação dos poderes foi rechaçada pela ciência jurídica alemã, que aceitou a teoria da divisão tripartida das funções do Estado, que em muitos pontos é formulada de maneira diferente daquela feita por MONTESQUIEU e seus continuadores. A separação das funções corresponde à divisão do trabalho entre os órgãos. Existe a necessidade de se separarem as funções em materiais e formais, distinguindo as grandes direções da atividade do Estado e as de determinados grupos de órgãos. Não é possível a identificação entre a atividade do órgão e a função do Estado, como querem muitos. As funções materiais do Estado surgem da relação entre a atividade do mesmo e seus fins. As funções materiais do Estado são: legislação, jurisdição e administração. De acordo com a distinção das funções normais, divididas em atos particulares do Estado, segundo o conteúdo, em leis, atos administrativos e decisões judiciais. As leis e as decisões judiciais têm o caráter de atos de império. A primeira ordena uma regra jurídica, a segunda aponta um caso concreto sob a norma abstrata e decide.

As funções materiais estão distribuídas entre os distintos gêneros de órgãos relativamente independentes uns dos outros. A separação das funções corresponde à separação dos órgãos, mas esta separação não é absoluta.

(27) BASSI, Franco, "Il Principio della Separazione dei Poteri (evoluzione problematica)", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1965, Ano XV, nº 1, janeiro/março, 1965, pp. 17 e ss.

Existe uma oposição com as funções formais, que são exercidas pelos órgãos legislativo, administrativo e judicial. De acordo com este aspecto formal, as manifestações das atividades do Estado surgem em atos formais de legislação, administração e justiça. Para JELLINEK não coincide a oposição material da legislação, administração e jurisdição com a atividade formal de seus respectivos órgãos.

A teoria constitucional franco-americana vê na separação das funções formais a melhor garantia do exercício legal do poder do Estado, dando em consequência a liberdade política dos cidadãos. Os poderes formam entre si uma rede em que se entrelaçam uns com os outros, influenciando-se mutuamente como regulador. A formação normal das funções formais opera-se pelo sistema de *checks and balances* (28).

O princípio da separação de poderes, de princípio político, na forma entendida por MONTESQUIEU, que serviu de base para garantia da liberdade individual, transformou-se, na dogmática moderna, em critério jurídico de organização do Estado, através de seus órgãos com a respectiva competência.

Apesar da regra normal de que a cada órgão ou grupo determinado de órgãos deve ser atribuída uma única e típica função, não impede que, de maneira excepcional e subsidiária, possam esses órgãos exercer uma função diversa.

Denomina-se função jurisdicional aquela atividade do Estado destinada a tutelar a ordem jurídica, obtendo em casos concretos a declaração do direito e a observância da norma jurídica preconstituída, mediante a resolução das controvérsias, que como conflitos de interesses surgiram tanto entre particulares quanto entre particulares e entes públicos, mediante a atuação coativa das sentenças. A declaração do direito e a observação da lei são obtidas por meio do processo, que constitui o complexo de coordenadas visando a provocar a atuação da vontade concreta da lei, por intermédio dos órgãos da jurisdição, relativamente a um bem que o autor pretende seja garantido pela lei.

Para GROPPALI é errada a identificação do Poder Jurisdicional com o Poder Executivo, porque ambos dão provimento à execução da lei. Também não aceita a similitude com o Poder Legislativo, quando alguns pretendem que o juiz, algumas vezes, é solicitado a criar a norma a ser aplicada. Para o publicista italiano a Constituição tem dado pouca atenção à função jurisdicional, deixando que leis especiais disciplinem esta atividade (29).

A primeira classificação, que se costuma dizer material ou substancial, visa ao conteúdo do poder, reduz todas as manifestações de poder em três

(28) G. JELLINEK — V. E. ORLANDO, *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*, Dott. T. Giuffrè — Editore, Milão, 1949, trad. italiana da 3.ª ed. alemã de Dott. Modestino Petrozziello.

(29) GROPPALI, Alessandro, *Dottrina dello Stato*, Droit. A. Giuffrè — Editore, Milão, 1952, 8.ª ed., pp. 160 a 180.

funções. Esta tripartição, considerada como aspectos do poder do governo, deve ser entendida no sentido de que são abstratamente distintas, mas não se pode deixar de reconhecer que os atos em que se manifestam têm, às vezes, caráter misto, por não pertencerem inteira e exclusivamente a uma das funções.

Ao lado da classificação material, existe a orgânica ou institucional, desde que as atividades são realizadas através de órgãos.

As funções podem ser classificadas quanto às formas que revestem seus atos. Para SANTI ROMANO a classificação formal coincide com a institucional, em muitos de seus aspectos (30).

A doutrina pura do direito de HANS Kelsen, que assenta sobre a construção em degraus (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico, introduziu uma dicotomia entre legislação (*legis datio*) e execução (*legis executio*).

Para Kelsen a separação de poderes designa um princípio de organização política, em que se pressupõe que os mesmos podem ser determinados como três funções coordenadas do Estado, em que é possível definir as linhas que as separam.

Criticando a teoria, afirma Kelsen que as funções fundamentais do Estado não são três, mas duas: criação e aplicação da lei (execução), funções que não são coordenadas, mas sub e supra-ordenadas. Não é possível definir as linhas que separam estas funções entre si, desde que a distinção entre criação e aplicação do direito que serve de base ao dualismo, Poder Legislativo e Poder Executivo, tem apenas um caráter relativo, pois em sua maioria os atos do Estado são ao mesmo tempo atos de criação e de aplicação do direito.

A legislação compreende a criação das normas jurídicas gerais. As Constituições que consagram o princípio da separação de poderes autorizam o Chefe do Executivo a expedir normas gerais em lugar do órgão legislativo, muitas vezes sem autorização especial do mesmo órgão, em ocasiões especiais. Às vezes, a competência legislativa concedida ao Chefe do Poder Executivo é ampla. O Chefe do Executivo exercita função legislativa quando tem o direito de veto de evitar que normas aprovadas pelo órgão legislativo se convertam em leis.

Os tribunais realizam função legislativa quando estão autorizados a declarar leis inconstitucionais. Considera Kelsen que é função legislativa aquela decisão em caso concreto que se converte em precedente para resolução de outros casos similares. Com esta competência, o tribunal cria uma norma geral que se encontra no mesmo nível das leis que procedem do órgão legislativo.

A separação do Poder Judicial do Poder Executivo só é possível de maneira limitada. A separação restrita dos poderes é impraticável, pois os tipos de atividades usualmente designados por estes termos não implicam funções

(30) SANTI ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, trad. de MARIA HELENA DINIZ, pp. 224 a 232.

essencialmente distintas. A função judicial é executiva, no mesmo sentido que a função que ordinariamente designa esta palavra (31).

A autoridade única, seja individualizada ou colegiada, constitui para os governados permanente risco de arbitrariedade. Conforme assinala BURDEAU, quando um órgão passa a ser o detentor exclusivo do poder estatal, terá este fins contrários aos interesses da coletividade. O risco apontado é corrigido pela distribuição das prerrogativas do poder público entre órgãos distintos.

A doutrina da função do Estado, de BURDEAU, no que se refere a um confronto com a fórmula de MONTESQUIEU, apresenta pontos discutíveis. Ao partir da noção de função e de suas finalidades, através da aceitação do caráter meramente instrumental da mesma, rejeita a tricotomia clássica para chegar à aceitação da bipartição. A função que se concretiza na decisão opera-se através da decisão do governo, ao passo que esta opera-se através da função administrativa. Esta exposição parte da afirmativa de que a teoria e a prática da separação de poderes são formuladas por meio de elementos, que propiciam um fracionamento da autoridade e o critério sobre o qual será efetuado.

A repartição das prerrogativas estatais, calculadas sobre a distinção das funções do Estado, dá a entender que a multiplicidade de atuações é que justifica a divisão de poder. Para BURDEAU, deve-se restituir à idéia de divisão de poder sua plena independência da teoria das funções, pois entende que a classificação delas remonta à antiguidade, ao passo que a repartição foi posterior. Diversas modalidades de repartição funcional de competências revelam que a divisão de poder foi efetivada em todos os Estados liberais.

Nenhuma das componentes da teoria constitucional é tão lembrada como aquela que consagra a repartição da totalidade da atividade estatal por via das três funções. Entretanto, para BURDEAU existem essencialmente duas funções no Estado. A primeira ocorre quando o poder estatal, em toda a sua plenitude criadora, autônoma e independente, realiza a função governamental. A outra revela-se através de um poder derivado, secundário e subordinado, que é a função administrativa (32).

A dicotomia fundamental da distribuição e concentração do exercício do poder político leva LOEWENSTEIN ao exame do dogma político que ele considera como fundamento do constitucionalismo moderno: a separação de poderes.

A separação de poderes não é mais do que o reconhecimento de que uma parte do Estado tem que cumprir determinadas funções, decorrentes do problema técnico da divisão de trabalho, sendo que os destinatários do poder são beneficiados se elas são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos*

(31) KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitária, México, 1950, trad. de EDUARDO GARCIA MAYNEZ, pp. 268 e ss.; *idem*, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, S. A. México, 1951, trad. de LUIS LEGAZ LACAMBRA, pp. 335 e ss.

(32) BURDEAU, Georges, "Remarques sur la Classification des Fonctions Étatiques", *Revue du Droit Public*, 1945; *idem*, *Traité de Science Politique. Régimes Politiques*, Tomo IV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp. 292 e ss.; *idem* *Précis de Droit Constitutionnel*, pp. 406 e ss.

ideológico da teoria da separação de poderes. A separação de poderes é uma forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político. A designação errônea de separação dos poderes estatais na realidade não passa de uma distribuição de determinadas funções estatais por órgãos diferentes. O conceito de *poderes* deve ser entendido neste contexto de maneira figurativa, daí que prefere falar em *separação de funções* em lugar de separação de poderes (33).

Numa demonstração das particularidades que surgem em torno do entendimento dessa doutrina, GEOFFREY MARSHALL diz que a expressão separação de poderes é uma das mais confusas do vocabulário político e constitucional, pois vem sendo usada com variadas implicações.

Ao apreciar as formas da separação, entende que ela agrupa diversas idéias coincidentes que não são sinônimas, mas apresentam pontos comuns como ocorre com distribuição, diferenciação, isoladamente e confrontação.

Nem todos os regimes apresentam a mesma forma de relacionamento entre os órgãos que se ocupam de certas atividades do Estado. O posicionamento que surge entre o Legislativo e o Judiciário é apresentado como o mais crucial para o sistema constitucional. Exemplificando com a Inglaterra, GEOFFREY MARSHALL assinala que há uma concentração do poder formal no Legislativo, que de certa maneira surge como superior ao Executivo e Judicial, na estruturação dos órgãos do governo. Reconhece, ainda, que em outros sistemas constitucionais percebe-se mais uma separação de poderes do que uma concentração (34).

Várias implicações decorrem do funcionamento das estruturas de poder, desde que apresentam particularidades que variam de conformidade com as interpretações que ocorrem com este princípio constitucional.

Dentre esses entendimentos o princípio é essencial à determinação do Estado liberal. Este funciona sob uma dupla separação: separação entre a sociedade civil e o Estado, considerada como *separação externa* e separação de poderes no Estado ou *separação interna*. Tido como dado simétrico na estrutura do Estado liberal, postula mais do que simples técnica de trabalho na conduta dos negócios públicos. Trata-se de uma obrigação de que as diversas funções do Estado sejam asseguradas por órgãos independentes uns dos outros, autônomos na sua designação e funcionamento.

As implicações teóricas e políticas deste princípio de organização, apesar das críticas que lhe são feitas ou das referências ao mesmo como um mito ou idéia-força, surgem a todo momento, com incursões constantes à obra de MONTESQUIEU:

“Il faut remarquer qu'une lecture attentive du texte de MONTESQUIEU ne fait nullement apparaître un principe de séparation des

(33) LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed. trad. de ALFREDO GALLEGÓ ANABITARTE, pp. 54 a 56.

(34) MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, at the Clarendon Press, Oxford, 1971, pp. 97 e ss.

pouvoirs, mais, bien au contraire, celui de la collaboration étroite des pouvoirs entre eux. Les exemples sont nombreux qui montrent comment un acte politique est en réalité le fruit de l'activité de plusieurs organes dans l'État" (35).

Este crítico do Direito Constitucional assinala que nenhum sistema liberal praticou uma estrita separação de poderes, desde que a concebe impossível no plano jurídico. Essa impossibilidade levou a que todas as Constituições políticas procurassem organizar, da melhor maneira possível, a natureza e as modalidades das relações entre as diferentes funções exercidas pelo Estado.

As teorias clássicas têm permitido ambigüidades de linguagem e de pensamento, daí as leituras possíveis que levam a interpretações discordantes ou variáveis com a época. Uma primeira e fundamental leitura de MONTESQUIEU, considerada como a mais tradicional, feita por CARRÉ DE MALBERG. Nos nossos tempos, outra leitura, também liberal, chega a conclusões bem diferentes e propõe outra imagem da separação.

RAYMOND ARON admite que a idéia essencial de MONTESQUIEU não é a separação dos poderes no sentido jurídico, mas um equilíbrio de poderes sociais, condição da liberdade política. Expõe uma concepção da constituição de Estados moderados e livres, que instituem o equilíbrio de poderes sociais como condição da liberdade (36).

Pelo levantamento dos autores de manuais, duas conseqüências jurídicas podem ser tiradas da teoria da separação de poderes: a especialização e a independência. A especialização funcional significa que os órgãos instituídos são especializados em determinada função. Os limites desse entendimento estão em que cada função não é monopolizada por um órgão, mas muitos podem participar da mesma. A independência orgânica torna-se necessária para que o poder não seja concentrado nas mãos de um só órgão; é preciso dividir em *poderes* concorrentes representados por órgãos independentes uns dos outros em suas relações.

MICHEL MIALLE vê o equilíbrio dos poderes como equilíbrio das forças sociais, quando examina o projeto de MONTESQUIEU e a natureza da pretendida separação. Esta compreensão não vê na idéia de separação dos poderes uma repartição, mas um sistema engenhoso que na realidade beneficia certo grupo. Apesar de reconhecê-lo como ponto central das instituições, encara-o como um artifício (37).

(35) MIALLE, Michel, *L'État du Droit, Introduction à une Critique du Droit Constitutionnel*, François Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1978, pp. 87, 95, 96.

(36) ARON, Raymond, *Les Étapes de la Pensée Sociologique*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 1967, p. 40; EISENMANN, Ch., *L'Esprit des Lois et la Séparation des Pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1953, pp. 190 e ss.

(37) MIALLE, Michel, *L'État du Droit*, ob. cit., pp. 217 e 218.

Várias deduções ocorrem quando atentamos para definir a contribuição e as conseqüências da teoria da separação de poderes na evolução das instituições políticas. HERMAN FINER lembra que a utilidade política do relacionamento entre os poderes não depende apenas de sua natureza, mas da mentalidade e procedimento daquele que o exerce. Considera como seu objetivo a defesa de valores espirituais e materiais acerca do controle do governo, no que depende em grande parte das circunstâncias que favorecem a sua aplicação (38).

As explicações em torno do assunto e as críticas que lhe são apresentadas não acarretam o abandono da terminologia tradicional. Chega-se a afirmar a independência e a harmonia teórica dos poderes, bem como, em princípio, a predominância de qualquer deles. A forma do exercício de cada um deles pode levar à preponderância, desde que a atuação de um deles possa superar a dos outros ou não se procure agir com a intensidade que seria própria:

“Antes de entrarmos no assunto, convém atendermos ao seguinte: um conceito é o de distinção das funções do Estado em função legislativa, função executiva e função judiciária; outro o de separação absoluta dos poderes segundo tal critério distintivo. Quer se adote o princípio da separação absoluta, quer não se adote, a distinção existe, porque é de ordem fática, isto é, pertence à natureza dos fatos da vida social” (39).

PAULO BONAVIDES, no título sobre a queda de um dogma, apresenta a separação de poderes como esteio sagrado do liberalismo. Nesse estudo examina a influência que o princípio alcançou nas diversas etapas do constitucionalismo, para ressaltar aspectos de sua sobrevivência no Estado social. Apontando a fase de seu apogeu como base da organização política do Estado liberal-democrático, mostra as transformações ocorridas em relação ao mesmo:

“Esse princípio, que nas origens de sua formulação foi talvez o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos da lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política, já não oferece em nossos dias o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental” (40).

Esse publicista aponta o papel histórico que o princípio representou. Conclui que a separação de poderes como técnica em declínio, em vista de separação gradual, determinada por novos modos de equilíbrio político, não está apenas assentada em justificativas formais de proteção aos direitos individuais. Cumpriu sua missão.

(38) FINER, Herman, *The Theory and Practice of Modern Government*, Methuen & Co. Ltd., Londres, 1954, pp. 94 e 99.

(39) MIRANDA, Pontes de, “Independência e Harmonia dos Poderes”, *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 20, abril/junho 1972, pp. 9 e ss.

(40) BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Edição Saraiva, São Paulo, 1961, p. 36.

No que diz respeito à origem e justificação da doutrina da divisão de poderes, aceita sua importância histórica e a sua conveniência, através da exposição dos fatores que contribuíram para sua explicação e o ambiente que propiciou a sua concretização:

“Mas essa divisão não se prende apenas a uma racionalização doutrinária, à maneira do que fez MONTESQUIEU para a França, quando elaborou as bases teóricas do princípio, a saber, em observações colhidas na vida constitucional inglesa, sem embargo de a crítica dos tratadistas haver subsequenteemente comprovado o engano do ínclito filósofo liberal, engano que, segundo certo autor, foi “o mais fecundo” de que há notícia na história das políticas da humanidade, por haver permitido o advento do constitucionalismo democrático” (41).

Entendendo-a como técnica de limitação do poder ou arma de combate aos sistemas tradicionais de opressão política, BONAVIDES percebe, entretanto, que ela contribuiu para a limitação máxima dos fins do Estado. O Estado social fez crescer os fins do Estado, pelo que entende ser o princípio de MONTESQUIEU favorável à diminuição e não ao alargamento dos seus fins, circunstância que determinou o recuo ou o abandono desse princípio na doutrina moderna.

Na apresentação dos corretivos à técnica separatista, verifica que técnicas existem, como desmentido à teoria da separação de poderes na sua interpretação rigorosa:

“O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que se impôs ao referido princípio, como decorrência até certo ponto empírica da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de MONTESQUIEU (42).

Institutos provenientes da impossibilidade de manter os poderes afastados propiciaram a maior intercomunicação dos poderes, solidariedade que corrige no Estado democrático moderno o melhor entrosamento entre o indivíduo e as garantias que lhes são ampliadas no elenco constitucional e nos remédios favoráveis à sua efetivação.

O princípio que para DEL VECCHIO foi impropriamente denominado da *divisão dos poderes*, pois com maior rigor deveria chamar de *distinção das funções*, constitui, ainda hoje, motivo para profundas discussões, mesmo para aqueles que procuram afastá-lo da análise do constitucionalismo moderno. Não se pode negar que a repartição do poder do Estado, com distinções precisas, teve grande significação técnica e valor jurídico, ao mesmo tempo que propiciou a demarcação de limites inerentes a cada um dos órgãos e permitiu ações legais reparadoras nos casos de transgressão (43).

(41) BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, ob. cit., p. 43.

(42) BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, ob. cit., p. 51.

(43) VECCHIO, Giorgio Del, *Teoría del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956, trad. de EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ, pp. 139 e ss.

O controle de constitucionalidade de leis municipais

FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA

Procuradora do Estado de São Paulo.
Mestre em Direito Constitucional pela
USP. Professora Assistente da USP.

SUMÁRIO

1. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O controle de constitucionalidade por via de ação na Constituição federal. Ação direta interventiva e ação direta genérica. 3. Competência dos Estados para instituir mecanismos de defesa das respectivas Constituições. 4. A defesa da Constituição federal pelos Estados, no que respeita a leis e atos municipais contrários à Lei Maior. 5. Posição da doutrina sobre o problema. 6. Orientação jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul. 7. Orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 8. Inconvenientes da orientação do Supremo Tribunal Federal. 9. Proposta de inclusão de dispositivo na Constituição federal, autorizando o controle de constitucionalidade, em tese, dos atos legislativos municipais. 10. Conclusões.

1. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

No direito brasileiro, como é sabido, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, realizado sempre jurisdicionalmente, pode ser provocado de dois modos: por via de exceção ou por via de ação.

No primeiro caso, ou seja, quando a alegação de inconstitucionalidade apresenta-se como fundamento de defesa, a escusar o não-cumprimento de ato inconstitucional, o controle obedece ao critério de jurisdição difusa

deferindo-se a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da incompatibilidade do ato com a norma de grau superior que é a Constituição.

No segundo caso, ou seja, quando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato, em tese, desvinculado de qualquer lesão de direito individual, é o próprio objeto do pedido, o controle se faz pelo método da jurisdição concentrada, outorgando-se a um único órgão judicante o reconhecimento da inconstitucionalidade, por provocação de quem, constitucionalmente, detiver a titularidade da ação direta.

2. O controle de constitucionalidade por via de ação na Constituição federal

O controle por via de ação, cuja grande vantagem é a de pôr cobro, de vez, à discussão sobre a inconstitucionalidade, estabelecendo a certeza do direito em um único julgado, que produzirá efeitos *erga omnes*, foi adotado pelo constituinte federal, através da privisão da chamada ação direta interventiva (art. 11, § 1º, alínea c, da Constituição vigente) e da ação direta genérica (art. 119, inciso I, alínea l).

Para o conhecimento e julgamento de uma e outra, competente é o Supremo Tribunal Federal. Para sua propositura, legitimado é o Procurador-Geral da República.

Diferem as duas modalidades de ações.

A ação genérica não apresenta outra finalidade que a de obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato federal ou estadual, em tese, para eliminar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical verificada entre a norma impugnada e a Constituição.

Já na ação interventiva, a declaração de inconstitucionalidade não se busca apenas para afastar a aplicação de norma estadual viciada, mas também com vistas a uma eventual intervenção da União no Estado-Membro que não houver observado os princípios fundamentais contidos no artigo 10, VII. Isto porque, nestes casos, a intervenção somente se justifica se, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a representação do Procurador-Geral da República, a suspensão do ato inconstitucional pelo Presidente da República não bastar para o restabelecimento da normalidade.

O que cumpre, porém, nesta altura, frisar é que nem a ação direta interventiva, prevista no artigo 11, § 1º c, nem a ação direta genérica contemplada no artigo 119, I, l, se prestam à defesa da Constituição federal contra leis ou atos normativos municipais.

Na primeira hipótese, a ação se dirige a leis e atos estaduais que firam princípios da Carta Magna; na segunda, a leis e atos federais e estaduais que a contrariem.

Com relação a leis e atos municipais a única previsão constitucional é a que se encontra no art. 15, § 3º, alínea d, onde se autoriza a intervenção do Estado-Membro no Município, quando o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local, para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, e não bastar, para o restabelecimento da normalidade, a suspensão do ato impugnado por decreto do Governador.

Cuida-se aí, porém, de ação interventiva que visa, não mais à preservação da Constituição federal, mas antes à defesa da Constituição estadual, o que se impõe no regime federativo.

3. Competência dos Estados para instituir mecanismos de defesa das respectivas Constituições

De fato, como conclui, com propriedade, JOSÉ AFONSO DA SILVA — depois de demonstrar que os princípios sobre rigidez, supremacia e defesa da Constituição podem e devem ser transpostos do plano federal para o plano dos Estados-Membros —, assiste a cada um destes o direito inafastável de criar o sistema de defesa das respectivas Constituições.

“Trata-se — na lição do eminente publicista — de assunto de inteira competência estadual, que integra o princípio da autonomia federativa, e é de tal ordem que se poderá dizer inexistir federação onde ela porventura seja tolhida” (“Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Municipal”, em **Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese**, S. Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 79 e segs.).

Caberia, no entanto, indagar se, ao estabelecer o controle de constitucionalidade a nível estadual, poderiam os Estados, silente a Constituição da República, estender dito controle também a atos e leis municipais conflitantes com a Lei Suprema.

4. A defesa da Constituição federal pelos Estados, no que respeita a leis e atos municipais contrários à Lei Maior

A questão veio a ser amplamente examinada no Estado de São Paulo, na ocasião em que, pioneiramente, a Procuradoria-Geral do Estado, então

sob o comando da Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, começou a ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, com fundamento no parágrafo único do artigo 51 e no artigo 54, I, I, da Constituição paulista, a seguir transcritos:

“Artigo 51 —

Parágrafo único — Compete ao Procurador-Geral do Estado, além de outras atribuições conferidas por lei, representar ao Tribunal competente sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais por determinação do Governador ou solicitação do Prefeito ou Presidente da Câmara interessado, respectivamente.

Artigo 54 — Compete ao Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar originariamente:

.....

e) as representações sobre inconstitucionalidade e intervenção em Município, nos termos desta Constituição.”

5. Posição da doutrina sobre o problema

Em pareceres de não menos que seis notáveis juristas, chamados a opinar sobre a constitucionalidade dos mencionados dispositivos da Carta Política paulista, proclamou-se, sem controvérsia, a inexistência de qualquer eiva de inconstitucionalidade a maculá-los, quer no que se refere à criação do mecanismo de defesa neles previsto; quer no que respeita à titularidade da ação direta e à competência para conhecê-la e julgá-la; quer quanto à estruturação, pelo próprio Estado, dos meios processuais hábeis a viabilizar seu ajuizamento; quer, por fim, quanto à possibilidade de o Estado declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal conflitante com a Constituição federal.

Referimo-nos aos pareceres da lavra da Prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER, do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, do Prof. DALMO DE ABREU DALLARI, do Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS, do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e do Prof. GALENO LACERDA, reunidos os quatro primeiros no livro **Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese**, publicado pelo Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, e insertos os dois últimos na Revista da mesma Procuradoria, vol. 16, junho de 1980.

O pensamento destes conceituados mestres, no que respeita, especificamente, à argüição, perante a Justiça estadual, da inconstitucionalidade de leis e atos municipais desconformes com a Carta Magna, bem o resume JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tecer as seguintes considerações, a partir do dever que têm os Estados-Membros de observar e fazer observar a Constituição federal nos limites de seu território:

“Se é dever deles, sob pena de intervenção, prover à execução de lei federal (Constituição federal, art. 10, VI), como é possível sustentar que o cumprimento da Constituição, previsto no artigo 8º, XVII, a, não pode ser provido pelos Estados por ser de competência legislativa exclusiva da União? Os Estados são obrigados a prover a execução (o cumprimento, portanto) das leis federais, e não podem prover o cumprimento (a execução, portanto) da lei das leis federais, que é a Constituição federal? Por outro lado, a expressão legislar sobre o cumprimento desta Constituição, consubstanciada no seu artigo 8º, XVII, a, envolve também as medidas de defesa e guarda da Constituição? Certamente que não. E é evidente, sob pena de intervenção, que aos Estados corre o dever de prover sobre a execução (ou cumprimento) da Constituição federal, e um dos modos eficientes de cumpri-la é defendê-la contra leis e atos inconstitucionais.

39. Pode-se até supor, logicamente, que o constituinte federal não incluiu, no objeto de representação de inconstitucionalidade, as leis e atos municipais pela dupla consideração de que essas leis e atos atuam na órbita das Constituições estaduais e de que, sendo os Municípios entidades intra-estaduais, cumpria aos respectivos Estados, dentro de sua autonomia, prover sobre sistema de defesa de ambas as esferas constitucionais: a estadual e federal. Não se lhes impõe o dever de instituir tal sistema, mas se lhes reconhece poder e conveniência para tanto. Pode ser considerado contrário à Constituição federal um sistema que vise defendê-la e guardá-la, mediante a atuação jurisdicional? Constituirá desrespeito à autonomia do Município prover um sistema de controle de suas leis e atos por infringência da Constituição federal, desde que se trate de controle jurisdicional, considerando ainda mais que a jurisdição não é estadual, porque é nacional, embora exercida por órgão do Poder Judiciário do Estado? E considerando ainda que esse Poder Judiciário é o mesmo que tem competência para decidir controvérsias municipais, por que os Municípios não possuem órgãos judiciários próprios?” (Ob. cit., págs. 103/104).

Em defesa da mesma tese, e chegando a idêntica conclusão, a partir da interpretação do art. 119, I, I, da Lei Fundamental, esclarece, de sua vez, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que

“... a norma hoje constante do art. 119, I, I, da Constituição federal não significa que só atos normativos ou leis federais e estaduais estão sujeitos a serem impugnados em ação direta de inconstitucionalidade. Quer dizer que apenas esses atos federais e estaduais o haverão de ser, necessariamente, perante o Supremo Tribunal Federal e por meio de representação do Procurador-Geral da República. É preciso não olvidar que o artigo 119 regula a competência do Supremo Tribunal Federal e o seu item I a competência originária deste.

De modo algum, essa norma pode ser interpretada como excluindo a possibilidade de ação direta contra ato legislativo municipal em tese perante Tribunal estadual. Reitere-se, dispõe tão-somente que esse caso não pertence aos da competência originária do Supremo Tribunal Federal. E não é difícil determinar por quê. O Supremo Tribunal Federal não é apenas um tribunal constitucional. Não tem de absorver *ab initio* todas as questões de constitucionalidade. Só as mais relevantes. E neste rol não estão as levantadas pela legislação municipal.

Seria, entretanto, absurdo que, prevendo-se um controle direto para leis federais e estaduais, os atos municipais somente fossem fulminados por inconstitucionalidade por via de exceção. As leis de esferas superiores podem ser atacadas frontalmente, as leis da mais humilde de todas, jamais. O Legislativo federal, o Legislativo estadual não seriam afrontados pelo controle direto, mas o municipal, sim, estaria afrontado se o direito estadual o previsse ...” (“Constitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo”, in **RPGE**, vol. 16, págs. 399/400).

6. Orientação jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul

Acompanhando o ensinamento pacífico da doutrina, o Tribunal de Justiça de São Paulo — como já o fizera o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mesmo inexistindo na Constituição gaúcha dispositivos como os arts. 51, parágrafo único, e 54, da Constituição paulista — iterativamente proclamou ser legítima a previsão, pela Carta Política estadual, de representação de inconstitucionalidade de lei municipal, em tese, diante

do ordenamento constitucional do Estado, bem assim diante da Constituição da República.

Neste sentido, v.g., os acórdãos proferidos pelo Tribunal paulista, quando do julgamento das Representações de Inconstitucionalidade n.ºs 257.605; 261.928; 261.929 e 141-0, e os proferidos pelo Tribunal gaúcho, a propósito das Representações n.ºs 19.522; 21.430 e 21.431.

7. Orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Para surpresa dos meios jurídicos, entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem de assumir posição contrária, declarando inexistir no direito brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição federal.

Por primeira vez sustentou a mais alta Corte de Justiça esta tese ao julgar o RE nº 91.740/80-RS, considerando inadmissível o procedimento adotado no Rio Grande do Sul, onde se legitimava o Procurador-Geral da Justiça para propor e o Tribunal de Justiça para conhecer e julgar representações relativas à inconstitucionalidade de ato legislativo municipal colidente com a Carta Magna.

Nos votos então proferidos pelos Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE e MOREIRA ALVES, encontra-se a argumentação com base na qual, por unanimidade, sufragou o Supremo o entendimento supra-referido.

Lê-se no voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

“Ora, tal representação, destinada à arguição, em tese, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, fundada em contrariedade a preceitos da Constituição federal, tal representação, repito, não está autorizada pelo nosso sistema constitucional ou processual. E cumpriria, como é óbvio, que estivesse, à vista do caráter excepcional da representação de inconstitucionalidade, que é instrumento singularíssimo de controle *in abstracto* da constitucionalidade das leis.

Com efeito, o que a Constituição permite — graças à inovação que a Emenda nº 1/69 introduziu no art. 51, § 3º, letra d, da redação que lhe deu — é que o chefe do Ministério Público estadual represente ao Tribunal de Justiça do Estado, para fins de intervenção estadual nos Municípios, acerca da inconstitucionalidade, à luz da Constituição estadual, de atos municipais. É isso, e somente isso.

A arguição de inconstitucionalidade em tese, por contrariedade à Constituição federal, esta só a permite em relação a lei ou ato normativo federal ou estadual, como se vê do seu art. 119, I, letra I. Lei ou ato normativo municipal, que acaso colida com a Constituição federal, só pode ser objeto do contencioso constitucional **in concreto**.”

Endossando o mesmo ponto de vista, afirma de sua parte o Ministro MOREIRA ALVES:

“... o controle de constitucionalidade **in abstracto** (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o **incidenter tantum**) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição federal que possa ser preenchida — principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para a preservação da obediência dela por norma supletiva de Constituição estadual. Se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição federal, como admitir-se que as Constituições estaduais, sob o pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?”

A mesma orientação foi mantida pelo Supremo quando do julgamento do RE nº 93.088-SP, declarando-se inconstitucional o art. 54, I, e, da Constituição paulista, relativamente às expressões “inconstitucionalidade e”. Vale dizer, considerou-se incompetente o Tribunal de Justiça para conhecer e julgar representações sobre inconstitucionalidade, exceto na hipótese das ações diretas interventivas.

Fornecem os pareceres antes referidos argumentos de peso que permitem rebater a tese firmada pelo Supremo. A reprodução dos mesmos implicaria, contudo, em dar a este trabalho extensão maior do que a recomendável. Limitamo-nos, pois, a lembrar que no parecer do Prof. MA-NOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO há elementos que afastam a objeção relativa à pretensa infringência ao princípio da separação de poderes e invalidam a invocação da natureza política do controle; no parecer do Prof. GALENO LACERDA, elementos que demonstram a viabilidade de

preencher-se, por interpretação teleológica e sistemática, a lacuna existente na Constituição federal; no parecer da Prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER elementos para superar o problema da competência recursal do Supremo.

8. Inconvenientes da orientação do Supremo Tribunal Federal

O fato, porém, é que, a consolidar-se a orientação jurisprudencial que ora se delinea, o debate doutrinário não terá o condão de elidir as danosas conseqüências que dela advirão.

Pois é certo que, na medida em que não mais reconhecer o Judiciário a validade da ação direta genérica de inconstitucionalidade de leis municipais, numerosíssimos atos legislativos editados pelos Municípios, em desacordo com os princípios e preceitos da Constituição, produzirão seus efeitos, ficando a proclamação de sua inconstitucionalidade na dependência de ser a mesma suscitada, em casos concretos, por via de exceção. Com o inconveniente de não se extirpar desde logo do ordenamento jurídico a lei viciada, que apenas não terá aplicação entre as partes da demanda, podendo prevalecer nas demais relações jurídicas.

Sem contar, de outra parte, que no Estado de São Paulo, por exemplo, havendo o Supremo considerado incompetente o Tribunal de Justiça para conhecer e julgar representações de inconstitucionalidade, salvo as interventivas, eliminada ficou a possibilidade de se prover à defesa, não só da Constituição federal contra leis municipais, como também a da Constituição estadual contra leis estaduais e municipais.

9. Proposta de inclusão de dispositivo na Constituição federal, autorizando o controle de constitucionalidade, em tese, dos atos legislativos municipais

Isto posto, e para cortar o mal pela raiz, é que nos parece oportuno dar assento constitucional a preceito que permita, expressamente, aos Estados, a par da utilização da ação direta genérica de inconstitucionalidade, para invalidar leis e atos estaduais e municipais conflitantes com as respectivas Constituições, a utilização do mesmo remédio jurídico, para invalidar atos municipais contrários à Constituição federal.

Sugere-se, neste sentido, acrescentar ao art. 13 da Lei Maior parágrafo com a seguinte redação:

“§ — Compete aos Estados argüir, perante o Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais contrários à Constituição estadual, e a inconstitucionalidade de leis ou atos municipais contrários a esta Constituição.”

Cumpre lembrar, por fim, que, visando a obviar o impasse criado, na espécie, pelo Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre apresentou, no VIII Encontro Nacional de Procuradores Municipais, proposta análoga à que ora se formula, sugerindo, porém, a inclusão de dispositivo específico, não na Carta Magna, mas sim na Lei nº 4.337/64, que regula a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos de intervenção federal.

Como, entretanto, a contestação que faz o Supremo à ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais deriva de alegada falta de autorização do remédio jurídico em apreço por nosso sistema constitucional, mais adequado nos parece corrigir a malsinada omissão através de preceito expresso, no próprio corpo da Constituição. O que de resto não impede que a lei ordinária, em consonância com o que se dispuser na Carta Magna, venha a disciplinar a matéria, como sugere a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

10. Conclusões

1 — No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público é feito por via de exceção e por via de ação.

2 — Prevê a Constituição federal, a par da ação direta interventiva, a ação direta genérica, destinada a invalidar leis e atos federais e estaduais, inquinados de inconstitucionalidade.

3 — A falta de referência específica a este último remédio jurídico, como meio hábil para fulminar leis municipais colidentes com a Constituição, não tem sido interpretada pela doutrina e pela jurisprudência de Tribunais estaduais, como fator impediendo de sua utilização pelos Estados, em defesa da Lei Fundamental, ao estabelecerem o sistema de defesa de suas próprias Constituições.

4 — Este entendimento passou a ser contestado pelo Supremo Tribunal Federal que, à falta de previsão constitucional expressa, entendeu inexistir, em nosso ordenamento jurídico, ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, frente à Constituição da República.

5 — Graves inconvenientes haverá, se os atos legislativos municipais desconformes com a Carta Magna — e numerosíssimos são esses atos — só puderem ser declarados inconstitucionais por via de exceção.

6 — Para corrigir a situação indesejável, a que inevitavelmente conduzirá a orientação jurisprudencial do Supremo, sugere-se incluir na Lei Maior dispositivo autorizando o controle de constitucionalidade, em tese, também de leis e atos normativos municipais.

Perda de mandato por infidelidade partidária?

NELSON DE SOUSA SAMPAIO
Universidade Federal da Bahia.

O tema

O presente trabalho ocupa-se do problema das normas incongruentes dentro do mesmo setor ou âmbito normativo. Procuraremos dividir a matéria em três partes:

- a) o problema geral das normas incongruentes do mesmo setor hierárquico;
- b) a solução do problema;
- c) um exemplo constitucional brasileiro: a decretação de perda de mandato legislativo por infidelidade partidária.

Incongruências normativas do mesmo setor hierárquico

Considera-se sistema um conjunto de partes articuladas de modo harmônico, isto é, sem incoerências ou contradições. Desse modo, quando empregamos a palavra "sistema" como sinônima de ordenamento jurídico, usamos de uma ficção. Ninguém ignora que, na coleção de preceitos que constitui o chamado ordenamento jurídico — seja ele nacional ou internacional —, é quase impossível encontrar-se um todo perfeitamente harmônico. Nos ordenamentos dessa natureza, descobrem-se normas que estão em choque com outras. O grau de discordância entre elas pode variar, e foge ao nosso assunto classificá-las sob esse ponto de vista. Sabemos que o desacordo entre as normas pode ir da simples

Comunicação ao Primeiro Congresso Internacional de Filosofia do Direito, La Plata, República Argentina, dias 19 a 23 de outubro de 1982.

dissonância, passando pela divergência, até a contradição ou incompatibilidade. Nos dizeres e no conteúdo das normas, podem aninhar-se verdadeiros absurdos ou contra-sensos (nonsenses). Contudo, a idéia de sistema jurídico não deixa de ser útil, pois sugere ao jurista, ao intérprete e, sobretudo, ao aplicador do direito a necessidade de harmonizar as normas em conflito ou achar solução até para o caso de incompatibilidade entre elas.

A solução é fácil quando o conflito se verifica entre normas de datas diversas, de ordenamentos jurídicos estranhos ou de hierarquia diferente. O direito intertemporal ensina que, entre duas normas contrárias mas não coincidentes no nascimento, a mais recente prevalece, porque revoga a anterior. A divergência entre normas de dois ou mais ordenamentos jurídicos é resolvida segundo as lições do direito internacional privado, na denominação imprópria de vários países, ou da disciplina designada, pelos autores de fala inglesa, de *Conflicts of Laws*. O direito público de cada país estabelece o preceito a ser seguido. Quando o choque se dá entre normas de hierarquia diversa, a prevalência é, naturalmente, da superior que, nesse caso, torna inaplicável a de grau inferior.

MERKL criou a teoria da estrutura escalonada da ordem jurídica, que ganhou maior voga com a adesão de KELSEN. Sabemos que os degraus normativos aumentam com a complexidade social, indo, nas mais avançadas sociedades hodiernas, desde a Constituição, passando pelas leis comuns (que podem ser de várias espécies conforme os países), os regulamentos, as convenções coletivas até as diversas modalidades de norma individual (atos negociais, simples decretos e decisões administrativas ou judiciais). Onde existe o controle de constitucionalidade das leis — sobremodo o controle judicial —, a hierarquia das normas ganha maior eficácia. Em todos os casos, deve-se fazer uso de todos os métodos e processos interpretativos a fim de harmonizar as normas de hierarquia diferente.

A inaplicabilidade de qualquer preceito de categoria inferior somente deve ser concluída na certeza de sua antinomia com a norma superior. Vale, para todas as hipóteses, o ensinamento dos autores norte-americanos quanto ao problema da inconstitucionalidade, que somente deve ser declarada quando o intérprete estiver isento de qualquer "dúvida razoável" (beyond all reasonable doubt).

Solução da incongruência no mesmo setor normativo

A solução de incongruências no seio da mesma camada normativa é, entretanto, mais trabalhosa. Acreditamos, porém, que ela pode lançar mão de dois recursos:

a) exame da maior importância ou relevo de cada uma das normas conflitantes;

b) apelo aos "princípios gerais do direito".

Quanto ao primeiro ponto, parece-nos claro que não se pode falar no nivelamento de todas as normas da respectiva categoria. Por esse motivo, vimos adotando a expressão “setor normativo”, “camada” (também poderia ser “estrato”), subentendendo que, nesse espaço, umas normas podem ocupar posições diferentes, mais acima ou mais abaixo de outras. Desse modo, haveria subdegraus dentro de cada camada normativa. Seria uma espécie de subhierarquia ou hierarquia secundária existente em determinada categoria de normas. Essa a razão de termos evitado dizer “plano” ou “nível” normativo, porque poderia dar a impressão de que todos os preceitos de certo grau estariam colocados no mesmo pé de igualdade. Isso pode acontecer na maioria dos casos, mas não em todos necessariamente.

Indiscutivelmente, no mesmo estrato normativo, identificamos normas mais importantes ou de mais peso do que outras. São normas, por assim dizer, basilares de um instituto ou de um conjunto de preceitos. Poder-se-ia usar da comparação astronômica com as constelações, nas quais figuram estrelas de maior e de menor brilho. Assim, numa conexão de normas, haveria as de primeira grandeza, as de segunda ou de outra graduação. Ninguém desconhece, no caso de normas escritas, que a legislação usa de definições (normas “explicativas” na terminologia de DEL VECCHIO, ou modalidade de “normas não autônomas”, Kelsen) ou normas auxiliares. As definições legislativas não deixam de ser normas, porquanto elas *prescrevem* como *deve ser* entendida determinada palavra ou expressão. Quanto à sanção, é muito conhecida a classificação de normas ⁽¹⁾ *mais que perfeitas* (aquelas cuja violação anula o ato praticado e comina pena), *perfeitas* (anulam o ato, mas não impõem pena), *menos-que-perfeitas* (mantêm o ato, mas infligem pena) e *imperfeitas* (desprovidas de sanção).

As normas de menor relevo devem ser interpretadas à luz das de maior porte. Se aquelas forem incompatíveis com as últimas, a solução razoável deve ser a sua inaplicabilidade. Deve-se seguir a mesma prática se houver antinomia das normas referidas com os “*princípios gerais de direito*”, aqui entendidos no sentido de *princípios*, expressos ou implícitos, que servem de fundamento a todo o direito positivo ou parte dele. Nessa acepção — estreme de qualquer conotação jusnaturalista —, existirão *princípios gerais* extensivos a todo o ordenamento jurídico, a um ramo do direito, a uma instituição ou a um instituto normativo.

Como vamos exemplificar com um problema do direito constitucional brasileiro, deveremos tentar uma distinção, ainda que incom-

(1) Quase sempre se emprega a expressão “leis mais-que-perfeitas, perfeitas etc.” Mas o termo “leis”, aí, deve ser tomado como equivalente a “normas”. No sentido de diploma legal resultante do mesmo ato de promulgação, seria imprópria aquela maneira de falar, vez que, dentro do mesmo texto legislativo, poderiam localizar-se normas de diversas espécies segundo as sanções.

pleta, das normas dessa natureza. Num sistema de Constituição escrita, é hoje de quase geral aceitação a discriminação entre normas *irreformáveis* e normas *reformáveis*. As primeiras seriam intocáveis pelo poder reformador, somente podendo suprimi-las ou modificá-las o poder constituinte. Algumas Constituições consagram expressamente a irreformabilidade de certos princípios, como, no Brasil, a Federação e a República. Cremos, porém, que a rigidez constitucional implica na existência de limites inerentes ao poder de reforma. Em monografia dedicada ao tema ⁽²⁾, enumeramos as seguintes normas como intangíveis à ação do revisor constitucional: 1) as relativas aos direitos fundamentais do homem; 2) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3) as referentes ao titular do poder reformador; 4) as disciplinadoras do próprio processo de emenda.

1) Os direitos fundamentais do homem, sendo supra-estatais, situam-se no plano de competência do direito internacional. Se escapam à atuação do próprio poder constituinte, não se poderia conceber qualquer cerceamento deles pelo poder reformador. É óbvio que argumentamos no plano da teoria jurídica, e não no domínio dos fatos.

2) O poder constituinte e, conseqüentemente, o seu titular, se acham em posição transcendente ou externa à Constituição, que é obra sua. Mas, pelo menos uma referência implícita a ele pode ser vista no dispositivo genérico que é de quase praxe nas Constituições democráticas (e nas que pretendem passar como tal), qual seja o de que "todo poder emana do povo e em seu nome é exercido". Reportando-se à totalidade do poder, abrange o maior, que é o poder constituinte. Consideramos que fugiria à competência do reformador alterar esse princípio, de modo que o poder passasse a pertencer a uma camada social ou a um indivíduo. Com isso, se faria a transmutação da democracia ou numa aristocracia ou numa autocracia.

3) Também não se pode mudar o titular do poder reformador instituído pelo constituinte. Sendo o poder de reforma um poder delegado, não pode, ele mesmo, fazer delegação de suas prerrogativas, salvo cláusula expressa nesse sentido. Atente-se que, geralmente, é a própria Assembléia Legislativa ordinária que detém o poder reformador. Mas essa reunião de dois poderes num só órgão se verifica por simples economia institucional, não sendo necessária. Em algumas Constituições, o poder revisor é delegado a uma Assembléia especial. Na Constituição norte-americana, o poder de reforma é da competência do Congresso ou de uma convenção especial (a última hipótese se a proposta de emenda for apresentada por dois terços dos Legislativos estaduais).

(2) *O Poder de Reforma Constitucional*, 2ª ed., Imprensa Oficial, Bahia, 1961. No presente estudo, deixamos de lado as limitações temporais ao poder revisor da Constituição — como o de não reformá-la durante o estado de sítio — porque não interessa à nossa exposição.

4) A reforma da Constituição, para ter validade, deve obedecer ao processo nela previsto. Nosso problema não cogita, porém, desse ponto pacífico. O que indagamos é se, mediante reforma, se pode alterar o próprio processo de reforma. Nosso parecer varia de acordo com a natureza das modificações processuais a serem introduzidas. Se forem para tornar mais rigorosos os requisitos da reforma, entendemos que a revisão é válida. Por outras palavras, pensamos que se pode aumentar o grau de rigidez, pois, então, o reformador constitucional se autovincula às novas condições. Mas o contrário — a diminuição do teor de rigidez — não seria admissível, salvo autorização estabelecida pelo constituinte. Caso contrário, o poder reformador não tem competência para agir desse modo. De outra sorte, de simplificação em simplificação, uma Constituição rígida poderia acabar transmudando-se numa Constituição flexível. Além de significar uma metamorfose da Constituição, representaria, ao mesmo tempo, uma usurpação do poder constituinte pelo poder reformador, e a usurpação deste pelo poder legislativo ordinário. No fim, estariam reunidos neste último, como no Reino Unido, o poder constituinte, o de reforma constitucional e o de legislador comum.

Outra discriminação entre os dispositivos constitucionais é a usada por muitos constitucionalistas norte-americanos quando fazem menção a “cláusulas mandatórias” (mandatory provisions) e a cláusulas diretórias (directory provisions). Correspondem, mais ou menos, à diferenciação entre *normas perfeitas* e *imperfeitas*. Em outro trabalho ⁽³⁾, apontamos como exemplo de “cláusulas diretórias” as fórmulas da sanção e da promulgação existentes no bojo das Constituições brasileiras de 1891 e 1934. Elas mandavam que o Presidente da República empregasse, na sanção dos atos legislativos, os seguintes dizeres: “O Congresso Nacional decreta e eu sanciono etc.” Perguntávamos, então: se o Presidente, em lugar de grafar “decreta”, escrevesse “determina” (ou verbo equivalente), a lei seria inconstitucional? — Reputaríamos uma demasia formalista a resposta afirmativa, salvo se o texto constitucional previsse tal consequência, a exemplo de algumas Constituições estaduais da União norte-americana que assim prescrevem em relação à falta de certos termos tidos como sacramentais. Essas Constituições estabelecem que, em tais casos, a lei seria nula (void).

Merece ainda referência a classificação, também oriunda da doutrina constitucional norte-americana, de normas auto-aplicáveis ou auto-executáveis (self-enforcing, self-executing ou self-acting) e não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis. Ao nosso ver, as denominações mais apropriadas seriam as de normas de aplicabilidade plena e normas de aplicabilidade parcial, uma vez que a ausência completa de aplicabilidade é inexistente. As normas da segunda categoria seriam aplicáveis, pelo menos, ao legislador para que ele regulasse ou complementasse os preceitos constitucionais.

(3) *O Processo Legislativo*, Saraiva, São Paulo, 1968, págs. 133 e segs.

As tentativas de distinção entre normas constitucionais visam apenas a sugerir ao aplicador o caminho a tomar quando em face de preceitos antinômicos. Elas poderão auxiliá-lo a ponderar a importância das normas em questão. Se essa ajuda não bastar, o aplicador se socorrerá dos “princípios gerais do direito” ou dos princípios fundamentais do direito constitucional, que se identificam com os princípios básicos do respectivo ordenamento jurídico.

Com as Cartas políticas escritas, passou a predominar o conceito formal de Constituição, tornando-se difícil invocar o seu conceito material. No sentido material, Constituição é a lei que estrutura os órgãos supremos do poder e lhes define a competência. Uma vez que, numa Constituição escrita, tudo que nela se contém se considera, formalmente, de caráter constitucional, não é fácil separar, no texto da lei fundamental, o que seria constitucionalmente material. A primeira Constituição brasileira, a imperial de 1824, fez essa distinção, no seu art. 178, no qual se lê:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes públicos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”

CARL SCHMITT não se distancia dessa posição quando procura, em linguagem equívoca, traçar uma divisória entre *Constituição* e *leis constitucionais*. Na *Constituição*, corporificam-se as decisões existenciais de uma unidade política sobre seu modo de ser.

“As ulteriores normações, as enumerações e delimitações de competência em pormenor, as leis para as quais se escolheu, por qualquer motivo, a forma de lei constitucional, são relativas e secundárias diante daquelas decisões” (4).

Com isso, pretendemos, apenas, assinalar certo parentesco entre a idéia de Constituição material e os princípios fundamentais de uma ordem constitucional. Poder-se-ia aludir, pois, a um núcleo constitucional, às *decisões* (segundo SCHMITT) fundamentais de cunho político-jurídico, aos valores basilares de uma Constituição, ou que outra expressão se queira adotar.

Hoje é costume também associar esse conceito com o da ideologia dominante de uma organização política. Tal orientação começa com os sistemas totalitários. O fascismo italiano ergue como princípio básico a *nação*, que atinge sua máxima expressão no Estado concebido à maneira hegeliana como suprema encarnação da idéia moral, tendo seu condutor na figura do *duce*. O nazismo colocou como critério supremo, orientador dos legisladores e juizes, mesmo em matéria penal (onde se podia aplicar a analogia), “o são espírito do povo alemão”.

(4) *Teoría de la Constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1934, págs. 28-29.

Na União Soviética, tudo se subordinou, desde o início, aos interesses do proletariado revolucionário. Na Constituição de 1936, os direitos políticos têm como marcos os “interesses dos trabalhadores” e a consolidação do “regime socialista”. A Constituição de 1977 reitera essas direções, e proclama, com todas as letras, que “o núcleo” do sistema político da URSS e de todas as suas organizações públicas é o “Partido Comunista”, armado com os ensinamentos do “marxismo-leninismo” (art. 6º). A Constituição chinesa de 1978 é ainda mais explícita, ao dispor em seu art. 2º:

“Na República Popular da China, a ideologia diretora é o marxismo, o leninismo e o pensamento maotsetunguiano.”

Constituições democráticas também indicaram o seu cerne normativo ou sublinharam as linhas mestras guadoras do intérprete. As disposições mais expressivas nesse sentido se encerram na proibição de Partidos antidemocráticos. A prática ganhou certa voga depois da II Guerra Mundial. Assim agiram os autores da Constituição brasileira de 1946, ao darem ao § 13 do art. 141 a seguinte redação:

“É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem” (5).

Em 1947, a Constituição de Baden inseriu igual redação:

“É proibida a formação de Partidos Políticos, grupos eleitorais ou associações de qualquer espécie que visem à destruição das liberdades públicas e individuais ou ao emprego da violência contra o povo, o Estado ou a Constituição” (art. 118, § 4º).

Dois anos depois, a proibição se estendeu ao plano federal, com a Lei Fundamental de Bonn:

“Os Partidos que, pelos seus objetivos ou pela conduta de seus adeptos, visem a prejudicar ou destruir o regime liberal democrático ou a pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são anticonstitucionais” (art. 21, § 2º).

Em essência, embora com menos ênfase, a Constituição degaullista, de 1958, preceitua:

“Os Partidos e agrupamentos políticos concorrem para a expressão do sufrágio. Eles se formam e exercem sua ativi-

(5) Não obstante a situação de anormalidade política, ainda vigorante no Brasil, c princípio permanece na Constituição vigente (1967), quando exige, entre os princípios obrigatórios para os Partidos Políticos, o “regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais” (art. 152, § 1º, I).

dade livremente, devendo respeitar os princípios da soberania nacional e da democracia” (art. 4º).

Apesar de mais lacônico, deve ter o mesmo entendimento o art. 3º, § 3º, da Constituição portuguesa de 1976:

“Os Partidos Políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional e da democracia política.”

Outras vezes, o poder constituinte identifica a parte da Constituição que reputa mais valiosa ao ditar uma diretriz de interpretação. É o que deparamos na citada Constituição lusitana, art. 16, § 2º:

“Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Pertence à mesma família o art. 27 da Lei Constitucional canadense de 1982, que estipula:

“Toda interpretação da presente Carta deve concordar com o objetivo de promover tanto a manutenção como a valorização do patrimônio multicultural dos canadenses.”

A interpretação constitucional — sobretudo quando feita pela cúpula do Poder Judiciário — tem, irrecorrivelmente, um alto quilate político. Desse modo, tal exegese não se pode furtar de maior ou menor influxo da ideologia dominante no momento histórico em que são proferidas as decisões judiciais. Um exemplo apenas, entre inúmeros. Desde que se desenvolveu o constitucionalismo escrito, a partir da Constituição estadunidense de 1789, a rigidez constitucional se firmou como regra. No entanto, o que seria sua consequência lógica, o controle de constitucionalidade das leis — em especial sob a forma da *judicial review* —, levou quase um século para atravessar o Atlântico depois que, em 1803, o juiz da Suprema Corte John Marshall o deduziu como o consectário natural de uma Constituição rígida. As nações européias, embora possuidoras, na quase totalidade, de Constituições do mesmo tipo, se recusavam a adotar o instituto. Consideravam-no infringente da doutrina da rigorosa separação dos poderes, que se vinculava com a ideologia da preeminência do Legislativo. A Noruega foi, na Europa, um raro exemplo de *judicial review* surgida por evolução jurisprudencial.

Outra diretriz interpretativa é que o Judiciário, no caso de obscuridade das normas e, sobretudo, de conflito entre elas, adote a decisão que mais a prestigie como poder do Estado. Não haveria, então, julgamento em causa própria, pois não se trataria de interesse individual do juiz, mas, sim, da organização judiciária como um todo. A defesa

da judicatura identifica-se, aliás, com a preservação de um órgão independente para a salvaguarda dos cidadãos e da sociedade. As garantias clássicas do Judiciário, por outro lado, somente podem vicejar num regime de liberdade. Por isso, o juiz deve aproveitar toda oportunidade que se lhe oferece para consolidar, com sua independência, as garantias dos direitos individuais. É claro que esse caminho somente pode ser trilhado quando não exista possibilidade de confronto desfavorável com o poder político, do qual resulte até descumprimento das sentenças dos juízes. A alternativa contrária à autonomia judicial é a vinculação política da Justiça. É óbvio que o juiz também é cidadão e pode ser presa até de ideologia que represente um menoscabo do Poder Judiciante. Acusam-se os juízes alemães do regime de Weimar de haverem aplinado os caminhos do III Reich (6). Deve-se ponderar, porém, que os juízes não são os únicos pilares de um regime e que as reações que possam tentar chegar, muitas vezes, tarde.

Um exemplo constitucional brasileiro

O exemplo reside na norma que estabelece a perda de mandato legislativo como sanção da infidelidade partidária. Está contida, hoje, no § 5º do art. 152 da vigente Constituição brasileira, que assim reza:

“Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda foi eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo Partido.”

O § 6º acrescenta que a perda do mandato “será decretada pela Justiça Eleitoral mediante representação do Partido, assegurado o direito de ampla defesa”.

O dispositivo que nos interessa — o § 5º — não constava (como o do § 6º) do texto originário da Constituição. Sua origem — de que nos ocuparemos adiante — foi a *chamada* “Emenda” Constitucional nº 1, de 1969, que introduziu aqueles preceitos num parágrafo único do art. 152. Por seu turno, a Emenda nº 11, de 1978, acrescentou ao mesmo artigo seis parágrafos, dois dos quais, o 5º e o 6º, como desdobramento do parágrafo único (7). A única modificação ao anterior parágrafo

(6) ILSE STAFF reuniu algum material a respeito no livro *Justiz im Dritten Reich*, Fischer Bucherei, Frankfurt am Main, 1964.

(7) Por incompleta coordenação do texto, quando da Emenda nº 11, o art. 35, que enumera os casos de perda de mandato de congressista, continua, no seu item V, fazendo remissão ao desaparecido parágrafo único do art. 152.

único foi o acréscimo da parte final do § 5º: “salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo Partido”.

Esse tipo de perda de mandato entra ora em simples desacordo ora em franco antagonismo com muitas normas, do mais alto valor, do nosso ordenamento constitucional, tais como: art. 1º, § 1º (Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido); art. 32 (Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra), que também se acha em conexão com o § 8º do art. 153 (É livre a manifestação de pensamento, de *convicção política* ou filosófica etc.); art. 39 (segundo o qual os Deputados são “representantes do povo”); art. 41 (que define os Senadores como “representantes dos Estados”); art. 152, § 1º, I (que manda os Partidos Políticos observarem, na sua organização, os princípios do “regime *representativo e democrático*”); § 2º do art. 153 (Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*); § 1º do art. 153 (Todos são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, *trabalho*, credo religioso e *convicção política*).

Além do choque frontal com esses dispositivos básicos, a perda de mandato por infidelidade partidária contraria os princípios fundamentais da nossa ordem constitucional, os quais poderiam ser assim sintetizados: *O Brasil é uma República federativa, democrática e representativa, de regime líbero-social.*

O exame, embora breve, desse conflito de normas leva-nos aos argumentos seguintes:

I) O dispositivo que pune a infidelidade partidária é incoerente consigo mesmo, ao isentar dessa sanção o parlamentar que deixa o Partido para ser fundador de outro. Esse abandono do Partido não poderia ser excludente do “delito”, pois, em essência, também envolve a sua consumação. Os Deputados e os Senadores não podem ser destituídos pelo povo ou pelo Estado, dos quais são, respectivamente, “representantes”. E não o podem porque não recebem instruções nem do povo nem do Estado. Todavia, esses parlamentares podem receber *instruções* imperativas dos seus Partidos.

II) Com isso se voltou a instituir, sob uma fórmula esdrúxula, o mandato imperativo, banido dos *sistemas representativos* desde o alvorecer do constitucionalismo moderno. Na Inglaterra, o fim do mandato imperativo verifica-se por costume constitucional que recua à primeira metade do século XVIII. Na França, termina com a Revolução de 1789. No Brasil, tal forma de representação política jamais existiu. A primeira Constituição escrita da França, a de 1791, vedou solenemente que os eleitores dessem instruções aos eleitos:

“Os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de um departamento particular, mas de toda a nação, não se lhes podendo dar nenhum mandato” (Seção III, art. 1º, nº 7). (“Mandato” no sentido de ordem ou instrução.)

Essa proibição foi reproduzida nas Constituições de quase todos os povos e ainda se encontram em muitas Cartas políticas recentes. As que silenciaram a respeito assim o fizeram por considerarem implícita a vedação do mandato imperativo como um traço essencial do sistema representativo moderno de cariz pluralista.

É verdade que diversos Estados-Membros da Federação norte-americana conhecem a revogação popular (*recall*) de representantes de Câmaras estaduais e municipais bem como de governadores, prefeitos, às vezes de juizes e até de funcionários administrativos. Mas o instituto não significa uma volta ao mandato imperativo, porquanto os titulares passíveis de *recall* não recebem instruções do eleitorado. Basta que este consiga o número necessário para uma petição de *recall* e alcance a maioria de votos na eleição para esse fim. Aliás, a revogação popular de mandato é um dos instrumentos de controle popular sobre os órgãos representativos. Sua introdução se deve à época de entusiasmo com a democracia semidireta, nutrido pelo chamado "movimento progressista", cujo lema era que "os males da democracia se curam com mais democracia". As mesmas considerações valem para a dissolução popular de todo o parlamento (*Abberufungsrecht*) em alguns Estados (*Laender*) da Alemanha Federal.

Os únicos países que, hoje, conhecem o mandato imperativo são os de tipo soviético. Mas, ainda neles, as instruções aos eleitos provêm do eleitorado. Este, portanto, é quem os destitui, pelo menos *de iure*, pois sabemos que o Partido é, de fato, que aciona o eleitorado para agir, como, de resto, toda a máquina estatal ⁽⁸⁾.

III) Pode-se observar que a voga — hoje um tanto enfraquecida — do sistema de eleição proporcional trouxe a tendência a certa mudança da representação clássica. Esta se caracteriza pela adoção do mandato livre. O mandato imperativo, em que o eleito recebia instruções do elei-

(8) O modelo de preceitos constitucionais dessa ordem se encontra na Constituição da URSS de 1936, art. 142, reproduzido de modo mais explícito nos arts. 102 e 107 da Constituição de 1977. Escrevendo sobre a vigência daquela Constituição, A. BEZÚGLOV comenta o mandato imperativo no seu livro *El Diputado Sovietico — Estatuto Jurídico*, Editorial Progreso, Moscou, 1976, págs. 32 e segs. O mesmo faz BORIS TOPORNIN quanto à Constituição de 1977, na obra *Nueva Constitución de la URSS* (Editorial Progreso, Moscou, 1980, págs. 293 e segs.), onde nos informa que aproximadamente 4.000 Deputados dos Sovietes de diferentes níveis tiveram seus mandatos revogados no último decênio. O mandato imperativo e a revogação popular em outros países marxistas-leninistas: República Democrática Alemã (Const. 1968, arts. 21, § 2º, e 57, § 2º), Albânia (Const. 1946, art. 3º, § 3º), Bulgária (Const. 1947, art. 4º), Hungria (Const. 1949, art. 62, II e III), Romênia (Const. 1948, art. 4º), Tchecoslováquia (Const. 1948, art. 4º, § 1º; Const. 1960, art. 3º, §§ 2º e 3º), Iugoslávia (Const. 1946, art. 7º; Const. 1953, arts. 2º, 32, 52 e 53; Const. 1974, art. 95), República Popular da China (Const. 1954, art. 38; Const. 1978, art. 29), República Popular de Angola (Const. 1975, art. 21). Não nos foi possível consultar as Constituições da Albânia, Bulgária e Romênia em vigência hoje.

torado e por este podia ter o seu mandato revogado, estaria definitivamente sepultado. Tal espécie de mandato se justificava na Idade Média, quando os condados e cidades (burgos) enviavam ao parlamento do Reino representantes como se fossem embaixadores ou plenipotenciários. Enquanto, no sistema eleitoral majoritário, se escolheriam pessoas, na representação proporcional se votaria mais numa corrente de opinião. É natural que, no último sistema, os eleitores desejem a sustentação de uma linha política e se inclinem por maior vinculação dos eleitos ao eleitorado. ESMEIN e CARRÉ DE MALBERG foram dos primeiros a perceberem essa desfiguração da teoria clássica do sistema representativo. Denominaram, por isso, o fenômeno como sistema "semí-representativo". Essa direção se reforça com Partidos Políticos mais disciplinados.

Cabe aqui pequena resenha da evolução das agremiações partidárias nas seguintes fases:

1ª) sua condenação no início do demoliberalismo (no caso de ROUSSEAU, que não era liberal, porque os Partidos fragmentariam a *volonté générale*; por George Washington, no seu "Discurso de Despedida", porque as facções poriam em risco a unidade da República);

2ª) a existência deles à margem da lei;

3ª) o tímido reconhecimento pela lei; e, finalmente,

4ª) a ascensão dos Partidos a entidades constitucionais, com atribuições mais ou menos amplas.

No último estágio, teríamos o "Estado de Partidos" (o *Parteienstaat* dos alemães, ou a *partitocrazia* dos italianos). Ao nosso ver, esse pode assumir a forma de Estado de Partidos parcial ou de completo Estado de Partidos. A realização máxima da última variante encontra-se nos Estados totalitários, nos quais seria mais acertado usar o singular "Estado de Partido", pois neles é o Partido único ou uma única coligação partidária que impera como a mola mestra da sociedade e de sua organização política. A descrição de MARCEL WALINE merece ser lembrada mais uma vez:

"Tudo se passa, com efeito, como se cada Partido constituísse uma potência, e a vida política interior do *Parteeinstaat* se tornasse comparável às relações de potência a potência. Equivale a dizer que cada Partido constitui um Estado dentro do Estado. Poder-se-ia suprimir o Parlamento e atribuir a cada Partido um coeficiente correspondente à percentagem de seus votos no país. Se, num país, por exemplo, existem, segundo a última consulta eleitoral, quatro Partidos, reunindo cada qual, respectivamente, 40%, 30%, 20% e 10% dos votos, bastaria um diretório de quatro pessoas, deliberando uma com 4 votos, a outra com 3, a terceira com 2 e a última com um só. Far-se-ia economia de um Parlamento e o resultado seria o mesmo."

O autor cita, ao pé da página, uma frase de 1581 do Hetman polonês Wielecki:

“Parece que quem envia Deputados *cum limitata potestate* (com poder limitado) poderia fazê-lo com menos despesas mandando uma carta por um doméstico” (9).

Mas as verdadeiras democracias pluralistas souberam combinar o que chamamos de Estado de Partido misto ou parcial com o mandato livre, no qual se proíbe que o eleito receba instrução do eleitorado, porque deve obediência apenas à sua consciência. De outro modo, estaria anulada a inviolabilidade parlamentar ou imunidade material (*Indenitaet* do direito alemão atual, *irresponsabilité* dos franceses, ou *freedom of speech* dos autores de língua inglesa). Por outro lado, não se saberia como conciliar o mandato imperativo, mediante a entrega de instruções do eleitor aos eleitos, com o voto secreto. Na URSS e países similares, as duas coisas — voto secreto e mandato imperativo — coexistem no texto constitucional. A compatibilização não seria explicável pela votação numa única chapa eleitoral, a não ser que se ignorem os que votam em branco.

A Alemanha Federal é um bom exemplo de Estado de Partido parcial ou misto. Nela, os Partidos exercem grande influência, inclusive na elaboração do rol dos candidatos (que também pode ser apresentado por 200 eleitores), cuja ordem não é alterável pelos eleitores, nas eleições por listas ou pelo sistema proporcional. Todavia, isso não impede a existência do mandato livre nem a inviolabilidade parlamentar. Já a Constituição de Baden, além de proibir (como a de vários *Laender*) o mandato imperativo (art. 61), prescreve em seu art. 121:

“É proibido prometer obediência incondicional a um Partido ou a seus líderes bem como exigir essa promessa... Nos discursos, atos, deliberações e eleições, o Deputado procede de acordo com suas convicções e sua consciência.”

Por seu turno, o art. 38 da Lei Fundamental de Bonn determina que os Deputados do *Bundestag* “são representantes de todo o povo, não estão vinculados a ordens nem instruções, subordinando-se unicamente à sua consciência”. É pacífico que o preceito vale tanto para os Deputados eleitos pelo sistema majoritário ou nos distritos como para os eleitos nas listas estaduais. Considera ilegítima, ademais, qualquer pressão da bancada partidária sobre os seus membros (10).

KONRAD HESSE esclarece que a proibição do mandato imperativo tem, aí, um sentido mais amplo do que no antigo constitucionalismo alemão. Por ela “são fortalecidos os limites jurídico-constitucionais da ligação do Deputado, de modo que o *status* deste, que se fundamenta no mandato livre, é independente de sua filiação partidária”. Conseqüen-

(9) *Les Partis contre la République*, Ed. Rousseau et Cie, Paris, 1948, págs. 65-6.

(10) Entre outros comentadores, ANDREAS HAMANN, *das Grundgesetz*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin-Neuwied-Darmstadt, 1956. Comentário ao art. 38.

temente, ainda quando o Partido é extinto por ser julgado inconstitucional, quando o Deputado o abandona ou dele é excluído, seu mandato perdura. A única consequência é a perda da representação do Partido nas Comissões do *Bundestag* (11).

IV) No Brasil, o “delito” de infidelidade conduziria aos maiores absurdos de interpretação qualquer que seja o esforço para salvá-lo. Por um passe de mágica, o dispositivo em apreço faz tábua rasa do art. 39 da mesma Constituição que define o Deputado como “representante do povo”, do qual emana todo poder (art. 1º, § 1º), e da noção dos Senadores como “representantes dos Estados” (art. 41).

Vincula os parlamentares brasileiros tão estreitamente às instruções partidárias que eles passariam a representantes dos Partidos. Note-se que o legislador vacila nesse terreno. Segundo o art. 117 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, de 1971 (12) — posterior, pois, ao preceito constitucional da perda de mandato por infidelidade partidária —, o cancelamento do registro de um Partido não acarreta a exclusão, no parlamento, dos que foram eleitos sob a respectiva legenda. Pelo cordão umbelical que passou a prender o representante “popular” ao Partido, a consequência deveria ser a oposta. O parlamentar sobrevivente ao Partido de quem receberia instruções? Pelo visto, seria o único parlamentar verdadeiramente livre, e com inviolabilidade menos restrita. Mas a parte final do mesmo art. 117 cai em nova contradição, agora com o artigo mesmo, ao excetuar dessa regra os eleitos por Partidos extintos em virtude de sentença que os considerou antidemocráticos. Já sabemos que a norma é contrária ao entendimento do Tribunal Constitucional alemão para situação idêntica. Outro titubeio da legislação, depois de tanta valorização constitucional do Partido Político, reside na exclusão do voto dado apenas à legenda partidária. No caso de divergência, na cédula eleitoral, entre a sigla partidária escrita pelo eleitor e os nomes dos candidatos, estes prevalecerão, não dando causa à anulação do voto. A última prática também briga com a vinculação completa dos votos em todas as eleições.

Nossa Constituição garante a liberdade de manifestação de pensamento, mencionando explicitamente a de “convicção política” (art. 153, § 8º). No entanto, quem menos dispõe disso é justamente o parlamentar, quem mais deveria dela gozar a fim de dar fiel desempenho à sua missão de representante da “soberania popular”. O instituto da fidelidade partidária amesquinha-o, fazendo-o servo espiritual e político do Partido, de cujas “instruções” não pode divergir, sob pena de perda do mandato. Com isso, aniquila-se a inviolabilidade parlamentar, consagrada no art. 32. Com uma espada de Dâmoçles sobre suas cabeças, como poderão os Deputados e Senadores ser “invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”?

(11) KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Mueller, 9. Auflage, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, págs. 241-2.

(12) Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971.

A diminuição do parlamentar viola também o princípio da igualdade perante a lei. Enquanto o grilhão da fidelidade partidária somente prende os membros do Poder Legislativo, os do Executivo estão livres para qualquer aventura política. Podem cruzar à vontade as fronteiras de todas as agremiações políticas. No entanto, uma das tarefas mais relevantes dos parlamentos está na fiscalização dos atos do Poder Executivo. Releia-se a norma a fim de avaliar a profundidade da discriminação:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” (art. 153, § 1º).

Novamente, a ironia de ser penalizado por suas “convicções políticas” justamente quem exerce o “trabalho” — o trabalho parlamentar —, no qual se devem manifestar, com mais frequência e também com mais liberdade, tais convicções.

A Constituição proclama que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*.” Não obstante, se todos podem invocar essa garantia, os parlamentares, os que mais dela necessitam, estão privados, por mais um contra-senso jurídico, da sua guarida. A Constituição equiparou as “instruções” dos Partidos a “leis” — leis que os legisladores devem cumprir submissamente, sob pena do encerramento da sua atuação legiferante. A voz do Partido — que, aliás, não é do Partido como um todo, mas, como veremos, da cúpula que o domina — soa mais alto que a da Constituição em suas normas de maior vulto. Por fim, a Constituição exige que os Partidos Políticos respeitem os princípios do “*regime representativo e democrático*, baseado na pluralidade dos Partidos e *garantia dos direitos humanos fundamentais*” (art. 152, § 1º, I). A submissão dos parlamentares às instruções dos Partidos traduz, porém, um retorno ao mandato imperativo, que não se coaduna com o sistema representativo, muito menos com a representação popular. Os Partidos — impõe a Constituição — devem observar a “*garantia dos direitos humanos fundamentais*”, mas a mesma Constituição admite que os Partidos privem os seus parlamentares da inviolabilidade, cerceem suas manifestações de pensamento, silenciem suas convicções políticas e, discriminatoriamente, os diminuam em face do Poder Executivo, do qual os mesmos parlamentares são os fiscais. Poderá o povo falar livremente se os seus chamados representantes, os seus porta-vozes, são assim emudecidos? O dispositivo constitucional condena os Partidos antidemocráticos, dando motivo para sua dissolução judicial, mas, por nova incoerência, estimula os Partidos existentes a adotar práticas próprias das agremiações totalitárias, como o mandato imperativo e a subordinação dos eleitos à legenda partidária nas questões parlamentares. Relembremos que, na letra da lei, o nosso mandato imperativo, além de juridicamente contraditório, é mais antidemocrático do que o do modelo soviético. Neste, os parlamentares recebem instruções dos eleitores. Aqui, elas lhes são ditadas pelo respectivo Partido.

V) Justifica-se o encerramento desta série de argumentos com breves ponderações metajurídicas: mais precisamente, político-sociológicas. Mantida a norma da perda de mandato por infidelidade partidária, grandes inconvenientes resultariam. As primeiras vítimas seriam os parlamentares mais independentes, mais inovadores, mais zelosos de seus deveres de consciência e de maior espírito público. Por outro lado, o clima seria propício para os acomodaticios, os carentes de idéias próprias, os que encaram o mandato legislativo com um polpudo “emprego”, e não como um pesado encargo, cheio de compromissos de ordem moral e material com a sociedade. A fidelidade produzida por coerção somente contribui para alimentar a hipocrisia. A fim de conservar o cargo, o legislador acomodado diz amém a todas as manifestações públicas do Partido, deixando falar a voz da consciência somente nas votações secretas.

O dispositivo constitucional impede que o parlamentar, de qualquer nível, se oponha “às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária”. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos considerou como tais as diretrizes que “forem fixadas pelas Convenções ou Diretórios Nacionais, Regionais ou Municipais”. Como, por ocasião de um importante problema parlamentar, quase sempre não há tempo para reunir a Convenção — muito menos para uma consulta plebiscitária dentro do Partido —, as instruções, por via de regra, se originam dos Diretórios. Estes, por sua vez, são constituídos ou manobrados pelos “donos” do Partido ou sua grei dominante, que se aferram à direção do prêmio político. É uma espécie de lei sociológica, salientada por ROBERTO MICHELS em seu famoso livro *Os Partidos Políticos*. Mostra-nos ele que essas organizações, em virtude de sua natureza de grupos de luta, tendem a adquirir uma estrutura oligárquica.

Ainda se deve aduzir que não é compreensível nem aconselhável a imposição de fidelidade partidária quando os Partidos quase não se distinguem em seus programas. Somente se excetuam os Partidos de extrema direita ou esquerda, cuja organização é inconstitucional entre nós. O fenômeno da assemelhação dos Partidos verifica-se em todas as democracias industrializadas. Afinal, os problemas da sociedade moderna são mais ou menos iguais, sendo natural que pouco variem os receituários apresentados. Deixemos de lado a similitude dos *Democratas* e *Republicanos* nos Estados Unidos, que já recua a mais de século. Voltemos a vista para as democracias européias, a começar pelo Reino Unido, onde os *Trabalhistas* e *Conservadores*, outrora tão distanciados nas direções programáticas, hoje se separam por meras nuanças. A estabilidade das democracias industrializadas resulta de causas mais profundas do que a ausência de diferenças radicais entre os agrupamentos políticos. Mas o último fenômeno não deixa de ter influência. Porque os Partidos não são separados por profundas divergências, o jogo político se desenvolve sem maiores violências, e as forças contendoras podem alternar-se no poder sem que isso signifique, de cada vez, uma revolução. Entre nós, no entanto, se procura alimentar ortodoxias partidárias artificiais, cuja conseqüência é fomentar a ânsia de

monopólio perpétuo do poder nos governistas, e a radicalização nos seus opositores.

* * *

A solução material para a congérie de incongruências normativas em exame já foi apontada. Resta tratar dos caminhos processuais para atingi-la.

Se o ato que introduziu a perda de mandato por infidelidade partidária for caracterizado por sua denominação de "Emenda Constitucional" — a de nº 1 —, a resolução se torna juridicamente — não dizemos "politicamente" — fácil. Sendo o poder de reforma constitucional um poder "constituído", porque criado e regulado pela Constituição, é pacífico o cabimento do controle judicial de constitucionalidade de emendas à Carta Magna ⁽¹³⁾. Não sabemos se a atmosfera política já permite esse raio de ação ao Judiciário. Todavia, quando a meteorologia política fornecesse previsões menos incertas, uma Justiça mais independente ou mais atuante poderia decretar, por via incidental ou em tese, a inconstitucionalidade da mencionada "emenda". Daí poderiam advir profundas mudanças em nosso ordenamento jurídico, tais como a anulação dos atos posteriores à "emenda" e que a ela se ligam. Por esse roteiro, aproximar-nos-íamos muito do texto originário da Constituição de 1967.

Trata-se, entretanto, de senda que dificilmente poderia ser aberta ao trânsito pela teoria constitucional. A luta de rótulos — Emenda nº 1 ou Constituição de 1969 — brotou da semântica política, que presenteou com a vitória o primeiro batismo.

Contudo, é inegável que a "emenda" não foi feita nem pelo órgão competente segundo a Constituição nem pelos processos nela prescritos. O órgão foi a Junta Militar que, desconhecendo o direito de o Vice-Presidente da República assumir o poder nos impedimentos do Presidente, assumiu a Presidência. Ora, para o jurista, toda tomada do poder por modos diversos dos previstos na Constituição representa uma rutura revolucionária da ordem constitucional, sendo indiferente juridicamente que se denomine isso revolução ou golpe de Estado. A preferência pela nomenclatura é uma polêmica política, e não jurídica. Sob o nome de emenda, o que a Junta fez foi outorgar uma nova Constituição, não importando que o seu conteúdo coincida, na maior parte, com o da Carta política de 1967.

Vistas as coisas desse ângulo, nosso problema se resolveria pela inaplicabilidade das normas de menor valor em face das normas de maior peso, embora todas elas pertencentes ao mesmo setor normativo, conforme as premissas acima assentadas.

Se essa estrada — em virtude, sobretudo, da conjuntura política — ainda for tida como áspera, o julgador poderá considerar que não é

(13) Tratamos com mais extensão dessa matéria em nossos livros já citados, *O Poder de Reforma Constitucional* e *O Processo Legislativo*.

plenamente auto-aplicável o preceito da perda de mandato por infidelidade partidária. Trata-se, no caso, de um delito, e delito de opinião, o que é outro choque com o direito à liberdade de consciência e de livre manifestação do pensamento (Const., art. 153, §§ 5º e 8º). Seja qual for o delito, é indispensável a sua plena definição legal. É verdade que a Lei Orgânica dos Partidos Políticos dedica um capítulo (o 2º do Título VI) à matéria. Mas se ocupa mais das questões processuais, sendo muito lacunoso na conceituação no delito em si. Ora, definição defeituosa ou insuficiente de um delito não pode satisfazer ao requisito indispensável de sua tipificação.

Indagações de suma importância repontariam. A infidelidade partidária verifica-se em problemas de constitucionalidade de projetos legislativos? A Justiça, guardiã da Constituição, pode punir um congressista que desobedeceu às "diretrizes" do Partido a favor de determinado projeto que o insubordinado reputou inconstitucional? Puniria a Justiça quem tentou diminuir-lhe o trabalho, lutando contra a aprovação de uma proposição inconstitucional? Lembre-se que muitas são as leis com esse vício e até emendas à Constituição. Se a resposta à nossa pergunta for afirmativa, teremos a mais amarga das ironias: a Justiça decretaria a perda de mandato do parlamentar numa oportunidade, e em outra, decretaria a inconstitucionalidade da lei nascida do projeto que ele se negou a aprovar.

A discordância sobre o interesse público de certos projetos levaria a situações semelhantes. Quem deixou de apoiar emenda constitucional por ser exclusivamente eleitoral, como a que aumenta, sem necessidade, o número de congressistas, deverá ser incurso no dispositivo que determina a perda de mandato?

Os problemas técnicos levantam as mesmas dificuldades. Deve condenar-se um parlamentar, leigo ou profissional de engenharia, que negou apoio a um projeto (exigido pelo seu Partido) sobre a construção de uma ponte ou túnel por lhe parecer inviável ou mal localizada?

Dir-se-á que, ao arquivar as "diretrizes" de um Partido, a Justiça pratica ato apenas formal, não entrando no exame do seu conteúdo. Consideraria tal análise matéria política, que escaparia ao seu crivo. É escrúpulo que não deveria alimentar, porquanto indisfarçavelmente política é a infidelidade partidária ou o abandono de Partido. Foi o dispositivo constitucional que, fugindo a princípio consagrado, submeteu à apreciação judicial assunto evidentemente político.

Se for tido como ignomínia destituir do mandato um parlamentar que divergiu do Partido nas quatro espécies de problemas acima enumerados — os de consciência, de constitucionalidade, de interesse público e de ordem técnica —, o delito de infidelidade partidária ficará esvaziado. Que se punirá além disso? Nugas legislativas, questões de *lana caprina*? Merecerá o nome de parlamento o órgão que delas se ocupe? Merecerá o nome de Partido Político a agremiação que as torne "questões fechadas"?

O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do Estado de Direito

A. B. COTRIM NETO

Professor da Universidade Federal
do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. No século XVIII aconteceu a maior revolução da história, através de:
2. ataque ao absolutismo monárquico;
3. revolução cultural e Iluminismo;
4. revolução tecnológica, que ensejou a revolução industrial;
5. revoluções americana e francesa, com institucionalização da separação dos poderes do Estado.
6. 1800: formula-se a autonomia científica do direito administrativo e se instalam os pródromos do Estado de Direito.
7. Lançam-se os fundamentos doutrinários do Estado de Direito.
8. Institui-se a Corte de Contas em França (1807).
9. Cortes de Contas são instituídas na Bélgica e na Itália.
10. Criação do Tribunal de Contas no Brasil, em 1890.
11. No atual regime constitucional brasileiro o Tribunal de Contas não é auxiliar do Poder Legislativo.
12. Um estudo de direito comparado atual: a jurisdição da Corte de Contas francesa.
13. *Idem*: a jurisdição da Corte de Contas italiana.
14. *Idem*: a jurisdição da Corte de Contas da Alemanha Federal.
15. O Tribunal de Contas é órgão judicial **sul generis**, pela vigente Constituição federal brasileira.
16. A prerrogativa de responder consultas e a falta de autoridade executória de seus julgados não desconstituem a categoria de órgão judiciário do Tribunal de Contas brasileiro.
17. Elevação do Tribunal de Contas à categoria de órgão judiciário aperfeiçoa o Estado de Direito.

1. Fluiu o século XVIII, e a humanidade vivia um de seus mais esplêndidos momentos históricos. Talvez nem seja exagerado dizer-se ter sido nesse século que aconteceria a maior revolução, em qualquer campo da ação e da inteligência do homem que se considere.

Com efeito, entre 1701 e 1800 o nosso mundo ocidental passou por uma transformação que a humanidade nunca antes conhecera, nem mesmo quando — pelo V século da Era Cristã — esbarrondaram-se os últimos pilares do Império Romano, para dar lugar ao feudalismo: é que este acontecimento não se verificou a curto prazo, visto como a desin-

tegração da ordem romana já começara a anunciar-se pelo crepúsculo do II século, desde o reinado do sábio Marco Aurélio.

2. Abriu-se o século XVIII quando começava a repercutir no Continente europeu a obra de especulação filosófica e política que JOHN LOCKE encetara, na Inglaterra, meia dúzia de anos antes.

Por esse tempo eram os povos governados pelos soberanos que se haviam alcandorado às culminâncias do poder absoluto, uma vez construídos os Estados nacionais sobre os escombros da ordem mais equânime da feudalidade. Admita-se que, ao sobrepujar o regime feudal, os príncipes desses novéis Estados traziam uma mensagem alviçareira, visando à abertura de horizontes mais amplos para uma humanidade que ansiava por comunicação e intercâmbio.

Entretanto, o ancião preceito que Justiniano adotara para firmar sua autoridade no Império Bizantino — “Quod Principi placuit legis habet vigorem” — e que também servira para a edificação dos Estados nacionais depois do século XI, agora, no século XVIII, iria sofrer o ataque frontal de avassaladora revolução que eclodiria, inicialmente, em plano cultural.

3. No ano de 1748, alargando a vereda do pensamento político aberto por LOCKE, o Barão de Montesquieu, CHARLES LOUIS DE SÉCONDAT, publicava sua obra intitulada **De l'Esprit des Loix** que, embora contemporaneamente tenha levantado enorme celeuma e acerbas críticas, iria tornar-se — com os **Two Treatises on Civil Government**, de LOCKE — o alimento espiritual dos “founding fathers” da grande nação que surgiria das colônias britânicas na América do Norte.

Inspiradas nos profundos ideais de libertação do homem, que desde a formação dos Estados nacionais passara à condição de súdito, desprovido de titulação de direitos subjetivos, em suas relações públicas, era natural que as obras de LOCKE e MONTESQUIEU — como a de JEAN JACQUES ROUSSEAU, **Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique**, publicada em 1762 — se tivessem detido na exaltação dos direitos e das liberdades dos indivíduos, em seu confronto com os poderes de mando, incontrastáveis e absolutos, por parte dos príncipes da época.

Nessa linha de oposição aos poderes despóticos, exercidos do alto, onde a pessoa física do Soberano era a personificação do Estado, foi que — tanto LOCKE, no cap. XII de seu **Segundo Ensaio Concernente ao Governo Civil**, quanto MONTESQUIEU, no cap. VI, do livro XI, da II parte de seu **Espírito das Leis**, no estudo “Da Constituição da Inglaterra” — pregaram a necessidade da “separação” dos Poderes do Estado, a fim de que o “cidadão” (não mais um súdito) tivesse liberdade política, a tranqüilidade política proveniente, para cada um, do respeito à sua opinião sobre a própria segurança, sob governo que agiria para que um cidadão não temesse a outro (MONTESQUIEU). E ROUSSEAU, desenvolvendo idéias na mesma linha de raciocínio, e sustentando não ser livre o homem forçado a conformar-se com vontades que não são as suas, preconizava a necessidade de os Poderes do Estado se subme-

terem à “vontade geral”, que corresponderia à pluralidade das vontades dos cidadãos, única fonte legítima da ação do mesmo Estado e de suas leis (cap. II do livro IV de sua citada obra).

Foi no quadro dessas idéias, às quais se poderia qualificar — usando-se expressão moderna — de **ideologia**, que se inspirariam os colaboradores da **Encyclopédie**, lançada por DENIS DIDEROT e JEAN D'ALEMBERT entre 1751 e 1780 para desenvolver um sistema de pensamento divulgado como o “Iluminismo”: esse empolgante movimento de teor filosófico e político, referto de individualismo e de contestação à ordem político-social contemporânea, teve seu início na França, mas logo se expandiria pela Inglaterra (onde seria conhecido como o “Enlightenment”) e pela Alemanha (sob o nome de “Aufklaerung”), contaminando até o pensamento dos príncipes reinantes.

4. Mas a Revolução do século XVIII não se restringiria ao plano meramente cultural, eis que ela tinha a estimulá-la uma profunda modificação de fatores tecnológicos e econômicos. Mercê da especulação científica do físico DENIS PAPIN, que possibilitou a construção da primeira máquina a vapor em 1705; e das invenções de RICHARD ARKWRIGHT e de EDMUND CARTWRIGHT, na década de 1780, que resultaram na fabricação de máquinas de tecer e de fiar, iria surgir o que se identificaria como a Revolução Industrial, incentivadora do melhor aproveitamento dos fatores de produção, do livre-cambismo, e, por final, reivindicadora da demolição do paternalismo estatal em sede de Estado de polícia.

Não se estranhará, por isso, que nesse ambiente social surgissem os ideólogos do liberalismo econômico, como o enciclopedista FRANÇOIS QUESNAY, com sua obra de 1768, **Physiocracie**, e como ADAM SMITH, com seu ainda hoje comentado livro (de 1776) **An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations**: enquanto QUESNAY se tornaria o criador da famosa recomendação, dirigida ao Estado, para que se abstinhasse da pretensão de dirigir a economia (*laissez faire, laissez passer*), o segundo, SMITH, se tornaria o patriarca da escola econômica preconizadora do intercâmbio econômico das nações sem as peias protecionistas das alfândegas.

5. Como teria de ser inevitável, tão amplos, difusos e profundos movimentos que empolgavam o Ocidente não poderiam deixar de ter repercussões políticas, externadas em manifestações genuinamente populares contra estruturas de Poder inspiradas em fórmulas desprestigiadas e, mesmo, peremptas: a postura racionalista, tendente para o individualismo, e o exame crítico de instituições estatais eivadas do absolutismo que os avatares do feudalismo fecundavam, que se encerravam nas preceções do Iluminismo, não poderiam ser inconseqüentes. E essa condenação formal do regime vigente iria ter eco no pensamento dos contemporâneos juristas, como no do insigne publicista alemão HENRICH GOTTFRIED SCHEIDEMANTEL, para quem o Estado de 1775 se apresentava como uma Sociedade desigual (*ungleiche Gesellschaft*), onde a majestade e os cidadãos se contrapunham em situações jurídicas desi-

guais (apud "Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus", de EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, ed. Duncker & Humboldt, Berlim, 1967, págs. 46 e segs.).

Dal a Revolução americana, de 1776, que levaria à formação dos Estados Unidos da América, nos moldes estabelecidos pela primeira Constituição escrita que o homem se deu (1787) e fora essencialmente inspirada naqueles princípios de **Poderes estatais separados**, preconizados por LOCKE e MONTESQUIEU, e no respeito à **vontade geral dos cidadãos**, do magistério de ROUSSEAU. E daí, também, a Revolução francesa deflagrada em 1789, produto das mesmas idéias-força que à primeira deram causa.

6. Chegou-se, enfim, a 1800, último ano do século XVIII: então, o mundo, e o pensamento, e a economia, e as instituições do homem já não eram mais os mesmos de quando o século começara.

Entretanto, algo de marcante ainda estava para acontecer no apagar das luzes da centúria: de acordo com observação do festejado administrativista patricio, Prof. SERGIO DE ANDREA FERREIRA, no seu **Direito Administrativo Didático**, "em sentido figurado, tem-se indicado como **certidão de nascimento** do direito administrativo uma lei francesa de 1800, a qual criou os primeiros tribunais para julgamento da Administração Pública. Essa lei é mais conhecida por sua referência, segundo o calendário da Revolução francesa, como a lei de 28 do pluvioso do ano VIII".

De fato, segundo os administrativistas, foi a partir dessa lei que se chegou a submeter a Administração Pública — que o consagrado jurista alemão OTTO MAYER definiria como o Estado em ação para realizar seus fins — ao confronto de seus atos com o direito positivo, ou em outros termos, à imposição da responsabilidade administrativa perante a coletividade cidadã. Para o sistema administrativo francês, que em seguida viria a ser adotado pela Europa continental e mesmo pelo Brasil imperial, esse diploma do Consulado instituiu uma jurisdição especial para os casos contenciosos da Administração, jurisdição onde se iria formar densa jurisprudência na qual se identificariam os primeiros princípios do direito administrativo: e assim, lançavam-se os fundamentos indispensáveis para a próxima edificação do Estado de Direito.

Na história do direito e dos eventos que conduziram o Ocidente à instituição desse Estado de Direito, a lei francesa de 1800 tem a mesma importância e significação do pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, que, no célebre caso "Marbury versus Madison" decidiria, pela voz do Relator, o **Justice Marshall**, ser imperativo dever do Poder Judiciário recusar aplicação de lei que infringisse a Constituição.

Com esses dois elementos jurídicos, na Europa e na América, resolvia-se o problema conseqüente de se ter implantado a **separação dos Poderes** na organização do Estado: por força do novel regime, e como não se admitia a ingerência de um Poder na esfera de outro, estava

acontecendo que os procedimentos ordinários dos Poderes tendiam para o abuso sem remédio. Ora, consoante as observações excelentemente desenvolvidas por MICHEL HALBECQ — no seu alentado estudo sobre **L'État — son Autorité, son Pouvoir** (Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, Paris, 1965) — o grande problema que se põe na preservação dos direitos subjetivos é que, sempre, o Poder combate a liberdade, donde ser imperativo que se procure instrumento jurídico, técnicas jurídicas capazes de assegurar a justa utilização dos poderes do Estado (pág. 479).

7. Acontecia, entretanto, mais, no pertinente ao registro do abuso dos Poderes, feito por HALBECQ: o Poder mais permanente pela natureza das coisas, mais presente nas relações com a coletividade, e o que maiores áreas sociais cobre com sua ação é, sem dúvida, o Executivo, o Poder Administrativo por excelência, pelo que de seus procedimentos é que mais freqüentemente surtem as lesões dos direitos individuais ou coletivos.

Nessas condições, não surpreende que a grei dos publicistas do direito se tenha preocupado em disciplinar as atividades do Executivo, máxime quando não fossem bastantes as regras essencialmente éticas e morais da autolimitação — por si mesmas pouco eficazes, como a seu tempo comentaria CARRÉ DE MALBERG.

No quadro dessas preocupações foi que os juristas alemães do começo da segunda metade do século anterior partiram para a edificação da doutrina do Estado de Direito, da qual foram os mais notórios pregoeiros OTTO BAHR e RUDOLF GNEIST, com obras que, sob o mesmo título — **Der Rechtsstaat** — publicaram, respectivamente, em 1864 e 1872. No que tinham de essencial, ambos esses autores pretendiam que seria Estado de Direito aquele onde a Administração Pública estivesse ordinariamente submetida ao estrito cumprimento das leis e sujeita ao controle dos seus atos pela Justiça.

Num único ponto divergiam esses corifeus do Estado de Direito: pretendia um que a competência para o controle dos atos da Administração fosse atribuída a Justiça especial, aproximadamente da natureza da jurisdição instituída em França para os casos do contencioso administrativo; enquanto para o outro essa competência haveria de permanecer adstrita ao Poder Judiciário ordinário.

Não nos interessa aprofundar o exame dessa controvérsia, sobretudo quando a experiência secular evidenciaria que, tanto uma quanto outra, ambas são vias idôneas para a construção do Estado de Direito, a exemplo do que se verifica modernamente na França e na Alemanha Federal, como na Inglaterra e nos Estados Unidos. Mas, visto ser o Tribunal de Contas que centraliza nosso presente estudo, detenhamo-nos no modelo francês, onde primeiro se instituiu essa Corte para disciplinar o emprego dos bens e dos elementos financeiros utilizados pela Administração.

8. A preocupação com a boa ordem no trato dos dinheiros públicos é assaz antiga, em França. Segundo RODOLPHE DARESTE — no seu livro

La Justice Administrative en France (ed. Lib. de la Soc. du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1898: págs. 7 e segs.) — “a primeira emanção da corte do rei de França foi a Câmara das contas. Dela já se encontra o traço numa **ordonnance** de São Luis” (Rei Luis IX de França, entre 1226 e 1270), dirigida a autoridades das cidades, impondo-lhes a prestação de contas diante dos delegados reais: contudo, essa Câmara não passava de uma Comissão do Parlamento, que em França — e até a Revolução de 1789 —, diferentemente do Parlamento inglês, era corpo judiciário.

Não obstante, em 1319, sob o reinado de Felipe, o Belo, a Câmara das contas, depois de se ter denominado Câmara dos dinheiros (**Camera denariorum**), recebeu uma organização independente, com a qual durante todo o 14º século ela permaneceu como “a grande jurisdição administrativa do reino”, segundo o mencionado DARESTE (ob. cit., pág. 11). É ainda esse autor que nos informa terem existido, em 1789, várias Câmaras das contas espalhadas pelo país (pág. 17), instituições essas que, obviamente, como todas as que tinham a marca do “ancien régime”, com este pereceriam.

A Constituição francesa do ano VIII, como a reforma administrativa e judiciária que se seguiu à sua edição, tiveram como destaque maior aquilo que DARESTE estudou no capítulo VII de sua obra, hoje tornada clássica e indispensável para o estudo do contencioso administrativo, da “Justiça Administrativa”, como ele prefere denominá-lo. Aí o escritor se detém no exame das condições de implantação e crescimento da Justiça Administrativa de França, e, no seu quadro, a “Cour des Comptes”, criada por lei de Napoleão aos 16 de setembro de 1807. Por esse diploma a Corte foi declarada **soberana**, salvo os recursos possíveis para o Conselho de Estado — suprema instância da jurisdição administrativa do contencioso — por violação das formas ou da lei; e seus membros seriam inamovíveis, privilégio de que não desfrutavam os membros de nenhuma outra jurisdição administrativa (ob. e a. cit., pág. 167).

9. Algumas vezes com essa Corte de Contas, o sistema francês de jurisdicionalização do contencioso expandiu-se logo pela Europa, conforme se pode ver na obra de STRATIS ANDRÉADÈS — **Le Contentieux Administratif des États Modernes et la Jurisdiction Administrative en Grèce** (Recueil Sirey, Paris, 1932). E a Bélgica como a Itália, além de terem adotado o regime a que nos referimos, de França, instituíram Cortes de Contas com atribuições, por vezes, até mais incisivas do que as deferidas à homóloga entidade do país vizinho.

No concernente à Bélgica, a criação da Corte de Contas foi ordenada pelo art. 116 da Constituição de 1831, que dispunha:

“Os membros da Corte de Contas são nomeados pela Câmara dos Representantes e pelo tempo fixado por lei; esta Corte é encarregada do exame e da liquidação das contas da Administração geral e de todos os responsáveis por contas a prestar (Comptables) em relação ao Tesouro público. A Corte velará para que nenhuma rubrica das despesas orçamentárias seja ul-

trapassada e que nenhum estorno (virement) seja feito. Ela liquida as contas das diferentes administrações do Estado e está encarregada de recolher, para tal fim, todas as informações e todos os elementos contábeis necessários. A conta geral do Estado é submetida às Câmaras com as observações da Corte de Contas. Esta Corte será organizada por lei.”

E uma Lei Orgânica foi redigida para a Corte de Contas belga, tendo sido promulgada aos 29 de outubro de 1946: pelo que diz STRATIS ANDRÉADÈS em seu livro de 1932 (pág. 169), neste ano ainda vigia o diploma do século anterior.

No reino do Piemonte foi criada uma Corte no ano de 1859; mas, evidentemente, ela teve curta vida eis que logo após se faria a unificação da Itália, pela fusão dos vários Estados da região. E em 14 de agosto de 1862 seria criada a “Corte dei Conti” do Reino da Itália que — segundo o informe de GUIDO ZANOBINI in **Corso di Diritto Amministrativo**, 3º vol., 6ª ed. Giuffrè, 1958, pág. 52) — vigoraria quase imutável por “multíssimos anos”: após essa longa duração, todavia, o regime fascista alterou-a profundamente.

10. Carece de interesse, aqui, comentar os esforços e as recomendações partidos de egrégias figuras do Império do Brasil, no sentido de que se criasse uma Corte de Contas em nosso País: basta referir que por isso interessaram-se o MARQUÊS DE ABRANTES, em 1838; MANOEL ALVES BRANCO, em 1845; PIMENTA BUENO, em sua obra de 1857, **Direito Público Brasileiro**; o VISCONDE DO URUGUAI, também num apreciado livro de sua lavra, **Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias do Brasil**, de 1865; SILVEIRA MARTINS, em 1878; o VISCONDE DE OURO PRETO, em 1879 e JOÃO ALFREDO, em 1889. Alguns desses se limitaram a preconizar as vantagens da criação da Corte de Contas, enquanto outros, como ALVES BRANCO, chegaram a apresentar projetos ao Legislativo, que todavia não tiveram sucesso.

Mas RUI BARBOSA, enfim, tomaria a iniciativa de levar uma proposição ao Governo Provisório da República — que o tinha como um de seus membros — donde o decreto de 1890, que se anteciparia à Constituição de 24 de fevereiro do ano seguinte, e cujo art. 89 rezava:

“É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legitimidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

Os membros deste tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão seus lugares por sentença.”

Também não importa, aqui, desenvolver a história do Tribunal de Contas da República **Velha**, pois do que ocorreria com o esticar e encolher de suas atribuições e competências todos os comentaristas da Constituição de 1891 nos dão conta, desde, entre outros, JOÃO BARBALHO até o último dos que se detiveram no estudo dessa Carta, CARLOS MAXIMILIANO (ver seus **Comentários à Constituição Brasileira**, 3ª ed. da Liv. Globo, P. Alegre, 1929).

Não será, porém, ocioso esclarecer-se que o sistema de liquidação de contas públicas adotado no Brasil foi uma combinação do italiano com o belga: tinha a prerrogativa do registro de contratos e decretos que envolveriam despesas, e também o de ordens de pagamento, como acontecia na Itália; porém, não se adotara, entre nós, o **controle preventivo** da legalidade dos decretos, que constava do art. 13 da Lei Orgânica da Corte de Contas da Itália, de 1882, e estabelecia que “todos os decretos reais, qualquer que seja o Ministério de onde venham e qualquer que seja seu objeto, serão apresentados à Corte para que ela lhe aponha seu visto e proceda ao seu registro” (apud ANDRÉADÈS, pág. 268). Também não se adotou, no Brasil o **veto absoluto**, tal como na Itália, onde a Corte tinha sob sua **tutela**, expressão por vezes usada, o orçamento. Entre nós, oposto à negativa de registro poderia o Chefe de Estado ordenar fosse ele feito **sob protesto**.

Não obstante — como de certo modo acontecera na Bélgica e na Itália —, o nosso Tribunal de Contas da 1ª República foi colocado na condição de órgão ancilar do Congresso, embora a nossa Constituição de 1891 em nenhum momento houvesse referido sua condição de **auxiliar**. Mas tanto aqui como nesses países, e na França, os membros das Cortes de Contas desfrutavam de certas prerrogativas ordinariamente deferidas apenas aos magistrados do Poder Judiciário.

11. O moderno regime constitucional brasileiro — à vista da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 — no que tange ao tratamento deferido ao Tribunal de Contas, ao federal, naturalmente paradigma dos demais existentes pelo País, é assaz diferente do instituído à data de sua criação, em 1890/1891.

Aliás o mesmo ocorre, quanto aos seus atuais homólogos Tribunais, **ad exemplum**, em França, e na Itália, e na Alemanha, para a estes nos restringirmos.

Muita insatisfação causa, aos que sustentam a necessidade de se ampliarem as atribuições dos Tribunais de Contas, o fato de que — supostamente — essa entidade será **auxiliar** do Poder Legislativo, em decorrência de palavra inserta no § 1º do art. 70 da Constituição. De nossa parte não comungamos com tal entendimento, pois que, no concernente à circunstância de o Tribunal em tela dar “auxílio” ao Congresso Nacional no exercício de sua natural prerrogativa de apreciar as contas do Presidente da República, daí não há por que deduzir-se seja nossa Corte um mero auxiliar da representação popular, ou apenas isso.

12. Nem mesmo em França, cuja vigente Constituição, de 1958, em seu art. 47, último parágrafo, diz que “A Corte de Contas **assiste** (nosso o grifo) o Parlamento e o Governo no controle da execução das leis de finanças”, nem mesmo no país de origem da instituição se reduz essa comentada Corte a uma situação de subalternidade. Quem se detiver no estudo do tema através dos administrativistas mais idôneos, verá que a “Cour des Comptes” é um dos ramos mais eminentes da Jurisdição Administrativa francesa — situada apenas abaixo do Conselho de Estado, a suprema instância dessa Jurisdição, que tem situação paralela à da

Corte de Cassação, o supremo órgão da Jurisdição Judiciária; e dentre suas atribuições não jurisdicionais, de caráter consultivo, que ela exerce com submissão ao controle do Conselho de Estado, a Corte exerce **jurisdição**, que GEORGES VEDEL identifica nos casos em que a mesma funciona como “juiz de direito comum das contas dos **comptables publics**” (aproximadamente, em nosso étimo, os responsáveis por bens e valores públicos); aqui se trata, acrescenta o conspícuo Decano honorário da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas da Universidade de Paris, de uma verificação da legalidade dessas contas (em **Droit Administratif**, ed., Presses Universitaires de France, 1976, págs. 482/483).

Tão amplos são, em França, os poderes da Corte de Contas no pertinente ao julgamento das contas dos responsáveis pela administração dos dinheiros públicos que, através dele, o Juiz Administrativo — e a Corte o é, também — pode fazer até o **controle da moralidade**: esse expediente, desenvolve-o VEDEL, está em que, verificando o espírito da lei, ou com amparo nos princípios gerais do direito, o juiz administrativo integra as diretivas da legalidade nas diretivas de moralidade (ob. cit., págs. 610/611).

Conquanto de modo mais conciso, o Prof. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, igualmente da Universidade de Paris, como VEDEL, sustenta que a Corte de Contas francesa é juiz de direito comum em tudo o que diga respeito às contas públicas, com a particularidade de exercer sua jurisdição **ex officio**, mesmo na ausência de litígio, o que constitui uma anomalia em matéria jurisdicional (in **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 1º vol., 3ª ed., L.G.D.J., Paris, 1963, nº 640).

13. Na Itália moderna, a vigente Constituição de 1947 trata da Corte das Contas na Parte II, referente à “Organização da República”, no Título III, que organiza “O Governo”, e numa Seção III onde se definem “Os Órgãos Auxiliares”: aqui, no art. 100 — ao lado do Conselho Nacional da Economia e do Trabalho, do Conselho de Estado — é posta a “Corte dei Conti”. Em seguida, no Título IV dessa mesma Parte II da Constituição, dedicada à “Magistratura”, o art. 103 inclui no “ordinamento giurisdizionale” a Corte das Contas, outra vez em seguida à referência ao Conselho de Estado, com estas expressões:

“A Corte das Contas tem jurisdição nas matérias de contabilidade e em outras especificadas na lei.”

Sucedem que, embora não havendo nenhuma dúvida que a Corte das Contas da Itália é uma entidade integrante da Justiça Administrativa, a qual — como reza o art. 104 da Carta Maior examinada — “constitui uma ordem autônoma e independente de todos os outros poderes”, ela não terá diminuído o seu **status**, pelo fato de poder ser referida como “longa manus” dos órgãos parlamentares, qualificação que a todas as Cortes semelhantes atribuiu o excelso e saudoso ZANOBINI (na obra já citada, vol. II, pág. 52).

14. Na República Federal da Alemanha, entretanto, a Corte de Contas (Rechnungshof) não integra o sistema judiciário, mas os seus membros

desfrutam da independência atribuída aos membros deste. Por demais — como se estabelece na Constituição brasileira —, a apreciação das contas do Governo é prerrogativa das duas Casas do Legislativo, que decidirão tendo presente o parecer dessa Corte.

A propósito, reza o art. 114 da Lei Fundamental alemã de 1949:

“1. O Ministro Federal das Finanças anualmente prestará contas de todas as receitas, e despesas bem como do patrimônio e das obrigações, à Câmara dos Deputados e ao Conselho Federal.

2. As contas serão prestadas através de uma Corte de Contas cujos membros gozam da independência deferida aos juízes. As contas gerais e um levantamento sumário patrimonial e das obrigações são apresentados à Câmara dos Deputados e ao Conselho Federal no curso do exercício financeiro imediato com os pareceres (Bemerkungen) da Corte de Contas, para a exoneração das responsabilidades do Governo. A prestação de contas será regulada por lei.”

Curiosamente, na Alemanha, hoje se defronta o mesmo problema dos juristas da primeira fase da República brasileira, quando tinham que definir a natureza jurídica de nosso Tribunal de Contas. Sem o propósito de alongar essas considerações, convém, entretanto, trazer à colação a opinião de moderno e prestigioso administrativista alemão, o Prof. HANS WOLFF, que sobre o posicionamento das Cortes no organograma do Estado assim escreveu:

“Elas não pertencem ao Legislativo (no plural, porque também os Estados federais da Alemanha têm suas Cortes de Contas), nem ao Judiciário, como não são órgão auxiliar do Governo e também não um quarto Poder: são, porém, órgãos do Governo investidos de competência administrativa. Desse modo elas integram o Poder Executivo (...)” (in *Verwaltungsrecht*, II vol., ed. C. H. Beck'Sche, Munique, 1973, pág. 370).

15. A nosso ver, a situação jurídica de que desfruta o Tribunal de Contas do Brasil — mesmo quando a propósito não seja expressa a nossa Constituição — coloca-o na posição de um **órgão judicial**, ainda que de natureza peculiar, **sui generis**. Ele não está, é certo, expressamente situado no rol dos órgãos do Poder Judiciário, como ocorre nos casos francês e italiano, antes comentados.

Todavia, o nosso Tribunal exerce — “no que couber”, e lhe cabe muito... — as atribuições dos órgãos do Judiciário definidas no art. 115 da Constituição federal; seus membros têm as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros, até a titulação, do Tribunal Federal de Recursos; ele é controlador da administração financeira e orçamentária da União e julgador da regularidade das contas dos administradores. Em certas circunstâncias, previstas no art. 72 da Carta federal — como na hipótese de conveniência de sustação de exe-

ção de contrato —, o Tribunal deve solicitar ao Congresso sua deliberação sobre essa medida: é certo. Não obstante, isso em nada desconstitui a natureza de órgão judiciário, implicitamente deferida ao Tribunal de Contas pela Constituição, porque até o Supremo Tribunal Federal, em certa situação, também deve socorrer-se do Senado Federal, de uma deliberação deste, ratificadora de decisão judiciária sua.

Com efeito, isso é o que acontece, sempre que o Pretório Magno decide sobre a inconstitucionalidade de lei ou decreto federal ou estadual, e comunica seu julgado à Câmara Alta da República, para que esta lhe suspenda a execução, numa revogação implícita, consoante preceito do art. 42, VII, do diploma federal.

De um modo geral, entendem os membros do Supremo Tribunal que, em face de um julgado dessa ordem, proferido pela sua Corte, não restará ao Senado outro caminho que retirar a força de vigência da lei ou decreto, ou de qualquer ato normativo de igual teor. De nossa parte sempre fomos de diverso entendimento, por nos parecer que, órgão concomitantemente legiferante e político, e por vezes, até, órgão judicante, caberá ao Senado da República uma excelsa e ampla competência na interpretação da Constituição do País; tanto mais quanto, em nosso regime, o Senado é o mais idôneo representante dos interesses dos Estados-Membros da Federação. E, por essa razão, ele tem condições para não aceitar uma decisão da natureza referida, que poderia — e freqüentemente o é — ser fruto de maioria eventual que, amanhã, poderá inclinar-se noutro sentido.

O Senador PAULO BROSSARD, que alia sua condição de parlamentar à de eminente Professor de Direito Público, em trabalho divulgado na **Revista de Informação Legislativa** (nº 51, jul./set. 1976), há não muito tempo, teve ensejo de publicar magnífico estudo jurídico, onde sustentou que o Senado tem a prerrogativa de poder recusar-se a suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com argumentos jurídicos e políticos a bem dizer irrespondíveis.

Mas, a propósito, o que importa registrar é que, se a suspensão de execução de ato julgado inconstitucional pelo Supremo depende do Senado, para que esse julgamento se torne plenamente eficaz, e isso não diminui o papel de Corte Constitucional atribuído pela Constituição ao mesmo Supremo — o fato de algumas decisões do Tribunal de Contas da União dependerem do Congresso para aperfeiçoamento de sua eficácia — também não desnatura a condição de órgão judicante (e por que não judiciário?) do Tribunal de Contas.

16. Contudo, há quem sustente falecer ao Tribunal que estudamos a qualidade de órgão dotado de funções judicantes, judiciárias, porque lhe incumbe responder consultas, enquanto lhe falece autoridade executória de seus julgados.

A nosso ver tais prerrogativas não são, por si sós, suficientes para desqualificar o Tribunal de Contas de sua categoria judiciária, sobretudo quando sabemos — e isso ocorre universalmente — que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não operam, hoje, como áreas estan-

ques do Poder estatal, que é uno por natureza, embora exercido através de órgãos cujas funções freqüentemente estão imbricadas. Assim é que, e isto é também de conhecimento universal e se encontra expresso em nossa Constituição, o Legislativo exerce, além de sua precípua função legislante, atribuições de Poder Administrativo e Judicial; do mesmo modo que o Executivo emite atos normativos de conteúdo legal, leis no sentido material, e opera jurisdicionalmente quando aprecia responsabilidade disciplinar de funcionários estáveis; enquanto o Poder Judiciário, pelos seus múltiplos ramos, além de decidir as causas para que seja convocado, igualmente exerce funções administrativas, consultivas (a Justiça Eleitoral) e até normativas (a Justiça do Trabalho).

No século XVIII, quando LOCKE e MONTESQUIEU divulgaram suas idéias, a propósito da necessidade de se organizar o Estado com a tríplice especialização de funções — em “separação de poderes”, falaram eles —, havia o propósito de opugnar o regime vigente, em que os Soberanos enfeixavam arbitrariamente sob sua autoridade todos os encargos, todas as funções.

Como vimos, foi assim que se organizou o Estado nas Constituições americana, de 1787, e francesas, várias, do período mais agudo do processo revolucionário de França, desencadeada em 1789. Mas, logo, chegou-se à conclusão de que na separação de poderes residia um pensamento utópico: e chegamos, hoje, defronte da realidade complexa da vida social, e de um Estado extremamente intervencionista, que não se podem manter em estrita separação as tarefas dos referidos três órgãos de Poder estatal.

17. Nessas condições, e quando no Brasil tanto se fala em deferir novas características ao Código Político na Nação, cabe-nos exprimir que será de toda conveniência deixar incontroversa, e, até melhor, definir, a feição precipua judicial do Tribunal de Contas. Apenas deixar incontroversa, de modo mais exato, uma natureza que esse órgão de Poder estatal já possui.

Quando se reconhece — no art. 153, § 31, da Constituição, ser o cidadão parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio público —, é notório que um dos mais eminentes direitos dos membros da coletividade cidadã reside na exigência de ter Governo seriamente aplicado no desempenho e na perseguição do interesse público. E o interesse público que, por final consideração, é exatamente a razão de ser do Estado, não pode deixar de estar intimamente objetivado no procedimento das autoridades, de todos quantos detenham uma parcela de Poder Público e, sobretudo, daqueles que operam os recursos financeiros oriundos da contribuição dos administrados.

Dessarte, entendemos que só se aperfeiçoará o Estado de Direito contemporâneo quando se elevar, de modo inquestionável, ao grau de órgão do Judiciário, aquele que tem no seu encargo a rigorosa tomada de contas dos gestores da coisa pública, assim como o controle ou supervisão ou tutela da aplicação do orçamento público e da moralidade administrativa.

O Estado e suas empresas

HELLY LOPES MEIRELLES

Advogado e Professor de Direito em São Paulo.

SUMÁRIO

- I — As atividades típicas e atípicas do Estado
- II — As formas de intervenção estatal na nossa Constituição
- III — As empresas privadas e a concorrência do Estado
- IV — Conclusão

I — As atividades típicas e atípicas do Estado

1. Sempre se reconheceu ao Estado a sua missão primordial de prestador de serviços públicos aos administrados, chegando mesmo DUGUIT a afirmar que só essa condição é que justifica a sua existência (**Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1923, págs. 71 e segs.). Mas os serviços estatais se foram ampliando, desde aquelas atividades próprias do Poder Público (segurança, justiça, defesa nacional etc.) até atingir a área da iniciativa privada e da economia particular dos cidadãos. Assim, os Estados de economia socializada apropriaram-se dos meios de produção e os de orientação capitalista mantiveram-nos com o empresariado mas sob controle dos mercados e de seu desenvolvimento em relação às necessidades do consumo.

2. Deste modo, os Estados modernos passaram a exercer atividades típicas (serviços públicos) e atípicas do Poder Público (serviços da iniciativa privada), umas e outras regradas pela Constituição e delimitadas pelas leis

pertinentes. Nas atividades estatais típicas enquadram-se aquelas que dizem respeito à preservação da soberania nacional, à segurança interna, à ordem pública, à organização política e administrativa; nas atividades atípicas alinham-se as de amparo social, de fomento e complementação à iniciativa privada de interesse coletivo, de condicionamento do uso da propriedade particular, de intervenção no domínio econômico enfim. Para o caso em exame só nos interessa a conduta do Estado no controle da ordem econômica e de sua participação em atividades empresariais originariamente pertencentes à iniciativa privada.

3. A intervenção na propriedade e na ordem econômica se manifesta em cada Estado por variadas formas e diversificados meios de atuação, e invade quase todos os recantos da atividade privada, antes preservados pelo individualismo, como acentuou LOEWENSTEIN neste passo:

“Las intervenciones de la autoridad pública en la vida privada de los ciudadanos se han elevado a un grado máximo, en lugar de limitarse a un mínimo como quería el capitalismo clásico del *laissez faire*. La distribución más igualitaria de la riqueza y de la renta nacional ha influido profundamente en el alcance y en la importancia de las libertades individuales clásicas. Las intervenciones gubernamentales en el proceso económico y la reglamentación estatal de los negocios y de las empresas ha limitado la libertad de contrato e incluso el recinto más sacrosanto del liberalismo clásico, la ilimitada disposición de la propiedad” (KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Chicago, 1961, trad. esp. Ariel, Barcelona, 1965, pág. 399).

4. Mas essa intervenção estatal há de conter-se nos lindes constitucionais e pautar-se pelas normas legais que a disciplinam, sob pena de invalidade da atuação do Poder Público na contenção da iniciativa privada ou na invasão da área reservada às empresas particulares. A intervenção na propriedade e no domínio econômico não é faculdade discricionária do Estado; é atividade vinculada aos preceitos da Constituição e da lei. Não é lícito, assim, ao Estado extrapolar o campo de sua atuação para operar na área da iniciativa privada, em competição com a empresa particular enquanto esta estiver atendendo satisfatoriamente o mercado consumidor de seus produtos ou de seus serviços. Essa é a orientação da nossa Constituição, como veremos a seguir.

II — As formas de intervenção estatal na nossa Constituição

5. A Constituição da República Federativa do Brasil (Emenda nº 1, de 1969) admite a intervenção estatal na propriedade e no domínio econômico por três formas, a saber: pelo condicionamento do uso da propriedade à função social (art. 160); pela intervenção corretiva no domínio econômico, inclusive o monopólio (art. 163), e pela exploração direta, mas supletiva,

de atividade econômica da iniciativa privada (art. 170, §§ 1º a 3º). As duas primeiras modalidades não nos interessam neste estudo, mas somente a última, cujo dispositivo correspondente assim dispõe:

“Art. 170 — As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º — Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º — A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.”

6. Pelas disposições acima transcritas se evidencia que, no nosso sistema constitucional, as atividades econômicas competem originária e preferencialmente à iniciativa privada (art. 170, **caput**), só cabendo ao Estado **suprir** as deficiências das empresas particulares quando estas se revelarem incapazes de atender à demanda do mercado. A intervenção do Estado será sempre supletiva e nunca substitutiva ou competitiva com a atividade privada. Esta afirmação do § 1º do art. 170 está reafirmada pelo art. 163 que só faculta a intervenção no domínio econômico “para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”. Tão relevante é essa diretriz constitucional, que o atual “Plano Nacional de Desenvolvimento — III PND”, aprovado pela Resolução 1, de 5-12-79, do Congresso Nacional, declara enfaticamente:

“As definições e opções deste Plano Nacional de Desenvolvimento para 1980/85 têm por base:

.....
VI — o reconhecimento também da opção brasileira pela economia de mercado, onde o planejamento do desenvolvimento e toda a atuação governamental deve voltar-se para a orientação, apoio e estímulo aos setores privados, limitando-se o Governo, como produtor e investidor, aos campos e atividades exigidos pelo interesse e segurança nacionais e aos projetos não desejados ou inviáveis pela livre iniciativa” (Cap. I do III PND para 1980/85).

7. A essa atuação estatal **incentivadora e complementar** da iniciativa privada a doutrina constitucional moderna dá-lhe a denominação de “princípio da subsidiariedade” pela sua função supletiva da empresa particular

naquilo que não está ao seu alcance prover satisfatoriamente (cf. VITAL MOREIRA, **A Ordem Jurídica do Capitalismo**, Coimbra, 1973, págs. 221 e segs.). Por esse princípio — acolhido expressamente pela nossa Constituição, art. 170, § 1º — o Estado não pode invadir o campo econômico das empresas privadas, salvo para suprir-lhes deficiências. Se o fizer, incorrerá em afronta à própria Constituição.

8. Outra diretriz constitucional é a da **igualdade econômica**, ou seja, da paridade de situação entre a empresa privada e a empresa estatal, quando esta vier a suplementar a iniciativa daquela, nos casos admitidos pela própria Constituição (art. 170, §§ 2º e 3º). Bem a propósito, em recente e douta monografia sobre o assunto, o Professor MUKAI escreveu:

“Na Constituição brasileira configura-se este princípio (da subsidiariedade) pelo disposto nos parágrafos segundo e terceiro do art. 170; o primeiro impondo que em setores não monopolizados, portanto, em setores onde concorrem empresas privadas e públicas, deve existir igualdade jurídica; o segundo, determinando que a empresa pública (*lato sensu*) que explorar atividade não monopolizada sujeitar-se-á ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas” (TOSHIO MUKAI, **Participação do Estado na Atividade Econômica — Limites Jurídicos**, ed. RT, São Paulo, 1979, pág. 56).

9. Nós mesmos, ao cuidar das entidades paraestatais, sustentamos a liberdade de sua criação por qualquer forma e por qualquer das entidades estatais (União, Estados, Municípios) tanto para executar serviços públicos quanto para realizar atividades econômicas, mas neste último caso ressaltando sempre o seu caráter **suplementar** da iniciativa privada, e assim dissemos:

“Esta liberdade administrativa está concedida pela Constituição da República a todas as entidades estatais que julguem conveniente descentralizar seus serviços ou explorar atividades econômicas em caráter **suplementar** da iniciativa privada. Para estas, o texto constitucional permite a criação de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, revestindo qualquer forma, desde que nas suas operações empresariais se sujeitem às normas das empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (art. 170, §§ 1º e 2º). O que a Constituição submete às normas do direito privado não é, portanto, a instituição e a organização da empresa ou da sociedade; é a sua atividade empresarial. Esta, sim, não pode afastar-se das normas civis, comerciais, trabalhistas e tributárias pertinentes, para que não se faça concorrência desleal à iniciativa privada” (nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 8ª ed., RT, São Paulo, 1981, pág. 332).

10. O que está explícito na Constituição da República é a vedação da concorrência do Estado às atividades econômicas reservadas precipuamente

às empresas privadas. Nessa área o Poder Público só poderá atuar em igualdade de condições com as empresas particulares e quando a produção de bens ou os serviços destas forem insuficientes para as exigências do mercado. Fora dessa hipótese e sem o requisito da **supletividade** não é lícito ao Estado entrar no mercado de obras, serviços ou produtos industriais da economia privada. As únicas exceções constitucionais que legitimam o Estado-empresário são a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (art. 163).

III — As empresas privadas e a concorrência do Estado

11. Verifica-se, entretanto, que há no País muitas empresas do Estado competindo com a iniciativa privada numa verdadeira concorrência desleal e inconstitucional, visto que a Constituição só permite a disputa de mercado entre as empresas particulares e não entre estas e as paraestatais. O que a Lei Maior admite é a **complementação** pelas empresas paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) do que estiver faltando no mercado para pleno atendimento dos consumidores. A reserva do mercado é para as empresas privadas; somente na insuficiência de suprimento pelos particulares é que pode o Estado implantar suas empresas a fim de suprir a falta de atividade econômica reclamada pelos consumidores.

12. Não se confunde **atividade econômica** com **serviço público**: no desempenho deste o Estado é livre para executá-lo direta ou indiretamente sem qualquer limitação na sua operacionalidade, na remuneração e no modo de prestação aos usuários; no exercício daquela (atividade econômica), por si ou por suas empresas, ele está constrangido pelas regras constitucionais a não competir com a iniciativa privada e a só entrar no mercado quando houver falta do produto das empresas particulares. Fora dessa hipótese não se admite a intromissão do Estado ou de seus estabelecimentos empresariais no campo da iniciativa particular, que por ele deve ser **estimulada** e **apoiada** para o desenvolvimento da atividade econômica, como determina explicitamente o art. 170 da Constituição federal e seus parágrafos.

13. Outra possibilidade constitucional de atuação do Estado é a da “intervenção no domínio econômico e a do monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais” (art. 163). Mas ainda aqui o Estado não fica inteiramente livre para intervir ou monopolizar. Sujeita-se ao condicionamento constitucional de atuar “mediante lei federal”, e desde

que a intervenção ou o monopólio se justifique por motivo de segurança nacional ou seja necessário para a organização da economia em setor no qual a iniciativa privada esteja ausente ou tenha falhado na sua atuação.

14. Vê-se, pois, que tanto para a exploração de atividade econômica por empresa pública ou por sociedade de economia mista (Constituição federal, art. 170 e §§), quanto na intervenção direta no domínio econômico ou para o monopólio de indústria ou atividade (Constituição federal, art. 163), o Estado há que atender aos pressupostos constitucionais que legitimam a sua atuação, e em todos os casos deverão estar presentes as situações fáticas que autorizem a sua entrada no campo até então reservado à iniciativa privada. A despeito desses condicionamentos constitucionais, o que se tem verificado no Brasil em todos os níveis governamentais — federal, estadual e municipal — é a freqüente invasão da área da atividade privada por empresas públicas e sociedades de economia mista, que entram em acintosa competição com o empresariado particular ofertando produtos e serviços já postos no mercado por empresas privadas, idôneas e especializadas que suprem satisfatoriamente as exigências do consumo e competem lealmente entre elas, dentro da lei da oferta e da procura. E o pior é que as organizações do Estado muitas vezes obtêm privilegiadamente o contrato, e com dispensa de licitação, numa autêntica **concorrência desleal** — e inconstitucional — às suas congêneres particulares.

15. Esse desrespeito à Constituição da República tem propiciado a criação de numerosas empresas paraestatais, inúteis e deficitárias, que, além de onerosas ao orçamento público, provocam o desestímulo à iniciativa privada e levam ao aniquilamento as atividades particulares congêneres. Tais empresas oficiais só aumentam a área do empreguismo e das mordomias que tanto dessangram o erário e desmoralizam as Administrações Públicas a que pertencem. Urge se ponha um paradeiro a essas paraestatais, quer pelo próprio Estado que já vem desestatizando suas empresas ociosas, quer pela reação do empresariado particular, prejudicado em suas legítimas atividades econômicas.

IV — Conclusão

16. Sendo inconstitucional a atividade competitiva do Estado em setores da economia privada, as empresas particulares lesadas pela conduta estatal podem — e devem — opor-se à criação e funcionamento das sociedades de economia mista e das empresas públicas federais, estaduais ou municipais, cujos objetivos de operacionalidade conflitem com a garantia constitucional da **não competitividade**. E essa oposição pode concretizar-se até mesmo em ação judicial para impedir a afronta à Constituição e a lesão ao direito subjetivo dos empresários que estiverem suprindo plenamente a demanda do mercado e se virem prejudicados pela competição ilegítima do Estado através de suas empresas paraestatais, pois que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (Código Civil, art. 75).

Legislação tributária: fontes e conceito

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO
Professor de Legislação Tributária da
Universidade de Santa Cruz — Bahia

CAPÍTULO I

Fontes da Legislação Tributária

SUMÁRIO: 1. *As fontes formais: definição e classificação.* 1.1. *As leis.* 1.2. *Os tratados e as convenções internacionais.* 1.3. *Os decretos federais.* 1.4. *Normas complementares.* 1.4.1. *Esclarecimento preliminar.* 1.4.2. *Ato administrativo normativo.* 1.4.3. *Decisões de jurisdição administrativa com eficácia normativa.* 1.4.4. *Práticas administrativas.* 1.4.5. *Convênios entre os entes tributantes internos.*

1. *As fontes formais: definição e classificação*

Delimitar as fontes formais da legislação tributária traduz-se num esforço inicial de determinar a origem das normas jurídicas que lhe dão conteúdo. São, pois, fontes aquelas que dão nascimento aos preceitos ou regras jurídicas de tributação, originárias como produto decorrente do poder fiscal que, na sua plenitude, encarna a vontade soberana do Estado em matéria de sua competência.

Definição do significado que, no mundo jurídico, é dada ao vocábulo fonte, pode-se buscar na doutrina. Assim, da lavra de BANDEIRA DE MELLO (pág. 179) tem-se que:

“O vocábulo fonte é derivado do latim, *fons-fontis*, e este, de *fundo-fundere*, que significa derramar. Indica, assim, o lugar de onde brota, na superfície da terra, água. Desse sentido etimológico, passa, vulgarmente, a traduzir o ponto de partida de alguma coisa. E, conseqüentemente, surgiu o seu conceito jurídico, correspondendo aos princípios de que originam o direito, ou, então, as formas que o revelam.”

É de notar, portanto, que o conjunto de normas legislativas e administrativas são as fontes formais da legislação tributária. Com efeito, esses dispositivos são os responsáveis diretos pela construção do ordenamento jurídico positivo. LARANJEIRA (pág. 98) afirma, nesse sentido, que as fontes, se de direito, são causas que vão determinar a germinação de regras jurídicas.

O poder fiscal ou tributário, segundo CERQUINTO (pág. 5), "está adstrito ao ordenamento jurídico, ou seja, fulcrado em três escalões organizados hierarquicamente: escalões das normas constitucionais, gerais e individuais": As normas constitucionais são as que integram a Constituição, a emenda à Constituição e os atos institucionais. As normas gerais, baixadas via de regra pelo Poder Legislativo, são as leis. No escalão das normas individuais, encontram-se normas emanadas em conformidade com os requisitos de produção determinados pelas normas gerais, como, por exemplo, os atos administrativos normativos.

O exercício do poder tributário está, portanto, circunscrito ao campo da lei, pois somente através da mesma é que se podem exigir prestações de natureza tributária. Consoante BARBOSA NOGUEIRA (pág. 34), os poderes que cabem ao Estado são, no Estado de Direito, fixados pelo Poder Constituinte. E dentre estes, ressalta, "um dos mais relevantes, é o poder de tributar", através do qual pode ser exigida uma parcela da riqueza das pessoas subordinadas ao poder público, para fazer face às despesas públicas.

Os recursos retirados do patrimônio do particular pelo Estado objetivam cobrir os gastos públicos decorrentes de aplicações e investimentos indispensáveis à satisfação das reais necessidades coletivas. O Estado, então, respalda sua ação no poder impositivo que lhe é conferido pela Constituição federal. O ingresso desses recursos financeiros nos cofres públicos, sob a forma de tributos, configura-se como receita derivada.

Dentro de um aspecto estritamente formal, concebido pela lei codificada, as fontes de produção de legislação tributária têm uma classificação própria. São as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem no todo ou em parte sobre tributos e as relações jurídicas a eles pertinentes (CTN, art. 96).

Cumpra assinalar, entretanto, que a enumeração feita pelo Código Tributário Nacional não esgota a matéria, porquanto incompleta, à luz da própria realidade e dos pressupostos que orientam o processo legislativo no campo específico da tributação. Na verdade, o instrumental de ação do Estado, em termos de recursos para legislar em matéria dessa natureza, é bastante amplo.

Decorrente disso, podem-se acrescentar as fontes ali referidas, a Constituição federal, emendas à Constituição, leis complementares, resoluções do Senado, decretos legislativos e os decretos-leis federais.

1.1. *As leis*

Pode-se afirmar que a lei constitucional é a matriz do sistema tributário nacional, por isso mesmo a fonte principal da legislação tributária. Estão, em

decorrência disso, consubstanciados no texto constitucional os princípios fundamentais da tributação. E dentre eles, por mais importantes, há de se destacar os da legalidade e da anterioridade da lei, transcritos, a saber, *in verbis*:

“Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição” (CF., art. 153, § 29).

Dispõe, ainda a Constituição federal (art. 19) que é vedado ao poder político instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça.

Por conseguinte, o Código Tributário Nacional faz expressa menção das matérias que podem ser postas no ordenamento jurídico positivo, através de lei. Com isto busca de modo direto explicitar o princípio da legalidade tributária, motivo da análise antecedente. Os assuntos, portanto, que somente poderão ser objeto de lei, face a regra jurídica de tributação (art. 97), são os que a seguir se enumeram:

- a) instituição de tributos ou a sua extinção;
- b) a majoração de tributos ou a sua redução;
- c) a definição da alíquota do tributo e da sua base de cálculo; e
- d) a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou de dispensa ou redução de penalidades.

1.2. *Os tratados e as convenções internacionais*

Os tratados e as convenções internacionais são acordos ou pactos celebrados em função de interesses comuns, relativamente à decisão de assuntos que digam respeito à política fiscal ou tributária do Brasil e de outros países. Servem, assim, para o aperfeiçoamento do sistema tributário internacional, com vistas a evitar a duplicidade de tributação ou sonegação de tributos no âmbito internacional.

Consoante MORAES (pág. 159), os tratados e as convenções internacionais, após sua promulgação e publicação têm eficácia interna, como outras leis que versam sobre matéria tributária, convertendo-se, portanto, em direito interno nacional. E conclui, asseverando que, “além de constituírem direito positivo interno, os tratados e as convenções internacionais são leis com vigência em vários Estados”.

Por outro lado, a norma codificada preceitua que os tratados e as convenções internacionais têm o condão de revogar ou modificar a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha (CTN, art. 98). É de bom alvitre esclarecer que as regras estatuídas nessas convenções não obrigam os Estados celebrantes, no campo internacional, ao seu rígido cumprimento, mas

tão-somente a aceitá-las livremente e aplicá-las no seu território, conforme muito bem acentua RIBEIRO DE MORAES (pág. 159):

“Entretanto, não nos podemos esquecer, neste raciocínio, que o conteúdo da obrigação específica dos Estados contratantes, na esfera internacional, não é sua submissão às regras pactuadas, mas a adoção das mesmas em seu território.”

1.4. *As normas complementares*

1.4.1. *Esclarecimento preliminar*

De grande importância se reveste o estudo sobre as normas complementares, tendo em vista o seu amplo e diversificado campo de aplicação no seio da Administração Pública. Assim, todo esse complexo de normas que povoam o ordenamento administrativo na área específica da tributação atua como elemento auxiliar da legislação tributária.

Constituindo-se como fontes da legislação tributária, essas normas objetivam facilitar a correta aplicação da lei tributária, através do disciplinamento de todas as atividades fiscais no âmbito da administração federal. Visam, ainda, dirimir dúvidas quanto à inteligência de preceitos tributários, interpretar os atos relativos a tributação, arrecadação e fiscalização, e disciplinar ou criar obrigações para os contribuintes, consoante o que a lei dispuser.

Conforme disposto no CTN, cumpre, antes de se entrar no mérito de cada um, numa análise mais particularizada, enumerar taxativamente os atos de caráter normativo que complementam as leis, os tratados e as convenções internacionais e os decretos (art. 100):

- a) os atos administrativos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- b) as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- c) as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- d) os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios,

Colocados esses aspectos fundamentais, cabe, de logo, examinar-se cada um dos elementos estabelecidos pelo legislador que, no seu conteúdo, dão consistência material às chamadas normas complementares.

1.4.2. *Os atos administrativos normativos*

Com pertinência aos atos administrativos normativos, estes têm uma predominância acentuada no contexto prático das atividades desenvolvidas nos mais variados campos da Administração Pública federal. Na verdade, de tão

usuais, esses atos interferem de modo direto na vida do cidadão comum. Com o título genérico de instruções, aliás, como preconizado pela Constituição federal, eles nascem sob as mais diversas formas: portarias, ordens de serviço, regulamentos e outros da mesma espécie.

Os atos administrativos normativos se afiguram como qualquer instrumento de comunicação firmado por dirigente do alto escalão da organização ou do poder público, que tenha por finalidade precípua promover a divulgação de atos da administração. Essas comunicações são expedidas para observância por parte de diversos setores, e contêm instruções de caráter geral ou específico que implicam no seu cumprimento pelo funcionalismo.

É interessante assinalar que dentre os atos mais relevantes para o estudo em questão, em matéria de conteúdo tributário, destacam-se aqueles baixados pelos Ministros de Estado. Entre os mais importante cabe enumerar as instruções normativas, as normas de execução, as portarias, as circulares e os atos declaratórios. Podem, eventualmente, ser considerados outros atos que, de menor eficácia, não comportariam uma análise mais criteriosa neste ensaio.

As instruções normativas visam a complementar e a interpretar atos do Ministro da Fazenda, dirimir dúvidas a respeito da legislação tributária, bem como fixar normas destinadas a disciplinar o comportamento do contribuinte com respeito às suas obrigações fiscais. As normas de execução objetivam fixar elementos para a programação, execução, acompanhamento, controle e avaliação das atividades do sistema tributário em decorrência das instruções normativas.

As portarias são atos expedidos por administradores mais categorizados de repartições ou órgãos públicos, dando instruções gerais ou especiais a seus subordinados. FALEIRO (pág. 105) assevera que, embora a Constituição outorgue competência ao Ministro da Fazenda para a expedição de instruções, aquela autoridade se utiliza da portaria para "fixar as modalidades de aplicação das leis e regulamentos tributários".

Por outro lado, as circulares são comunicações escritas, de cunho predominantemente uniforme, expedidas a diferentes funcionários, servidores ou órgãos, prestando-lhes esclarecimentos e orientações, bem como estabelecendo diretrizes indispensáveis ao bom andamento das atividades administrativas de modo geral.

Vale ponderar que, conquanto não lhe negando alguma eficácia jurídica, é corrente a linha de pensamento publicista que a circular não pode ser caracterizada como norma jurídica, valendo apenas como uma regra interna da Administração. Isto porque, através desse instrumento de comunicação administrativa, é regulada a conduta dos organismos subalternos pelos superiores.

Dentro desse contexto, cabe destacar, por fim, os atos declaratórios que, segundo o entendimento corrente no campo doutrinário, são aqueles expedidos pela Administração Pública consubstanciando uma declaração afirmativa ou negativa sobre qualquer fato administrativo. São emitidos geralmente pelos escalões locais, através de agentes do fisco de hierarquia a nível de postos ou serviços fiscais.

1.4.3. *As decisões de jurisdição administrativa com eficácia normativa*

Cumpra, inicialmente, salientar que, em nosso País, inexistem tribunais administrativos com competência privativa para decidir, como coisa julgada, matéria de natureza fazendária, tendo presente, inclusive, que a lei fundamental não exclui essas causas do exame do Poder Judiciário. É de ressaltar-se, entretanto, os casos decididos contra a Fazenda Pública (CF, art. 153, § 4º).

Decorrente disso, os processos administrativos fiscais relativos a tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, no âmbito da Administração Pública federal, são julgados, consoante disposto no Decreto nº 70.235, de 6-3-72:

- a) em primeira instância, pelos delegados da Receita Federal;
- b) em segunda instância, pelos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda;
- c) em instância especial, pelo Ministro da Fazenda, nos casos de recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interpostos pelos Procuradores Representantes da Fazenda, junto aos mesmos Conselhos.

Relativamente ao processo de consulta dos tributos arrecadados pela SRF, o julgamento compete, em primeira instância, aos superintendentes regionais da Receita Federal; em segunda instância, ao coordenador do Sistema de Tributação; em instância única, compete, ao coordenador do Sistema de Tributação, o julgamento das consultas sobre classificação fiscal de mercadorias, como também aquelas formuladas pelos órgãos centrais da Administração Pública ou por entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais, de âmbito nacional.

No entender de MORENO RODRIGUES (pág. 55):

“As decisões administrativas são interpretações da legislação tributária aplicadas a casos concretos, oferecidas por órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da administração tributária, para a solução de pendências iniciadas por procedimentos fiscais contestados pelos contribuintes.”

1.4.4. *As práticas administrativas*

“As práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”, a que se refere o Código Tributário Nacional (art. 100, III) são as soluções dadas pelas autoridades da administração fazendária aos casos levados ao seu julgamento. Evidentemente, que essas decisões, decorrentes da aplicação das normas jurídicas e administrativas, devem ser coerentes e repetitivas em termos de uniformidade no campo da prática administrativa.

Entretanto, adverte CARLOS FALEIRO (pág. 109):

“Se a autoridade fiscal, durante certo tempo, dá à lei determinada interpretação, isso não a impede de abandonar esta prática. Contudo, a alteração da prática administrativa não pode importar em violação

do princípio da igualdade (Constituição federal, art. 153, § 1º), o qual impõe que a lei seja aplicada de maneira uniforme aos contribuintes que se encontrem nas mesmas condições.”

1.4.5 Os convênios entre os entes tributantes internos

De acordo com o CTN, os convênios ficaram em posição inferior à das leis, em termos de hierarquia, considerando que passaram a integrar as normas complementares, as quais cuidam apenas da administração tributária. Assim, os convênios objetivam somente a prestação mútua de assistência entre a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com vistas à fiscalização dos tributos ou à permuta de informações nessa área.

CAPÍTULO II

Conceituação de Legislação Tributária

SUMÁRIO: 1. O problema da definição: sinonímia. 2. O conceito proposto: breves considerações.

1. O problema da definição: sinonímia

Há autores que, nada obstante fazerem colocações distintivas de natureza pragmática, sustentam haver sinonímia entre Direito Tributário e Legislação Tributária ou Legislação Fiscal. Posicionam tal entendimento na assertiva de que se o direito é o conjunto de normas jurídicas que compõem a ordem jurídica positiva, a legislação tributária ou fiscal exsurge como uma parcela desse ordenamento global, a regular um ramo específico do direito que tem por objeto matéria de caráter tributário.

MINHOTO JÚNIOR (pág. 13), ao acolher esse entendimento, ressalva que o direito, naturalmente, compreende a legislação. E acrescenta que a legislação representa a face prática do direito positivo, “o seu entendimento, a sua evidência prática, a sua ressonância na praxis jurídica”. DONATO GIANNINI (págs. 5-6) também emprega as duas expressões como sinônimas ao admitir que o “direito tributário ou legislação fiscal é aquele que explicita as normas e princípios referentes à imposição e cobrança dos tributos, analisa as conseqüentes relações jurídicas entre entidades públicas e cidadãos”.

Desenvolvendo essa mesma linha de raciocínio, SAVÉRIO MANDETTA (pág. 31), robustece a idéia sustentando, *ex professo*, que:

“A lei fiscal ou tributária é a norma jurídica que regulamenta e orienta a imposição e a arrecadação de tributos, bem como as relações entre o fisco e o contribuinte. Verificamos, assim, ser o direito ou a legislação fiscal ou tributária o conjunto de normas que regulam a imposição e arrecadação de tributos, bem como as relações entre o fisco e o contribuinte.”

2. *Conceito proposto: breves considerações*

Convém salientar que a definição a que se propõe este estudo implica, necessariamente, num esclarecimento preliminar sobre as funções primordiais, que, na esfera fiscal, cumpre à legislação tributária desempenhar, por força, inclusive, de mandamento constitucional. Esse esforço primeiro é importante para a tentativa de uma abordagem conceitual de matéria.

As funções de que se trata estão consubstanciadas na própria Constituição, onde se encontram a estruturação do poder fiscal, a discriminação das receitas tributárias, as limitações ao poder das pessoas políticas e a observância por parte destas dos direitos e garantias individuais a serem respeitados, em matéria de tributação.

À Administração Pública, cabe, portanto, a realização dessas funções com vistas ao atingimento dos fins do Estado, através do regular exercício da administração fazendária, nos limites da competência constitucional que lhe é outorgada. Ela é exercida com as devidas ressalvas e cautelas, não podendo a autoridade pública, que a representa, sobrelevar os limites da legalidade a que se acha submetida.

Ressaltados esses aspectos, importa relevar que definir é fixar, limitando e explicitando os contornos do assunto examinado, é estabelecer os fundamentos basilares do que se quer tomar conhecimento; segundo acentua MORAES (pág. 11), "definir é limitar, é esclarecer, é dar os elementos essenciais do que se pretende conhecer".

Consoante GOMES (pág. 23): "o conceito é uma abstração esquematizada para simplificar, que permite, pelo processo de generalização, as construções ou teorias".

Na pesquisa empreendida, buscando os elementos essenciais indispensáveis à construção de um conceito de legislação tributária, não foi logrado o êxito desejado. Os autores preocupam-se mais com o estudo do direito tributário, deixando, em consequência, a legislação tributária em segundo plano, talvez, quem sabe, por se tratar de uma disciplina nova mais voltada para os currículos de outros cursos que não o de direito.

Em razão dessa escassez de estudos e pesquisas no campo teórico, é que o presente trabalho se propõe a colocar, embora ainda de modo muito tímido, o conceito de legislação tributária. Não se trata, efetivamente, de uma conceitualização incontestável, mas apenas uma colocação ainda incipiente e embrionária que poderá ser aperfeiçoada no perpassar do tempo.

A partir dos autores que concebem, na relação jurídica, ao tentar qualquer abordagem conceitual do direito, a valorização da qualidade do sujeito, pode-se esquematizar a definição de legislação tributária. Com fundamento, pois, nesse critério parte-se, então, para sua definição, à luz, portanto, do ordenamento positivo.

Legislação tributária é o conjunto sistemático de princípios e normas, de natureza tributária, que regulam as relações jurídicas entre o poder fiscal e o contribuinte e disciplinam os procedimentos operacionais delas decorrentes.

Do conceito formulado, com vistas ao melhor entendimento do seu alcance, podem ser comentados, de modo particularizado, os aspectos enumerados a seguir que, por substanciais, dão consistência ao conteúdo da matéria enfocada:

Conjunto sistemático de princípios e normas, implica em afirmar que ele não é desordenado, sem interligação ou afinidade, tem um sentido sistêmico, portanto, de coordenação entre si para a constituição de um todo orgânico. Com efeito, BECKER (págs. 103-104) ilustra esse raciocínio ao assegurar que:

“A lei considerada em si mesma, como um ser isolado, não existe como regra jurídica. A regra jurídica contida na lei (fórmula literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada.”

O autor acima citado complementa seu pensamento acrescentando que: “a regra jurídica embute-se no sistema jurídico e tal inserção não é sem consequência para o sistema jurídico”. E reforça tal assertiva, invocando PONTES DE MIRANDA (págs. XIII-XIV);

“Daí, quando se lê a lei, em verdade, se ter na mente o sistema jurídico, em que ela entra, e se ler na história, no texto e na exposição sistemática. Os erros de expressão da lei são corrigidos facilmente porque o texto fica entre esses dois componentes do material para a fixação do verdadeiro sentido.”

Trata-se, portanto, de um conjunto de normas possuidoras de traços comuns, estruturado de maneira articulada dentro do sistema jurídico positivo. Consoante BERTALANFFY (pág. 1): “um sistema se define como um complexo de elementos em interação, interação essa de natureza ordenada (não fortuita)”. “Por sistema, entende-se um conjunto de partes ou elementos integrados e coordenados entre si. Trata-se de um conjunto racional e lógico”, diz MORAES (pág. 506). Os elementos de um sistema, ensina ATALIBA (pág. 4), “não constituem o todo, como sua soma, como suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros”.

Dando o sentido da expressão sistema jurídico, GOMES (págs. 24-25) ensina que a unidade lógica das formulações jurídicas é um ditame do espírito humano. Os institutos jurídicos são formados pelos preceitos “atinentes às diversas relações jurídicas agrupadas sistematicamente”. E acrescenta: “A coordenação dos diversos e múltiplos institutos jurídicos em um todo harmônico forma o sistema jurídico.”

CASTAN TOBENAS, apud GOMES (pág. 25), define o sistema jurídico como “um conjunto de regras e instituições de direito positivo, pelas quais se rege determinada coletividade”. Para ARMINJON, NOLDE e WOLF, citados por GOMES (pág. 25), “são elementos essenciais de um sistema jurídico: 1º) uma legislação que serve de vínculo à coletividade que rege; 2º) uma certa autonomia, quando menos legislativa”.

De natureza tributária, há de ser os princípios e normas norteadores das ações fiscais. É exatamente a partir do conhecimento desses preceitos inseridos no ordenamento jurídico positivo que se permite qualificá-los como tal e estabelecer a sua perfeita caracterização como tributários ou fiscais.

Relevando essa afirmativa, GOMES (pág. 26) esclarece que:

“Todo instituto jurídico tem no sistema seu lugar próprio. Encontrá-lo é determinar-lhe a natureza. A localização importa para a melhor compreensão e exata aplicação das regras que o compõem.”

Tais princípios revelam-se pelo atributos essenciais de cunho eminentemente fiscal. Estão, portanto, a regular relações jurídicas sobre tributos, nas suas diversas espécies, tais como: impostos, taxas e contribuições. Consoante DE PLÁCIDO E SILVA (pág. 1.052), no jargão jurídico, a natureza “assinála, notadamente, a essência, a substância ou a compleição das coisas”.

Que regulam as relações jurídicas entre o poder fiscal e o contribuinte; isto é, os vínculos entre as pessoas políticas ou entes públicos e os contribuintes que, como sujeitos de direito, têm aptidão para adquirir direito e contrair obrigações na órbita jurídica fiscal. ORLANDO GOMES (pág. 119), estribado numa concepção clássica, diz que “a relação jurídica é vínculo entre sujeitos”.

Os sujeitos podem figurar, no pólo positivo ou negativo de relação tributária. Aqueles que ocupam uma posição ativa são as pessoas políticas, entendidos como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos detentores de competência tributária. Vale ressaltar que esses entes podem delegar competência aos órgãos por eles criados, para arrecadar tributos e deles dispor a fim de assegurar o funcionamento de suas atividades públicas. Os que figuram no pólo negativo são os contribuintes e responsáveis.

Como bem sintetiza PUGLIATTI, apud GOMES (pág. 116), “cada sujeito de direito ou parte ocupa, na relação jurídica, posição definida, ativa ou passiva”.

SANTORO PASSARELLI, citado por GOMES (págs. 116-117), realça esse entendimento esclarecendo que a relação jurídica:

“Indica a respectiva posição de poder de uma pessoa e de dever de outra, ou de outras, poder e dever estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse. A posição ativa na relação jurídica designa-se com o termo genérico poder, a passiva, correlatamente, dever...”

As relações jurídicas, portanto, reguladas pelo complexo de regras jurídicas e administrativas, são os instrumentos que materializam a legislação tributária, dando origem, então, ao chamado poder fiscal; consoante MORAES, a lei é quem aciona o poder fiscal. E acrescenta: “Sem o exercício da função legislativa o titular do poder fiscal não poderia utilizá-lo.”

O poder fiscal, outorgado pela Constituição, é que traça a viga mestra do sistema tributário, discriminando as receitas tributárias e fixando a obrigação, por parte do sujeito passivo, de pagar impostos, taxas ou contribuições. Neste particular aspecto, ressalta MORAES (pág. 196) que o poder fiscal “é originário, pois a soberania é inerente ao Estado ou órgão estatal que a possui originariamente”. E acrescenta: “Nasce da Constituição e, portanto, não vem de nenhuma outra entidade.”

Comporta, ainda, dizer que a relação jurídica, como categoria essencial do direito, é configurada pelos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) e pelo objeto

(a prestação patrimonial que cabe ao contribuinte satisfazer), por força da vinculação da pessoa com o fato gerador, obrigando, portanto, a realizar um comportamento determinado pela ordem jurídica.

E disciplinam os procedimentos operacionais delas decorrentes, isto é, resultantes das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, em razão das regras instituídas pelas normas jurídicas de natureza tributária.

Com pertinência aos tributos federais, estes são administrados pela Secretaria da Receita Federal (denominação atual da antiga Direção-Geral da Fazenda Nacional), órgão superior da administração tributária da União, subordinado diretamente ao Ministro de Estado da Fazenda. Esta estrutura central de direção superior atua, então, visando a correta aplicação da legislação fiscal, inclusive, interpretando-a e baixando as normas administrativas necessárias à sua fiel observância.

Segundo LA GARZA, apud RIBEIRO DE MORAES (pág. 137):

“Os destinatários dessas normas podem ser a própria administração fiscal e os contribuintes mesmos, mas também pessoas estranhas; a todas elas se lhes pode exigir o cumprimento de ordens administrativas, tais como fornecer informações, exibir livros, permitir a inspeção de locais etc., tudo isso com a finalidade principal de tutelar os créditos fiscais, com base na obrigação geral de cooperação que recai sobre todos os cidadãos, porque todos eles estão sujeitos ao poder estatal que exerce a Administração Pública.”

Dentro desse contexto da prática administrativa, cabe, portanto, à Administração Fazendária estabelecer normas com vistas ao controle do recolhimento da receita tributária, bem como fixar instruções destinadas a acelerar a cobrança de tributos oriundos de processos fiscais, para execução de serviços de fiscalização e sobre classificação tarifária.

O estabelecimento desses procedimentos operacionais é de vital importância, na medida em que possibilita ao contribuinte melhor cumprir sua obrigação tributária.

CAPÍTULO III

Conclusões

SUMÁRIO: 1. *Funções e princípios.* 2. *Função sistêmica.* 3. *Princípios constitucionais.* 4. *Natureza jurídica.* 5. *Fontes.* 6. *Funções impositivas estatais.*

1. *Funções e princípios*

Do quanto exposto é de concluir-se que a legislação tributária enfeixa, na sua conceituação, um conjunto de funções e princípios, os quais serão abordados com ênfase nos seus elementos estruturais, construídos a partir da

delimitação conceitual da temática aqui versada, em consonância com os aspectos a seguir enumerados:

- a) função sistêmica;
- b) princípios constitucionais;
- c) natureza jurídica;
- d) fontes;
- e) funções impositivas estatais.

2. *Função sistêmica*

A moderna teoria geral do direito não concebe uma legislação fora do ordenamento jurídico global, como conteúdos estanques, que se justifiquem por si só. Na verdade, a legislação tributária, como de resto outros segmentos semelhantes do direito, é um todo orgânico e sistêmico. A visão de globalidade do sistema jurídico positivo, portanto, é essencial em qualquer esforço de entendimento.

Neste sentido é relevante a colocação de PEDROZA (pág. 235) ao revelar que a norma tomada no seu sentido isolado traduz uma simples proposição:

“A norma jurídica é uma estrutura de sentido, mas esse sentido é função do sistema no qual a norma está integrada. Isolada do todo de que é parte, reduz-se a uma simples proposição, distinta das demais pela natureza dos conectivos formais, e nesse caso só poderá ser objeto da investigação lógica.”

E acrescenta de modo enfático, complementando seu raciocínio anterior:

“Dado que a norma jurídica só existe dentro de um sistema, é nele que se deve buscar o modo de sua produção, isto é, o fundamento de sua validade como norma; como, igualmente no sistema, deve situar-se o conjunto de seus efeitos, isto é, sua eficácia.”

Decorre dessa premissa que o conjunto sistemático de normas jurídicas e de atos administrativos praticados no exercício legal da atividade estatal, são os elementos essenciais que, sob o aspecto positivo do direito, materializam a legislação tributária, originando o surgimento do poder tributário, ou, como querem alguns doutrinadores, do poder fiscal.

O direito positivo, portanto, sob o ângulo científico, deve ser tomado como um conjunto de partes interligadas e coordenadas entre si que se constituem num todo orgânico. Vale dizer, então, que as disciplinas de que se compõem os diversos ramos do direito não podem ser vistas de modo isolado, mas como uma peça fundamental dentro do sistema legal positivo, ou seja, no seu relacionamento estreito com as demais disciplinas do mundo jurídico.

Releva notar, portanto, neste plano sistemático retroconfigurado, que a legislação tributária se dedica fundamentalmente ao estudo — pelo aspecto orgânico do direito, das leis que versem no todo ou em parte sobre cada um dos tributos e sobre as relações a cada um deles pertinentes.

Invoça-se, para concluir, o ponto de vista sustentado por PEDROZA (pág. 239), que de maneira clara assegura:

“Por último, é preciso considerar que o sistema, qualquer que seja, põe-se como uma unidade de sentido. Em consequência, todas as normas que o integram devem encontrar seu último fundamento de validade em uma única norma, que, no sistema jurídico positivo, não pode ser outra que a Constituição.”

3. *Princípios constitucionais*

A Constituição federal estabelece três esferas de competência tributária para as pessoas políticas (União, Estados e Municípios), sendo que cada uma delas pode instituir ou aumentar tributos, respeitados os princípios implícitos ou explícitos no texto constitucional.

Dentre os poderes enumerados na Constituição federal, encontra-se o poder de tributar que, de maneira inquestionável, é um dos mais importantes que detém o Estado. Isto porque, sendo os tributos derivados as principais fontes de receitas da União, dos Estados e dos Municípios, é através dos recursos delas decorrentes que o Estado cumpre os encargos que lhe são cometidos pela lei fundamental do País.

Os princípios básicos da legislação tributária estão explicitados na Constituição federal e consistem na estrita legalidade dos tributos (art. 19, item I, e art. 153, § 29); igualdade (art. 153, § 1º); discriminação de competência (arts. 21, 23 e 24); delimitação de poderes (arts. 19 e 20) e anterioridade da lei (art. 153, § 29). Estes são os princípios que orientam a atividade estatal de tributação, principal atividade do Estado moderno.

4. *Natureza jurídica*

A legislação tributária encerra uma relação obrigacional de direito público, de caráter patrimonial, entre o fisco e o contribuinte, tendo presente que a prestação a ser satisfeita pelo devedor implica necessariamente numa obrigação de dar. Trata-se de uma prestação positiva, cujo objeto principal é o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária.

A legislação tributária pertence ao ramo do Direito Público e se origina de princípios constitucionais e de lei complementar, tendo sua natureza jurídica caracterizada pela lei, pelos sujeitos ativo e passivo, pela base de cálculo e pelo objeto. Tem, então, vínculo de subordinação à lei constitucional.

5. *Fontes*

As fontes da legislação tributária, além das enumeradas no Código Tributário Nacional (art. 96), podem ser, ainda, assim consideradas a Constituição federal, as emendas à Constituição federal, as leis complementares, as resoluções do Senado e os decretos-leis federais, que digam respeito às normas tributárias.

6. Funções impositivas estatais

As funções impositivas do Estado estão ligadas indissolúvelmente ao campo da tributação e se respaldam no estrito princípio da legalidade tributária. Esta garantia material assegurada pela lei maior é, sem dúvida, a base fundamental para a construção de um sistema tributário justo, de acordo com a capacidade contributiva de cada um para a formação das receitas derivadas.

Ressalte-se, finalmente, que o Estado, através da legislação tributária, e usando o seu poder de império, alcança o patrimônio do particular e dele retira os recursos financeiros indispensáveis à realização de seus fins.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) ATALIBA, Geraldo — *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1981.
- (2) AYALA, José Luis Peres e GONZALES, Eusébio — *Curso de Derecho Tributario*. Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1975.
- (3) BARROS JÚNIOR, Carlos S. de — *Compêndio de Direito Administrativo*. São Paulo, Max Limonad, 1954.
- (4) BALEEIRO, Allomar — *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 1974.
- (5) ————— — *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 8ª edição, 1976.
- (6) BODENHEIMER, Edgar — *Ciência do Direito*. Rio, Forense, 1962.
- (7) BECKER, Alfredo Augusto — *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 1972.
- (8) BERTALANFFY, Ludwig von e outros — *Teoria dos Sistemas*. Rio de Janeiro, Ed. da FGV, 1976.
- (9) BIELSA, Rafael — *Compêndio de Derecho Fiscal*. Buenos Aires, Depalma Editor, 1952.
- (10) CAETANO, Marcelo — *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1977.
- (11) CARDONA, Alejandro Ramízes — *Derecho Substancial Tributario*. Bogotá, Ed. Retina, 1975.
- (12) CARVALHO, Paulo de Barros — *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1981.
- (13) CARVALHO, A. A. Contreitas de — *Doutrina e Prática do Direito Tributário*. São Paulo, Freitas Bastos, 2ª edição, 1973.
- (14) CELESTINO, João Baptista — *Direito Tributário nas Escolas*. 3ª edição, 1979.
- (15) CERQUINTO, Percival Júlio Vaz — "Conceituação do Direito Administrativo" in *Revista de Direito Administrativo* da FGV, v. 121, 1975.
- (16) Código Tributário Nacional. Organizado pela equipe de Vox Legis. São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1ª edição, 1976.
- (17) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- (18) COSTA, Célio Silva — *Teoria e Prática do Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Liv. Francisco Alves, 1976.

- (19) DOBEL, J. Patrick — “Como e por que um Estado se corrompe”, *O Estado de S. Paulo*, 2-3-80.
- (20) DUVERGER, Maurice — *Instituciones Financieras*. Barcelona, Bosch Editor, 1960.
- (21) FALCÃO, Amílcar de Araújo — *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1974.
- (22) FALEIRO, José Carlos — *Normas Complementares. Direito Tributário, 5: Comentários ao Código Tributário Nacional*. Organizadores: Hamilton Dias de Souza, Henry Tilbery, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo, Bushatsky Editor, v. 3, 1977.
- (23) FONROUGE, Carlos M. Giuliani — *Derecho Financiero*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª edição, 1976.
- (24) FONSECA, Roberto Piragibe da — *Curso de Instituições de Direito Público*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2ª edição, 1971.
- (25) FRIEDMANN, W. — *Legal Theory*. New York, Columbia University Press, 1967.
- (26) GASPARI, Diógenes — *Poder Regulamentar*. São Paulo, Bushatsky Editor, 1978.
- (27) GARZA, Sérgio Francisco de la — *Derecho Financiero Mexicano*. México, Ed. Porrúa, 5ª edición, 1973.
- (28) GASPAR Filho, Walter — *Você Conhece Legislação Tributária?* Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1978.
- (29) GIANNINI, Achille Donato — *Istituzioni di Diritto Tributario*. Milano, 7ª edizione, 1956.
- (30) GOMES, Orlando — *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, 1972.
- (31) GUIMARAES, Ylves José de Miranda — *Os Principios e Normas Constitucionais Tributárias*. São Paulo, LTR Editora, 1976.
- (32) JARACH, Dino — *Curso Superior de Derecho Tributario*. Buenos Aires, Liceu Cima, 1969.
- (33) LARANJEIRA, Raymundo — *Propedêutica do Direito Agrário*. São Paulo, Editora LTR, 2ª edição, 1981.
- (34) LEITE, Luciano F. et alii — *Jurisprudência Tributária*. São Paulo, Max Limonad Editora, 2º volume, 1977.
- (35) MACHADO, Hugo de Brito — *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1981.
- (36) MALUF, Sahid — *Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Sugestões Literárias, 8ª edição, 1974.
- (37) MANDETTA, Saverio — *Impostos, Taxas e Contribuições*. São Paulo, Ed. Colebras, s/data.
- (38) MAXIMILIANO, Carlos — *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio, Forense, 1981.
- (39) MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de — *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, I, 1969.
- (40) MICHELI, Gian Antonio — *Curso de Derecho Tributario*. Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1975.
- (41) MINHOTO JUNIOR, Alcebiades da Silva — *Instituições de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1975.
- (42) MIRANDA, Pontes de — *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Prefácio, págs. XIII-XIV, v. I, 1954.
- (43) ————— — *Comentários à Constituição de 1969*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Tomo III, 2ª edição, 1970.

- (44) MORAES, Bernardo Ribeiro de — *Curso de Direito Tributário da Constituição de 1969*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- (45) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo — *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, 1976.
- (46) MORSELLI, Emanuele — *Curso de Ciência das Finanças Públicas*. Rio de Janeiro, Ed. Financelras, 1959.
- (47) NASCIMENTO, Carlos Valder do — *Manual de Comunicação Administrativa*. Itabuna, FESPI/CEPLAC, 1979.
- (48) NOGUEIRA, Ruy Barbosa — “Poder Tributário: Conceito de Autonomia” in *Revista de Direito Administrativo*, FGV, v. 84, 1966.
- (49) ————— — *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva Editora, 1980.
- (50) NOVELLI, Flávio Bauer — “O Congresso e o Processo Legislativo na Emenda nº 1 à Constituição de 1967” in CAVALCANTI, Temístocles B. (org.) *Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1*. Rio, FGV, 1977, págs. 67-94.
- (51) PASQUIER, Claude du — *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. Paris, Neuchâtel, 3ª edição, 1948.
- (52) PEDROZA, Bernardette — “Validade e Eficácia da Lei Complementar à Constituição” in BORGES, José Souto Maior (coordenador). *Direito Tributário Moderno*. São Paulo, Bushatsky Editor, 1977, págs. 235, 236 e 239.
- (53) PROVOSTE, Mario Fernández e PROVOSTE, Héctor Fernández — *Principios de Derecho Tributario*. Chile, Ed. Jurídica do Chile, 1952.
- (54) PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres — “Os Atos Institucionais em Face do Direito Administrativo” in *Revista de Informação Legislativa* a. 14 n. 56, out./dez. 1977, pag. 213.
- (55) RODRIGUES, Rafael Moreno — *Curso de Legislação Tributária para Administradores de Empresa*. São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1978.
- (56) SALDANHA, Nelson — *O Estado*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1979.
- (57) SILVA, Aduino Quirino — *Direito Tributário*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1980.
- (58) SILVA, De Plácido e — *Vocabulário Jurídico*. Rio, Forense, volume III, 1975.
- (59) SILVA, José Afonso da — “Os Tributos no Quadro do Direito” in *Revista de Direito Administrativo*, FGV, v. 124, abril/junho 1976.
- (60) ————— — *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- (61) SOUZA, Rubens Gomes de — *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1975.
- (62) SOUZA, Rubens Gomes de, et alii — *Interpretação no Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva-Educ, 1970.
- (63) TENÓRIO, Igor — *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. Rio de Janeiro, Mabri Editora, 1970.
- (64) TENÓRIO, Igor e MAIA, J. Motta — *Dicionário de Direito Tributário*. São Paulo, Bushatsky Editor, 1975.
- (65) TROTABAS, Louis — *Manuel de Droit Public et Administratif*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3ª edição, 1962.
- (66) UCKMAR, Victor — *Principios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, tradução de MARCO AURÉLIO GRECO. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- (67) VILLEGAS, Héctor — *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

Usucapião de bens imóveis e jurisprudência do STF

FABIO MARIA DE MATTIA
Professor Livre-Docente do Departamento
de Direito Civil da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

- 1 — Conceito
- 2 — Fundamento jurídico-social
- 3 — Natureza jurídica
- 4 — Espécies de usucapião
- 5 — Pressupostos do usucapião
- 6 — Regras gerais
- 7 — O processo de usucapião
- 8 — Efeitos

1 — Conceito

O legislador permite, através do usucapião, que determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um intervalo de tempo determinado na lei, se transforme em uma situação de direito.

Se o possuidor, sem ser molestado em sua posse (que por isso é mansa e pacífica), exerce sobre a coisa os poderes inerentes ao domínio por um certo lapso de tempo, permite-lhe a lei obter declaração judicial capaz de conferir-lhe o domínio, depois da respectiva transcrição.

Usucapião é a prescrição aquisitiva ou aquisição da propriedade pela posse prolongada e ininterrupta da coisa, com **animus domini**.

Para CALVANO est *acquisitio domini per possessionem prolixam et instam, vel acquisitio per usum*.

Para MODESTINO est *adiactio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*.

Para LACERDA DE ALMEIDA é o modo de adquirir o domínio ou algum dos direitos constitutivos do domínio mediante posse continuada durante o tempo e nas condições determinadas por lei.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei, ou usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada (*Instituições de Direito Civil*, volume IV — *Direitos Reais*, 1ª edição, Rio, Companhia Editora Forense, 1970, pág. 109).

É interessante salientar que a palavra usucapião, apesar de ser correto usá-la quer como palavra do gênero masculino, quer como do gênero feminino, tem sido, entre nós, usada como sendo do gênero masculino, embora prefira o feminino ORLANDO GOMES e agora a Lei nº 6.969, que regula o usucapião especial.

2 — Fundamento jurídico

O usucapião objetiva atribuir juridicidade a situações de fato que amadureceram no tempo. O usucapião se fundamenta no propósito de **consolidação da propriedade**, pois, através dele, se empresta base jurídica a meras situações de fato. Assim, de um lado, **estimula a paz social** e, de outro, **diminui para o proprietário o ônus da prova de seu domínio**.

Depara-se seu **fundamento jurídico**, segundo MESSINEO, na desídia, na incuria, manifestada pelo proprietário na tutela de seu direito, em face da prolongada posse de outrem.

ORLANDO GOMES, ao estudar a matéria, indica ser fundamento do usucapião:

- 1) utilidade social;
- 2) dar segurança e estabilidade à propriedade;
- 3) consolidar as aquisições;
- 4) facilitar a prova do domínio.

SAN TIAGO DANTAS assim fundamenta a justificativa à existência do usucapião:

“Os autores, que se têm ocupado do estudo do usucapião, têm aventado várias justificativas filosóficas para a existência do instituto. De um modo geral, encontramos os que explicam o usucapião como um prêmio ante a negligência do proprietário. A

negligência do proprietário não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva, mas intervém como uma **consideração moral de grande valor para colocá-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo que à primeira vista se lhe atribui.** Só há na verdade uma justificativa para o usucapião: ele existe para dar segurança à vida jurídica. Seria impossível a segurança dos bens se, para determinar a sua propriedade, se tivesse de remontar ao infinito na cadeia dos títulos. Por que existe o usucapião? Porque não é possível fazer até o infinito a prova das aquisições derivadas. Portanto, o fundamento do usucapião não é outro senão garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas ou contestações a seu respeito" (**Programa de Direito Civil III**, Rio, Editora Rio, 1979, página 161).

Dentro do espectro do fundamento do usucapião, lembra CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA que, num plano de maior amplitude especulativa, raiando pelas fronteiras filosóficas, costumam os juristas indagar seu fundamento ético, justificando-se para uns (Teorias Subjetivas) **no abandono da coisa pelo antigo dono** (renúncia presumida); **para outros na necessidade de se atribuir certeza ao direito de propriedade**; e para outros ainda (Teorias Objetivistas) **na segurança social aliada ao aproveitamento econômico do bem usucapido.** A tendência moderna, contudo, de cunho nitidamente objetivo, considerando a função social da propriedade, há de inclinar-se no sentido de que por ele se prestigia quem trabalha o bem usucapido reintegrando-o **pela vontade e pela ação**, no quadro dos **valores efetivos de utilidade social**, a que a prolongada inércia do precedente proprietário o condenara (ob. cit., página 110).

No mesmo sentido, ORLANDO GOMES que, ao falar das **Teorias Objetivas**, afirma que elas se fundamentam em considerações de utilidade social. É socialmente conveniente dar **segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio.** A ação do tempo sana os vícios e defeitos dos modos de aquisição, porque a ordem jurídica tende a dar segurança aos direitos que confere, evitando conflitos, divergências e mesmo dúvidas (**Direitos Reais**, Tomo 1º, Rio, Forense, 1969, página 204).

Aliás, neste sentido a tendência para diminuir os prazos para o usucapião, agasalhada no Projeto de Código Civil de 1975 e, continuamente, anunciada como novidade do referido Projeto que, em verdade, condiciona o usucapião com prazo menor ao fato de o usucapiente morar no local, dele tirar o necessário à sua subsistência e nele ter realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Anteriormente, o Projeto nº 13, de 1971, do Deputado João Paulo Arruda Filho, propunha fosse reduzido de 20 para 5 anos o prazo do art. 550 do Código Civil, e de 10 ou 15, do art. 551, para 2 anos.

O Projeto de Código Civil agasalha no art. 1.435 o usucapião **pro labore**, ora regulado pela Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que naquele Projeto se inspirou.

No usucapião extraordinário cria-se uma categoria dotada de prazo menor e que tem como requisito haver o possuidor estabelecido no imóvel sua morada habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.434, parágrafo único).

No usucapião ordinário, também, são previstas duas categorias diferentes apenas quanto ao prazo (art. 1.436 do Projeto de Código Civil, de 1975). Em seguida tais artigos são transcritos:

Art. 1.434 — Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire a propriedade, independentemente de título e boa fé, podendo requerer ao Juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único — O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a quinze anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua morada habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.435 — Aquele que, não sendo proprietário de imóvel no mesmo Estado, possuir como seu, contínua e incontestadamente, por dez anos ininterruptos, imóvel que a lei considera suficiente para assegurar-lhe a subsistência, e a de sua família, nele tendo a sua morada, e o tornar produtivo com o seu trabalho, adquirir-lhe-á a propriedade, independentemente de título e boa fé.

Art. 1.436 — Adquire, também, a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé o possuir por dez anos.

Parágrafo único — Será de cinco anos o prazo previsto no presente artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

3 — Natureza jurídica

Discute-se se é **modo originário ou derivado** de adquirir a propriedade. Abstraindo-se da situação do titular anterior, será **modo originário**, uma vez que não ocorre a transmissão da propriedade, porém, se se levar em conta que a relação é estabelecida não apenas materialmente com a coisa, mas, também, embora de maneira indireta, com alguém que se supõe dono da coisa, seria um **modo derivado**.

É evidente que o usucapião deve ser considerado como um **modo de aquisição originário**, porque, se é verdade que a aquisição do direito, obtido por força do mesmo, coincide com uma perda ou diminuição, é verdade,

também, que semelhante aquisição é independente da vontade do titular precedente, da mesma forma como é na **sucessão legítima** ou na **venda obrigatória**.

Trata-se de posse originária, isto é, posse **animus domini**, pois, a posse derivada não pode conduzir ao usucapião porque aí não existe lesão alguma do direito. Na posse derivada a coisa foi cedida ao possuidor direto em virtude do poder de disposição do proprietário e, quando ele entrega a coisa ao locatário, por exemplo, não está sendo lesado no seu direito, ele o está exercendo (SAN TIAGO DANTAS, ob. cit., pág. 158).

ORLANDO GOMES considera modo originário de aquisição da propriedade, pois, a despeito de acarretar a extinção do direito de propriedade do antigo titular, não se estabelece qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire.

A favor de ser modo originário ALBERTO MOLINARIO. **De las Relaciones Reales**, Buenos Aires, La Ley, 1965, pág. 311.

Já CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA considera um modo de aquisição derivado. Ensina ele:

“Levando, pois, em conta a circunstância de ser a aquisição por usucapião relacionada com outra pessoa que já era proprietária da mesma coisa, e que perde a titularidade da relação jurídica dominial em proveito do adquirente, conclui-se ser ele uma forma de aquisição derivada. Mas não se pode deixar de salientar que lhe falta, sem a menor dúvida, a circunstância da transmissão voluntária, ordinariamente, presente na aquisição derivada. Com tal ressalva, assim o classificamos na torrente civilista.”

Há quem sustente ser ele a mesma prescrição embora analisada em outro aspecto. É o sistema do Código Civil francês e dos que lhe seguiram as pegadas. O legislador pátrio pendeu, pois, pelo sistema alemão, fundado na tradição romana, e, segundo o qual o usucapião **tem vida própria, apresenta contornos que lhe são peculiares** e é **autônomo** malgrado inegáveis afinidades com a prescrição.

Não há como negar certa similitude com a prescrição, uma vez que ambos têm fundamento na ação do tempo, mas os dois institutos diferem, pois o primeiro é modo de adquirir direitos reais, ao passo que a prescrição extingue ações reais ou pessoais.

SAN TIAGO DANTAS com muita propriedade traçou a similitude entre prescrição aquisitiva e prescrição liberatória. Diz ele:

“Prescrição aquisitiva e prescrição liberatória são dois institutos que a doutrina francesa e italiana costumam, geralmente, tratar juntos, enquanto que a doutrina brasileira prefere o tratamento separado, isto porque, no direito brasileiro, o usucapião aparece unicamente como modo de aquisição da propriedade, ao passo que

a prescrição liberatória aparece em todos os direitos. Costuma-se dizer que a prescrição aquisitiva é modo de aquisição de um direito subjetivo determinando a propriedade. Entretanto, estudando-se a **história e função econômica dos dois institutos**, não se pode deixar de reconhecer neles um fundo comum. De fato, sobre ambos os institutos encontram-se a **idéia da lesão** e a **idéia da convalescença por força do tempo**, como denominadores comuns. Aqui se nota que o tempo, longe de ter na vida jurídica uma ação dissolvente, é um fator de consolidação de **situações visíveis**. O tempo trabalha a favor do que é **aparente** e trabalha contra as situações ocultas. O tempo trabalha a favor das situações visíveis, declarando que, a partir de um certo tempo, ela não pode ser contestada. O tempo não trabalha sobre o direito como trabalha sobre as criaturas vivas, fazendo-as desaparecer. Portanto, não há dúvida de que ainda, mesmo no que se pode chamar de os seus alicerces filosóficos, prescrição aquisitiva e prescrição liberatória exprimem na origem jurídica o mesmo princípio" (ob. cit., pág. 157).

No campo legislativo, a orientação do Código Civil alemão foi adotada no nosso Código Civil de 1916, com a colocação da prescrição extintiva na Parte Geral e da prescrição aquisitiva na Parte Especial, no Livro II do Direito das Coisas, reconhecendo desta parte a autonomia do usucapião no direito positivo. Continua CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA:

"A nosso ver, é considerada cientificamente a matéria, a posição correta do usucapião, denominado impropriamente prescrição aquisitiva (como referem LAFAYETTE, RUGGIERO e MAROI) é entre as diversas modalidades de aquisição da propriedade" (ob. cit., pág. 109). No mesmo sentido ORLANDO GOMES, **Direitos Reais**, ob. cit., págs. 201 e 202.

4 — Espécies de usucapião

O usucapião pode ser:

- a) usucapião ordinário ou abreviado;
- b) usucapião extraordinário;
- c) especial ou **pro labore** ou constitucional ou rural.

A terminologia, segundo ORLANDO GOMES, não é muito feliz. O chamado usucapião extraordinário requer apenas o concurso dos requisitos essenciais. Os outros requisitos, sendo suplementares, não deveriam configurar a forma ordinária do usucapião, justo porque lhe falta o cunho de generalidade. Todavia, o uso consagrou as expressões com esse sentido invertido (ob. cit., pág. 208).

O **usucapião ordinário**, que os romanos chamavam **usucapio seu longi temporis praescriptio**, se consuma em 10 anos **inter presentes** e 15 anos **inter absentes**, sendo necessário o justo título e a boa fé.

O **usucapião extraordinário**, que os romanos denominavam **longissimi temporis praescriptio**, é o usucapião que se consuma em vinte anos, independentemente do justo título e da boa fé. Lembra SAN TIAGO DANTAS: o que legitima é a **posse incontestada e ininterrupta, unida à intenção de ter o imóvel como próprio durante esse prazo mínimo**. Desde que tenha atravessado todo esse lapso de tempo com posse mansa, pacífica e contínua, o imóvel usucapível, não obstante a ausência dos requisitos da boa fé e do justo título, pode ser transferido ao possuidor. Para isso, deve o possuidor intentar a ação declaratória de usucapião, que, pelo fato de não criar um direito, mas apenas reconhecê-lo, é uma mera medida de acerto" (ob. cit., pág. 230).

Segundo ORLANDO GOMES, basta que alguém possua, como seu, um bem, durante certo lapso de tempo, para que lhe adquira a propriedade.

O usucapião especial, **pro labore** ou rural acaba de ser objeto de reformulação por parte do Governo federal, através da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, publicada no **Diário Oficial** da União aos 11 de dezembro de 1981.

O fundamento constitucional de referida espécie de usucapião encontra-se no art. 171 da Constituição de 1969 que dispõe:

"A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e da preferência para aquisição, até 100 hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família."

Ao contrário dos tipos comuns de usucapião, que pressupõem a posse da coisa usucapível, o usucapião **pro labore** ou especial, criado pelas nossas Cartas Magnas, **pressupõe o trabalho**.

Esta espécie de usucapião aproxima-se do usucapião extraordinário por dispensar os requisitos justo título e boa fé.

A exceção é justificada segundo SAN TIAGO DANTAS, em virtude de seu caráter assistencial e de interesse público, pois, do ponto de vista econômico e da povoação do solo, afigura-se excelente (ob. cit., págs. 231 e 232).

A Lei nº 4.504 regulou o usucapião especial no seu art. 98. São os seguintes os requisitos previstos naquele diploma legal: **a)** não ser o possuidor proprietário rural ou urbano; **b)** residir no imóvel; **c)** até 100 hectares, ao depois, tal área limitada ao módulo de propriedade familiar; **d)** posse mansa e pacífica por dez anos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio; **e)** tornar produtiva e em favor daquele que cultivou diretamente o imóvel; **f)** mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

O art. 1º da Lei nº 6.969 indica os requisitos, com algumas modificações em relação a legislação até então vigente, a saber: **a)** todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano; **b)** nela tiver sua morada; **c)** até

25 hectares (prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 hectares, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1.º); **d)** possuir como sua, sem oposição; **e)** área rural contínua; **f)** por cinco anos ininterruptos; **g)** a houver tornado produtiva com seu trabalho; **h)** mediante sentença a qual servirá de título para transcrição no registro de imóveis.

O usucapião especial (art. 2º) “abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao possessor, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas”.

Portanto, são objeto de referida espécie de usucapião, tanto as terras particulares, como as terras devolutas, sempre, porém, localizadas em área rural.

Contudo, a Lei nº 6.969, no art. 3º, abre uma exceção excluindo sua ocorrência “nas áreas indispensáveis à segurança nacional, nas terras habitadas por silvícolas, nem nas áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais”.

A Lei nº 6.969 reduziu, portanto, o prazo de dez para cinco anos; aliás, nota-se a tendência de redução dos prazos para usucapião no Projeto de Código Civil de 1975 (arts. 1.434 e 1.436) quando se tratar de ocupação para trabalho, para sua morada habitual ou tiver nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

5 — Pressupostos do usucapião

Ensina ORLANDO GOMES que, para ocorrer usucapião, é necessário o concurso de certos requisitos, que dizem respeito às pessoas a quem interessa, às coisas em que pode recair, e à forma porque se constitui. Assim, podem ser classificados em requisitos **pessoais, reais e formais**. **Requisitos pessoais** são as exigências em relação à pessoa do possuidor que quer adquirir a coisa por usucapião e do proprietário que, em consequência, vem a perdê-la.

Requisitos reais concernem às coisas e direitos suscetíveis de serem usucapidos e que examinaremos como primeiro pressuposto a saber: **res habilis**. Os **requisitos formais** compreendem os elementos característicos do instituto que lhe dão fisionomia própria. Alguns são condições comuns, como a **posse e lapso de tempo**; outros, especiais, como o **justo título e a boa fé**.

A posse **ad usucapionem** é aquela que se exerce com intenção de dono — **cum animo domini**. Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire **tônus de essencialidade**. . . Completando-lhe a qualificação é que se impõe o requisito anímico, que reside na intenção de dono: possuir **cum animo domini** (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., pág. 111).

Requisitos pessoais: Este aspecto é analisado por ORLANDO GOMES:

“O usucapião é modo de adquirir a propriedade. Necessário, portanto, que o adquirente seja capaz e tenha qualidade para adquiri-la por esse modo. Existem causas que impedem a aquisição da propriedade por essa forma, relativas à pessoa do possuidor. Assim é que, não correndo a prescrição entre ascendentes e descendentes, entre marido e mulher, entre incapazes e seus representantes, nenhum deles pode adquirir bem do outro por usucapião. Outras vezes, a pessoa se encontra em uma situação jurídica que impede a aquisição de determinada coisa por esse modo, como é o caso do condômino em relação ao bem comum. Afirma-se, outrossim, embora sem aceitação geral, que não pode usucapir quem obteve a posse injustamente, viciada de violência, clandestinidade ou precariedade, e quem passou a tê-la de má fé, hipóteses que, todavia, não excluem, para certas legislações, a possibilidade da aquisição da propriedade por usucapião **longissimi temporis**. Quanto àquele que sofre os efeitos do usucapião, não há exigência relativamente à capacidade. Basta que seja proprietário da coisa suscetível de ser usucapida. **Ainda que não tenha capacidade de fato**, pode sofrer os efeitos da posse continuada de outrem, pois compete a quem o representa impedi-la. Certos proprietários não podem, porém, perder a propriedade por usucapião. Neste caso se encontram as pessoas jurídicas de direito público, cujos bens são imprescritíveis” (ORLANDO GOMES, ob cit., pág. 205).

Com relação a usucapião entre condôminos, há o acórdão no RE nº 69.252, relator Ministro Djaci Falcão, cuja ementa diz:

“Usucapião — Inviabilidade entre condôminos, não havendo posse sobre área certa e individuada. A decisão atacada jamais negou vigência à regra do art. 551 do Código Civil. Inocorrência de dissenso de julgados (Súmula 291).”

Trecho de referido acórdão afirma: “... inviabilidade da ação, tendo em vista que o imóvel se acha em estado de indivisão, não podendo parte do mesmo ser usucapido, desde que não haja prova da posse sobre a área certa e individuada”.

No mesmo sentido o RE nº 62.150, relator Ministro Victor Nunes Leal, sendo a seguinte a ementa:

“1 — Usucapião. Pode ser alegado em defesa por condôminos com posse **pro diviso**.

2 — Precedentes do Supremo Tribunal: Ag. nº 11.190, Ag. nº 32.272, RE nº 5.986, RE nº 6.862, RE nº 14.480.”

Pela possibilidade, também, voto do Ministro RODRIGUES ALCKMIN: “admissibilidade de alegação de usucapião, pelo condômino, que possui com exclusividade e ânimo de dono parte certa e destacada da área em comum, em ação divisória”.

Já contra a possibilidade de usucapião quando a posse não se apresenta **pro diviso** temos o RE nº 52.474, relator Ministro Vilas Boas, em que a ementa do acórdão diz:

“Recurso extraordinário não conhecido. Ainda que o acórdão esteja em dissidência com a jurisprudência que admite a prescrição aquisitiva em favor do consorte que, ignorando o condomínio, possui com exclusividade determinada gleba por tempo suficiente a engendrar o usucapião...”

No corpo do acórdão que julgou a apelação se diz:

“Pouco importa que os apelantes tenham a sua gleba fechada a arame, há muitos anos, pois, sabido e ressabido é que entre comunheiros, não gera a prescrição aquisitiva.”

A Suprema Corte, também, teve oportunidade de decidir interessante litígio em que se decidiu que o alienante e seus sucessores não podem alegar usucapião contra o adquirente. Trata-se do RE nº 47.597-SP, relator Ministro Victor Nunes Leal e a ementa: “O alienante e seus sucessores não podem alegar usucapião contra o adquirente.”

Assim explica o acórdão recorrido os fatos:

“Na espécie estão os sucessores **mortis causa** a usucapir contra o comprador, o que não é possível porque, como advertia **ULPIANO**, o sucessor é obrigado a fazer boa a venda feita pelo pai, cuja pessoa representa. Por outro lado, o obrigado a fazer boa a venda não pode pretender usucapir contra aquele em favor do qual se responsabilizou, porque isso afinal de contas seria o mesmo que causar a evicção e depois ter de ressarcir-lhe os prejuízos. E a propósito **CAPITANT** também ensina que os sucessores do vendedor não podem pretender usucapir contra o comprador.”

Por sua vez, o contra-arrazoante do recurso, o brilhante advogado e jurista **THEOTONIO NEGRÃO** dizia:

“A norma do art. 1.107 do Código Civil prepondera sobre a do art. 550 do mesmo texto. Não pode o vendedor usucapir contra o comprador. . . . A garantia pela evicção deve prevalecer sobre a dispensa de boa fé no usucapião extraordinário, em homenagem ao velho preceito **pacta sunt servanda** que constitui, segundo **KELSEN**, a regra áurea das comunidades sociais. O vendedor não pode usucapir contra o comprador, por um princípio elementar de moralidade. Qualquer um pode usucapir, menos o vendedor; pois quem vende a coisa é obrigado a fazer a venda sempre boa, firme e valiosa, e a responder pela evicção na forma da lei.”

RES HABILIS

Por **res habilis** pressupõe-se que não seja coisa que esteja fora do comércio ou seja bem público. **ORLANDO GOMES** considera requisito real.

Problema do usucapião dos bens públicos. A matéria é regida pelo Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2º, que dispõe: “Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião”, e pelo art. 200 do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946.

A matéria foi objeto da Súmula 340:

“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

Falando sobre o assunto, ensina ROBERTO ROSAS:

“Pelo art. 66 do Código Civil são considerados os bens públicos ou dominiais inalienáveis nos termos do art. 67. Para ocorrer o usucapião é necessário o desembaraço do bem, como acentuou CLÓVIS BEVILAQUA (RTJ 69/530). Mas a imprescritibilidade afirmada não se liga necessariamente à incomercialidade, senão à natureza desses bens e à impossibilidade, desenganadamente proclamada, de sua saída do patrimônio público **fora dos casos admitidos em lei**” (Direito Sumular, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, pág. 138).

A seguir analisaremos acórdãos recentes do Supremo Tribunal Federal em que a matéria foi analisada.

Contudo, antes do Código Civil, a prescritibilidade de bens públicos era admitida.

Neste sentido, o RE nº 75.144-GB, publicado em RTJ 69/175, cuja ementa diz:

“Ação de usucapião. Prescritibilidade dos bens públicos antes de entrar em vigor o Código Civil. Na doutrina do direito precodificado, tornou-se vitorioso o entendimento da viabilidade do usucapião, através da **praescriptio longissimi temporis**. Acórdãos paradigmas. Recurso conhecido e provido, para acolher a ação.”

Também, RE nº 52.723, publicado em RTJ 51/598, cuja ementa é:

“Ação de usucapião, julgada procedente em ambas as instâncias. Prescritibilidade dos bens públicos antes do Código Civil. **Inexistência de violação de lei federal e de divergência jurisprudencial**. Recurso extraordinário de que não se tomou conhecimento.”

No mesmo sentido, RE nº 61.508-BA, publicado em RTJ 66/732, cuja ementa é:

“Usucapião de bens públicos antes do Código Civil. Admissibilidade. A **praescriptio longissimi temporis** dos bens públicos no Brasil era de 40 anos, que os Tribunais reconheciam se integralizado antes do CC.”

Sobre noção de terras devolutas, agora objeto do usucapião especial, conforme dispõe a Lei nº 6.969, temos o RE nº 72.020-SP, tendo como relator o grande Ministro RODRIGUES ALCKMIN, cuja ementa diz:

“Usucapião. Alegação de serem devolutas as terras. Terras devolutas se conceituam por exclusão: são devolutas as terras que nunca entraram, legitimamente, no domínio particular. Não cabe ao Estado provar que determinada gleba é devoluta: cabe a quem a afirma no domínio particular o ônus de prová-lo. A ausência de transcrição da gleba em nome de particular não comprova seja ela devoluta.

Afirmativa de que o imóvel entrou para o domínio particular, em face das provas, e admissibilidade de sua ulterior aquisição por usucapião.”

O Ministro RODRIGUES ALCKMIN define terras devolutas no referido acórdão:

“Terras devolutas são as que nunca entraram, por título legítimo, no domínio particular. É evidente, portanto, que ao Estado não cabe provar que determinadas terras são devolutas, pela óbvia impossibilidade de prova negativa indefinida: que as terras nunca estiveram na propriedade de particular. A prova de não serem devolutas as terras pode fazê-la quem, pretendendo-se dono, tiver meios de demonstrar a legitimidade do domínio próprio, ou de antecessor, sobre o imóvel. Daí, por que, na discriminação de glebas devolutas, convocam-se os particulares para a exibição e demonstração desse domínio. O problema diz, pois, com o ônus da prova, e é solvido pelo exame dela.”

Outro problema que tem levado a manifestações do Supremo Tribunal Federal é o de se a ausência de transcrição da gleba em nome de particular comprova seja ela devoluta.

Contra o prevailecimento desta presunção *juris tantum*, temos o RE nº 72.020-SP com a seguinte posição do saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN:

“Também a inexistência de transcrição da gleba em nome de particular não faz presumir que as terras sejam devolutas. Transcrição é modo de adquirir o domínio, nos termos do Código Civil, sem que se possa desconhecer a existência de meios outros, na vigência do Código Civil e antes dele. Conseqüentemente, o só fato de não achar-se transcrito o imóvel não significa deva tratar-se de gleba devoluta.”

Nesta linha de pensamento encontramos o RE nº 86.234-MG, tendo como relator o Ministro MOREIRA ALVES, que tem a seguinte ementa:

“Usucapião — Alegação de Estado-Membro de que cabe ao usucapiante o ônus da prova de que a gleba em causa não é terra

devoluta, não bastando, para comprová-lo, o depoimento de testemunhas e a existência de indícios.

Inexiste em favor do Estado a presunção *iuris tantum* que ele pretende extrair do art. 3º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Esse texto legal definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda gleba que não seja particular é pública, havendo presunção *iuris tantum* de que as terras são públicas. Cabia, pois, ao Estado o ônus da prova de que, no caso, se tratava de terreno devoluto.”

O Ministro MOREIRA ALVES, em passagem do acórdão, afirma que “toda a questão está em saber se há presunção *iuris tantum* de que gleba de terra sobre a qual não haja transcrição no registro de imóveis é devoluta, bem como se existe tal presunção, só se admitem determinadas provas em contrário”.

O RE nº 75.459-SP, publicado em RTJ 65/856, repeliu a existência de presunção *iuris tantum* nesta matéria.

No mesmo sentido o RE nº 84.865-SP, relator Ministro CORDEIRO GUERRA, com a seguinte ementa:

“Usucapião. A inexistência de transcrição anterior, por si, não justifica o reconhecimento de terras como devolutas. Prova de posse *longissimi temporis*, a afastar a invocação da Súmula 340. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, RE não conhecido.”

O Ministro CORDEIRO GUERRA invoca a lição de PONTES DE MIRANDA de que “as terras podem pertencer ao particular, ao Estado ou a ninguém; se não pertencerem a ninguém, qualquer pessoa física ou jurídica, sem exclusão do próprio Estado, pode tomar posse e usucapir (*Tratado de Direito Privado*, vol. XII, pág. 441). Após analisar a jurisprudência da Suprema Corte, conclui, de novo, com a lição de PONTES DE MIRANDA:

“Se as terras nunca foram da União, do Estado-Membro ou do Município, não são terras devolutas, ou são terras *nullius* ou terras de alguém” (*Tratado de Direito Privado*, Vol. XII, § 1.419, I).

Cita o ilustre Ministro CORDEIRO GUERRA a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (voto do Ministro RODRIGUES ALCKMIN, no RE nº 72.020-SP, de 11 de setembro de 1973, em RTJ 66/797; RE nº 75.459-SP, de 27 de abril de 1973, Relator Ministro DJACI FALCÃO, em RTJ 65/856; RE nº 83.299, relator Ministro ELOY DA ROCHA) para concluir que aquela Corte tem-se pronunciado no mesmo sentido, entendendo que, se a terra não é pública, não é devoluta no sentido da Lei nº 601/50 ou do Decreto nº 1.318/54. É terra sem dono, que se adquire por usucapião.

Quanto ao usucapião *pro labore* ou especial abre-se exceção ao princípio de que as terras devolutas não podem ser usucapidas, conforme dispõe

o art. 2º da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Contudo, nessa espécie só podem ser usucapidos bens particulares ou terras devolutas localizados em área rural.

Sempre se entendeu que os bens públicos de uso comum, como os de uso especial, são absolutamente inalienáveis e **ipso facto**, o usucapião não os alcança.

A despeito de se considerar que só as coisas que não se acham fora do comércio é que podem ser objeto de usucapião ordinário, se admite que o usucapião extraordinário envolva os bens clausulados de inalienabilidade (SAN TIAGO DANTAS, ob. cit., pág. 159).

Os bens tornados **inalienáveis por ato humano** (cláusula testamentária, condição aposta à doação) podem sê-lo, desde que militem em favor do usucapiente os requisitos básicos.

Em nosso direito não tem cabido o usucapião entre **condôminos** uma vez que não é lícito a um excluir da posse os demais, mostra-se incompatível com esta modalidade aquisitiva a condição dominial, que por natureza exclui a posse **cum animo domini** (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., pág. 120).

Para ORLANDO GOMES somente os direitos reais que recaem em coisas prescritíveis podem adquirir-se por usucapião. Não, todavia, todos. Tão-só: a propriedade, as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação. As servidões não aparentes não são objeto de usucapião, com referência o art. 1.287 do Código Civil português.

Contudo, em outros sistemas positivos há diferenças. Por exemplo, o Código Civil português, no art. 1.293, dispõe que, também, não podem ser objeto de usucapião o uso e a habitação.

Ação de usucapião contra titular de domínio útil é admitida no RE nº 76.822-GB, cujo acórdão encontra-se em RTJ 69/528.

SAN TIAGO DANTAS lembra que o usucapião é um modo de aquisição não somente da propriedade, mas, também, do usufruto, das servidões e da enfiteuse. Não somente o domínio pleno adquire-se pelo usucapião, mas, também, o domínio útil (**Programa de Direito Civil III**, Rio, Editora Rio, 1979, pág. 157).

É a posse **animus domini** que determina a lesão do direito do proprietário, porque o possuidor possui como proprietário, sem que seja titular da propriedade.

A) TITULUS

Tal requisito reside no fato de ser o possuidor portador de título, ou seja, de documento capaz de transferir-lhe o domínio, se proviesse do verdadeiro dono ou não apresentasse nenhuma falha.

No usucapião extraordinário dispensa-se da exibição de tal documento ao mesmo tempo em que se proíbe que se demonstre sua inexistência, pois o legislador presume de maneira irrefragável a existência do título.

No usucapião especial dispensa-se da exibição de tal documento, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981.

Para RUBENS LIMONGI FRANÇA justo título é a causa que, exteriormente, preenche os requisitos legais necessários à transferência de algum direito.

Exemplo: Escritura de compra e venda, doação, permuta, dação em pagamento, legado, carta de arrematação, formal de partilha, compromisso de compra e venda quitado etc.

Para SAN TIAGO DANTAS “justo título é o fundamento do direito (justa causa possessionis); é o ato jurídico apto para transmitir o domínio, mas, na hipótese, em consequência de obstáculo ocorrente, por conter vício intrínseco, torna-se incapaz de transferir efetivamente o direito. Quer dizer que título, como requisito do usucapião ordinário, é um título capaz de transferir a propriedade e que verdadeiramente a transferiria se tivesse emanado do proprietário ou não contivesse tal vício. **E a prescrição é precisamente chamada para desfazer a dificuldade e operar a transmissão.** Pode o obstáculo provir, ou de não ter o alienante poder legal de aliená-la, ou de haver erro no modo de aquisição” (ob. cit., pág. 230).

Portanto, justo título se considera o ato jurídico próprio em tese, para transferir o domínio, mas em concreto incapaz de transferi-lo, por conter um vício intrínseco que impede a transferência efetiva do direito.

“O possuidor”, continua SAN TIAGO DANTAS, “geralmente, demonstra a sua boa fé pelo título. Por que é que se julga alguém dono de uma coisa? Porque tem um título que demonstra a sua aquisição. É o título que explica a boa fé, mas essa boa fé pode ser explicada por vários atos referentes à coisa, isto é, atos que demonstrem que sempre se considerou dono o possuidor, embora não se faça referência ao título. Para o usucapião ordinário é necessário não só provar-se a boa fé, como provar também o título e a sua justa causa.

A propósito do justo título, precisa-se considerar o título putativo, que é o que, embora inválido, embora injusto, forneceu às partes que praticaram o ato a aparência de que esse ato é válido. Imagine-se alguém que compra um imóvel e, sem ter passado nenhuma escritura, tendo, apenas, recebido um documento de quitação, se instala no imóvel como dono. É claro que falta o título; salta aos olhos, até mesmo de um inexperiente, que a compra e venda não se consumou, por isso que a compra e venda de um imóvel é um contrato solene, que exige uma série de requisitos, mas a rusticidade pode, perfeitamente, acreditar na validade deste título. Pode, perfeitamente, supor que aquele recibo representa de uma maneira completa o negócio que pretendeu

ter realizado. Diz-se, então, que este **título é putativo**. Sobre o título putativo incide ou não a boa fé, conforme a esfera social da pessoa que o aceita. Se o título em que baseia a invocação do usucapião **foi, pelo juiz, reconhecido como putativo, procede o usucapião**" (ob. cit., pág. 159).

Para CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA "a conceituação do justo título leva, pois, em consideração a faculdade abstrata de transferir a propriedade, e é neste sentido que se diz justo qualquer fato jurídico que tenha o poder em tese de efetuar a transmissão, embora na hipótese lhe faltem os requisitos para realizá-la. Assim, se a compra e venda, a doação, a arrematação etc., transmitem a propriedade (em tese), constituem título justo para a aquisição **per usucapionem** no caso de ocorrer uma falha, um defeito, um vício formal ou intrínseco, que lhe retirem aquele efeito na hipótese. Inquinado, porém, de falha, mas não poderá ser atacado, porque o lapso de tempo decorrido expurgou-se da imperfeição e consolidou a propriedade no adquirente" (ob. cit., pág. 118).

ORLANDO GOMES, falando em justo título, condena a expressão por ensejar confusão.

"O vocábulo **título** pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, de escrito. Mas não tem esse sentido. Título se emprega, no caso, como sinônimo de **ato jurídico**. Ainda assim, teria compreensão muito ampla, porque nem todo ato jurídico serve de causa à posse. O **título**, a que se referem os Códigos, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência do domínio. Numa palavra, os **atos translativos**. Por outro lado, a qualificação do título é imprópria. O título deve ser justo no sentido de idoneidade para transferir. Melhor fora, assim, dizer-se **título hábil**, para significar o negócio jurídico que habilita qualquer pessoa a tornar-se proprietária de um bem. Com a locução **justo título**, o que se designa, por conseguinte, é o ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa. Todo negócio jurídico apto a transferir o domínio considera-se justo título" (ob. cit., pág. 210).

Os atos translativos mais comuns, que podem ser considerados **justo título** são: **a)** a compra e venda; **b)** a troca; **c)** a dação em pagamento; **d)** a doação; **e)** dote; **f)** o legado; **g)** a arrematação; **h)** a adjudicação.

O Supremo Tribunal Federal tem tido oportunidade de fixar o entendimento adequado da expressão justo título, como se vê nos julgados relativos aos RE nº 62.527, relator Ministro Adalício Nogueira, em 19 de setembro de 1967, e RE nº 78.881, relator Ministro Antônio Neder. A ementa neste último julgado diz:

"1 — Justo título para efeito do que expressa o art. 551 do Código Civil é o instrumento hábil, formalizado e registrado, mas, bem se vê, que manifeste aquisição a **non domino**.

2 — Precedentes da Corte."

O acórdão, ao determinar que o justo título deve ser transcrito, invoca as lições de CLÓVIS, **Código Civil Comentado**, III, 84; CARVALHO SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, 6ª edição, VII, 438, e Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, **Curso de Direito Civil**, 3ª edição, pág. 126.

Outros autores que examinaram a noção de justo título que, para VOECIO, **est causa habilis ad dominium transferendum**, são RODRIGUES JUNIOR, **A Posse**, nº 67, págs. 317 e 319, e SÁ PEREIRA, in **Manual Lacerda**, vol. III, págs. 240 e 243.

B) FIDES

Lembra RUBENS LIMONGI FRANÇA constituir a crença que tem o sujeito na lisura do negócio jurídico, fundado em elemento de convicção.

O prescribente está de boa fé quando ignora o vício, ou obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído, art. 490 do Código Civil.

O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

A boa fé constitui requisito necessário, tanto para o usucapião ordinário, como para o extraordinário. Apenas, enquanto no primeiro caso a prova de boa fé deve ser produzida pelo usucapiente, no segundo caso tal prova não apenas é dispensável, como não se admite evidência em contrário, dada a natureza **iuris et de iure** da presunção legal. A boa fé ou é integral, ou não existe.

“A boa fé é a crença em que se acha o possuidor que está usucapindo, de que a coisa legitimamente lhe pertence. Este requisito do usucapião ordinário é exigido não somente no começo da prescrição, mas em todo o discurso dela” (SAN TIAGO DANTAS, ob. cit., pág. 230). E continua, “a boa fé deve existir, tanto no começo da posse, como em todo o decurso de sua duração. Aquela crença que serve de fundamento à boa fé repousa em erro de fato, erro que se resume em ignorar o obstáculo que se opõe à transferência do domínio, como se a coisa não era do alienante ou este não tinha o poder de aliená-la. O erro de direito nunca pode servir de fundamento de boa fé porque ninguém se presume ignorar a lei. Mas não basta que a posse seja objetivamente justa; é preciso que ela seja de boa fé originária e superveniente. Vale dizer, a boa fé é exigida no começo da posse e em todo o decurso de sua duração. A superveniência de má fé, portanto, destrói a prescrição que ainda não está consumada” (ob. cit., págs. 158 e 159).

Para CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA “**boa fé é a integração ética do justo título** e reside na convicção de que o fenômeno jurídico gerou a transferência da propriedade. Internamente, a boa fé assenta na convicção

de não ofender o possuidor um direito alheio, ou no erro de entendimento do possuidor que, razoavelmente, se supõe proprietário. Como fator psíquico, **não é elemento de demonstração direta.** Daí recorrer-se, na sua comprovação, a uma inversão de conceitos, para determiná-la como elemento negativo — ausência de má fé — o que no terreno prático significa que o possuidor com justo título considera-se de boa fé, até que se prove o contrário — **donec probet contrarium**” (ob. cit., págs. 118 e 119).

Lembra ORLANDO GOMES que, além do justo título, requer-se a boa fé. Poderia parecer, à primeira vista, que a existência do justo título implicaria boa fé, e que dispensaria este requisito. Assim não é. Se a boa fé se presume quando há justo título, pode este existir sem aquela, como quando o comprador soube que a coisa comprada não pertencia ao vendedor. A boa fé, realmente, é elemento autônomo no usucapião ordinário (ob. cit., pág. 212).

O art. 1º da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, exclui a boa fé como requisito do usucapião especial.

C) POSSESSIO

Para a configuração da posse que permita a configuração do usucapião temos os seguintes requisitos:

- a) **animus domini**;
- b) posse mansa e pacífica;
- c) posse justa, não violenta ou clandestina;
- d) posse contínua e incontestada, sem oposição.

Atitude ativa do possuidor que exerce os poderes inerentes à propriedade, e de outro, **atitude passiva** do proprietário, que com sua omissão colabora para que determinada situação de fato se alongue no tempo.

Todavia, embora o legislador reclame a continuidade da posse, não obstante admita sucessão dentro da posse, conforme dispõe o art. 552 — “o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor (art. 496), contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas”.

De sorte que a pessoa, cujo título de domínio é posto em dúvida, pode defender-se, provando que, por seu intermédio e pelo de seus antecessores, exerceu posse mansa e pacífica sobre a coisa objeto de reivindicação por período de tempo superior ao prazo necessário ao usucapião.

Tanto na hipótese de sucessão **mortis causa** como na de **sucessão inter vivos**, por doação, venda, permuta etc., a posse continua na pessoa do sucessor.

Perdida a posse, não mais pode invocar o decurso do tempo para poder usucapir.

Lembra CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA que o possuidor não pode possuir coisa a intervalos, intermitentemente, nem tê-la maculada de vícios ou defeitos (*vi, clam aut precario*), ainda que, depois de iniciada venha a perder a falha de origem, pois é certo que o vício não se apaga pelo decurso do tempo: **quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere**. Requer-se, ainda, a ausência de contestação à posse, não para significar que ninguém possa ter dúvida sobre a **conditio** do possuidor, ou ninguém possa pô-la em dúvida, mas para assentar que a contestação a que se alude é a de quem tenha legítimo interesse, ou seja, por parte do proprietário contra quem se visa usucapir (ob. cit., pág. 111).

EDUARDO ESPINOLA deteve-se na análise do problema da soma dos prazos quando em parte era posse entre presentes e em parte entre ausentes.

D) TEMPUS

O Código Civil prevê vários prazos conforme se tratar de posse entre presentes e entre ausentes no que se refere ao usucapião ordinário. Dez anos entre presentes e 15 entre ausentes. O Projeto de Código Civil de 1975, com muita procedência, retirou a diferença, fixando um único prazo.

No usucapião extraordinário o prazo é de vinte anos e no usucapião especial o prazo era de 10 anos, mas, pelo art. 1º da Lei nº 6.969 passou a ser de 5 anos.

O legislador fixa livremente tal prazo, tendo em vista não só proteção do interesse particular, como a do interesse coletivo.

Dada a semelhança de natureza jurídica entre a prescrição extintiva e a aquisitiva, determina o art. 553 do Código Civil que as causas que obstem, suspendem e interrompem àquela também se aplicam a esta, assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor.

A posse há de durar, para que se converta em propriedade, isto é, para que se realize a aquisição por usucapião, torna-se necessário que à posse venha associado o fator **tempo — continuatio possessionis**. Qualquer que seja o usucapião, é indispensável que a posse se estenda **ininterruptamente** por todo o tempo exigido em lei, e que o prazo **se conte por dias e não por horas** (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., pág. 112).

Não é imprescindível que o usucapiente exerça **por si mesmo** e por todo o tempo de sua duração, os atos possessórios, tais como cultivo do terreno, presença no imóvel, conservação da coisa, pagamento de tributos, manutenção de tapumes, defesa contra **vias de fato** de terceiros e outros. Consideram-se úteis e igualmente legítimos os atos praticados por intermédio de prepostos, agregados ou empregados (*idem*, ob. cit., pág. 115).

Parece-nos, contudo, que tal **regra** deve ser analisada com maior rigor quanto ao usucapião especial em que se exige que a área se tenha tornado produtiva pelo usucapiente e que nela deva ter sua morada.

E) SENTENÇA JUDICIAL

RUBENS LIMONGI FRANÇA afirma não se tratar de elemento essencial, porque a aquisição do domínio pelo usucapião é uma aquisição originária e não derivada.

Antes da sentença, o possuidor reúne em mãos todos os **pressupostos e requisitos para adquirir** o domínio. Mas, até que a sentença proclame tal aquisição, pelo reconhecimento da idoneidade de pressupostos, o usucapiente tem apenas uma expectativa de direito.

Pode o usucapião ser argüido em defesa? A Súmula 237 o permite: "O usucapião pode ser argüido em defesa."

Ensina SÍLVIO RODRIGUES sobre o assunto que "embora, como meio de defesa, o usucapião possa ser **alegado em exceção**, mesmo antes da sentença que o reconhece, o domínio só é adquirido pelo prescribente da sentença, que declare a aquisição. Antes da sentença há apenas expectativa de direito".

Comentando a Súmula 237, ROBERTO ROSAS se reporta ao Ministro Orosimbo Nonato que, no Recurso Extraordinário nº 8.952, RF 122/116, a propósito do tema, disse que o usucapião pode ser oposto, como defesa, independentemente de sentença anterior, que o declare e que registrada sirva de título ao **dominus**. O usucapião é, como a transcrição, modo de adquirir o domínio, com a perda do antigo dono cujo direito sucumbe em face da aquisição. O proprietário, como já ensinava LAFAYETTE, perde o domínio porque o adquire o possuidor (in **Direito Sumular**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, pág. 92).

A orientação adotada na Súmula 237 foi seguida na Lei nº 6.969, pois, seu art. 7º estatui:

"A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis."

Contudo, a época para a invocação do usucapião é por ocasião da defesa, caso contrário implicará em cerceamento da defesa. Neste sentido, o RE nº 55.017-CE, sendo relator o Ministro Evandro Lins, cuja emenda diz:

"Usucapião. Se não foi alegado por ocasião da contestação, não é possível reconhecê-lo na sentença, por implicar num cerceamento da defesa."

O acórdão recorrido afirmava:

"A prescrição aquisitiva, de que cogita o art. 551 do Código Civil, se não alegada por ocasião da propositura da ação, ou invocada, como defesa na fase da contestação, exorbita da demanda implicando num cerceamento de defesa, por ser objeto inopinadamente suscitado."

Qual a natureza da sentença judicial?

A maioria dos autores considera existir na sentença caráter meramente declaratório. Nesse sentido consultar o art. 167, I, nº 28, da Lei nº 6.015, que fala do **registro das sentenças declaratórias de usucapião**.

Um argumento favorável à tese de ser a sentença declaratória encontramos na consignação da retroação dos efeitos do usucapião.

Para o Professor SÍLVIO RODRIGUES, contudo, a sentença tem caráter constitutivo. Um exemplo significativo para o ilustre Mestre para se sustentar o efeito constitutivo, encontramos no fato de o possuidor, que, a despeito de ter exercido posse mansa e pacífica por mais de vinte anos e não lograr obter reintegração ao ser esbulhado, não poder depois entrar com ação de usucapião porque perdeu a posse.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA considera ser a sentença de natureza **declaratória**. Como tal, o julgador limita-se, por ela, a declarar uma situação jurídica preexistente. Se, ao invés, a aquisição da propriedade dependesse da sentença, seria esta constitutiva. A distinção não é meramente bizantina, e já sofreu a jurisprudência sua repercussão prática **na resposta à indagação se pode o usucapião extraordinário ser oposto em ação reivindicatória como defesa**. Se a sentença fosse requisito essencial, o réu, não o tendo, ver-se-ia inibido de invocá-la. Não sendo, como efetivamente não é, à pretensão do reivindicante, o possuidor alega em defesa a aquisição por usucapião, e, provando em o correr da ação que lhe assistem os elementos básicos — posse e tempo — requer ao juiz que o declare (ob. cit., pág. 116).

E, sendo declaratória, produz efeito retrooperante, como se a propriedade se tivesse adquirido desde o dia da tomada da posse. Ressalta CAIO MARIO a circunstância especial de não se encerrar a relação processual apenas entre usucapiente e proprietário, mas dever-se completar com a citação dos confinantes da coisa usucapida, bem como dos **interessados incertos** (por edital), intervindo no processo o representante do Ministério Público (ob. cit., pág. 117).

O RE nº 52.534-PA, relator Ministro Evandro Lins, decidiu ser declaratória a sentença que reconhece o usucapião, sendo o seguinte o trecho da ementa que cuida da matéria:

“.....

Ademais, o caráter meramente declaratório da sentença de usucapião é definido na segunda parte do próprio art. 550, de forma a ressaltar ainda mais não ter a sua transcrição o efeito constitutivo que lhe seria indispensável, caso não fosse o usucapião equiparado aos meios originários de aquisição de propriedade.”

A Lei nº 6.969 abre uma exceção ao caráter de sentença judicial quando, ao cuidar de terras devolutas, permite que o usucapião seja reconhecido administrativamente com a “conseqüente expedição do título definitivo de domínio, para transcrição no Registro de Imóveis” (art. 4º, § 2º).

Mas apenas se, “decorridos 90 (noventa) dias do pedido ao órgão administrativo, não houver a expedição do título de domínio, o interessado poderá ingressar com a ação de usucapião especial, na forma prevista nesta lei, vedada a concomitância dos pedidos administrativo e judicial”.

F) TRANSCRITA

A indicação de tal pressuposto é discutível, pois apenas tal transcrição não é substancial, na hipótese, para adquirir o domínio, porquanto o usucapião é modo autônomo de aquisição da propriedade.

No mesmo sentido o pensamento de RUBENS LIMONGI FRANÇA.

Já o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO vê diferentemente o assunto, pois, ao falar em transcrição, refere-se ao título transcrito. aquele que serve de base para a invocação da posse prolongada para pedir o usucapião.

O requisito transcrição é uma vantagem para o exercício do *ius disponendi*.

A Lei de Registros Públicos, nº 6.015, no art. 167, I — 28, fala do registro das sentenças declaratórias de usucapião.

A Lei nº 6.969, no § 2º do art. 4º, prevê que a transcrição no Registro de Imóveis poderá ser efetuada, no caso de terras devolutas, em geral, com a apresentação do título definitivo do domínio expedido pela autoridade administrativa.

A lei do usucapião especial tem uma regra muito interessante. Possibilita ao usucapiente beneficiar-se da assistência judiciária gratuita, inclusive quanto ao Registro de Imóveis, mas, o parágrafo único do art. 6º impõe uma sanção quando:

“Provado que o autor tinha situação econômica bastante para pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família, o juiz lhe ordenará que pague, com correção monetária, o valor das isenções concedidas, ficando suspensa a transcrição da sentença até o pagamento devido.”

6 — Regras gerais

A) Acessão da posse — art. 552 do Código Civil.

SAN TIAGO DANTAS analisa o assunto mostrando que é lícito àquele que está usucapindo somar a sua posse com a posse do antecessor. Muitas vezes, acontece que durante o lapso de tempo necessário para se consumir a

prescrição, a coisa tenha sido possuída por duas ou mais pessoas. Na generalidade destes casos a lei permite ao novo possuidor juntar à sua posse a do seu antecessor e, destarte, completar o prazo exigido. É o que em direito se chama a acessão da posse (ob. cit., pág. 160).

ORLANDO GOMES: o possuidor pode acrescentar à sua posse a do seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas. A acessão de posses toma aspectos diferentes conforme se verifique em virtude de título universal ou singular. O herdeiro acrescenta **obrigatoriamente** à sua posse a do defunto. É uma continuação, transmitindo-se, por conseguinte, com todas as suas virtudes e vícios. A acessão a título singular não é obrigatória. O adquirente soma a sua posse à do transmitente, se quer.

Evidentemente, verifica-se a junção quando duas posses têm as mesmas qualidades. Mas, se a posse do antecessor era de má fé, a soma não se dá. O vício não comunica, entretanto, à posse do sucessor. O acesso interessa, todavia, para o usucapião que dispensa a boa fé.

O **accessio possessionis** supõe, evidentemente, o mesmo **animus domini** nos dois possuidores.

Em síntese:

- a) o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor;
- b) ao sucessor singular é facultado unir a sua posse à do antecessor, para o efeito do usucapião.

B) impedimentos, suspensão e interrupção do lapso de tempo — art. 553 e arts. 168 a 170 e 172 do Código Civil.

SAN TIAGO DANTAS — Dá-se a interrupção da prescrição, quando ocorre algum fato que tem por efeito eliminar o tempo anteriormente decorrido, tornando-o inútil para o cálculo do prazo legal, sem, todavia, alterar as condições da posse. A interrupção apenas anula o tempo decorrido até o fato que a determinou e, uma vez cessado este, torna a correr novo prazo para a prescrição. Suspende-se a prescrição quando sobrevém algum obstáculo que temporariamente a impede, ou de começar ou de continuar a correr, sem, no entanto, acarretar perda do tempo anterior, nem modificar as condições da posse. Levantado, pois, o obstáculo, a prescrição entra a correr de novo, e então se leva em conta o lapso de tempo anteriormente decorrido. A suspensão é um parêntesis aberto no curso da prescrição, que ocorre pela causa justificativa, a partir da qual não corre mais a prescrição, até que cesse a causa; e como parêntesis que é, não impede que se junte o período decorrido antes, e suspenso com aquele que recomeça a correr depois de encerrada a causa justificativa (ob. cit., pág. 160).

Portanto, o possuidor não pode contar tempo para usucapir se ocorre causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Se houver dúvida a respeito da ocorrência de causa interruptiva, presume-se a posse contínua e pacífica. Cabe, ainda, distinguir a **interrupção natural da civil**: a primeira consiste no fato de perder o possuidor a sua posse, ao passo que a civil assenta numa citação judicial (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., pág. 114).

C) Condição do devedor possuidor

A parte final do art. 553 do Código Civil determina que ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor.

7 — O processo de usucapião

A matéria está desenvolvida nos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil.

Nesta matéria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel importante através das Súmulas 263 e 391 a saber:

Súmula 263 — “O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião.”

Súmula 391 — “O confinante certo deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião.”

Quanto à Súmula 263

Tal Súmula nasceu da necessidade decorrente de omissão do Código de Processo Civil de 1939.

Lembra ROBERTO ROSAS que “a razão para a citação pessoal do possuidor decorria de o anterior CPC exigir a citação dos interessados além dos confrontantes. Já o Código atual exige a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes (art. 942). Não fala em interessados, se bem que confira a ação de usucapião ao possuidor” (*Direito Sumular*, ob. cit., pág. 103).

THEOTONIO NEGRÃO justifica a Súmula 263 agasalhada no art. 942, nº II, do CPC, na nota 4 ao art. 942, na pág. 229, da 8ª edição do **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor** (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979), da seguinte maneira:

“Normalmente, só o possuidor pode intentar ação de usucapião; mas, se após haver preenchido todos os requisitos para a prescrição aquisitiva, perdeu a posse, também poderá mover ação de usucapião, correspondente, no caso, à ação publiciana do direito romano; nesta hipótese o possuidor atual terá de ser citado.”

A regra que exige a citação “daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo se justifica, pois tal medida assegura o legítimo proprietário contra o possível dolo do autor da ação de usucapião”.

A Lei nº 6.969 que regula o usucapião especial no art. 5º, § 2º, determina que o autor requererá, também, a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo.

Quanto à Súmula 391

A Súmula foi agasalhada no art. 942, nº II, do Código de Processo Civil. A citação dos confinantes é necessária, sob pena de nulidade — RF 180/288 e 255/313 e RT 174/122 (cf. THEOTONIO NEGRÃO, nota 6 ao art. 942, e ROBERTO ROSAS, ob. cit., pág. 167).

Também é expressa a necessidade de citação pessoal do confinante quanto a ação usucapião especial nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei nº 6.969.

A Lei nº 6.969 regula o aspecto processual da ação de usucapião especial nos arts. 4º, 5º, 6º e 7º, sendo certo que o **caput** do art. 5º determina que será adotado o procedimento sumaríssimo, assegurada a preferência à sua instrução e julgamento, o que ressalta o aspecto social de referida legislação.

Comentário interessante no campo processual é o de que no recurso extraordinário não se reexaminam provas; vários são os acórdãos da Suprema Corte que examinam a hipótese em matéria de usucapião como, por exemplo, o RE nº 43.461-PE, relator Ministro Gonçalves de Oliveira, cuja ementa afirma:

“Usucapião. Procedência de ação comprovados os seus requisitos. No recurso extraordinário não se reexaminam provas. — Rejeição de preliminares manifestamente improcedentes.”

8 — Efeitos do usucapião

A matéria é desenvolvida por ORLANDO GOMES (*Direitos Reais*, Tomo 1º, 3ª edição, Rio—São Paulo, Forense, 1969, págs. 214, 215 e 216) que ensina:

1) O efeito fundamental da usucapião é transferir ao possuidor a propriedade da coisa. É certo que, não raro, o verdadeiro proprietário se socorre da usucapião para acabar qualquer incerteza de seu direito. Nesses casos, a usucapião limita-se a confirmar direito de propriedade preexistente, mas, ainda assim, deve ser tida como o modo pelo qual é adquirido, uma vez que esse direito não podia ser estabelecido. Geralmente, porém, a usucapião aproveita ao possuidor que não é proprietário.

2) A aquisição da propriedade pela usucapião opera-se **ex tunc**. Não se realiza quando expira o prazo dentro do qual a coisa deve ser possuída ininterruptamente, mas, sim, no momento em que se inicia a posse. Esta doutrina se inspira na conveniência de proteger terceiros que, supondo ser o possuidor proprietário, com

ele mantiveram relações jurídicas com base na aparência de propriedade.

A retroatividade da aquisição acarreta as seguintes conseqüências:

- 1º) todos os atos praticados pelo possuidor são válidos;
- 2º) mesmo que fosse possuidor de má fé, não estará obrigado a restituir os frutos da coisa;
- 3º) os atos praticados pelo proprietário no decurso do prazo da usucapião decaem, se esta é consumada;
- 4º) o possuidor adquire o imóvel livre dos ônus reais constituídos pelo proprietário (salvo os constantes do registro de imóveis).

Opera em conseqüência, como se o proprietário antigo jamais tivesse deixado de ser dono da coisa. Consolidando, numa palavra, seu direito, revalidando-se os atos que praticou. Somente as pessoas plenamente capazes podem renunciar à usucapião. Terceiros não podem ser prejudicados pela renúncia. É de se aplicar as regras relativas à propriedade aparente.

Para CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA os efeitos são:

- 1) constitui título para o usucapiente, oponível *erga omnes*, inclusive os interessados, em relação aos quais tem a força de operar a sua transferência para o usucapiente;
- 2) consolida o domínio, em favor de quem o adquiriu por título cuja eficácia é discutida;
- 3) desse modo, se o possuidor constitui direitos reais sobre o bem, consideram-se válidos desde o momento da constituição, uma vez consumada a usucapião;
- 4) ao possuidor é lícito renunciar à usucapião depois de consumada. Antes da consumação, não se pode falar propriamente em renúncia. A chamada renúncia antecipada não é mais do que causa de interrupção. Significa que o possuidor reconhece o direito de propriedade de outrem. Neste sentido, diz-se que a renúncia pode ser tácita. Mas a verdadeira renúncia, isto é, aquela que se realiza depois de consumada a usucapião, há de ser inevitavelmente expressa.

A renúncia é ato simplesmente abdicativo. Não importa, por conseguinte, transferência do direito de propriedade, nem exige o consentimento do antigo proprietário. Volta este a ter o domínio da coisa, como esclarece LAFAYETTE, não por novo, senão pelo seu antigo título: requisitos resumem-se à posse sem interrupção nem oposição, em certo prazo, desde que possuída a coisa com *animus domini* (ob. cit., pág. 209).

O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento

NUNO TOMAZ PIRES DE CARVALHO

Advogado do Serviço Jurídico da USIMINAS

SUMARIO

1. INTRODUÇÃO. 1.1. *Conceitos preliminares.* 1.2. *O papel do sistema de patentes no desenvolvimento.* 1.3. *As principais funções da patente.* 1.3.1 *A patente como meio de recompensa e de incentivo à pesquisa.* 1.3.2. *A patente como meio de divulgação.* 1.3.3. *A patente como meio de transformação do conhecimento tecnológico em objeto de troca.*
2. **ALGUMAS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS VISANDO AO APERFEIÇOAMENTO DAS FUNÇÕES DA PATENTE.** 2.1. *A função de recompensa e de incentivo à pesquisa. Principais problemas e soluções.* 2.1.1. *A tecnologia patenteável. Um exemplo: os químico-farmacêuticos.* 2.1.2 *A natureza dos títulos de proteção aos direitos do inventor.* 2.1.2.1. *Patentes, certificados de inventor e certificados de invenção.* 2.1.2.2 *Patentes (ou certificados) de modelo de utilidade.* 2.1.2.3. *Patentes de introdução.* 2.1.2.4. *Patentes de aperfeiçoamentos e patentes preventivas.* 2.1.3. *Modos de concessão da patente.* 2.1.4. *O tratamento legal das invenções de empregado.* 2.1.4.1. *A proteção do empregado-inventor em países industrializados.* 2.1.4.2. *A proteção do empregado-inventor em países em vias de desenvolvimento.* 2.1.4.3. *A lei-tipo da OMPI.* 2.1.4.4. *Observações.* 2.2. *A função de divulgação.* 2.3. *A função da transformação do conhecimento tecnológico em objeto de troca.* 2.3.1. *A patente e o comércio internacional.*
3. **O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES E OS PAÍSES EM VIAS DE DESENVOLVIMENTO.** 3.1. *A Convenção da União de Paris. Princípios e objetivos.* 3.1.1. *O ônus da exploração da patente. Sanções cabíveis. Algumas soluções legais. O artigo 5 da CUP. Propostas de alteração.* 3.2. *O Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT). Objetivos.*
4. **OBSERVAÇÕES FINAIS**

1. INTRODUÇÃO

1.1. *Conceitos preliminares*

O direito de patentes é o conjunto de normas e princípios jurídicos que regulam a aquisição, o exercício e a perda dos direitos do inventor.

Esse ramo do direito tem amplas repercussões de ordem sócio-econômica e por isso o seu tratamento foge da esfera exclusivamente jurídica para considerar aspectos reflexos — daí o surgimento da expressão “sistema de patentes”, a qual contém, além do conceito enunciado, diretrizes de política econômica. Assim se pode falar, por exemplo, num “sistema de patentes liberal” ou num “sistema de patentes restritivo”. Esses adjetivos aplicados ao direito de patentes perderiam o seu sentido. Mas, fora esse aspecto, as expressões são praticamente sinônimas.

Por outro lado, assinala-se que, ao definir o direito de patentes, falei de direitos do inventor e não de direitos de patente. A divergência não decorreu de mera questão de estilo; ela foi proposital. É que o direito de patentes não protege apenas direitos patrimoniais mas também direitos morais — o do reconhecimento da autoria. Também os direitos patrimoniais não são exclusivamente reconhecidos (ou gerados) pela carta-patente. A par da patente, alguns ordenamentos jurídicos têm vindo a adotar os certificados de inventor ou de invenção que, de forma geral, não são títulos de propriedade e sim documentos de crédito.

A expressão “sistema de patentes” tem-se generalizado com esta vasta aceção e por isso a empregarei, tanto em seu significado de ordenamento jurídico interno, como de direito internacional.

A noção de país em vias de desenvolvimento de que me sirvo obedece aos critérios de definição aceitos pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em novembro de 1971:

- o nível médio de renda *per capita* em torno de US\$ 700.00 (US\$ 200.00 para os países menos desenvolvidos e US\$ 8.000,00 para os industrializados);
- contribuição do setor industrial para o produto interno bruto em torno de 19%;
- taxa de alfabetização superior a 20% ⁽¹⁾.

1.2. *O papel do sistema de patentes no desenvolvimento*

Este é hoje, a respeito dos sistemas de patentes, um dos temas mais apaixonadamente debatidos.

(1) LOPES, Henri e CAO TRI, Huynh, “O círculo da pobreza — a situação dos países menos desenvolvidos”, *O Correio da UNESCO*, dez./1981, pág. 5.

Enquanto uns apontam à patente efeitos monopolizadores e condicionadores de dependência tecnológica e de mercados, outros autores indicam-na como um incentivo ao progresso e à transferência de tecnologia.

Mas, na verdade, é impossível dizer-se até que ponto a adoção do sistema de patentes ajuda o desenvolvimento. Ou melhor: como assinalam MARTINE HIANCE e YVES PLASSERAUD, em sua obra já clássica (2), é cientificamente impossível definir-se até que ponto o sistema de patentes foi causa ou consequência do desenvolvimento.

Em palestra proferida no Sri Lanka, em 1977, GEORG ALBRECHTSKIRCHINGER lembra que MACHLUP realizou um estudo econômico sobre a influência do sistema de patentes, publicado sob o título "An economic review of the patent system", cuja conclusão é... pela falta de conclusão. O resultado do trabalho é precisamente a de que "não há uma resposta clara e cientificamente fundamentada sobre o efeito vantajoso ou prejudicial do sistema de patentes na economia". Acrescentou o conferencista: "Torna-se mais numa questão de fé do que de fatos" (3).

Diz T. S. ASHTON que "não é fácil determinar se o sistema de patentes, estabelecido pelo mesmo estatuto (Estatuto dos Monopólios), estimulava ou não a invenção industrial. Deu garantias ao inventor, mas também permitiu que se mantivessem posições privilegiadas durante um excessivo espaço de tempo e foi muitas vezes aproveitado para dificultar o caminho a novas criações". E, mais adiante: "Pelo menos, é possível supor que, sem o sistema de patentes, as invenções se poderiam ter desenvolvido mais rapidamente do que sucedeu" (4).

Evidentemente, a questão não está em se saber se o sistema de patentes é causa do desenvolvimento. Claro que não é causa. FRANCESCHELLI chama a atenção para o fato de que se passaram quase cento e cinquenta anos desde a data em que o Estatuto dos Monopólios entrou em vigor e a data aproximada do início da Revolução Industrial inglesa (1760). Por outro lado, o autor italiano diz que entre 1700 e 1760 a média era de seis patentes por ano e entre 1760 e 1785, de trinta e uma (5). O número, tomando em consideração a fecundidade inventiva do período, é extremamente reduzido.

E qual a razão desse reduzido número? FRANCESCHELLI aponta duas razões: em primeiro lugar, o "escasso conteúdo normativo" do Estatuto, o qual continha

(2) HIANCE, Martine e PLASSERAUD, Yves, *Brevets et Sous-développement (La Protection des Inventions dans le Tiers-monde)*, ed. Librairies Techniques, 1972, Paris, pág. 6.

(3) ALBRECHTSKIRCHINGER, Georg, "Characteristics of a patent policy aimed at industrial and economic development", World Symposium on the Importance of the Patent System to Developing Countries, OMPI n° 638 (E), Genebra, 1977, pág. 29.

(4) ASHTON, T.S., *A Revolução Industrial*, Publ. Europa-América, 4ª ed., Lisboa, s/d, págs. 32/33.

(5) FRANCESCHELLI, Remo, *Trattato di Diritto Industriale*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1973, pág. 423.

apenas conceitos primários e mal definidos; em segundo lugar os altíssimos custos que era necessário suportar para obter a patente (6).

No Brasil encontra-se uma situação histórica semelhante. Ao Alvará do Príncipe Regente, de 28 de abril de 1809, seguiu-se a Lei de 28 de agosto de 1830 (já em obediência à Constituição de 1824) que regulamentava com certa minúcia a concessão de patentes. E note-se que não se pode opor a essa lei os inconvenientes do Estatuto dos Monopólios, pois ela tratava a matéria já com alguma riqueza de detalhes (prazo de validade, publicação, desapropriação, caducidade etc.) e a concessão de patentes era gratuita. Não obstante, a exemplo do que aconteceu na Inglaterra, o Brasil só começou a industrializar-se mais de cem anos depois da entrada em vigor da primeira lei de patentes.

Será que daqui podemos concluir que o sistema de patentes é inoperante?

Quero crer que qualquer tese nesse sentido seria falsa. Inútil, isso sim, é esperar que o sistema de patentes, por si só, gere o desenvolvimento. O desenvolvimento consegue-se com capitais (em sentido lato, incluindo a tecnologia) conjugados com a disponibilidade de recursos materiais e humanos apropriados, além de uma boa infra-estrutura comercial. Esses foram os fatores que possibilitaram a Revolução Industrial, e não a mera existência da lei de patentes.

Por outro lado — o que frustra quer os defensores quer os adversários do sistema —, é impossível quantificar-se o desempenho da patente no desenvolvimento. É que a patente não é mais do que um título gerador de direitos. Afinal — e passe aqui a falta de rigor doutrinário —, a patente está para a invenção como a certidão do registro de imóveis está para o imóvel.

Relevando-se as profundas distinções entre os dois institutos, investigar quanto a patente concorre para o desenvolvimento é o mesmo que querer saber quanto os títulos de crédito servem ao progresso da economia. Sim, poderia dizer-se: sem os títulos de crédito cessariam as relações de comércio internacional. Mas perguntar-se-ia: e antes de implantar-se o sistema de patentes internacional, em 1883, qual era o nível de cooperação técnica internacional? Se se afirmasse que o título de crédito dá segurança ao portador e aos terceiros, dada a cartularidade do papel, poder-se-ia argumentar que também a patente protege o inventor e que, dadas as características impostas às especificações técnicas, há também um tipo de certeza na carta-patente. Por fim, e para não me alongar neste paralelo mais ou menos absurdo — e que só exponho para argumentar —, se se pusesse em dúvida o sistema de patentes porque ele permite o controle de mercados, poder-se-ia dizer que o título de crédito facilita a agiotagem (quando não é ele emitido unicamente como garantia do agiota)... O debate podia prolongar-se por todo um tratado. Mas os contendores não chegariam nunca a uma conclusão como esta: o sistema de patentes permite que um país cresça anualmente à taxa de 10%; ou: os títulos de crédito fizeram com que o fluxo de capitais do país A para o país B aumentasse em 20%.

(6) *Ibidem*.

Como não há parâmetros, qualquer discussão sobre os efeitos econômicos de um determinado instituto jurídico não ultrapassará a pura especulação.

Portanto, não importa saber se o sistema de patentes ajuda muito ou pouco o desenvolvimento econômico de um país. O que importa é saber se ajuda. E só.

Para isso, há que se tomar em consideração as suas funções e os seus efeitos. Há que se conhecer os aspectos positivos e negativos do sistema, nomeadamente no que toca ao controle de mercados, vale dizer, à monopolização e, em última análise, à cartelização. E, por fim, há que se descobrir meios de reforço dos efeitos positivos detectados bem como de atenuação das influências negativas.

Mas nem sempre a abordagem puramente pragmática é a melhor. Isto é, justificar o sistema de patentes apenas pelos seus resultados pode falsear o problema. Na verdade, o sistema de patentes tem raízes de ordem psicológica que ninguém pode negar.

A este propósito, acho muito pertinentes as seguintes observações de CHOATE:

“Imaginemos uma pessoa normal e razoável que compartilhou uma de suas idéias, que ele pensava ser original, com um amigo ou conhecido, e veio mais tarde a descobrir que essa pessoa passou a usar aquela idéia como sua. Qual seria a sua reação? Uma satisfação altruísta por ter sido capaz de contribuir para o prestígio e a reputação do amigo, ou uma leve sensação de ressentimento íntimo porque o devido crédito não lhe foi dado? (...) Para irmos um pouco mais longe, imaginemos que a idéia não era apenas um pensamento fugaz compartilhado numa troca mútua, mas uma idéia trabalhada durante algum tempo, incluindo muitas horas de pesquisa e estudos preparatórios” (7).

Foi o individualismo — que culminou na Independência americana e na Revolução francesa — que permitiu, a nível filosófico, a apropriação provisória de idéias, desde que elas fossem novas, aplicáveis na indústria e em troca da sua divulgação.

Antes disso já houvera algumas tentativas de implantação de sistemas de patentes (em Veneza e na Inglaterra), mas sem que se desse origem a um direito de propriedade suscetível de aquisição a título derivado.

Não pretendo historiar aqui a evolução do direito de patentes. Pretendo apenas lembrar que, a par de razões de ordem funcional mais ou menos explícitas, sempre há argumentos psico-filosóficos a sustentar o sistema de patentes — seja no regime da economia de mercado seja no regime socialista.

(7) CHOATE, Robert A., *Patent Law, Trade Secrets, Copyrights, Trademarks — Cases and Materials*, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1973, pág. 1.

Dá que, em tese, uma análise pragmática do sistema de patentes tenha apenas valor relativo.

Mas, em contrapartida, essa análise passou a ser feita a partir de um questionamento das vantagens do sistema para os países em vias de desenvolvimento (no caso foi o Brasil, mediante proposta de estudo à Organização das Nações Unidas, o primeiro país a levantar a questão com referência a um aspecto particular: o da transferência de tecnologia). Ora, num país em vias de desenvolvimento, em que não se produz tecnologia, poucos são os pedidos de patente depositados por nacionais bem como as patentes para eles expedidas. Apresento a seguir um quadro comparativo dos pedidos e das patentes de nacionais e de estrangeiros em dez países em vias de desenvolvimento:

QUADRO I

<i>Países</i>	<i>Pedidos depositados por</i>		<i>Patentes expedidas para</i>	
	<i>Residentes</i>	<i>Não residentes</i>	<i>Residentes</i>	<i>Não residentes</i>
Bolívia	8	117	9	126
Brasil	2.149	6.228	349	3.494
Egito	76	731	10	317
Irã	169	493	35	366
México	665	4.132	165	1.831
Paquistão	37	369	14	335
Peru	82	280	31	300
Singapura	2	631	1	548
Uruguai	70	213	41	236
Venezuela	39	281	24	194

(Fonte: Estatísticas de Propriedade Industrial, OMPI, Genebra, doc. IP/STAT/1980/A.)

Há fatores que, em parte, explicam o pequeno número dos pedidos de patente nacionais. Dois deles, evidentemente, são o da falta de preparação técnica e científica dos nacionais dos países em vias de desenvolvimento e o da escassez de recursos destinados à pesquisa. Mas outro, que não é de tão pequena monta como se julga, é o desconhecimento do próprio sistema de patentes — quer da sua existência quer do seu significado econômico.

E isto torna-se evidente se analisarmos estes dados fornecidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

QUADRO II

<i>Depositantes</i>	<i>Brasil</i>	<i>Países desenvolvidos</i>
Inventores isolados	60%	10%
Indústrias	35%	50%
Centros de Pesquisa		
Universidades	5%	40%
Institutos		

(Fonte: CUNHA LIMA, L. C. O., "O papel do INPI no campo de patentes em geral", atas do Seminário sobre Instalação de Núcleos de Patente na Empresa Industrial, INPI/OMPI, 1981.)

Uma parcela expressivamente pequena é depositada por centros de pesquisa. O que significa: as invenções aí realizadas são divulgadas em trabalhos científicos e acadêmicos, o que dificulta a sua divulgação à indústria, dando acesso (quase sempre precário) apenas à pequena comunidade em que circula o pesquisador (quase sempre universitário ou governamental). Essas invenções, por outro lado, não foram desenvolvidas com a preocupação da sua imediata aplicação industrial — mas apenas de elaboração de teses. Portanto, se a indústria tomar conhecimento dessas invenções, raramente se vai interessar por elas.

Mas o problema do desconhecimento do sistema não está só nos centros de pesquisa. Ele também é detectável na própria indústria — o que explica o maior número de depósitos por particulares.

Se formos olhar a situação nos países subdesenvolvidos (países com média de US\$ 200.00 de renda anual *per capita*), a situação, do ponto de vista do uso do sistema de patentes, é ainda mais dramática:

QUADRO III

<i>Países</i>	<i>Pedidos depositados por</i>		<i>Patentes expedidas para</i>	
	<i>Residentes</i>	<i>Não residentes</i>	<i>Residentes</i>	<i>Não residentes</i>
Bangladesh	34	102	7	94
Burundi	—	10	—	10
Malawi	2	51	2	34
Mali	—	7	—	—
Ruanda	—	3	—	2
Tanzânia	—	88	—	86

(Fonte: Estatísticas de Propriedade Industrial, OMPI, Genebra, doc. cit.)

O que quero demonstrar é que se hoje se extinguir o sistema de patentes em metade (ou mais) dos países do Terceiro Mundo, não serão muitos os nacionais desses países a serem prejudicados. A situação é semelhante à de um país desértico que criasse um direito especial sobre exploração e comercialização de água. Se se extinguisse esse direito, ninguém sairia imediatamente prejudicado por absoluta falta de objeto. Os únicos ofendidos seriam os estrangeiros exportadores de água para esse país.

Justifica-se assim, em parte, a análise pragmática que se tem feito nos países em vias de desenvolvimento.

Mas, certamente, o enfoque não é aquele. É que o sistema de patentes tem determinadas funções que lhe são peculiares. E se eventualmente ele não serve à proteção de uma tecnologia preexistente, ele serve à criação de uma futura tecnologia (não só protegendo-a como também incentivando-a — o que, do ponto de vista pragmático, é até mais importante) e, por via de consequência, ao desenvolvimento da indústria (se acaso a opção para o progresso foi a da industrialização) e ao desenvolvimento da economia como um todo.

A maneira como o sistema de patentes serve a esses objetivos é o que pretendo estudar neste trabalho. Mas — repito —, o que existe é a possibilidade de se mostrar *como* pode a patente servir ao progresso e não a possibilidade de se dizer *quanto* ela serve.

1.3. *As principais funções da patente*

Várias são as funções atribuídas à patente. Cada autor, obedecendo à opinião pessoal, e cada sistema, obedecendo a diretrizes de interesse público, dá maior ou menor importância a esta ou aquela.

Sem as classificar por hierarquia, posso apontar as seguintes funções da patente: incentivo à pesquisa e recompensa; divulgação (dos direitos e da tecnologia); transformação do conhecimento tecnológico em objeto suscetível de troca.

Examinemos agora os respectivos mecanismos.

1.3.1. *A patente como meio de recompensa e de incentivo à pesquisa*

A patente é um título de propriedade, a qual se caracteriza essencialmente pela exclusividade do uso, gozo e disposição, nos termos do Código da Propriedade Industrial e do Código Civil.

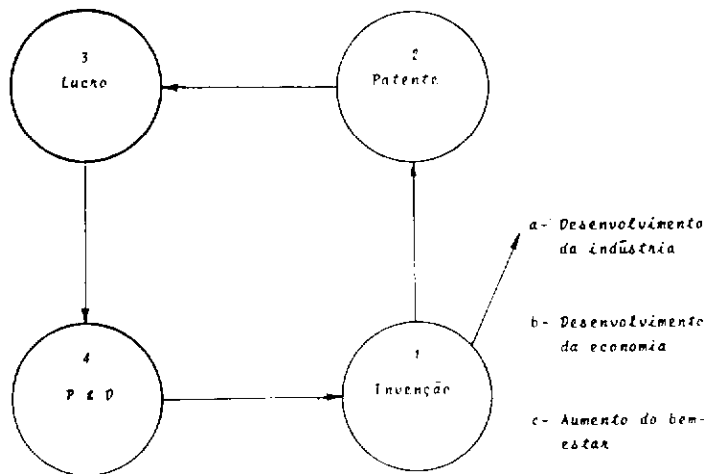
Essa exclusividade de uso (que, a rigor, à luz do direito brasileiro, significa exclusividade de fabricação, para patentes de produto, e exclusividade de utilização, para patentes de meio ou processo) implica, obviamente, na faculdade de excluir terceiros. Mesmo quando se trate de patente de aperfeiçoamento, é certo que a tecnologia básica pertence ao titular da respectiva patente, e não pode, sem autorização, dela fazer uso o titular da patente de aperfeiçoamento. Mas o inverso também é verdadeiro. Não deixa este último, pois, de dispor daquela exclusividade.

Ora, é esse poder excluir os terceiros que, como condição geradora de lucros, constitui uma recompensa ao inventor (em troca da divulgação do invento) e,

ao mesmo tempo, um incentivo à pesquisa (pois o inventor, com os lucros, recuperaria as despesas de pesquisa e poderia investir em novas pesquisas).

E se as invenções ajudam ao progresso (o que me parece indiscutível) e se o progresso provoca melhorias no bem-estar social (o que já nem sempre é certo, pois isso depende da política de distribuição de renda), então aquelas funções da patente podem ser assim descritas esquematicamente:

QUADRO IV



Assim: a invenção (1) gera o título que possibilita a exclusividade (2); a exclusividade gera o lucro (3); o lucro permite o investimento em pesquisa e desenvolvimento (4); a pesquisa e o desenvolvimento geram novas invenções (1). Por sua vez, a aplicação industrial do invento e a comercialização dos seus resultados geram o desenvolvimento industrial (a); este gera o desenvolvimento econômico (b); e este gera, no fim da cadeia, o bem-estar social (c).

Numa situação ideal, este é o mecanismo das funções examinadas. No entanto, em sendo ideal, é uma situação para que se tende, é um objetivo que se busca. Ver-se-á depois quais as soluções que visam otimizar as funções de recompensa e incentivo. Acrescento desde já que uma grande parte dos inventores é atualmente constituída por assalariados. Por isso, o esquema passa logo a ter um valor relativo, já que a sua eficácia torna-se em parte dependente da política de premiação dos inventores pelas empresas e pela legislação específica.

1.3.2. A patente como meio de divulgação

A patente é, por definição, um título público. Aliás, a própria palavra já o diz: patente, em seu conceito comum, significa acessível, aberto, manifesto, evidente.

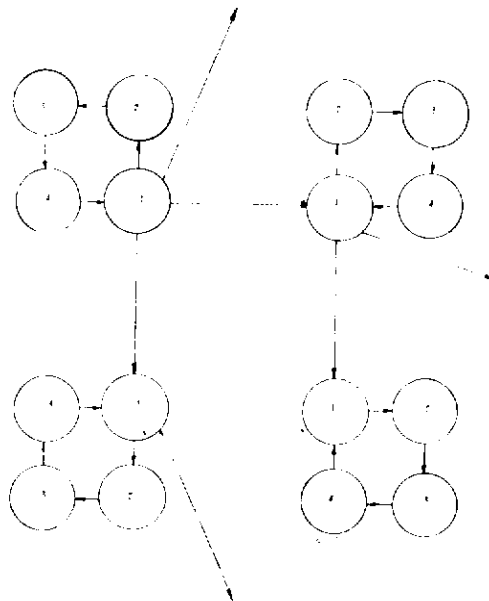
Isso implica na possibilidade de qualquer um ter acesso ao documento arquivado na repartição de patentes. Segundo KOHLER, a divulgação do conteúdo (ou especificações) da patente (relatório descritivo, reivindicações, resumo e desenhos, se for o caso) serve não só à divulgação dos direitos do titular como à divulgação da tecnologia propriamente dita.

Essa divulgação dos direitos tem efeito preventivo – assim os concorrentes, examinando as reivindicações (que delimitam esses direitos), ficam sabendo da possibilidade ou impossibilidade do uso da tecnologia. E porque a patente é acessível a qualquer um, não há escusa de boa-fé para quem pratica atos de contrafação. O dolo é sempre presumido. Em decorrência dessa divulgação, podem os interessados requerer a licença de uso ao titular. Ou, se acaso dispõem de argumentos capazes de impugnar a validade da patente, podem anulá-la ou, eventualmente, opor-se à sua concessão.

Como meio de divulgação de tecnologia, a patente serve precipuamente à informação. Consultando-se os documentos de patentes, sabe-se a orientação das pesquisas mais recentes e os resultados obtidos. Além disso, podem os concorrentes: *a*) desenvolver tecnologia sucedânea, de forma a fugir dos limites estabelecidos pelas reivindicações; ou *b*) aperfeiçoar a tecnologia descrita nas especificações da patente.

Este último mecanismo pode ser assim esquematizado:

QUADRO V



Também aqui se retrata uma situação ideal. Vários fatores dificultam esta função da patente como, por exemplo, a impossibilidade de uma total descrição do estado da técnica, bem como do invento propriamente dito no relatório descritivo. A propósito, FRIEDRICH-KARL BEIER diz que no século XIX, quando surgiram as primeiras leis que exigiam a descrição do invento de forma a poder ser reproduzida por qualquer técnico experimentado no assunto, era fácil descrever as invenções, pois elas “eram simples e descomplicadas, como toda a tecnologia; elas podiam ser fácil e compreensivelmente descritas nas especificações de patentes com não mais de uma ou duas páginas” (8). Hoje, acrescenta o autor alemão, não há exagero em se dizer que, a exigir-se uma suficiente descrição, não mais que 20% ou 30% dos pedidos de patente seriam deferidos — e isto para invenções simples, tais como eletrodomésticos, brinquedos etc. Ou então os pedidos de patente teriam que incluir especificações com centenas ou milhares de páginas, detalhando instruções de fabricação e operação, centenas de fórmulas e um completo pacote (bundle) de desenhos (9).

1.3.3. *A patente como meio de transformação do conhecimento tecnológico em objeto de troca*

Disse atrás que a patente gera um direito de propriedade. E essa propriedade é transmissível *inter vivos* ou *mortis causa*.

Logo, o conhecimento tecnológico contido nas especificações deve seguir o destino do direito à sua exclusividade. Mas a questão não é tão simples quanto parece.

Porque existe o sistema de patentes, dando garantias àqueles inventores que não fazem segredos dos resultados das suas pesquisas, eles requerem a patente em vez de manter o sigilo (1ª função); através da patente os terceiros tomam conhecimento do invento (2ª função); então, se interessados, quer simplesmente para evitar a contrafação, quer para melhorar os seus resultados industriais, propõem a celebração de um contrato de licença ou de cessão da patente (3ª função).

Nestes termos, a tecnologia passa a ser um bem econômico, uma mercadoria que se compra, que se vende, que se doa, que se permuta. E que é inclusive objeto de técnicas de “marketing”.

Além disso, fazendo a patente parte dos ativos das pessoas jurídicas, o depósito do respectivo pedido em países estrangeiros é uma das mais eficazes e fáceis formas de investimento internacional (sem, no entanto, deixar de estar submetida a um certo grau de risco — o da contrafação em países onde a legislação específica é inadequada). E muitas vezes esse depósito antecede qualquer iniciativa de “joint venture” ou de colocação de produtos e de tecnologia nos mercados estrangeiros.

Eis o porquê da crescente relevância das patentes no fluxo de transferência de tecnologia.

(8) BEIER, Friedrich-Karl, “Future problems of patent law”, *IIC — International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 3, nº 4/1972, pág. 446.

(9) *Idem*, pág. 447.

Aqui também, mais uma vez, se depara com dificuldades que obstam a uma plena realização desta terceira função da patente. Em primeiro lugar, há dificuldades de ordem legislativa, decorrentes principalmente da diversidade de princípios e de normas vigentes em cada país. Em segundo lugar, o mercado de tecnologia está longe de ser um exemplo do mercado perfeito — nem sempre é fácil saber-se qual a tecnologia que, dentre as patenteadas (ou melhor, dentre as que se sabe que estão patenteadas), produz mais resultados para um dado problema técnico (ainda mais quando, como se disse, nem toda a invenção é suficientemente descrita nas especificações); os critérios para avaliação do preço são de uniformização praticamente impossível etc.

2. ALGUMAS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS VISANDO AO APERFEIÇOAMENTO DAS FUNÇÕES DA PATENTE

Quando se fala em aperfeiçoar o sistema de patentes, não se quer dizer com isso que o objetivo é o de tomar medidas uniformes em todos os países.

Por um lado, o sistema de patentes, como já exposto, é um conjunto de normas e princípios jurídicos tomado em sua perspectiva sócio-econômica. Logo, na elaboração legislativa entram em conta dois fatores de fundamental importância: o primeiro é o da tradição legislativa e princípios filosóficos vigentes; o segundo é o da política econômica adotada.

Assim, e para não se perder de vista o caso do Brasil, a Constituição brasileira, por um lado, coloca a proteção dos direitos dos inventores dentro do elenco das prerrogativas fundamentais (art. 153, § 24); por outro lado, a mesma Constituição define como um dos princípios básicos da ordem econômica e social a função social da propriedade (art. 160, inciso III).

Para ser até mais preciso, lembro que o art. 153, § 24, da Constituição, dispõe que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial”. O constituinte assegurou: um *privilégio temporário* sobre a utilização dos inventos; a *propriedade* sobre as marcas; a *exclusividade* sobre o nome comercial. Ora, como não há palavras inúteis na lei, seria até o caso de se pensar que o constituinte reservou ao legislador ordinário poderes para definir a natureza desses direitos: afinal, o privilégio (que significa tão-somente favor exclusivo) tanto pode significar propriedade como qualquer outro instituto que, de algum modo, por mais tênue que seja, preserve a exclusividade (como, por exemplo, o certificado de invenção tal como adotado pela lei mexicana de patentes).

De qualquer forma, pondo de lado estes detalhes, a Constituição determinou que as linhas mestras do sistema brasileiro de patentes fossem delineadas em consonância com as diretrizes da política econômica, para que aquele fosse um instrumento desta.

A submissão do sistema de patentes à política econômica não é, evidentemente, um fenômeno brasileiro isolado, mas sim um fenômeno que se verifica à escala mundial. Mesmo nos países industrializados de mercado livre — onde a economia trabalha quase por si só, prescindindo em grande parte (mas

não totalmente) da intervenção governamental —, mesmo aí, dizia, o sistema de patentes fica subordinado a considerações de ordem econômica. Não se discute nos Estados Unidos, no Japão ou na Alemanha, se deve ou não haver um sistema de patentes. Mas discute-se, por exemplo, a duração dos direitos de patente. Assim, já foi sugerido que os prazos de vigência das patentes americanas fossem prolongados de 18 para 25 anos. Mas a decisão não sairá tão cedo precisamente porque se estudam nesse país as possíveis implicações econômicas da dilatação, no tempo, da exclusividade.

A formulação da política econômica depende das prioridades adotadas, e essas prioridades, por sua vez, estão intimamente ligadas a problemas específicos de cada país. No entanto, em se tratando de legislação de patentes, podemos detectar alguns pontos comuns que são objeto de preocupação dos países em vias de desenvolvimento.

2.1. *A função de recompensa e de incentivo à pesquisa. Principais problemas e soluções*

Apresentei acima (supra, quadro IV) um gráfico que tenta interpretar esquematicamente o mecanismo de atuação do sistema de patentes como meio de recompensa e de incentivo à pesquisa.

Logo na primeira fase — da invenção para a patente — há quatro questões básicas e que têm merecido soluções legislativas diferentes. Refiro-me (a) ao campo da tecnologia patenteável, (b) à própria natureza dos direitos do inventor, (c) ao modo de concessão da patente e (d) ao tratamento legal das invenções de empregado.

2.1.1. *A tecnologia patenteável. Um exemplo: os químico-farmacêuticos*

Verifica-se uma tendência nos países em vias de desenvolvimento no sentido de negar a possibilidade de concessão de patentes para determinados campos tecnológicos, principalmente na área químico-farmacêutica, nos alimentos, no campo técnico dos microorganismos e das variedades vegetais e no campo da tecnologia nuclear.

A título de exemplo, consideremos a proibição de patenteamento de processos e produtos químico-farmacêuticos.

Essa proibição toma em conta alguns argumentos, tais como:

a) o domínio do mercado respectivo pelas multinacionais seria fortalecido pela existência de patentes, dada a impossibilidade de cópia dos produtos pelos laboratórios nacionais;

b) a existência de patentes (a inexistência de livre concorrência) permitiria aos seus titulares fixar preços extorsivos.

Razões estas que são exclusivamente de política econômica. Quanto aos motivos de ordem emocional — que existem de fato —, deixo-os de lado porque eles em nada contribuem para o esclarecimento da controvérsia. Não é com dados nem com elementos lógicos que eles se superam; apenas com uma mudança de mentalidade.

Apresento a seguir um quadro onde assinalo as vedações legais em dezessete países em vias de desenvolvimento:

QUADRO VI

<i>Países</i>	<i>Químicos</i>		<i>Farmacêuticos</i>	
	<i>Processos</i>	<i>Produtos</i>	<i>Processos</i>	<i>Produtos</i>
Argentina	sim	sim	sim	não
Bolívia	sim	não	sim	não
Brasil	sim	não	não	não
Chile	não	não	não	não
Colômbia	não	sim	sim	não
Egito	sim	sim	sim	não
Índia	sim	não	sim	não
Iraque	sim	sim	sim	não
Líbia	sim	sim	sim	não
México	sim	não	não	não
Paraguai	sim	sim	sim	não
Peru	sim	sim	sim	não
Sri Lanka	sim	sim	sim	sim
Tailândia	sim	sim	sim	não
Turquia	sim	sim	não	não
Uruguai	sim	não	sim	não
Venezuela	sim	não	sim	não

Entre os países citados, aqueles cuja legislação é mais restritiva são o Chile (onde é vedada a patente para os processos e os produtos), o Brasil (onde se permite apenas a patente para os processos de obtenção dos produtos químicos e desde que não tenham aplicação farmacêutica), a Índia e o México.

Na Índia, os processos de fabricação de produtos farmacêuticos podem ser objeto de patentes de duração reduzida.

No México, os processos para a obtenção de produtos químicos e de produtos farmacêuticos não podem ser patenteados, mas os processos de obtenção de misturas de produtos químicos podem ser objeto de certificados de invenção.

No Peru, a atual lei (Decreto-Lei nº 18.350, de 27 de julho de 1970) admite a expedição de patentes para processos e produtos farmacêuticos. Mas a "Dirección de Propiedad Industrial" não aceita pedidos para esses produtos (10).

A legislação brasileira tem sofrido algumas modificações ao longo dos anos. De um modo geral, pode dizer-se que ela tem evoluído de um sentido liberal para uma orientação restritiva. Assim, o Decreto nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923, não vedava a patenteabilidade nem dos processos nem dos produtos, fossem eles químicos ou farmacêuticos. O Código da Propriedade Industrial de 1945 (Decreto-Lei nº 7.903) erigiu as primeiras restrições, proibindo a concessão de patentes para os produtos (químicos e farmacêuticos), deixando como privilegiáveis os respectivos processos de obtenção. O Código de 1967 foi um pouco menos restritivo e tornou privilegiáveis, além dos processos para obtenção de produtos químicos e farmacêuticos, também os produtos químicos. Dois anos depois, o Código de 1969 fixou as normas que prevalecem hoje, uma vez que foram mantidas pelo Código vigente (de 1971): só são patenteáveis os processos para obtenção de produtos químicos.

Em esquema:

QUADRO VII

Legislação	Químicos		Farmacêuticos	
	Processos	Produtos	Processos	Produtos
1933	sim	sim	sim	sim
1945	sim	não	sim	não
1967	sim	sim	sim	não
1969	sim	não	não	não
1971	sim	não	não	não

(10) A informação consta do "Manual for the Handling of Applications for Patents, Designs and Trade Marks throughout the World", Octroobureau Los en Stigter, Amsterdam, v. Peru, 2º vol.

Como é notório, a indústria farmacêutica brasileira está desnacionalizada, e a situação não mudou desde 1969, quando a legislação se tornou mais restritiva.

Já com a indústria petroquímica tem sucedido o inverso, pois o setor tem vindo a nacionalizar-se progressivamente, mediante a instalação dos pólos petroquímicos (com recurso aos empréstimos do exterior). No entanto, é de se ressaltar que esta nacionalização significa apenas a substituição das importações e não a produção mediante uso de tecnologias nacionais. Como afirma KURT POLITZER, "verifica-se que a estratégia de substituição de importações, tal como efetivada até recentemente, no que concerne às parcelas mais dinâmicas da indústria química, levará o Brasil a uma crescente dependência em relação à importação de tecnologias novas, mais competitivas, na ausência, salvo algumas exceções, de inovações endógenas completas".

Mais adiante:

"É improvável que, em futuro próximo, a ação inovadora endógena brasileira possa concentrar-se em desenvolvimento de novos produtos, já que é, sabidamente, uma das de maior risco" (11).

Portanto, pelo que cabe ao caso particular do Brasil, não se pode traçar um paralelo entre a evolução legislativa (no que respeita à tecnologia patenteável) e a situação da indústria nacional. A mera restrição à patenteabilidade não incentiva, por si só, o investimento nacional. O que, aliás, é óbvio: numa economia de mercado é o próprio mercado que condiciona o investimento. E o sistema de patentes é apenas um fator (dentre os muitos) desse mercado. Por outro lado, é a falta de capital (poupança interna) que explica a desnacionalização de muitos dos setores da economia brasileira.

Na mesma linha de raciocínio, lembro que o setor siderúrgico brasileiro era praticamente inexistente até a II Grande Guerra. A partir daí, sobretudo a partir da década de 50 — e recorrendo aos capitais estrangeiros (de risco e de empréstimo) —, o Brasil tornou-se auto-suficiente em aço, sem que houvesse necessidade de se introduzirem na legislação restrições à patenteabilidade de processos e produtos siderúrgicos.

Logo:

— a existência da proteção pela patente não obstou ao desenvolvimento da indústria siderúrgica;

— a existência de restrições a essa mesma proteção não obstou à instalação da indústria petroquímica (não esquecendo que a restrição não é absoluta, pois os processos são patenteáveis, o que, indiretamente, pode significar uma relativa exclusividade de fabricação dos produtos, enquanto não surgirem processos sucedâneos);

— a existência de restrição absoluta não gerou o desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Quais, pois, as conseqüências dessa restrição?

(11) POLITZER, Kurt, "Indústria Química — A dependência da importação de tecnologia", *Gazeta Mercantil*, 13/15-2-82, pág. 13.

Em primeiro lugar, onde ela deveria surtir efeitos, ela é espúria, pois, como disse e repeti, ela não fomentou ainda o investimento nacional nem a criação de tecnologia endógena. Em segundo lugar, se algum laboratório nacional desenvolve tecnologia própria, ele não vai conseguir participar do mercado precisamente porque a legislação lhe retira a única defesa (a patente) contra os concorrentes; mal ele lance o produto no mercado, ele poderá ser copiado e aperfeiçoado — e o seu esforço terá sido inútil.

Saliente-se, por fim, que a patente não gera por si só preços extorsivos. Se isso fosse verdade, num sistema de patentes fraco (com restrições à patenteabilidade), os preços dos produtos farmacêuticos seriam baixos — e não seria sequer necessário o tabelamento. Parece-me que a exclusividade é suficiente para gerar lucros compensadores. Evidentemente pode haver desvios, mas estes são corrigidos pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico e de proteção ao consumidor. Além disso, nada impede que a proteção pela patente conviva com o tabelamento de preços (e, para exemplo, voltemos ao caso da siderurgia, onde não há restrições à patenteabilidade e o preço do aço é tabelado).

Entre as restrições e a orientação liberal, a lei de patentes das Honduras adota uma solução de compromisso e que é a seguinte: em princípio, não podem ser patenteados nem os processos nem os produtos farmacêuticos. Mas podem ser concedidas patentes para os processos farmacêuticos e para a obtenção de substâncias ativas utilizadas nas composições farmacêuticas, desde que o requerente demonstre que explora naquele país o processo que é objeto do pedido e que ele tem possibilidade de atender ao mercado em quantidades e em condições de qualidade e de preço razoáveis.

Partindo do princípio de que as restrições à patenteabilidade têm fundamento na situação do mercado num dado momento e são, portanto, provisórias, a lei-tipo da OMPI para os países em vias de desenvolvimento referente às invenções⁽¹²⁾ sugere que as exclusões sejam determinadas por decreto, uma vez que a sua alteração é bem menos informal do que a alteração de lei.

Para não me alongar mais, encerro com o pensamento de BEIER:

“Se é propósito da proteção da patente incentivar invenções úteis para a sociedade, então duas conclusões deveriam ser óbvias: primeiro, invenções inúteis ou até perigosas para a sociedade não deveriam ser patenteadas, e, segundo, as invenções que tenham especial e particular utilidade para a economia ou para a sociedade deveriam ser patenteáveis e até gozar de tratamento preferencial. (...) Por outro lado, a utilidade social tem um papel muito importante dentro do critério das exceções legais à patenteabilidade. Mas aqui este conceito de utilidade social é aplicado de uma forma bastante paradoxal: excluídas da proteção da patente estão não só invenções prejudiciais à sociedade — aquelas que violam a lei, a moral ou a ordem pública — mas também, e de forma bastante ampla, exatamente aquelas invenções que são particularmente importantes para o progresso econômico

(12) Publ. da OMPI, Genebra, 1979, n° 840 (F), vol. I.

e social, nomeadamente produtos químicos, medicamentos, alimentos, processos agrícolas, plantas e espécies animais" (13).

2.1.2. *A natureza dos títulos de proteção aos direitos do inventor*

2.1.2.1. *Patentes, certificados de inventor e certificados de invenção*

Tradicionalmente, reconhecia-se e outorgava-se ao inventor um direito de propriedade sobre a invenção.

No entanto, a implantação de regimes socialistas veio pôr em questão a natureza desse direito: por um lado, em tese, o regime não comportava a possibilidade da apropriação privada de meios de produção; por outro lado, haveria que se adotar algum sistema que incentivasse a invenção e recompensasse o inventor.

Como fazer, então?

Surgiu assim o certificado de inventor.

Nos termos do art. 26 do Regulamento sobre as descobertas, as invenções e as propostas de racionalização, promulgado por decreto do Conselho de Ministros da União Soviética, o certificado de autor de invenção é expedido em nome do inventor e certifica o reconhecimento da proposta como invenção, a prioridade da invenção, a qualidade do inventor e o direito exclusivo do Estado sobre a invenção.

O direito exclusivo do Estado sobre a invenção tem a duração de 15 anos a partir do dia do depósito do pedido (art. 26, 2º parágrafo).

A exploração das invenções protegidas por certificados de autor de invenção é feita pelas empresas, organismos e instituições soviéticas de Estado, cooperativas e sociais, de acordo com os interesses do Estado e com os seus próprios interesses, sem que se faça necessária uma autorização especial. Mas a exploração comercial dessas invenções por outras entidades, além das mencionadas, por um período de 15 anos contados a partir do depósito do pedido não é permitida senão com autorização do "Comitê de Estado da URSS para as invenções e descobertas" (art. 27).

O inventor que tenha recebido um certificado de autor de invenção tem direito a uma remuneração (art. 108).

Nestes termos, o certificado de inventor da União Soviética desdobra os direitos decorrentes da invenção em:

— direito de crédito (inclusive transmissível por via hereditária — art. 6º do Regulamento);

— direito de propriedade para o Estado.

Estes certificados são expedidos se a invenção foi realizada em decorrência do trabalho do inventor numa empresa, organismo ou instituição do Estado, cooperativa ou social, ou sob sua orientação, ou se o inventor recebeu assis-

(13) BEIER, Friedrich-Karl, artigo cit., pág. 442.

tência financeira ou outra ajuda material por alguma daquelas entidades (art. 24).

Donde decorre que há bastantes pontos comuns entre o certificado de inventor dos países socialistas e o tratamento das invenções de empregados dos países capitalistas. Aliás, como lembra PRATNER, o certificado de inventor “não pode, apenas pela sua natureza e pelo seu conteúdo jurídico, ser definido como socialista; trata-se fundamentalmente de uma *patente* de Estado” (14).

Nos outros casos, dá-se lugar à expedição de carta-patente, em termos semelhantes aos vigentes nos países de mercado livre — nomeadamente, com a criação de um direito exclusivo sobre a invenção (art. 23).

Os produtos obtidos por um processo químico e os produtos farmacêuticos só podem ser objeto de certificado de autor de invenção e não de patente (art. 25).

Este é, em termos muito gerais, o sistema de proteção dos direitos do inventor na União Soviética.

“Assim os resultados mais importantes da criação técnica incorporados nas invenções deixaram de ser um objeto de compra e venda e um meio de enriquecimento individual. Eles tornaram-se numa categoria da propriedade socialista, colocada ao serviço de toda a sociedade” (15).

Mas o sistema — que visa manter as vantagens da patente sem ofender a ideologia vigente — não vingou em todos os países socialistas. A Hungria manteve a patente, na sua feição tradicional. Também a Iugoslávia e a Romênia admitiram a patente, com algumas diferenças. E a República Democrática Alemã instituiu a chamada “patente económica” ou “patente não-exclusiva”, a par das patentes tradicionais.

Vale a pena descrever rapidamente o conceito da patente económica. O seu titular terá o direito de uso, mas não exclusivo: qualquer um pode obter licença de uso, mediante o pagamento de uma soma fixa. E, em caso de o valor comercial da invenção ultrapassar a base inicial do acordo, poderá ser ajustada uma compensação adicional. A competência para a concessão da licença e para a fixação da indenização é da repartição oficial de patentes da RDA.

O inventor, a seu critério, pode optar pela patente exclusiva. Mas, neste caso, sujeita-se a determinados ônus que não incidem sobre a patente não-exclusiva como, por exemplo, um acréscimo considerável das taxas e anuidades e a possibilidade de caducidade por falta de exploração.

Em princípio, nos países de mercado livre, o sistema de patentes, tal como descrito, não poderia ser aceite por razões de ordem filosófica. Evidentemente,

(14) PRATNER, S., “La protection de la propriété industrielle et l'ordre sociale”, *La Propriété Industrielle*, OMPI, Genebra, 1981, pág. 142.

(15) MAKSAREV, Y. E., “L'essor de l'activité inventive en Union Soviétique”, *La Propriété Industrielle*, OMPI, Genebra, 1978, págs. 154/155.

num país onde se admite a propriedade privada, a instituição da patente de Estado constituiria violação da ideologia adotada.

Mas, por outro lado, o tratamento da patente como figura estática do direito de propriedade é inconveniente, não se coadunando com os fins a que se propõe o sistema. Esses fins são os de transformação social e econômica, passando pelo caminho da industrialização. De forma certa ou errada, a necessidade da imediata industrialização erigiu-se, como um dogma, no único meio de progresso dos países em vias de desenvolvimento.

Para isso, há que se incentivar a poupança interna e a criação de tecnologia endógena. Mas a precariedade de recursos — decorrente do próprio subdesenvolvimento — impede isso. Pelo que, concomitantemente — e sem esquecer o delicado equilíbrio da balança de pagamentos e o controle das remessas de lucros —, há que se facilitar a importação de tecnologia e o investimento de capitais de risco estrangeiros.

Qual o papel da patente nisso tudo? O seu papel é o de, através do lucro que ela proporciona, atrair os investimentos internacionais e o de facilitar a transferência de tecnologia.

Mas só isso não basta, pois não se pretende entregar o mercado interno às empresas estrangeiras. O objetivo é precisamente o contrário — reforçar o mercado interno para possibilitar a participação cada vez maior das empresas nacionais. Em tese, a entrada das empresas estrangeiras não serviria senão à criação e ao reforço desse mercado nacional.

Mas a patente, em sua configuração tradicional, não tem atendido aos anseios dos países em vias de desenvolvimento⁽¹⁶⁾.

Dáí que os países em vias de desenvolvimento tenham passado a examinar a patente não apenas como título gerador de direitos individuais — na perspectiva liberal —, mas sim à luz da sua função social.

(16) Segundo uma proposta de alteração do sistema de propriedade industrial apresentada pelo Brasil numa reunião do Conselho Econômico e Social Interamericano (Washington, 17/24 de novembro de 1969):

“O sistema de proteção da propriedade industrial tem dois objetivos principais: proteger a propriedade do inventor e constituir um incentivo ao desenvolvimento industrial. No entanto, a realidade de 1883, à qual corresponde o ordenamento jurídico sintetizado na União de Paris, sofreu profundas modificações, mas, apesar das revisões feitas na Convenção de Paris, ela não foi adaptada às novas realidades da economia mundial. Com efeito, a legislação internacional sobre a propriedade industrial continua essencialmente uma garantia de exclusividade em benefício do inventor e uma defesa do seu direito de propriedade.

Basta mencionar duas mudanças fundamentais para justificar uma modificação radical do sistema internacional atual de proteção da propriedade industrial: o desaparecimento do inventor como pessoa física, pesquisador isolado, substituído por uma entidade impessoal, filiada a uma grande sociedade multinacional, e as relações múltiplas que ligam o sistema atual ao subdesenvolvimento pela concentração da pesquisa e de desenvolvimento tecnológico nos países desenvolvidos. Assim, o sistema de patentes não provoca o desenvolvimento da comunidade em geral, mas garante a preservação do monopólio para os países desenvolvidos” (cf. ARACAMA-ZORRAQUIN, Ernesto D., “La Convention de Paris et les pays de l’Amérique Latine”, *La Propriété Industrielle*, OMPI, Genebra, 1975, pág. 94).

Alguns países, como o Brasil, restringiram a tecnologia patenteável, estabeleceram, em termos rigorosos, o ônus da exploração, reduziram o prazo de duração da patente e fixaram normas rígidas para a cessão e licença de patente. Outros, porém, foram mais longe ⁽¹⁷⁾.

É o caso do México que, além de editar normas restritivas à patente, criou a figura mista do certificado de invenção, bastante próximo, aliás, da patente econômica da RDA.

Diz a Lei Mexicana sobre as Invenções e as Marcas, de 30 de dezembro de 1975, que as invenções referidas no art. 10.V (processos de obtenção de misturas de produtos químicos, processos industriais de obtenção de ligas e processos de modificação ou de aplicação dos produtos químico-farmacêuticos e suas misturas, medicamentos, bebidas e alimentos para uso humano ou animal, fertilizantes, pesticidas, herbicidas e fungicidas) bem como as invenções referidas no art. 10.VI (invenções referentes à energia e à segurança nucleares) e art. 10.VII (aparelhos e equipamentos anticontaminantes, bem como os respectivos processos de fabricação, modificação ou aplicação), podem ser registradas e dar lugar ao estabelecimento de um certificado de invenção (art. 65).

No caso, portanto, o certificado de invenção constitui um sucedâneo da patente, já que esta não pode ser expedida para as invenções referidas.

Quais as diferenças entre o certificado de invenção e a patente, à luz da lei mexicana?

A principal diferença reside, como havia dito, na própria natureza do direito constituído. A patente confere ao seu titular o direito de explorar a invenção de forma exclusiva, seja por ele, seja por terceiros autorizados (art. 37). Já o certificado de invenção não outorga essa exclusividade. Nos termos do art. 68 da mesma lei, todo interessado pode explorar uma invenção registrada de acordo com o art. 65, mediante acordo com o titular do certificado de invenção a respeito do pagamento de remuneração e das outras condições inerentes à exploração da invenção.

O titular do certificado pode usar, gozar e dispor do bem, pois, respectivamente, a lei mexicana diz que ele pode explorar a invenção (art. 71), que ele tem o direito de receber uma remuneração de quem explorar a invenção (art. 67) e que as disposições relativas às patentes são aplicáveis à cessão dos certificados de invenção (art. 79). O titular do certificado pode ainda reaver o bem de quem injustamente o possui, pois ele tem ação de contrafação contra quem explora a invenção sem ter antes celebrado um acordo com ele ou obtido autorização da Direção-Geral do Registro Nacional de Transferência de Tecnologia (art. 69).

O titular do certificado de invenção é, em resumo, titular de um direito de propriedade. Mas este é bastante limitado, já que o titular não pode excluir terceiros do uso da invenção se estes se dispuserem a pagar uma remuneração por isso. Se o titular e o interessado não chegarem a acordo quanto à remuneração,

(17) A este fenômeno de restrição da proteção da patente a doutrina dos países desenvolvidos tem chamado de "erosão" do sistema de patentes.

neração a pagar e às outras condições contratuais, realizar-se-á uma audiência de conciliação convocada, a pedido do interessado, pela Direção-Geral das Invenções e das Marcas (art. 69, § 1º). Se prosseguir o desacordo ou se o titular não comparecer, a decisão fica a cargo da Direção Nacional do Registro Nacional de Transferência de Tecnologia, a qual pode, depois de ouvir as partes, autorizar a exploração e fixar o montante da remuneração e as outras condições de exploração (art. 69, § 2º).

O inventor, além daqueles casos previstos, nos quais só lhe cabe requerer o certificado, pode, quando a tecnologia seja patenteável, optar entre o pedido de patente e o pedido de certificado (art. 80).

Optando pelo certificado, exonera-se o inventor do ônus de explorar o seu objeto e, por via de consequência, o seu direito não se extingue por caducidade, a qual vigora para a patente (art. 48).

Não sei até que ponto este sistema vingou no México. O número de pedidos de certificados é comparativamente pequeno, segundo dados de 1980:

QUADRO VIII

<i>País</i>	<i>Pedidos de Patente</i>		<i>Pedidos de Certificado</i>	
	<i>Residentes</i>	<i>Não Residentes</i>	<i>Residentes</i>	<i>Não Residentes</i>
México	665	4.132	39	636

(Fonte: Estatísticas de Propriedade Industrial, OMPI, Genebra, doc. cit.)

Não me parece, no entanto, aconselhável denegrir o certificado de inventor pelo simples fato de que tem sido pouco usado. O que importa ressaltar é que o certificado, sem violar frontalmente os princípios internacionalmente aceitos, pode cumprir as funções que se esperam da patente: a de incentivo e recompensa (pois o inventor poderá participar do mercado em condições vantajosas); divulgação de direitos e de tecnologia (o pedido de certificado deve obedecer às mesmas regras de redação que regem o pedido de patente); e transformação do conhecimento tecnológico em objeto suscetível de troca (possibilidade de cessão).

A opção pelo certificado não interrompe, portanto, aqueles fluxos descritos nos quadros IV e V e apresenta a vantagem de não permitir práticas restritivas de mercado, dada a possibilidade aberta a qualquer um de obter autorização para o seu uso (mas note-se que não se trata de licença obrigatória, pois independe de prazo de carência e não necessita o interessado de justificar a sua pretensão).

2.1.2.2. *Patentes (ou certificados) de modelo de utilidade*

O modelo de utilidade tem sido apresentado como uma “pequena invenção”, consistindo em melhorias de funcionamento introduzidas em objetos conhecidos.

A atividade inventiva que se exige para o modelo é, portanto, muito menor do que a exigida para a invenção. Por isso é que se defende a adoção desse instituto nos países em vias de desenvolvimento.

Numa primeira análise, os resultados são positivos. Com efeito, nos países em que se expedem patentes (ou certificados) de modelo de utilidade, o número de depósitos é grande e a diferença — por razões que serão expostas adiante — entre pedidos de residentes e de não-residentes apresenta um saldo altamente positivo a favor daqueles.

QUADRO IX

<i>Países</i>	<i>Depósitos</i>		<i>Patentes (ou Certificados)</i>	
	<i>Residentes</i>	<i>Não Residentes</i>	<i>Residentes</i>	<i>Não Residentes</i>
Brasil	1.657	89	131	13
Polônia	2.523	36	1.680	20
Portugal	118	15	159	6
Coréia	5.830	1.162	3.846	1.131

(Fonte: Estatísticas de Propriedade Industrial, OMPI, Genebra, doc. cit.)

Incluí no quadro IX dois países europeus, um da Europa Ocidental, o outro da Europa socialista de leste. Mas, para efeito de comparação de dados, apenas tomei em conta o seu nível econômico de desenvolvimento e não os blocos a que pertencem.

O quadro IX é eloqüente a respeito do que dizia: a instituição de uma proteção específica do modelo de utilidade — para o qual o exame é mais abrandado no que respeita ao elemento da atividade inventiva — atraiu inventores para o uso do sistema de patentes.

E nem o fato de no Brasil o processo administrativo para a concessão de patente de modelo de utilidade ser idêntico ao da concessão da patente de invenção (com exame diferido e possibilidade de intervenção de terceiros), nem isso, dizia, desestimulou os inventores. E isso, em princípio, seria até de se estranhar, pois os depositantes de modelos são, na sua esmagadora maioria, particulares. Mas, se é assim, é porque no Brasil a patente de modelo de

utilidade representa, em termos, o mesmo que a patente de invenção para os países industrializados: um eficaz promotor de negócios e um freqüente núcleo de pequenas empresas.

Assim como nos países ricos é comum um indivíduo montar uma pequena empresa para explorar uma patente, no Brasil já se vai tornando mais freqüente a instalação de pequenas firmas para exploração de patentes de modelo de utilidade.

Parece-me que, apesar de não ser novo, este é um caminho certo, a mostrar que o sistema de patentes pode ser moldado às características e às necessidades de cada país.

No Brasil, por exemplo, restringiu-se o rigor do exame. Além disso, reduziu-se o valor das anuidades. Em contrapartida, encurtou-se o prazo de vigência — de quinze para dez anos. Aliás, essa redução é compreensível não só porque o modelo pressupõe um menor esforço de pesquisa, mas também porque, dada a simplicidade que é sua característica, não exige grandes investimentos para sua comercialização. Os investimentos feitos são, portanto, mais rapidamente recuperáveis.

2.1.2.3. *Patentes de introdução*

Em linhas gerais, as patentes de introdução são aquelas expedidas para inventos que já são objeto de patentes no estrangeiro. São também chamadas de patentes de confirmação, patentes de revalidação ou patentes de importação.

Trata-se de um instituto presente em grande parte dos países da América Latina: Argentina, Bolívia, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Panamá, Paraguai, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Note-se que as patentes de introdução, tal como definidas pela lei da Venezuela, não são propriamente sinônimas de patentes de revalidação, uma vez que não podem ser requeridas nem pelo inventor, nem pelo titular da patente estrangeira, nem se baseiam nas patentes do país de origem.

A patente de introdução tem três justificativas básicas: em primeiro lugar, permite aos estrangeiros adquirir direitos de propriedade industrial em países que, na sua maioria, não aderiram à Convenção da União de Paris e que, por conseguinte, não facultam a prioridade a pedidos originários de outros países (com exceção para os países signatários das várias convenções interamericanas — Convenção de Montevideú, 1889; Convenção de Buenos Aires, 1910; Convenção de Caracas, 1911); em segundo lugar, esses títulos de propriedade só são outorgados em revalidação de outros, expedidos nos países de origem — o que poderá pressupor que as invenções já passaram pelo crivo do exame de novidade nos países de origem; e, por fim, e em tese, a tecnologia introduzida já foi testada na origem, pois passaram-se alguns anos desde o depósito até à expedição da patente original — e, se o requerente estrangeiro não desistiu dela, é porque a invenção, de alguma forma, apresenta algum interesse comercial.

Há legislações que impõem um prazo para requerer a patente de introdução (de um a três anos). Mas todos os países que adotam este tipo de

patente (com exceção da Venezuela) tornam-na dependente da patente original quanto ao prazo de duração.

A tendência legislativa, parece-me, é no sentido de abolir este tipo de patentes, à medida em que os países forem aderindo à Convenção da União de Paris.

Para os países que se industrializam rapidamente — e, portanto, vão criando condições internas para a criação de tecnologia própria —, a patente de importação perde o significado, pois o perigo de controle do mercado por estrangeiros, através do abuso dos direitos de patente, vai diminuindo. Aumentando a criação tecnológica nacional (e, portanto, o número das patentes nacionais), a predominância das soluções técnicas estrangeiras passa a diluir-se. Para um país nestas condições, é sempre preferível examinar, à luz da legislação interna (e, portanto, das conveniências nacionais), a patenteabilidade de um pedido estrangeiro a limitar-se a registrar, automaticamente, um documento apenas formalmente correto.

2.1.2.4. *Patentes de aperfeiçoamentos e patentes preventivas*

As patentes de aperfeiçoamento (ou de adição) destinam-se à proteção de melhoramentos em invenções já patenteadas.

As patentes preventivas (ou precaucionais) visam garantir, quanto à novidade, a patenteabilidade de inventos ainda em fase de desenvolvimento, de testes ou de exposição.

Não vou me aprofundar no estudo destas duas figuras jurídicas, pois elas nada têm a ver com a fase de evolução econômica de um país. São institutos comuns a países ricos e países pobres. Lembro apenas que as chamadas patentes preventivas não são exatamente patentes no sentido de que não constituem direitos de propriedade industrial. Trata-se de uma garantia de prioridade (aliás, este é o nome que se dá à patente preventiva no Brasil) que vigora pelo prazo de seis meses a um ano, ao término do qual, se não foi depositado o pedido definitivo, acompanhado das especificações completas, o inventor decai do direito de requerer a patente.

Alguns países condicionam esse direito à necessidade de exposição técnica ou comunicação a entidade científica.

Outros não concedem a proteção, mas resguardam ao inventor que já tenha iniciado preparativos para explorar a invenção o direito não exclusivo de uso se outrem requerer a patente antes dele (é o caso do Japão, Lei nº 121, de 1959, emendada, art. 79).

2.1.3. *Modos de concessão da patente*

Continuo na análise daquele quadro que descreve o mecanismo de funcionamento da patente, enquanto recompensa e incentivo à pesquisa. Depois de vermos rapidamente qual a proteção reservada ao inventor nalguns países em vias de desenvolvimento, vamos observar os modos pelos quais essa proteção é concedida.

Refiro-me ao exame dos pedidos de patente.

A lei-tipo da OMPI apresenta o sistema do exame preliminar como ideal: "o público tem interesse em que não se constituam direitos exclusivos injustificados; o depositante tem interesse em conhecer o valor real do seu invento antes de iniciar uma exploração cujo sucesso poderá depender desse valor real; os concorrentes do depositante têm interesse em saber com o máximo de certeza se as suas atividades correm ou não o risco de lhes causar processos de contrafação" (18).

O exame preliminar pode ser automático ou diferido (feito a pedido do depositante ou de terceiros interessados); pode, cumulativamente, buscar subsídios em oposições de terceiros (antes do exame, como no Brasil, ou após, como no Japão); pode, no caso de pedidos internacionais, ser complementado com elementos relativos aos exames nos pedidos apresentados como prioridade.

Há países que se limitam a verificar o cumprimento de formalidades para, depois, registrarem a invenção. A apreciação do mérito fica para um eventual pedido de anulação judicial.

A França, desde 1968, adotou um sistema misto: a repartição de patentes emite um "avis documentaire" (subsidiado tecnicamente pela Organização Européia de Patentes), mas não indefere o pedido por falta de novidade ou de atividade inventiva (19). Com base nos elementos contidos no "avis", o Poder Judiciário poderá anular a patente.

Por aqui se vê que não há uniformidade nas normas relativas ao exame dos pedidos de patente. Aliás, a meu ver, esta não é uma questão essencial do sistema de patentes.

Não deixa, no entanto, de ser um importantíssimo ponto, pois o exame tem muito a ver com a segurança jurídica do titular. E, nos países em vias de desenvolvimento, o exame impede que se outorguem patentes para pedidos procedentes do estrangeiro desprovidos de novidade e restringe (mas evidentemente não evita de modo absoluto) a aquisição de tecnologia de domínio público.

2.1.4. *O tratamento legal das invenções de empregado*

Nos países desenvolvidos a maioria das invenções é realizada dentro de empresas — o que vale dizer que é desenvolvida por pessoas a serviço de empregadores.

Nos países em vias de desenvolvimento o quadro é diferente, como se viu. Mas do ponto de vista técnico e econômico, as invenções mais importantes saem das empresas.

Portanto, o problema da proteção dos direitos do empregado-inventor não se levanta só para os países ricos mas também para os do Terceiro Mundo. E, quanto a estes últimos, talvez haja até necessidade de se colocar uma certa ênfase, já que o espírito do sistema de patentes é, principalmente, o de incentivar a criação tecnológica.

(18) OMPI, Genebra, doc. cit.

(19) CHAVANNE, Albert, e BURST, Jean-Jacques, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1980, pág. 99.

O assunto desperta duas polêmicas:

— a primeira opõe empregado e empregador, na sua luta de interesses:

“O empregador acredita que qualquer descoberta inventiva realizada por seu empregado pertence a ele, empregador, sem qualquer dúvida e a despeito de quaisquer circunstâncias atenuantes. O empregador paga ao empregado por seu trabalho; logo, os resultados do trabalho pertencem ao empregador. (...) No entanto, o inventor-empregado pensa que quando realiza alguma função ou atinge algum resultado feliz para além e acima das funções a ele atribuídas, isso deveria ser reconhecido e recompensado por seu empregador de alguma forma. Aliás, pensa ele, nesta nossa democracia capitalista eu não sou um escravo, eu sou um pensador profissional e independente; além disso, eu estou executando o meu trabalho de acordo com os interesses do meu empregador, até para além do que ele espera de mim. Assim, o meu empregador deveria reconhecer o valor suplementar do meu trabalho suplementar e dividi-lo comigo de alguma forma, além e acima do meu salário normal” (20).

— a segunda diz respeito à política econômica e legislativa: uma posição defende a proteção do empregado-inventor como incentivo à sua criatividade e espírito de iniciativa; a outra é contrária a um regime favorável ao empregado, pois, do ponto de vista econômico, é mais interessante desonerar as empresas das compensações aos empregados porque isso torna a exploração mais barata (21).

Na busca da solução legislativa dessas divergências adotou-se uma classificação tripartite das invenções do empregado:

— invenções de serviço: são aquelas realizadas por empregado em cumprimento de funções inventivas específicas previstas no contrato de trabalho;

— invenções mistas: são aquelas desenvolvidas pelo empregado em atividade não prevista no contrato de trabalho, mas dentro do objeto social do empregador e mediante o emprego de dados, elementos ou meios do empregador;

— invenções livres: são aquelas desenvolvidas pelo empregado não incluídas nos dois tipos anteriores.

Enquanto as invenções de serviço são geralmente do empregador, as invenções livres pertencem sempre ao empregado.

Mas, como se vai expor, o tratamento legal não é uniforme, sobretudo para as invenções mistas.

2.1.4.1. *A proteção do empregado-inventor em países industrializados* a) *na República Federal da Alemanha*

Hoje o paradigma da legislação sobre invenções de empregados é a lei alemã de 25 de julho de 1957, com a alteração mais recente em 27 de junho de 1970.

(20) MARCY, Willard, “New approaches for compensation of inventors”, *Research Management*, mar./78, págs. 25/26.

(21) ROUBIER, Paul, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, ed. Recueil Sirey, Paris, 1954, 2º vol., pág. 184.

Essa lei prevê apenas dois tipos de invenções de empregados:

– invenções de serviço: as invenções realizadas na vigência do contrato de trabalho e que resultaram do desempenho das funções do empregado ou que estão essencialmente baseadas na experiência ou na atividade da empresa;

– invenções livres: todas as outras invenções.

Portanto, a lei alemã equipara as invenções mistas às invenções de serviço.

E mais: a lei alemã permite que o empregador reivindique para si a invenção limitada ou ilimitadamente (art. 6º). Quando a reivindicação for limitada, o empregado pode dispor dela (art. 8º, § 2º), mas ao empregador assiste um direito não exclusivo de uso (art. 7º, § 2º).

O empregado tem sempre direito a uma compensação no caso das invenções de serviço, quer a reivindicação tenha sido limitada ou ilimitada. Só não lhe cabe o pagamento quando o empregador deixar de reivindicar a invenção ou manifestar o seu desinteresse – a invenção passa a ser livre.

A compensação ao empregado deve tomar em conta três fatores:

– a aplicabilidade comercial da invenção;

– os deveres e a posição do empregado na empresa;

– a contribuição da empresa para a invenção.

Em princípio, a compensação será fixada por acordo entre empregado e empregador. Em caso de desacordo, o empregador estipulará o valor que achar devido, dando as razões por escrito e o empregado poderá recorrer à Câmara de Arbitragem, instalada na Repartição de Patentes.

Como o valor a ser atribuído a essa compensação não tem por base dados fixos e predeterminados, o Governo alemão baixou, em 1959, orientação contendo três critérios principais e outros secundários para a apuração⁽²²⁾.

b) na Áustria

Na Áustria as invenções são, em princípio, do empregado, a menos que haja disposição contratual em contrário (Lei de Patentes de 1970, revista em 1977, art. 6º). Excetua-se o caso de funcionários públicos, cujas invenções de serviço podem ser reivindicadas pelo empregador, mesmo inexistindo o contrato.

A lei austríaca, a exemplo da alemã, não diferencia as invenções de serviço das invenções mistas.

É invenção de serviço a invenção desenvolvida por um empregado e que, em razão do seu objeto, se enquadra nas atividades da empresa em que o empregado trabalha, desde que:

– a atividade que resultou na invenção se enquadre nas obrigações de serviço do empregado; ou que

– o empregado tenha sido incentivado a inventar em razão da sua atividade na empresa; ou que

(22) Cf. "La Propriété Industrielle", OMPI, Genebra, 1972, págs. 233 e segs.

— a realização da invenção tenha sido muito facilitada pela utilização da experiência ou do equipamento da empresa (art. 7º, § 3º).

O empregado tem direito a “uma remuneração especial e justa” (art. 8º, § 1º). Mas, se o empregado foi expressamente contratado para inventar, se é nisso que consiste a sua atividade principal e se esta resultou na invenção, ele só terá direito a uma remuneração especial se o salário previsto pelo contrato de trabalho em razão da sua atividade inventiva não puder ser considerado uma remuneração suficiente (art. 8º, § 2º).

Neste último caso, evidentemente, terá que se levar em conta o valor econômico da invenção — e caberá aos tribunais decidir, caso por caso, em juízo de equidade.

A lei austríaca estabelece critérios para a fixação da compensação. Esta deverá levar em conta:

- o valor econômico da invenção para a empresa;
- a eventual exploração da invenção na Áustria ou no estrangeiro;
- a parcela do invento que é devida aos conselhos, experiências, trabalhos preparatórios ou ao equipamento da empresa ou às orientações de serviço dadas pelo empregador.

A lei particulariza alguns critérios e soluciona algumas questões que possam surgir. A competência para a decisão de litígios entre o empregado-inventor (excluídos os funcionários públicos) e o empregador é dos tribunais do trabalho.

c) na França

Nos termos da Lei sobre Patentes de Invenção, de 1968, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 78.742, de 13-7-78, são do empregador as invenções de serviço, assim definidas:

- invenções realizadas pelo assalariado em cumprimento de um contrato de trabalho que preveja uma missão inventiva que corresponda às suas funções efetivas;
- invenções realizadas pelo assalariado em cumprimento de estudos e pesquisas que lhe tenham sido expressamente confiados.

Pode o empregado ter direito a uma remuneração suplementar desde que assim o determine uma convenção coletiva, um acordo coletivo ou o contrato individual de trabalho. Na falta dessa estipulação não lhe cabe a compensação.

A invenção mista é conceituada como a invenção desenvolvida pelo empregado no decorrer do cumprimento das suas funções (sem que, evidentemente, haja previsão de atividade inventiva no contrato de trabalho — caso contrário, tratar-se-ia de invenção de serviço); também são invenções mistas:

- a invenção realizada pelo empregado fora das suas funções mas dentro do domínio das atividades da empresa;
- a invenção realizada em decorrência do conhecimento ou do uso de técnicas ou de meios específicos da empresa ou de dados por ela obtidos.

Nestes casos o empregador tem o direito de se fazer atribuir a propriedade ou o gozo de todos ou de parte dos direitos decorrentes da patente do assalariado.

Ao empregado cabe um justo preço a ser estabelecido em acordo entre as partes ou, na falta do acordo, pela comissão de conciliação, criada pela mesma lei, ou pelo tribunal de grande instância.

Dois fatores básicos devem ser tomados em conta:

- as contribuições iniciais do empregado e do empregador;
- a utilidade industrial e comercial da invenção.

Isto é o que dispõe a lei francesa, no art. 1º, § 3º

Através do Decreto nº 79.797, de 4-11-79, o Governo francês detalhou as obrigações do empregado e do empregador e estabeleceu as regras de funcionamento da Comissão Paritária de Conciliação.

d) no Japão

Segundo a lei japonesa (Lei nº 121, de 13-4-59, revista ultimamente pela Lei nº 30, de 1978), em princípio todas as invenções são do empregado.

Mas no caso das invenções de serviço (definidas pelo art. 35 como aquelas que, em razão de sua natureza, se enquadram dentro das atividades do empregador, sendo que, cumulativamente, qualquer ato ou atos que tenham resultado na invenção devem fazer parte dos deveres – passados ou presentes – do empregado), no caso das invenções de serviço, dizia, não havendo estipulação prévia em contrário, o empregador terá direito a uma licença não exclusiva.

Se há cláusula prévia a respeito no contrato de trabalho ou no regulamento da empresa ou ainda em outras normas (como, por exemplo, acordos coletivos), a invenção de serviço passará a ser do empregador ou assistirá a este um direito exclusivo de uso, cabendo ao empregado uma “razoável remuneração”.

A remuneração deve levar em conta dois aspectos:

- o lucro que o empregador previsivelmente terá com o uso da invenção;
- a contribuição do empregador para a realização do invento.

2.1.4.2. A proteção do empregado-inventor em países em vias de desenvolvimento

a) na República da Coreia

O tratamento que a lei coreana dá às invenções de empregado é praticamente idêntica ao sistema japonês, já descrito, e foi nele inspirado.

Assim: o conceito de invenção de serviço é comum às leis coreana (Lei nº 950, de 1961, revista em 1973, pela Lei nº 2.658) e japonesa. Essas invenções são igualmente do empregado, cabendo ao empregador uma licença de uso não exclusivo, a menos que haja estipulação prévia (por meio de contrato ou de “regulamentos de emprego”) atribuindo a propriedade ou uma

licença exclusiva ao empregador. Sendo que, neste caso, o empregado terá direito a justa remuneração.

O critério para a fixação dessa remuneração é o mesmo previsto pela lei japonesa.

b) no Sri Lanka

A Lei nº 52, de 1979, estabelece que o direito à patente para a invenção realizada em cumprimento de contrato de trabalho (invenção de serviço) é do empregador. No entanto, se a invenção adquirir um valor econômico muito maior do que aquele que as partes podiam prever ao tempo da celebração do contrato, o inventor tem direito a uma razoável compensação (sem que a lei defina qualquer critério para a sua fixação).

A invenção mista (tida como aquela desenvolvida por empregado que não é obrigado contratualmente a desenvolver uma atividade inventiva e que decorre da utilização de dados ou de meios postos à sua disposição pelo empregador) pertence também ao empregador, cabendo ao empregado uma justa compensação a ser fixada tendo em conta:

- o salário do empregado;
- o valor econômico da invenção;
- qualquer outro benefício que resultar da invenção para o empregador.

c) na Tailândia

A lei tailandesa atribui ao empregador o direito de propriedade quer sobre as invenções de serviço (realizadas em cumprimento de contrato de trabalho) quer sobre as invenções mistas (quando o contrato de trabalho não exige que o empregado exerça atividades inventivas).

Na fixação da compensação, os critérios a serem observados pelo diretor-geral da repartição de patentes devem levar em consideração, para ambos os casos:

- o salário do empregado;
- a importância da invenção;
- as vantagens obtidas ou que possam vir a ser obtidas em virtude da invenção; e
- quaisquer outras circunstâncias, de acordo com regulamentos ministeriais.

d) no Brasil

De acordo com a Lei nº 5.772/71, são do empregador as invenções de serviço, definidas como as realizadas durante a vigência de contrato expressamente destinado a pesquisa no Brasil, em que a atividade inventiva do assalariado seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada (art. 40).

A não ser que haja estipulação contratual em contrário, ao inventor não cabe nenhuma compensação, qualquer que seja o valor do invento.

A invenção mista pertencerá, em partes iguais, ao empregado e ao empregador, garantido a este o direito exclusivo da licença de exploração e ao empregado uma remuneração (art. 42). Admite-se, no entanto, contratação expressa em contrário — através do contrato individual, através de regulamento de empresa, através de acordo coletivo etc.

A lei não fixa nenhum critério para a fixação da compensação. Parece-me, entretanto, que, a exemplo da lei francesa (que fala em “justo preço”), a compensação deverá ter caráter indenizatório no caso em que, por contrato, o empregador se reserve a propriedade da invenção mista. Por indenização, evidentemente, quero referir-me à apreciação do valor econômico do invento.

2.1.4.3. *A lei-tipo da OMPI*

De acordo com a lei-tipo da OMPI, pertencerão ao empregador as invenções realizadas em cumprimento de um contrato de trabalho (invenções de serviço), cabendo ao empregado uma remuneração especial quando a invenção tiver um valor econômico muito maior que aquele que as partes podiam razoavelmente prever ao tempo da celebração do contrato.

Quanto às invenções mistas, ou dependentes, a lei dá ao empregador a propriedade sobre elas, e atribui ao empregado o direito a uma remuneração especial, a qual deverá levar em conta o salário do empregado, o valor econômico da invenção e qualquer benefício que dela possa resultar para o empregador.

Numa segunda opção normativa, a lei-tipo propõe que as invenções mistas pertençam ao empregado, podendo o empregador reivindicá-las para si, mediante atribuição ao inventor de uma justa remuneração.

Assim está justificada a proposição no texto do comentário à lei-tipo:

“As duas opções (quanto às invenções mistas) têm vantagens e inconvenientes. Para um país em vias de desenvolvimento cuja indústria esteja, na maioria, na mão de nacionais, mas que empregue muitos pesquisadores estrangeiros, a primeira opção permite assegurar que o direito à patente pertencerá automaticamente a nacionais, enquanto que a segunda opção poderia ter mais interesse, sob este âmbito, para um país em vias de desenvolvimento, cuja indústria pertença, na maior parte, a estrangeiros, mas que empregue principalmente pesquisadores do país. A primeira opção está menos em harmonia com o princípio fundamental segundo o qual o direito à patente pertence ao inventor, mas a segunda opção vem a dar no mesmo na maioria dos casos (pois basta que o empregador manifeste interesse pela invenção para que o direito à patente lhe seja devolvido). Enfim, um sistema baseado na primeira opção é mais fácil de administrar do que um sistema baseado na segunda, que exige mais formalidade” (23).

(23) Doc. cit., pág. 66.

2.1.4.4. Observações

O enfoque — aliás, muito louvável — que a lei-tipo da OMPI dá à questão é o da nacionalidade dos titulares da patente. A minha preocupação não chega a esse ponto. A proteção do empregador-inventor deve visar, antes de tudo, o incentivo à invenção.

Será que a compensação estimula a invenção? DONALD G. MANLY, em interessante artigo, e citando pesquisas a respeito, diz que “a recompensa monetária está muito atrás na lista dos fatores considerados mais importantes na estimulação da criatividade” (24).

Parece-me que, se considerado esse fator isoladamente, a conclusão é certa. Mas a minha experiência profissional já me ensinou que essa perspectiva é inconveniente. É que a recompensa, em si mesma, pouco significa. Num país em vias de desenvolvimento, recompensar o empregado-inventor significa, antes do mais, alertá-lo para a importância da invenção. Se o empregado, ao tomar conhecimento do regulamento da empresa, vê lá estipulada a compensação por invenções, ele pensa: “Se o meu patrão me dá dinheiro para que eu invente, então as invenções são importantes para ele.”

Como advogado de uma grande siderúrgica brasileira, tive a oportunidade de constatar o seguinte fato: a empresa para a qual trabalho só depositou os primeiros pedidos de patente no ano em que instituiu prêmios para os empregados-inventores. Não quero com isso dizer que os empregados não inventassem antes; pelo contrário, num levantamento chegou-se à conclusão que haviam sido desenvolvidos na usina cerca de 900 inventos patenteáveis nos últimos dez anos — o que prova que os empregados inventavam e melhoravam o processo produtivo da empresa. Mas não comunicavam os inventos ao empregador.

Esta, portanto, é a resposta que dou à primeira polêmica atrás assinalada: remunerar o empregado-inventor talvez não lhe aumente decisivamente a criatividade, mas desperta-o para o interesse que a patente tem para o empregador. E se não aumenta muito as invenções, o prêmio faz com que cresça, pelo menos, o número de patentes.

Fica assim prejudicada a segunda polêmica: pode ser que a remuneração do empregado-inventor encareça a exploração do invento. Mas incentiva-o a comunicar as invenções, permitindo a sua proteção por meio de patentes — com todas as vantagens econômicas que a patente traz para o seu titular.

Quanto ao perfil legislativo, é de se concluir das legislações resumidas que a rigorosa proteção do empregado-inventor não é solução exclusiva dos países industrializados. Países como a Coréia (que, inclusive na sua mais recente revisão, em setembro de 1981, continuou seguindo o modelo japonês), a Tailândia e o Sri Lanka dispõem de normas bastante protetoras do inventor-empregado. De todas as que apresentei, a lei brasileira é a que mais ignora a posição do inventor-empregado. E, inclusive, consagra o condomínio entre

(24) MANLY, G. Donald, “Inventors, Innovators, Compensation and the Law”, *Research Management*, mar./1978, pág. 30.

patrão e assalariado, o que, como já disse em outro trabalho (25), seria uma forma de fazer ascender o empregado à posição de sócio do empregador — solução essa sem qualquer viabilidade prática.

Parece-me muito equilibrada a solução da lei-tipo, sobretudo a segunda opção quanto às invenções mistas. É que essa opção evita que o empregador deva premiar o inventor-empregado quando a invenção, realizada por iniciativa deste, não interesse àquele. Eu só ampliaria o conceito de invenção de serviço, fazendo com que ele abrangesse também a invenção desenvolvida em cumprimento de tarefa expressamente confiada pelo empregador ou por este orientada. Este é o caso mais comum nos países em vias de desenvolvimento, onde são muito poucos, não só em termos relativos como também absolutos, os empregados contratados com a única e exclusiva função de inventar. Basta dizer que a maioria das invenções, nas grandes empresas do Terceiro Mundo, é desenvolvida pelas áreas de operação e de manutenção — e apenas uma minoria parte dos departamentos de pesquisa (quando existem). Em virtude disso, eu estipularia uma remuneração obrigatória para os autores de invenções de serviço.

2.2. A função de divulgação

Como já havia dito, a patente — como documento público que é — serve à divulgação de direitos e de tecnologia.

A divulgação de direitos tem função preventiva, pois permite evitar a contrafação.

A empresa que estiver interessada em usar determinado processo ou em fabricar determinado produto deve recorrer à busca de patentes, em caso de dúvida sobre a legitimidade desse uso.

Se houver já uma patente (ou um pedido de patente depositado) a atribuir a um terceiro a exclusividade sobre aquele processo ou produto, cabem-lhe três alternativas:

- contrata licença de uso com o titular (ou requerente);
- impugna o pedido (por meio de oposição, recurso ou cancelamento, se possível) ou anula a patente;
- desenvolve tecnologia alternativa.

No que toca à divulgação tecnológica, a patente tem três grandes vantagens:

- ela dá a conhecer a orientação da pesquisa dos concorrentes (e denuncia, assim, o lançamento de novos produtos com certa antecedência, evitando muitas surpresas desagradáveis);

(25) CARVALHO, Nuno T. P. de, "Aquisição e perda dos direitos de patente", *Rev. Jur. LEMI* n° 159, fev./1981, pág. 14.

- ela evita repetição de esforços de pesquisa;
- ela permite a atualização constante dos técnicos.

A divulgação da patente é de tal forma considerada importante que há dois tratados internacionais disciplinando-a. Um é a própria Convenção da União de Paris, que, no texto da revisão de Estocolmo (1967), determina aos países signatários que o boletim periódico oficial deverá publicar regularmente uma breve descrição das invenções patenteadas (art. 12, § 1º, alínea *a*) (26). O outro é o Acordo de Estrasburgo, de 1971 (e em vigor desde 1975), que estabelece uma classificação internacional de patentes, hoje já na quarta revisão.

A classificação facilita sobremaneira a busca documental de tecnologia e facilita inclusive a computarização de dados técnicos. Presentemente já são muitos — e não só nos países ricos — os usuários de sistemas *on line* para fornecimento de documentos de patentes, ligados a instituições especializadas tais como o JAPATIC (Tóquio) e o INPADOC (Viena).

Ao final de 1980, o Banco de Patentes do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) dispunha de 14.035.549 patentes, tanto na forma de papel quanto em microfimes (27) — o que é um inestimável acervo à disposição da indústria nacional. No entanto, no mesmo ano, apenas 587 pessoas ou entidades recorreram ao INPI para busca de informação patentada.

Esta indesejável situação agrava-se bem mais em outros países menos desenvolvidos que o Brasil, pois, além de prevalecer aí também um desconhecimento geral do sistema de patentes, não existem bancos de patentes — públicos ou privados —, o que dificulta ainda mais o acesso à tecnologia mais moderna. É de salientar-se que da tecnologia divulgada, aquela que está documentada em patentes, além de ser mais abundante do que a descrita em livros técnicos, já está, em princípio, pronta a ser industrializada — isto em virtude das exigências de técnica de redação.

É por isso que a dificuldade de acesso aos documentos de patentes constitui mais um *handicap* para os países em vias de desenvolvimento.

2.3. *A função da transformação do conhecimento tecnológico em objeto de troca*

Diz PRATNER que “a época dos privilégios e das primeiras leis sobre as patentes manteve, entretanto, uma regra que impediu que a invenção e a

(26) Há cerca de três anos atrás a *Revista da Propriedade Industrial*, órgão oficial do INPI, publicou, durante alguns meses, o resumo e um desenho de cada pedido de patente. Esta útil iniciativa foi, no entanto, abandonada por razões de custos. Note-se que o Brasil não está vinculado, na parte substancial, à revisão de Estocolmo, mas apenas à de Haia, de 1925, que não obriga àquela divulgação.

(27) Cf. INPI — Relatório de Atividades 1980, pág. 23.

patente se integrassem completamente na ordem social capitalista e no seu desenvolvimento: as patentes só eram concedidas ao verdadeiro inventor (*true and first inventor*) e unicamente para seu benefício pessoal". E mais adiante:

"O elemento desta nova legislação que foi determinante para o sistema social é o dispositivo da lei francesa abolindo o princípio até então em vigor, segundo o qual a patente não podia ser concedida senão ao primeiro e verdadeiro inventor e era inalienável. O fato de se admitir a cessão da patente e dos direitos dela decorrentes permitiu também a integração das invenções ao conjunto do processo econômico de circulação. Esta possibilidade, que correspondia de fato aos princípios da liberdade contratual, permitiu em primeiro lugar que as invenções se transformassem em capital por meio da proteção da patente" (28).

É desta forma que a patente transforma a invenção — um bem imaterial — num objeto de troca. O que, afinal, facilita — em conjunto com a função de divulgação — a transferência de tecnologia.

Por isso é que o titular de patente pode encará-lo sob várias perspectivas: a patente como proteção (reserva) de mercados; a patente como proteção de exportações; a patente como mercadoria.

São muitas as empresas estrangeiras que depositam pedidos de patente no Brasil (bem como noutros países em vias de desenvolvimento) com a única finalidade de as vender ou licenciar a empresas nacionais — e nunca com o objetivo de explorar diretamente o seu objeto, até porque não dispõem aqui de instalações industriais.

É certo que a maioria dos contratos de transferência de tecnologia celebrados são os de cessão de *know-how* e os de assistência técnica (nos quais, a rigor, não se transferem conhecimentos tecnológicos). Mas em todo o conhecimento tecnológico considerado relevante há quase sempre uma patente a proteger o núcleo fundamental da invenção.

A grande vantagem da patente para a transferência de tecnologia consiste na possibilidade de o comprador saber de antemão o que vai comprar. E mais: o comprador pode ter uma relativa certeza de que a tecnologia que está adquirindo é nova, o que possivelmente o irá colocar em vantagem no mercado.

2.3.1 A patente e o comércio internacional

Já que a patente transforma a invenção numa mercadoria, pode-se concluir que o número de depósitos estrangeiros está numa relação direta com o nível econômico de parceria entre o país receptor e os países estrangeiros de origem.

(28) Trabalho cit., págs. 134/5.

Assim: em 1980, apenas 9 países ricos representavam 92% dos pedidos estrangeiros no Brasil, 88% dos pedidos de patente estrangeiros e 89% dos pedidos de certificado de inventor estrangeiros no México, e 96% dos pedidos de patente estrangeiros na Coréia do Sul.

Os quatro países estrangeiros originários do maior número de pedidos no Brasil eram, naquele ano, por ordem decrescente: Estados Unidos, Alemanha, França e Japão.

No México: (pedidos de patente): Estados Unidos, Alemanha, França e Inglaterra; (pedidos de certificado de inventor): Estados Unidos, Alemanha, França e Japão.

Na Coréia do Sul: Japão, Estados Unidos, Alemanha e França.

O Japão, por exemplo, é o maior depositante estrangeiro nos Estados Unidos e o segundo maior na Indonésia, em Hong Kong, na Austrália, em Singapura e na Tailândia ⁽²⁹⁾ — países onde a sua influência econômica cresce a cada dia.

Os pedidos de patente internacionais são, evidentemente, uma conseqüência do comércio internacional. Se o país A não adquire os produtos e os serviços do país B, B não depositará pedidos de patente em A.

Mas qual é, do ponto de vista jurídico, o real desempenho da patente nas relações econômicas internacionais?

Este desempenho manifesta-se em vários aspectos: em primeiro lugar, a patente protege as exportações; em segundo lugar, garante investimentos no exterior, mediante licença a filiais ou a subsidiárias; e, em terceiro e último lugar, destina-se à transferência de tecnologia.

Vejamos, em linhas gerais, essas formas de atuação do sistema de patentes.

a) A patente como proteção às exportações

Esta função do sistema decorre do primeiro inciso do artigo 5 da Convenção da União de Paris, que dispõe que “a introdução que fizer o proprietário da patente, no país onde tiver sido expedida a patente, de objetos fabricados em um ou outro dos países da União, não importará em caducidade” (texto da de Haia, mantido até à atual revisão, sem alterações quanto à substância).

O que significa que, mesmo nos países que adotam a caducidade por falta de uso, esta poderá ser decretada apenas pela falta de uso interno e não pelo fato de o titular da patente importar o produto patenteado ou fabricado por processo objeto de patente. Em contrapartida, esses países não consideram a importação como uso da patente.

(29) Dados extraídos das Estatísticas de Propriedade Industrial, OMPI, doc. cit.

Referindo-nos ao caso do Brasil, para exemplo, a caducidade por falta de uso não poderá ser decretada antes de oito anos do depósito (considerando um período de quatro anos do depósito até à expedição da carta-patente).

E, tendo em conta a mesma observação, a licença obrigatória não poderá ser concedida antes de sete anos.

Logo, o titular da patente teve sete anos, no mínimo, para importar sem concorrência o produto. É muito comum o estrangeiro, depois de depositar um pedido de patente no seu país de origem — o que lhe dá o direito de fabricar com exclusividade —, requerê-la em países importadores, com a única finalidade de obter o direito exclusivo de venda nesses países.

Não há dúvida que isto é um abuso dos direitos de patente. Por isso é que há países que, em clara violação da Convenção da União de Paris, adotam a caducidade por falta de uso, independentemente da licença obrigatória, para que não possa o titular ser um mero importador durante toda a vida da patente, em regime de monopólio de fato.

b) A patente como garantia de investimentos

Como é que a patente pode garantir um investimento? De forma muito simples: basta que a matriz estrangeira licencie as filiadas e subsidiárias, mantendo-as em posição competitiva nos mercados respectivos.

A patente, além disso, pode servir à criação de *joint ventures* com empresas do Terceiro Mundo.

Esta atuação da patente é de tal maneira comum que o Brasil proíbe o pagamento de *royalties* da subsidiária para a matriz. Qualquer contrato de licença deverá ser a título gratuito. De outra forma as portas para a fraude à lei de remessa de lucros ficariam escancaradas.

c) A patente e a transferência de tecnologia

Grande parte dos depósitos internacionais destina-se precipuamente à venda de tecnologia. A repartição de patentes e o boletim oficial de publicação servem como que de vitrina de uma loja de departamentos. A mensagem publicitária implícita seria esta: "Tecnologia inédita. Vende-se."

Assim se explicam os milhares de patentes concedidas a grandes empresas estrangeiras nos países em vias de desenvolvimento, onde elas não dispõem de instalações industriais e não teriam como evitar a caducidade por falta de uso.

É verdade que o que essas companhias recebem por vender a tecnologia é uma porção relativamente pequena do seu faturamento. Mas a finalidade é a de recuperar (em parte, no todo ou até com lucro, se possível) as despesas com pesquisa. E, além disso, desincentivar os concorrentes de um esforço próprio de pesquisa — dificultando a criação de tecnologias alternativas.

O quadro IX ilustra *a contrario* o que ficou dito. É que os modelos de utilidade, dada a sua simplicidade e menor criatividade, não servem à transferência de tecnologia. Por isso são muito poucos os depósitos de modelos de utilidade feitos por não-residentes nos países em vias de desenvolvimento.

3. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES E OS PAÍSES EM VIAS DE DESENVOLVIMENTO

Estando a patente presente nas relações econômicas internacionais, seria forçosa a existência de um sistema que interligasse os vários sistemas nacionais de patentes de maneira que esses sistemas permitissem e facilitassem o depósito de pedidos estrangeiros; se unificassem algumas regras básicas; se diminuísse, na medida do possível, o trabalho das repartições nacionais de patentes; e, fundamentalmente, se divulgasse e se coordenasse a adoção de sistemas modernos de patentes.

É de notar, entretanto, que aquelas três funções da patente que aponteiro logo no início deste trabalho não se verificam no sistema internacional tão nitidamente quanto nos sistemas nacionais. Examinemos o assunto.

No que respeita ao sistema internacional de patentes, pode-se distinguir dois tipos de tratados: os tratados universais (abertos à adesão de qualquer país) e os tratados regionais (abertos à adesão de países de uma determinada região geográfica e/ou econômica).

São exemplos de tratados universais: a Convenção da União de Paris; o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes; o Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microorganismos; o Acordo de Estrasburgo referente à Classificação Internacional de Patentes; a Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Sendo que só países-membros da União de Paris podem aderir aos outros tratados citados, com exceção da Convenção que instituiu a OMPI, à qual podem aderir igualmente os membros da União de Berna.

São tratados regionais: a Convenção sobre a Concessão de Patentes Europeias; a Convenção relativa à Patente Européia para o Mercado Comum; o Acordo sobre a Criação de uma Organização da Propriedade Industrial para a África de Língua Inglesa; o Acordo relativo à Criação de uma Organização Africana da Propriedade Industrial (OAPI); a Convenção Interamericana de Buenos Aires.

Já se explicou — ou, pelo menos, se tentou explicar — por que um país em vias de desenvolvimento adota internamente o sistema de patentes. Mas será que os mesmos motivos levam esse país a aderir a um tratado universal, no qual irá forçosamente conviver num plano de igualdade jurídica com países industrializados?

É evidente que não. O fato de se promover o patenteamento de invenções estrangeiras não incentiva o inventor nacional. É se os nacionais de um país em vias de desenvolvimento depositam poucos pedidos de patente no

seu país, menos ainda depositarão nos países estrangeiros. Por isso é que o direito de prioridade não é tão importante para o Terceiro Mundo quanto o é para os países ricos.

Por outro lado, a divulgação de tecnologia através das patentes não se faz só mediante a admissão de depósitos estrangeiros. Há organizações especializadas em fornecer cópias de documentos de patentes — e o acesso a elas está aberto a qualquer organização pública ou privada do mundo.

Resta, pois, a terceira função da patente: a de transformar o conhecimento tecnológico num objeto de troca. E esta, sim, é a função da patente que torna o sistema internacional atrativo para os países em vias de desenvolvimento.

As razões para isso são as já apontadas: maior facilidade e mais segurança para a transferência de tecnologia; criação de condições ao investimento estrangeiro.

Mas a adesão a tratados universais — sobretudo às uniões — tem alguns óbices, como o da aceitação de algumas regras comuns a todos os signatários. Ora, em sendo o sistema de patentes um instrumento para o desenvolvimento, a sua configuração normativa vai depender da opção política do desenvolvimento, bem como do estágio da economia de cada país. E, evidentemente, os países industrializados não de querer fazer prevalecer normas e princípios jurídicos incompatíveis com a fase de desenvolvimento do Terceiro Mundo. Esses óbices têm sido, de certa forma, superados com a adoção de tratamento não recíproco (é o caso da Convenção Internacional sobre o Direito de Autor; também no GATT e na antiga ALALC — hoje Tratado de Montevidéu — se adotaram regras favoráveis aos países relativamente menos desenvolvidos; e esse tratamento diferenciado foi já proposto para a Convenção da União de Paris).

Os tratados regionais não oferecem esse tipo de problemas. E, por servirem à integração econômica de regiões homogêneas, tem vindo a aumentar o seu número.

Considerando que, ao final de 1981, 91 países eram membros da União de Paris e 32 eram signatários do PCT, é de se concluir que esses acordos podem ser instrumentos notáveis de integração e cooperação econômicas. Diz STEPHEN LADAS que “é importante que os países em vias de desenvolvimento possam aderir à Convenção de Paris como o melhor diploma internacional equilibrando os interesses de todos os países, visando a segurança do comércio e do investimento internacionais”. Em seguida, sugeria um tratamento diferenciado para os países em vias de desenvolvimento ⁽³⁰⁾.

Dada a amplitude de ações a que se propõem, foco aqui — e numa rápida abordagem — apenas dois tratados universais: a Convenção da União de Paris e o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes.

(30) LADAS, Stephen P., “Some suggestions on the future of industrial property”, *IIC* — vol. 4, nº 3/4-1973, pág. 334.

3.1. *A Convenção da União de Paris. Princípios e objetivos*

Esta Convenção, assinada em Paris, em 1883, e desde então já por seis vezes revista, cria, como diz o próprio nome, uma União, isto é, um território onde, independentemente de fronteiras e sem ofensa à soberania de cada país, vigoram algumas normas jurídicas básicas, comumente aceitas, e iguais para todo o território.

Que normas jurídicas básicas são essas?

Elas são três, a saber: igualdade de tratamento para os nacionais de cada país-membro; estabelecimento de um prazo de prioridade para os depósitos de pedidos de patente estrangeiros (em consequência do que o pedido apresentado posteriormente num dos outros países da União, antes de expirado o prazo, não poderá ser indeferido com base em fatos verificados nesse intervalo); independência das patentes obtidas nos diferentes países da União para a mesma invenção (independência entendida de modo absoluto) ⁽³¹⁾.

Estas são as regras — erigidas em princípios convencionais — que norteiam o espírito não só da CUP como de todo o sistema internacional de patentes.

Uma outra regra contida na Convenção — e talvez a mais discutida presentemente — é a que impõe ao titular da patente o ônus da exploração e fixa as correspondentes sanções. Trata-se do artigo 5, que dispõe sobre a caducidade e a licença obrigatória. Está em debate uma proposta de alteração desse artigo, apresentada pelos países em vias de desenvolvimento e discutida na Conferência Diplomática de Nairóbi, em 1981.

Vale a pena examinarmos resumidamente o assunto.

3.1.1. *O ônus da exploração da patente. Sanções cabíveis. Algumas soluções legais. O artigo 5 da CUP. Propostas de alteração*

Dizia em meu outro trabalho, já citado, que o legislador exige o uso efetivo do objeto da patente “porque a sociedade concede o direito à exclusividade do uso, esperando do inventor, em troca, os benefícios que resultarão da aplicação do invento no processo produtivo ou na comercialização” ⁽³²⁾.

(31) A despeito do que dispõe o artigo 4 bis da CUP, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) insiste em aplicar o artigo 4º da Lei nº 4.137, que fere de maneira clara o princípio convencional da independência das patentes. Veja-se, por exemplo, decisão publicada no *DO*, de 24-12-81, assim ementada: “É de aplicar-se a cassação automática prevista no art. 4º da Lei nº 4.137, de 10-9-62, uma vez comprovado, através de documentos fornecidos pelo próprio INPI, que a patente USA nº 4.015, origem da patente MI nº 7.298, esgotou em 25 de setembro de 1980 o prazo de 14 (quatorze) anos que lhe fora deferido pelo US Patent Office; independentemente da abertura do processo administrativo, com base no art. 2º, alínea *g*, da Lei nº 4.137/62.”

(32) CARVALHO, Nuno T. P. de, trabalho cit., pág. 22.

Esse ônus é, portanto, em relação ao direito exclusivo, a outra face da moeda. E tanto é assim que ele não é imposto aos certificados de inventor cujo objeto já está, por definição, à disposição de quem quiser dele fazer uso (mediante o pagamento de *royalties*, como se viu).

Para um doutrinador de um país industrializado o raciocínio poderá estar certo. Mas ele sempre achará a caducidade um exagero legislativo. Com efeito, em tese, a patente não é concedida tendo em vista a exploração do seu objeto: ela é concedida visando, principalmente, o incentivo à inovação. Mas se o inventor não quiser tirar lucros da patente, mediante a sua exploração, o problema é dele.

E se alguém se interessar pela exploração de uma patente em desuso, deve requerer à repartição de patentes (ou ao Poder Judiciário) uma licença (compulsória, no caso), mediante a apresentação das condições contratuais. Esta seria a única sanção ao titular: ser constrangido a "autorizar" (o Estado substituí-lo-ia na manifestação do seu consentimento) o uso do seu invento. Mas, para que a pena não se torne muito dura, essa licença deverá ser *não-exclusiva*, o que permite que o titular possa licenciar terceiros ou explorar pessoalmente a invenção.

A outra função a que esses países dão grande relevo é a da divulgação de tecnologia. Mas mesmo essa não é prejudicada pela falta de exploração. Com efeito, pela publicidade inerente ao próprio sistema, a simples existência da patente já divulga o conhecimento tecnológico. E é interessante notar como esses países dão prioridade àquela função, deixando de lado ou tratando com menos rigor a não-exploração do objeto da patente. Uma célebre decisão de um tribunal norte-americano considerou o segredo industrial uma fraude ao sistema de patentes. E a lei de patentes australiana autoriza a revogação da patente se a tecnologia nela reivindicada tiver sido utilizada em sigilo na Austrália antes da data da prioridade.

A primeira corrente, mais liberal (que advoga a inexistência de sanções) é seguida pelos Estados Unidos. A segunda (que adota a licença obrigatória) é observada pelo Japão, pela Dinamarca, pela França, pela Inglaterra, entre outros países industrializados.

Os países em vias de desenvolvimento atentam para um outro aspecto: é que a patente estrangeira pode servir apenas à manutenção de um exclusivo direito de importação, tornando cada vez mais débeis os seus dependentes mercados internos.

Além disso, dada a premente necessidade de um rápido crescimento econômico, os países em vias de desenvolvimento querem que aquele esquema apresentado no quadro IV se cumpra inteiramente, sobretudo no que respeita ao desenvolvimento industrial como consequência direta da aplicação das invenções.

Assim, países como o Brasil (Lei nº 5.772/71, art. 49), o México (Lei de 1975, art. 48) e a Argentina (Lei nº 111, art. 47) prevêem a caducidade da

patente por falta de uso, sem a condicionar à existência de prévia licença obrigatória.

A Convenção da União de Paris, à qual esses três países pertencem (mas, neste caso, não cumprem), adota uma posição de equilíbrio entre os dois extremos: a caducidade só poderá ser decretada se a concessão de licença obrigatória não tiver sido suficiente para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo (este é o texto da de Haia, ao qual ainda hoje o Brasil é vinculado, em suas disposições substanciais); o texto de Estocolmo mantém texto que vem já da revisão de Londres (1934): não poderá ser interposta ação de declaração de caducidade ou de anulação de uma patente antes de expirar o prazo de dois anos, a contar da concessão da primeira licença obrigatória.

E a revisão de Estocolmo acrescenta: tal licença obrigatória será não-exclusiva e só será transferível, mesmo sob a forma de concessão de sublicença, com a parte da empresa ou do estabelecimento comercial que a explore.

Os países em vias de desenvolvimento sugeriram que fosse permitido um tratamento diferenciado como, por exemplo, a possibilidade de, nesses países, sem reciprocidade, se determinar licenças compulsórias exclusivas. A Nova Zelândia e a Austrália pediram que o tratamento diferenciado fosse também estendido a certos outros países⁽³³⁾.

Não se chegou à unanimidade quanto a esta questão, que foi deixada para discussão na Conferência a ser realizada em Genebra, no fim de 1982.

Diz KUNZ-HALLSTEIN que a licença obrigatória pode afetar o incentivo à divulgação do invento. "De fato, um requerente ameaçado com a limitação ou mesmo a perda dos seus direitos por falta de exploração da invenção dentro dos prazos determinados tentará contornar a imposição de suficiente descrição para se proteger dessas sanções"⁽³⁴⁾.

Mas este é um fenômeno que ocorre independentemente daquelas sanções. Todo o requerente procura evitar — sempre que possível — uma completa descrição do invento, para dificultar a contrafação. De qualquer forma, note-se que os países em vias de desenvolvimento, com a caducidade e a licença obrigatória, não buscam apenas ativar a sua economia. Nem isso seria possível, dado o relativamente pequeno número de depósitos, entre nacionais e estrangeiros, nesses países. Eles querem também — e sobretudo — evitar a obstrução do mercado por meio de patentes que apenas sirvam à proteção de importações.

Nas legislações atualmente em vigor na maior parte desses países, a patente perde o seu caráter de mero título gerador de direitos de propriedade. Atenta-se mais para o terceiro de seus aspectos funcionais (atrás referidos), o que em

(33) Cf. Relatório da Comissão Principal I, Segunda Sessão da Conferência Diplomática para a Revisão da Convenção de Paris, doc. OMPI, Genebra, PR/DC/INF/21, de 24-10-81.

(34) KUNZ-HALLSTEIN, Hans Peter, "The revision of the international system of patent protection in the interest of developing countries", *IIC*, vol. 10, nº 6/1979, pág. 653.

muito a faz assemelhar-se aos privilégios medievais⁽³⁵⁾ — a patente torna-se um meio de introdução de técnicas estrangeiras. Se essa técnica não for introduzida no mercado, a patente perde a sua razão de ser.

Quanto à caducidade, uma vez que ela é expressamente proibida pela Convenção, a não ser em complemento de licença compulsória insuficiente, ela pode ser substituída pelo sistema hoje adotado pela Iugoslávia: a patente é concedida pelo prazo de sete anos; se o titular demonstrar que a explorou, ela será prorrogada por igual período. Ou, de outra forma: a partir do terceiro ano de vigência da patente, o titular deveria demonstrar o seu uso, em períodos regulares (por hipótese, de dois em dois ou de três em três anos), perante a repartição de patentes. Se não o fizesse, as anuidades seriam aumentadas substancialmente, sem prejuízo da eventual concessão de licenças obrigatórias.

Quanto à licença obrigatória *exclusiva*, penso que, a ser aceita na próxima Conferência, o deveria ser da seguinte forma: ela só seria concedida se o requerente demonstrasse a sua capacidade industrial e técnica para atender *todo* o mercado interno, de maneira satisfatória (quanto à qualidade e ao preço). Se, durante a vigência da licença, houvesse diminuição da capacidade de fornecimento pelo licenciado, deveria a licença exclusiva ser transformada, a pedido do licenciante, em não exclusiva.

3.2. O Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes. Objetivos

Este Tratado, conhecido pela sigla PCT (Patent Cooperation Treaty), do qual o Brasil é signatário, foi assinado em Washington, em 1970, mas só começou a vigorar em 1978.

Ele tem três objetivos básicos:

— aperfeiçoar a proteção legal das invenções e facilitar a circulação de tecnologia, tornando mais simples e econômica a obtenção da proteção quando a patente for pedida em vários países (mediante o pedido internacional de patente);

— facilitar e uniformizar os procedimentos nacionais de exame dos pedidos de patente (mediante a pesquisa internacional, quanto à novidade, e o exame preliminar internacional, quanto à novidade, ao caráter inventivo e à suscetibilidade de aplicação industrial);

— promover o progresso técnico e econômico dos países em vias de desenvolvimento (mediante a criação de fácil acesso a informações técnicas, principalmente de patentes e de pedidos publicados), bem como de assistência técnica no que respeita ao desenvolvimento dos sistemas de patentes, quer no nível nacional, quer no regional.

Note-se que a chamada “via PCT” tem sido preterida em favor da “via Paris” (o número de depósitos de pedidos internacionais é ainda muito pequeno

(35) KUNZ-HALLSTEIN, Hans Peter, *ibidem*.

— no ano de 1980 esses depósitos não somaram mais de 3.539, valendo lembrar que são membros do PCT os países que mais patentes requerem no estrangeiro).

Essa falta de resultados deve-se, em minha opinião, à complexidade de procedimentos administrativos, o que é evidenciado pelo grande número de regras (95, sem falar nas sub-regras) do Regulamento de Execução. Além disso, após a primeira fase — a fase internacional —, os pedidos deverão passar à fase nacional em cada país designado, o que complica ainda mais o procedimento.

As intenções que presidiram o PCT são as melhores. Mas o tratado, tal como redigido, revelou-se ineficaz.

4. OBSERVAÇÕES FINAIS

Numa análise muito rápida e elementar foquei os mecanismos de atuação do sistema de patentes, chamando a atenção para os aspectos legais que me parecem mais importantes.

Não pretendi, evidentemente, esgotar o assunto, o qual, além de muito fértil e extremamente polêmico, tem conotações econômicas que, por razões de despreparação pessoal, não posso abordar.

O que se faz necessário é alertar para a importância do sistema e para o descaso que dele se faz em países que necessitam urgentemente de, através do desenvolvimento, vencer problemas sociais e econômicos profundos.

A tão falada nova ordem econômica internacional não se realizará sem antes se instituir uma nova ordem jurídica internacional. E essa, por sua vez, há de ser obtida através, não da uniformização integral, mas da articulação das disparidades dos ordenamentos jurídicos legais e regionais, de modo a que essas disparidades não resultem em pontos de atrito mas antes sejam respeitadas e até mantidas, como natural decorrência de diferenças de culturas e de estágios de desenvolvimento.

Como meio de intercâmbio tecnológico, o sistema internacional de patentes tem um papel a desempenhar nessa nova ordem jurídica internacional. E esta depende, em parte não de todo irrelevante, da configuração que se der àquele.

BIBLIOGRAFIA

- (1) ALBRECHTSKIRCHINGER, Georg — "Characteristics of a patent policy aimed at industrial and economical development", World Symposium on the Importance of the Patent System to Developing Countries, publ. OMPI, nº 638 (E), Genebra, 1977.
- (2) ARACAMA-ZORRAQUÍN, Ernesto D. — "La Convention de Paris et les pays de l'Amérique Latine", *La Propriété Industrielle*, OMPI, Genebra, 1975, 92-100.

- (3) ASHTON, T. S. — *A Revolução Industrial*. Publ. Europa-América, Lisboa, 4ª ed., s/d.
- (4) BEEER, Friedrich-Karl — "Future problems of patent law", *IIC — International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 3, nº 4/1972, 423-450.
- (5) CARVALHO, Nuno T. P. de — "Aquisição e perda dos direitos de patente", *Rev. Jur. LEMI*, nº 159, fev./1981, 3-30.
- (6) CHAVANNE, Albert e BURST, Jean-Jacques — *Droit de la Propriété Industrielle*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1980.
- (7) CHOATE, Robert A. — *Patent Law, Trade Secrets, Copyrights, Trademarks — Cases and Materials*. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.
- (8) CUNHA LIMA, L. C. O. — "O papel do INPI no campo de patentes em geral", atas do Seminário sobre Instalação de Núcleos de Patente na Empresa Industrial, INPI/OMPI, 1981.
- (9) FRANCESCHELLI, Remo — *Trattato di Diritto Industriale*. Ed. Dott. A. Giuffré, Milão, 1973.
- (10) HIANCÉ, Martine e PLASSERAUD, Yves — *Brevets et Sous-développement (La Protection des Inventions dans le Tiers-monde)*. Ed. Librairies Techniques, Paris, 1972.
- (11) KUNZ-HALLSTEIN, Hans Peter — "The revision of the international system of patent protection in the interest of developing countries", *IIC*, vol. 10, nº 6/1979, 649-670.
- (12) LADAS, Stephen P. — "Some suggestions on the future of industrial property", *IIC*, vol. 4, nº 3-4/1973, 326-335.
- (13) LOPES, Henri e CAO TRI, Huynh — "O círculo da pobreza — a situação dos países menos desenvolvidos", *O Correio da UNESCO*, dez./1981, 5-9.
- (14) MAKSAREV, Y. E. — "L'essor de l'activité inventive en Union Soviétique", *La Propriété Industrielle*, OMPI, Genebra, 1978, 154-161.
- (15) MANLY, G. Donald — "Inventors, innovators, compensation and the law", *Research Management*, 21(2), mar./1978, 29-32.
- (16) MARCY, Willard — "New approaches for compensation of inventors", *Research Management*, 21(2), mar./1978, 25-28.
- (17) POLITZER, Kurt — "Indústria química — a dependência da importação de tecnologia", *Gazeta Mercantil*, 13/15-2-1982, 13-14.
- (18) PRATNER, S. — "La protection de la propriété intellectuelle et l'ordre sociale", *La Propriété Industrielle*, OMPI, Genebra, 1981, 129-149.
- (19) ROUBIER, Paul — *Le Droit de la Propriété Industrielle*. Ed. Recueil du Sirey, Paris, 1954.

A concorrência desleal e a confusão entre produtos

CARLOS ALBERTO BITTAR
Doutor em Direito pela USP

SUMÁRIO

I — A CONCORRÊNCIA DESLEAL

1. *O princípio da livre concorrência*
2. *Preceitos que governam a concorrência: a teoria da concorrência desleal*
3. *Fundamento da teoria da concorrência desleal*
4. *Práticas que configuram concorrência desleal*
5. *Recepção da teoria nas legislações*
6. *Pressupostos para a caracterização da concorrência desleal*
7. *Tutela jurídica na concorrência desleal*

II — CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS

8. *Noção e espécies de confusão*
9. *A confusão a respeito de marcas e modelos*
10. *A exigência de novidade da forma ou da marca*
11. *A confusão quanto a embalagens*
12. *Requisitos para o implemento da confusão*
13. *A particularização do problema na jurisprudência*
14. *Verificação em concreto*
15. *Síntese conclusiva*

I — A CONCORRÊNCIA DESLEAL

1. *O princípio da livre concorrência*

Desde que se põs o princípio da livre concorrência — inculpido até em textos de Constituições —, cada pessoa ou empresa pode instalar-se e desenvolver suas atividades negociais dentro de ampla liberdade, para a formação de sua clientela, abandonadas que foram as restrições impostas pelo sistema corporativo da Idade Média, como acentuam, dentre outros autores, TULLIO ASCARELLI (*Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, trad., Barcelona, Bosch, 1970, pág. 158); PAUL ROUBIER (*Le Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, Sirey, 1952, pág. 477); MÁRIO ROTONDI (*Diritto Industriale*, Padova, Cedam, 1965, pág. 461) e CARLOS ZAVALA RODRIGUEZ (*Publicidad Comercial: su Régimen Legal*, Buenos Aires, Depalma, 1947, pág. 377).

Ao Estado cabe, no mundo ocidental, evitar, quanto possível, interferência na liberdade de iniciativa das empresas — pedra de toque do desenvolvimento geral — salvo em áreas e em situações em que o interesse coletivo o exija, sob pena de sufocar a vontade particular, conforme assinalamos em nosso estudo “O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual” (RT 526/20, em que apontamos as consequências do intervencionismo no plano contratual).

Admite-se que cada qual se esforce para atrair clientela, ou para conservá-la, ou mesmo, aumentá-la, de acordo com as suas necessidades, mas dentro dos meios normais de sua atividade (MARIO GHIRON: *Corso di Diritto Industriale*, Roma, 1935, págs. 16 e 30; AGOSTINO RAMELLA: *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1927, pág. 304; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit. pág. 377).

Nesse campo, conforme se tem por pacífico na doutrina e sua jurisprudência, a oscilação da clientela é a regra, até porque se trata de fenômeno ligado à própria psicologia humana, não constituindo, por si só, qualquer ilícito.

Em verdade, é nesse sentido — e ao influxo das necessidades gerais e das próprias — que as empresas se acham autorizadas a valer-se de todos os meios leais possíveis para a expansão de seus mercados.

Assim é que a teoria da concorrência desleal — que impõe limites a essa liberdade — tem sido vista como escudo, e não como espada, consoante anota ZAVALA RODRIGUEZ, referindo-se a decisão da jurisprudência norte-americana, segundo a qual:

“The doctrine of unfair competition is a shield and not a sword” (ob. cit., pág. 378).

2. *Preceitos que governam a concorrência: a teoria da concorrência desleal*

Mas a concorrência deve manifestar-se à luz de preceitos de moral, que a governam, para a sua perfeita higidez.

Com efeito, domina o mundo negocial o princípio da honestidade, pressuposto necessário ao regime da livre concorrência, ao qual se associa o da lealdade ou correteza profissional, voltado especialmente para a concorrência. Esses princípios são as pilstras mestras na matéria. (v. PASTERIS: *La Correttezza nella Disciplina della Concorrenza Sleale*, Milano, Giuffrè, 1962; ASCARELLI: ob. cit., págs. 199 e segs.; ROTONDI: ob. cit., págs. 466 e segs. e 500; REMO FRANCESCHELLI: “Sulla concorrenza sleale”, in *Studi Reuniti*, Milano, Giuffrè, 1959, págs. 383 e segs.; LUIGI SORDELLI: *Problemi Giuridici della Pubblicità Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 139 e 203 e segs. e *La Concorrenza Sleale*, Milano, Giuffrè, 1955, págs. 64 e segs. e 70 e segs.; CARLO SANTOGATE: *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*, Napoli, Jovene, págs. 2 e segs.; TITO RAVÀ: *Diritto Industriale*, Torino, Torinese, 1973, págs. 329 e segs.; WALDEMAR FERREIRA: *Instituições do Direito Comercial*, S. Paulo, Max Limonad, 1956, nº 2, pág. 333; e HERMANO DUVAL: *Concorrência Desleal*, S. Paulo, Saraiva, 1976, págs. 29 e segs., dentre inúmeros outros autores).

Mas o acirramento da concorrência, a estandardização dos produtos, a sofisticação dos mercados e a ânsia de negócios foram fazendo exsurgir determinadas ações, de cunho direto, que invadiam a esfera de direitos da concorrência, conforme acentuamos em nosso artigo "Concorrência desleal na publicidade: a denigração de concorrente" (in *Diário Legislativo IOB*, nº 845, de 27-5-80, pág. 799).

Dai, a construção da teoria da concorrência desleal, assentada sobre os pressupostos referidos, na Inglaterra, com o "Merchandise Marks Act", de 1877, estendendo-se, depois, a vários outros países.

Repousa essa teoria, basicamente, na necessidade de proteção dos direitos dos concorrentes, que uma ação contrária à moral ou à lei possa ferir.

De fato, conforme acentua LUIGI DI FRANCO:

"Il concetto giuridico di concorrenza sleale è per presupposto il fatto economico della concorrenza e più precisamente della libera concorrenza, della quale costituisce una deviazione turbatrice del senso morale che deve precedere ai rapporti dell'industria e del commercio, e la cui inosservanza assurge a fonte di illecito" (*Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*, Milano, SEL, 1928, pág. 435).

Com isso, distinguem-se os atos de concorrência em leais e desleais — e por isso ilícitos — "con lo que" — escreve ASCARELLI:

"se quieren precisamente sancionar determinados actos de concurrencia y sancionarlos no porque sean actos de concurrencia, sino porque son "desleales", porque violan, puede decirse, las "reglas del juego" y precisamente en interés del funcionamiento de éste" (ob. cit., pág. 161).

Com efeito, determinadas ações, quando incorretas, imorais, ou contrárias às normas que imperam no comércio, podem refletir-se negativamente na esfera da concorrência, turbando-lhe seus direitos.

Podem surgir em atividades e procedimentos utilizados nos negócios, resultando em prejuízos morais ou patrimoniais a outros comerciantes, ou industriais, ou mesmo, aos consumidores.

Configuram abuso aos costumes do comércio ou da indústria, ou seja, forma especial de abuso de direito, a que CARVALHO DE MENDONÇA chama de "abuso de direito de livre concorrência", fundado em JOSSERAND ("De l'esprit des droits", nº 172) (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1955, vol. I, pág. 308). Nesse sentido, é, aliás, a doutrina (v. POUILLET: "Traité des marques de fabrique", pág. 8) e a jurisprudência do direito comparado (v. Acórdão da Corte de Donai, França, em 2-10-62, in *Ann. prop. ind.*, 1964/58; Corte de Lyon, em 2-10-57, mesmo repertório, 1958/24.)

Ora, a lei não pode permitir a prosperação de tais práticas; daí por que, em todo o mundo, têm sido editadas normas para a repressão da concorrência desleal, envolvendo ações que obnubilam o processo normal de desenvolvimento dos negócios.

A doutrina tem considerado como de concorrência desleal, nas palavras de ZAVALA RODRIGUEZ:

“todo procedimiento de un concurrente dirigido a sustraer, en provecho propio, la clientela ajena sin empeñar la propia fuerza económica para contraponerla a la de su rival” (ob. cit., pág. 379).

Nesse sentido, PIERRE e FRANÇOIS GREFFE definem os contornos da figura, salientando:

“Il y a la concurrence déloyale dès lors qu'un commerçant commet, dans l'exercice et au bénéfice de son commerce, à l'encontre d'un autre commerçant, une activité similaire, un acte ou une faute susceptible de porter préjudice à ce dernier et cela dans le but de détourner sa clientèle” (*La Publicité et la Loi*, Paris, Litec, 1977, pág. 113), aliás na linha tradicional (v. EDOARDO BOSIO: *Trattato dei Marchi e Segni Distintivi di Fabbrica, della Contraffazione e della Concorrenza Sleale*, Torino, 1904, pág. 566).

Essas práticas — que se inserem sob a epígrafe de “concorrência desleal” — recebem, no entanto, denominações diversas na doutrina, chamando-as alguns autores de “concorrência ilícita” (BOZZINI: *La Concorrenza Illecita nei Trafici*, Milano, 1904 e PATRIARCA: *Concetto Fondamentale della Concorrenza Illecita*, Torino, 1915), enquanto outros reservam essa designação para as violações exsurcidas no curso de um contrato: deixando a expressão “concorrência desleal” para a violação extracontratual. Prevalece, no entanto, a sinonímia (LUIGI DI FRANCO: ob. cit., pág. 470; AGOSTINO RAMELLA: ob. cit., pág. 320; MARIO GHIRON: ob. cit., pág. 50; ROTONDI: ob. cit., pág. 474; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., pág. 379).

Deve-se, outrossim, apartar, como o faz ROUBIER, do contexto da concorrência desleal (concurrance déloyale), concorrência proibida (concurrance interdite), isto é, a configurada por meio de atos vedados na disciplina ética da atividade (ou profissão) (ob. cit., pág. 482 e 483), caracterizando-se por “un usage excessif de la liberté” (pág. 483).

A esse propósito, aliás, cumpre anotar que, em certos setores da atividade empresarial (ou profissional), os princípios citados têm sido cristalizados em normas de comportamento, impostos, a nível ético, aos profissionais do setor, como, por exemplo, na publicidade — em que existem normas éticas aprovadas nacional e internacionalmente — exatamente porque valiosa mola propulsora para a atomização negocial, em face de seu extraordinário poder de comunicação (v. a respeito: PIERRE ROBERT DUPERTIUS: *Le Droit d'Auteur dans le Domain de la Publicité Commerciale*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, 1964, págs. 10 e segs.; MAURIZIO FUSI: *I Contratti di Pubblicità*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 2 e 3; GUSTAVO GHIDINI: *Introduzione allo Studio della Pubblicità Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 141 e segs.; JEAN CLAUDE DASTOT: *La Publicité: Stratégie de l'Entreprise*, Ver-

viers, Gerard & Cia., 1973, págs. 61 e segs.; BERNARD DE PLAS e HENRI VERDIER: *La Publicité*, Paris, Presses Universitaires, 1976, dentre outros).

3. *Fundamento da teoria da concorrência desleal*

Fixados os primeiros lineamentos da teoria da concorrência desleal, cumpre-nos procurar o seu fundamento.

Nesse passo, diferentes teorias têm procurado explicar a natureza do direito protegido, podendo centrar-se em duas posições principais e antagônicas: teoria do direito de propriedade e do direito da personalidade.

Defendem, dentre outros, a tese de que se cogita de amparo a direito de propriedade (e sobre clientela), VIVANTE e ZAVALA RODRIGUEZ: (ob. cit., pág. 309), aos quais se opõem RAMELLA (ob. cit., pág. 134); GHIRON (ob. cit., pág. 330) e DI FRANCO (ob. cit., pág. 462) que se definem pela proteção a direito da personalidade (ASCARELLI também se inclui dentre os subjetivistas: ob. cit., págs. 192 e 193).

Importante para o próprio entendimento de sua essência e pelas conseqüências práticas, a discussão leva-nos a inclinar-nos para a orientação segunda, em consonância, aliás, com a posição que temos a respeito dos direitos de personalidade, perfeitamente admissíveis para as pessoas jurídicas (v. o nosso artigo: "Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil", in *Justitia*, nº 99, págs. 163 e segs.), como, por exemplo, os direitos ao nome, à honra e outros compatíveis.

Claro é que em sua extrinsecação podem alcançar bens materiais, sem, contudo, apartar-se do caráter exposto, inobstante as discussões que ainda existem a respeito.

Mas, em última análise, o fulcro desse direito se encontra na proteção devida a criações humanas, pelo respeito à sua personalidade, embora os reflexos patrimoniais lhe imprimam conotações *sui generis*, que inspiraram a identificação de categoria especial, denominada de "direitos intelectuais" (v. nosso *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, S. Paulo, RT, 1977, págs. 14 e segs.).

4. *Práticas que configuram concorrência desleal*

No conceito de "concorrência desleal" podem ingressar inúmeras práticas — que se perdem ao infinito, dentro da inesgotável gama de ações e procedimentos que a maquinação humana engendra (v. a respeito, RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 390 e segs.; os GREFFE, ob. cit., pág. 113) — muitas delas já bem delineadas, tanto na doutrina, quanto na legislação e na jurisprudência, e também suscetíveis de configurar-se na publicidade, daí por que o interesse dos estudiosos desse campo (v. nosso artigo específico, já citado).

Assim, têm sido destacadas, na casuística da matéria, certas ações, que vêm sendo estratificadas em normas, como caracterizadoras de concorrência desleal, em virtude do grau de maturação alcançado a seu respeito, na vivência jurídica.

Mas, a doutrina, em esforço de classificação, tem proposto, ao longo dos tempos, a reunião dessas práticas em esquemas distintivos e sob ângulos diferentes, como DI FRANCO (ob. cit., pág. 444); RAMELLA (ob. e loc. cit.); GHIRON (ob. cit., v. I, apenso I, com extensa e minuciosa enumeração), e PUILLET (ob. cit.) (v. RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 390 e 391; ROTONDI: ob. cit., págs. 488 e 489; ROUBIER: ob. cit., págs. 504 e segs.; dentre inúmeros outros autores).

Alguns escritores chegam a longas enumerações, outros preferem cingir-se à clássica divisão em atos contratuais e extracontratuais, sem, no entanto, exaurir-se a matéria, que, realmente, dado o seu caráter multifário, não comporta esquemas rígidos de classificação (ROUBIER, por exemplo, divide em quatro categorias os atos de concorrência desleal, a saber: os de confusão; os de denigração; os de desorganização interna do concorrente; e os de desorganização do mercado; ob. cit., pág. 504).

Dai por que as legislações se têm abtido de definir concorrência desleal, enunciando, apenas, fórmulas gerais, em convenções, códigos ou leis especiais, mas tipificando, de outro lado, para efeito penal — em virtude do rigor necessário nesse campo — as ações já classicamente admitidas como tal.

Assim, no caso concreto, é que se verificará a existência, ou não, de concorrência desleal, ante à situação discutida (v. PIERRE GREFFE: *Protection des Dessins et des Modèles*, Paris, Sirey, 1961, pág. 100).

5. *Recepção da teoria nas legislações*

A recepção da teoria da concorrência desleal nas legislações tem obedecido, pois, ao esquema enunciado.

Assim, alguns países têm normas especiais sobre a matéria, como a França, a Alemanha, a Áustria, a Itália, o Brasil; outros se apóiam em princípios gerais de direito, como a Inglaterra e os EUA; ou ainda, em normas gerais de códigos, para efeito de reparação de dano (coexistindo também essas regras com normas penais, como na França e no Brasil) v. a respeito: DI FRANCO: ob. cit., págs. 444 e segs.; ASCARELLI: ob. cit., págs. 28 e 158 e segs.; ROTONDI: ob. cit., pág. 482; GIUSEPPE AULETA e VITO MANGINI: *Marchio e Diritto d'Autore sulle Opere dell'Ingegno*, Bologna, Zanichelli, 1977, págs. 13 e segs.; ALAIN CASALONGA: *Traité Technique et Pratique des Brevets d'Invention*, Paris, Librairie Générale, 1949, págs. 5 e segs.; ROGER DE FOURÈS: *Le Droit et la Publicité*, Paris, J. Delmas, 1968, págs. 48 e segs.; os GREFFE: ob. cit., págs. 113 e segs.; LUIGI SORDELLI: *Problemi*, ob. cit., págs. 135 e segs.; GUSTAVO GHIDINI: págs. 81 e segs.; MARIO FABIANI: *Modelli e Disegni Industriali*, Padova, Cedam, 1975, págs. 2 e segs.; FRANCO BENUSSI: *La Tutela del Disegno Industriale*, Milano, Giuffrè, 1975, págs. 33 e segs.; MAURIZIO FUSI: *La Comunicazione Pubblicitaria nei suoi Aspetti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1970, págs. 37 e segs.; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 337 e segs.; ENZO ROPPO: "Una politica del diritto per la pubblicità commerciale", in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1974, LXXII, págs. 300, 308, 310, 311 e segs., em colaboração com BESSONE e ALPA; LUIGI MOSCO:

La Concorrenza Sleale, Napoli, Jovene, 1956, págs. 5 e segs.; e EMMA-NUELLE SELLA: *La Concorrenza Sleale*, Torino, Bocca, 1915, págs. 10 e segs.).

A relevância da problemática da concorrência desleal fez com que alcançasse a normatização, a nível internacional, na denominada "União de Paris" para a proteção da propriedade industrial (cujo texto inaugural data de 23-3-1833), em que encontra definição (art. 10). Também em acordos plurinacionais vêm sendo editadas normas inibidoras de práticas desleais, como no Tratado de Roma (da Comunidade Econômica Européia) — em que recebem conceituação (art. 85) — e no da CECA (art. 65).

No Direito brasileiro, devem, de início, ser acentuados os princípios fixados na Constituição federal para a ordem econômica, dentre os quais avultam os de a) harmonia entre as categorias de produção e b) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado este pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 160, IV e V).

Na regulamentação jurídica da matéria, encontram-se normas no Código Penal (que prevê o crime de concorrência desleal), no Código da Propriedade Industrial (em que, ao lado do referido delito, inserem-se outros, inclusive com a atividade publicitária) e na lei denominada "antitruste" (Lei nº 4.137, de 10-9-62, em que se capitula, dentre outras figuras, a concorrência desleal por meio de exigência de exclusividade para publicidade, art. 2º, V, letra a).

No Código Penal foi definido o delito de concorrência desleal (art. 196 e § 1º), em cujo conceito se incluem práticas consistentes em: denigração do concorrente (publicidade difamatória ou divulgação de falsa informação sobre o concorrente); desvio de clientela; confusão entre estabelecimentos ou produtos; propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido (propaganda em que se insere prêmio ou distinção não obtidos); violação de segredo (com abuso de confiança), conforme a sistemática estabelecida pelo Dec.-Lei nº 7.903, de 27-8-45 (art. 178) (v. NELSON HUNGRIA: *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1958, vol. VII, págs. 380 e segs.; MAGALHÃES NORONHA: "Concorrência desleal", Verbete in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 17, págs. 214 e segs.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA: *Tratado da Propriedade Industrial*, Rio, Forense, 1946, vol. II, tomo I, págs. 325 e segs. e vol. II, págs. 24 e segs).

As disposições dos arts. 169 e 180 do Decreto-Lei nº 7.903/45 (antigo Código da Propriedade Industrial) — que substituíram as dos arts. 187 e 196 do Código Penal — continuam em vigor, em face de texto expresso do atual Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21-12-71: art. 128). Ressalva-se ao prejudicado o direito de ressarcimento por prejuízos causados em virtude de atos não capitulados, mas que caracterizem concorrência desleal e que firam a reputação ou os negócios alheios, ou criem confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais, ou entre produtos e artigos postos no comércio (Decreto-Lei nº 7.903/45: art. 178, parágrafo único) (v. também, sobre a matéria,

no Direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA: ob. cit., vol. V, págs. 235 e segs.; WALDEMAR FERREIRA: ob. cit., págs. 145 e segs. e 337 e segs.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA: *Privilégio de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio*, S. Paulo, Livraria Acadêmica, 1931, págs. 9 e segs.; HERMANO DUVAL: ob. cit., págs. 389 e segs. e JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES: *Crimes contra a Propriedade Industrial*, S. Paulo, RT, 1980, págs. 2 e segs.).

6. Pressupostos para a caracterização da concorrência desleal

Por essas razões, na delimitação do campo de incidência da concorrência desleal, são fixados certos pressupostos, por doutrina e jurisprudência, para a identificação de sua existência em concreto (ASCARELLI: ob. cit., págs. 160 e segs.; ROTONDI: ob. cit., págs. 482 e segs.; ROUBIER: ob. cit., págs. 482 e segs.; RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 381 e segs.).

São os seguintes os requisitos assentados na doutrina universal:

a) Desnecessidade de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente.

O princípio, que se mostra coerente com a teoria geral da responsabilidade civil (de que alguns autores consideram modalidade especial a concorrência desleal, como ASCARELLI: ob. cit., pág. 160), é admitido universalmente (v. ROUBIER: ob. cit., pág. 500; DI FRANCO: ob. cit., págs. 451 e 452; RODRIGUEZ: ob. cit., pág. 381).

Assim tem decidido a jurisprudência do direito comparado, como na França (Corte de Cassação, em 27-2-51, in *Ann. Prop. Ind.*, 1951/30; *idem*, 11-6-56, no mesmo repertório, 1956/161) e na Itália (Cassação, 9-2-1934: *Foro Ital.*, 1934, n° 50; Cassação, 7-5-63: *Arch Resp. Civ.*, 1964/181; e 14-3-38, *Foro It.*, 1938/956).

b) Desnecessidade de verificação de dano em concreto.

Não se exige a concretização de dano: basta a possibilidade ou o perigo de sua superveniência.

Também aqui existe concordância na doutrina universal (ASCARELLI: ob. cit., pág. 164; ROTONDI: ob. cit., pág. 482; ROUBIER: ob. cit., pág. 507). Nesse passo, aliás, rompe-se com a teoria tradicional, em que se demanda a existência de dano.

O princípio foi posto pela jurisprudência, na França, estendendo-se depois a outros sistemas. Contenta-se com o perigo de dano (v. os GREFFE: ob. cit., pág. 114). Nesse sentido, têm decidido os tribunais europeus, considerando suficiente a demonstração do risco de dano (como o Trib. com. de Paris, em 25-7-68).

Objetiva a ação, *in casu*, a cessação dos atos de concorrência definidos como reprováveis.

c) Necessidade de existência de colisão de interesses, consubstanciada na identidade de negócio e no posicionamento em um mesmo âmbito territorial.

Para que haja o implemento da concorrência desleal, mister se faz que existam campos colidentes de interesses. Vale dizer: que os atos

ou procedimentos repreensíveis sejam praticados em função de concorrente, da mesma atividade negocial e em um mesmo âmbito territorial.

Assim, a diversidade de negócios ou de bases de atuação elide a configuração da concorrência desleal.

Também aqui têm a doutrina e a jurisprudência se mostrado concordes (ROUBIER: ob. cit., pág. 498; ROTONDI: ob. cit., pág. 480; ASCARELLI: ob. cit., pág. 181, em que cita várias hipóteses em que é impossível a colisão; RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 394 e 395).

d) Necessidade de existência de clientela, mesmo em potencial, que se quer, indevidamente, captar.

Exige-se, ainda, para a caracterização de concorrência desleal, a existência de clientela, mesmo em potencial, aliás, objetivo precípua visado, no todo ou em parte, pelo agente.

Todo o direcionamento das ações, nesse campo, se volta para a clientela. É a disputa por sua captação que qualifica, pois, o ato como de concorrência desleal, quando por meios abusivos buscada.

Essa é a doutrina universal (ASCARELLI: ob. cit., págs. 175 e 200; RODRIGUEZ: ob. cit., pág. 394; ROTONDI: ob. cit., pág. 503; ROUBIER: ob. cit., pág. 502; SORDELLI: *Problemi*, ob. cit., págs. 138 e segs.).

e) Ato ou procedimento suscetível de repreensão.

O ato ou procedimento de concorrência deve descartar-se das práticas usuais dos negócios. Há que ser qualificado, por ausência ou desrespeito a preceitos de moral ou de direito, em função dos pressupostos enunciados.

Cumpra que se caracterize a deslealdade; que se trate de ato repreensível; que constitua abuso, na justificativa mesma da própria existência da teoria da concorrência desleal.

Doutrina e jurisprudência têm assentado esse pressuposto, de forma pacífica (ASCARELLI: ob. cit., pág. 208; ROUBIER: ob. cit., pág. 491; ROTONDI: ob. cit., pág. 474; os GREFFE: ob. cit., pág. 113).

7. Tutela jurídica na concorrência desleal

Na tutela dos direitos em questão, identificam-se vários e diferentes remédios, nas leis, na doutrina e na jurisprudência, desde medidas cautelares — inclusive busca e apreensão de material, como, por exemplo, no caso de contrafação — até ações de caráter inibitório, cumuladas, ou não, com indenização por perdas e danos (ASCARELLI: ob. cit., págs. 194 e segs. e 228 e segs.; ROUBIER: ob. cit., págs. 483 e segs.; ROTONDI: ob. cit., págs. 267 e segs.; FABIANI: ob. cit., págs. 87 e segs.; entre inúmeros outros autores).

Claro é que a especificação das medidas e a sua utilização dependem das nuances de cada caso e da estratégia que, na hipótese, se pretenda adotar.

Subsídios valiosos, para a definição em concreto, encontram-se na doutrina e na jurisprudência, especialmente do direito comparado, em que, pela vivência, a matéria já alcançou — como se verifica — grau maior de maturação.

II. A CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS

8. *Noção e espécies de confusão*

Fixados, assim, os pressupostos da existência de concorrência desleal, cumpre-nos volver à sua casuística, reafirmando, de modo geral, a inexistência de fórmulas prontas ou arquétipos, à exceção de certas ações já suficientemente identificadas pela experiência jurídica e sancionadas por doutrina, legislação e jurisprudência.

E, nesse passo, deter-nos-emos na figura da confusão — que nos interessa no presente estudo — salientando, *ab initio*, que se pode verificar tanto em relação a estabelecimento (confusão entre estabelecimentos), quanto em relação a produtos (confusão entre produtos), ou seus componentes.

Caracteriza-se a confusão, em uma análise geral, por meio de práticas destinadas a impingir aos consumidores, em detrimento do concorrente visado, determinado produto, aproveitando-se da imagem do outro (seja de seu estabelecimento, seja do próprio produto). É, como as demais figuras, suscetível de configuração também por vários e diferentes expedientes, encontrando-se bem definida juridicamente em suas linhas básicas.

Com efeito, conforme anota ASCARELLI:

“La primera categoría de actos de concurrencia desleal, que podemos definir, por tanto, como la de los actos de confusión (talvez o la primera cuya atención se impuso y cuyos confines se hallan ciertamente mejor delimitados)...”

São os atos de concorrência:

“cuyas modalidades violen el interés a la diferenciación entre los concurrentes”, ou “actos que conciernen a la desviación de la clientela de un concurrente determinado” (ob. cit., pág. 203).

E, adiante, acrescenta:

“Son estos los actos idóneos (y también bajo este aspecto nos encontramos con aquella noción de idoneidad que podrá ser constatada, en el caso concreto, recurriendo a máximos de experiencia) para crear una confusión con los productos, la empresa, los locales y, más generalmente, la actividad de otro empresario, incluso con independencia de una confusión entre los correspondientes signos distintivos” (págs. 203 e 204).

9. *A confusão a respeito de marcas e modelos*

Grassou a propósito, na doutrina, intensa discussão quanto à abrangência, no contexto dessa figura, de marcas e modelos patenteados.

Uma corrente sustentava que, como se tratava de matéria específica, regulada em lei própria, não se inseria nesse campo. A regulamentação em apartado já significava limitação de concorrência e de forma mais eficaz (RAMELLA: ob. cit., pág. 362).

Outra teoria, ao revés, entendia que, no âmbito de concorrência desleal, deveriam ingressar, indistintamente, todos os atos de competência, a saber, todos os que respeitem a modelo, marca, patente, nome comercial e outros (DI FRANCO: ob. cit., pág. 438; GHIRON: ob. cit., pág. 88; RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 383 e segs.).

Com isso, admitiu-se que, conforme a hipótese, nos dois campos a matéria poderia abarcar-se; como, por exemplo, na violação de marca feita para estabelecer-se confusão.

A doutrina acabou por sufragar a última posição, sendo ora pacífica a questão (v. dentre outros autores: ROTONDI: ob. cit., pág. 453; GHIRON: ob. cit., II, pág. 105; RAMELLA: ob. cit., pág. 506; ASCARELLI: ob. cit., pág. 514; ROUBIER: ob. cit., pág. 506; CARLO CHRISTOFARO: *Trattato del Diritto di Autore e d'Inventore*, Torino, Bocca, 1931, págs. 497 e segs. — que especifica outros meios — e FABIANI: *Modelli*, ob. cit., págs. 87 e segs.).

Acentua ASCARELLI que:

“Acto de concurrencia desleal por ser idóneo a crear confusión será, así, no solo el uso de nombres, siglas, etiquetas, signos y cualquier otro elemento que sirva para identificar el producto y que provoque una confusión entre productos o actividades, sino el recurso a palabras, slogans o dibujos publicitarios... cuya identidad o semejanza se traduzca en una posibilidad de confusión de productos o actividades...”

E adiante:

“Acto de concurrencia desleal será una disposición de escaparates, una presentación de locales y una presentación de recipientes de productos, de tal naturaleza que puedan engendrar confusión”, com base na jurisprudência (Torino, 25-4-1919; *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II/572; Milano, 18-2-51, *Riv. Dir. Ind.*, 1952, III/66; Como, 5-3-52, *Giun. It.*, 1952, I, 2/385) (ob. cit., pág. 205).

A propósito dessa figura, salienta ROUBIER que se explicita por todos os meios que tenham por objeto “d’usurper la place qu’occupe une maison rivale dans la confiance du public et, à la faveur de procédés hypocrites et perfides, d’essayer de dériver la clientèle à son profit”.

Refere-se, então, a “tous les moyens qui tendent à une confusion entre les établissements eux-mêmes, qu’il s’agisse d’ailleurs d’un nom patronymique ou d’une raison commerciale; ceux qui tendent à créer une confusion entre les producteurs d’un pays à appellation d’origine par l’emploi du nom de ce lieu de production, alors qu’une telle désignation est fausse; ceux encore qui tendent à créer une confusion

par la similitude des enseignes ou des devantures extérieures des boutiques” (ob. cit., pág. 505) e também “les moyens qui tendent à établir une confusion entre les produits par l’imitation des signes distinctifs, comme les marques” (pág. 506).

Verifica-se, pois, que a confusão pode perpetrar-se por formas várias, inclusive mediante a contrafação de formas de produtos, ou a usurpação de características de sua identificação (DI FRANCO: ob. cit., pág. 474), exigindo-se, no entanto, absorção substancial de seus elementos essenciais.

10. *A exigência de novidade da forma ou da marca*

A esse propósito, cumpre assentar-se, de início, que a forma do produto, ou da marca, deve ser nova, não necessariamente brevetada.

Novidade e utilidade são seus requisitos essenciais, consoante doutrina, jurisprudência e legislação, em todo o mundo (v. dentre outros textos: MARIO ARE: *L’Oggetto del Diritto di Autore*, Milano, Giuffrè, 1963, págs. 52 e segs.; PIOLA CASELLI: *Trattato del Diritto di Autore*, Torino, Turinese, 1927, pág. 96; ALAIN CASALONGA: ob. cit., págs. 34 e segs.; MAURIZIO AMMENDOLA: *Invenzione, Marchio, Opera dell’Ingegno*, Milano, Giuffrè, 1977, pág. 26 e entre nós, GAMA CERQUEIRA: *Privilégio*, ob. cit., pág. 128 e *Tratado*, ob. cit., I, págs. 88 e segs.).

DI FRANCO resume o entendimento geral:

“La novità va distinta in *intrinseca* ed *estrinseca*. La prima può anche essere disegnata col nome di priorità ed originalità. Tale requisito importa che l’invenzione non sia già acquista in alcun modo al patrimonio di un precedente inventore o addirittura del convivere sociale. E, più che condizione legale di brevettabilità, è condizione essenziale di esistenza dell’invenzione” (ob. cit., pág. 49).

E adiante:

“L’altro requisito della *novità estrinseca*, richiesto dalla legge per la tutela dell’invenzione, importa che essa, pure essendo originale, non sia stata resa già prima di domandare la privativa.”

“Per un’esatta interpretazione del criterio di notorietà bisogna aver riguardo ancora una volta al precipuo della singolare tutela dell’invenzione industriale, che se esplica in considerazione del vantaggio, od utilità, con essa apportato al convivere sociale. Se questa utilità è già acquista, sia pure accidentalmente alla società civile, l’autore non potrà più rivendicare la privativa” (ob. cit., pág. 50).

11. *A confusão quanto a embalagens e rótulos*

Essas mesmas condições e requisitos são requeridos também para a embalagem, que, no direito comparado, pode ser registrada como

modelo de utilidade (v. entre outros: FUSI: ob. cit., pág. 69) ou marca (na jurisprudência italiana: Corte de Milão. 6-12-63; *Riv. Dir. Ind.*, 1964, II/94; Milão, 19-1-1961, *Riv. Dir. Ind.*, 1961, II/92).

Cumpra esteja presente o requisito da novidade: a embalagem deve conter elementos distintivos próprios, como disposição, cor e função individualizadora (v. REMO FRANCESCHELLI: *Trattato*, cit., I, pág. 490 e "Contenuto e limiti del Diritto Industriale", in *Riv. Dir. Ind.*, 1952, I/9; BONASI BENUCCI: ob. cit., págs. 95 e 107; PAOLO GRECO: *I Diritti sui Bene Immateriali*, Torino, pág. 80).

Assim também entende a jurisprudência (v. Corte de Milão: 21-5-51, *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II/12; Milão, 9-5-52, *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II/10; Torino, 27-6-64, *Foro It.*, 1964, I/1471; Cassação, 2-10-58, *Riv. Dir. Ind.*, 1958/190; Torino, 10-11-58, *Riv. Dir. Ind.*, 1958/228, dentre inúmeras outras decisões).

Deve tratar-se, para efeito de caracterização da confusão, de imitação servil (FUSI: ob. cit., pág. 71, dentre inúmeros outros textos).

12. Requisitos para o implemento da confusão

Requisitos para o implemento da confusão também assentados por intenso labor doutrinário e jurisprudencial são:

a) Necessidade de preexistência de produto concorrente.

Com efeito, a ação tendente à confusão deve embasar-se em outro produto existente e de concorrente, com o qual objetive a assemelhação, na indução do público a consumo, pelo aproveitamento indevido, seja do nome, seja da qualidade, seja da imagem de que desfrute no mercado o seu titular, ou o próprio produto.

Nesse passo, deve-se descartar, para a existência da figura, o registro. Ao revés, tem-se como amparado mesmo o produto não brevetado (SORDELLI: *Problemi*, ob. cit., pág. 142; AULETA e MANGINI: ob. cit., pág. 112).

Pacífico é esse entendimento em doutrina e jurisprudência, que dispersa colação.

b) Existência de imitação servil do produto.

Em sentido técnico restrito, conforme RONDI, imitação servil é:

"la pedissequa e talora meccanica riproduzione del prodotto altrui, independentemente dalla violazione di diritti di privativa".

Mas também assim se entende a:

"imitazione delle caratteristiche esteriori del prodotto che può essere, per universale riconoscimento, atto di concorrenza sleale, como diremo, inquanto idoneo a creare confusione tra i prodotti concorrenti" (ob. e local ult. cit.).

Realça ASCARELLI, após caracterizar a figura da imitação servil, que:

“solo puede ser reprimida si constituye un medio de confusión entre los productos y, por tanto, si se da esta posibilidad de confusión”,

rematando que:

“esta la tesis jurisprudencial dominante” (refere-se às decisões de: Corte de Milano, 10-12-46, *Riv. Dir. Comm.*, 1947, II/14; Milano, 5-2-56, *Riv. Dir. Comm.*, 1957, II/318; Cassação, 5-6-48, *Foro Pal.*, 1948, I/609) (ob. cit., pág. 208).

De fato, deve-se tratar de plena assemelhação ou identificação absoluta de forma dos dois produtos. Deve a imitação assumir a mesma dimensão e a mesma disposição do produto concorrente.

Cumprido, pois, que o expediente repreensível seja hábil para estabelecer confusão entre os produtos. Deve constituir, como assinala RORONDI: “mezzo idoneo a determinare confusione tra i prodotti concorrenti” (ob. cit., pág. 498).

Nesse sentido, entre nós, realça WALDEMAR FERREIRA — referindo-se a marcas — que, para que se caracterize a imitação, é necessário que uma, em relação a outra, “mantenha tal semelhança ou contenha tantos de seus elementos, que facilmente se confunda uma com a outra” (ob. cit., pág. 337). Na mesma diretriz se manifesta GAMA CERQUEIRA (*Tratado*, Vol. II, tomo II, págs. 393 e segs.).

Assim tem entendido a doutrina universal (GREFFE: *Protection*, cit., pág. 123; RORONDI: ob. cit., págs. 498 e 499; FUSI: *La Comunicazione*, cit., pág. 78). Deve a imitação versar sobre parte essencial do produto, como enfatizam FABIANI (*Disegni*, cit., pág. 88), e os GREFFE: (ob. cit., pág. 114).

Jurisprudência torrencial e pacífica tem sufragado o princípio, como na França (Corte de Lyon, 31-3-43; *Gaz. Pal.*, 1943, I/282; Paris, 6-6-39, *Gaz. Pal.*, 1939, II/359; Strasbourg, 29-10-24, *Gaz. Pal.*, 1924, I/11; Seine, 14-2-1948, *Ann. Prop. Ind.*, 1957/91; Limoges, 13-7-61, “D”, 1963/322; Nice, 16-2-48, *Ann. Prop. Ind.*, 1948; Paris, 15-3-67, *Ann. Prop. Ind.*, 1967/222; Paris, 17-2-71, *Ann. Prop. Ind.*, 1971/208, dentre inúmeras outras decisões) e na Itália (Milão, 16-5-57, in *Riv. D. Ind.*, 1958, II/156).

Apartam-se desse contexto as pequenas semelhanças, que escapam, pois, ao rigor da teoria da concorrência desleal.

Também não se cogita dessa figura, se se trata de forma de uso generalizado na concorrência.

Assim acentua ASCARELLI:

“Por eso se niega la posibilidad de la (ilícita) imitación servir ante aquellas formas que el uso comun ha convertido en generales o que conciernen al propio producto por su com-

posición o su función, admitiendo su posibilidad solo frente a formas originales y, en cuanto tales, diferenciadas, precisamente por el peligro de confusión; esta posibilidad de confusión es lo que constituye la frente de la deslealtad" (ob. cit., pág. 209).

Nesse sentido tem a jurisprudência decidido: (Paris: 9-10-54; *Ann. Prop. Ind.*, 1954/220; Paris: 19-1-62, *Ann. Prop. Ind.*, 1963/92; Milano: 5-2-53, *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II/24 e Cassação: 7-6-43, *Foro It.*, 1944, 46, I/156).

Expressivo é o texto de acórdão da jurisprudência italiana (Tribunal de Milão, de 16-5-1957, in *Riv. Dir. Ind.*, 1958, II/156 e segs.), que resume o entendimento a respeito:

"L'imitazione servile di un prodotto può essere considerata illecita soltanto quando viola il diritto nascente da una privativa o quando viola il divieto di porre in essere confusione tra prodotti originali o loro imitazione e con fini fraudolentamente diretti a generare tale confusione ed o sviare la clientela altrui."

"Non si ha confusioni tra prodotti di cui l'uno è l'imitazione dell'altro nella forma e nei colori, quando ciascuno porta il proprio marchio."

c) Suscetibilidade de estabelecer-se confusão.

Para que haja a figura em questão, outro pré-requisito fundamental é o da suscetibilidade de estabelecer-se confusão entre os produtos.

Exige-se que a ação ou expediente, ou o seu resultado, sejam idôneos para a desorientação dos consumidores. Deve tratar-se, pois, de ação (procedimento ou forma) que faça com que o produto se mostre ao consumidor médio como se fora o do concorrente.

A confundibilidade é requerida, de modo unânime, pela doutrina universal (FUSI: *La Comunicazione*, cit., pág. 78). Trata-se de condição necessária para a ação de concorrência (ROTONDI: ob. cit., págs. 454 e 455; ASCARELLI: ob. cit., págs. 187, 387; SORDELLI: *Concorrenza*, pág. 90 e *Problemi*, págs. 144 e segs.; e os GREFFE: ob. cit., pág. 120).

Assim tem decidido, no direito comparado, a jurisprudência, e de modo tranqüilo, como na França (Dunkerque: 3-6-1957, "D" 1957/138; Limoges: 13-7-61. D. 1963/322; Paris: 17-2-71, *Ann. Prop. Ind.*, 1971/208; Paris: 8-10-56, *Ann. Prop. Ind.*, 1958/59) e na Itália (Cassação: 4-4-70, *Giur. Ital.*, 1970, I, I/1175; 3-10-68; *Foro It.*, 1968, nº 3073; 24-4-39: *Foro It.*, 1939, I/807; 12-4-37, *Foro It.*, 1937, I/656, dentre inúmeras outras decisões).

Desse modo, não se cogita de concorrência desleal se não hábil a ação, o meio, o procedimento ou a forma adotada, como tem a jurisprudência assentado (v. Corte de Lyon: 2-7-61: D. 1962/79; Paris: 3-6-65: *Ann. Prop. Ind.* 1966/78; Paris: 13-11-70, *Ann. Prop. Ind.*, 1970/243).

Assim também tem sido a matéria tratada, entre nós, na doutrina (NELSON HUNGRIA, ob. cit., pág. 380; W. FERREIRA, parecer in RT 319/33).

Para o implemento de confusão, é de lembrar-se a necessidade da demonstração de culpa do agente.

Cumpre, por fim, assinalar que se descarta da incidência a mera tentativa (GREFFE: ob. cit., pág. 104).

13. *A particularização do problema na jurisprudência*

A jurisprudência tem sufragado as teses apontadas, tanto no exterior, como no Brasil.

A título de exemplificação, tomemos, de início alguns julgados no direito comparado:

Assim é que a jurisprudência francesa tem reconhecido a existência de imitação servil, na apresentação semelhante e com metragem idêntica (Corte de Lyon, de 31-3-43; *Gaz. Pal.*, 1943, I/282).

Também com embalagens de café, que, em seu conjunto, coincidem em elementos essenciais — confundindo o comprador menos avisado —, a resposta foi positiva (Corte de Paris, 6-6-39; *Gaz. Pal.*, 1939, II/359).

Com etiquetas, de dimensões e disposições idênticas, e que faziam com que as embalagens se confundissem, foi também reconhecida a figura em questão (Corte de Seine, 14-1-48, *Ann. Prop. Ind.*, 1957/91).

Assentou-se, em outro julgado, que, se da ação imitadora resulta apresentação idêntica, a confusão fica caracterizada (Limoges, 13-7-61, "D". 1963/322).

Na mesma linha, estabeleceu-se que, na fabricação de material idêntico, com reprodução servil — onde coincidem os traços e dados — está presente a ação punível (Paris, 15-3-67, *Ann. Prop. Ind.*, 1967/222).

Da mesma forma foi a resposta quanto a cópia servil de aparelho que leve o consumidor a confusão (Paris, 17-2-71, *Ann. Prop. Ind.*, 1971/208) e quanto a embalagem de biscoitos, em que se verificou imitação bem próxima (Paris: 3-6-65; *Ann. Prop. Ind.*, 1966, 78).

Na jurisprudência italiana, a tônica é também a presença, na configuração do instituto da confundibilidade, quanto à forma do produto, à etiqueta, e a marca, que o exame à primeira vista deve detetar (Milano: 27-6-52, *Riv. Dir. Ind.*, 1983, II/11; Milano: 22-3-57, *Riv. Dir. Ind.*, 1957, II/139), e verificar no conjunto e não em um elemento singular (Milano: 3-6-55, *Riv. Prop. Intell.*, 1955/73; Bologna: 8-5-53, *Riv. Dir. Ind.*, 1983, II/170).

Na jurisprudência nacional — em que as discussões se têm dado mais no campo de marcas e patentes — existem já certas orientações assentadas e indiscrepantes da doutrina geral exposta.

Encontram-se, assim, diferentes julgados reconhecendo a concorrência desleal, principalmente, em ato de estabelecimento posterior à venda de negócio a terceiro, problema que se tem apresentado mais à discussão (RT 132/253; 113/641; 94/513; 110/174; 193/874; 207/238; 203/319; 248/184; 307/205; 320/534; 420/152; 421/204; e RF 210/189; 167/237; 157/190; 181/280). Também em atos de improbidade (RT 184/914) ficou reconhecida a figura.

A jurisprudência tem, na configuração da concorrência desleal, partido da premissa da confusão, desde os primeiros julgados (RT 3/411; 12/65; 46/326; 47/178) aos mais recentes (RT 393/155; 400/179; 417/158; e RF 106/290; 148/412; 182/217).

Além disso, em várias decisões, resolveu a questão da imitação, delineando os seus contornos, à luz dos princípios expostos (RT 150/59; 184/114; 201/564).

Sobressaem-se os casos de contrafação de marca (RT 8/93; 41/153; 58/98; 89/260; 83/116; 107/305; 132/619; 141/90; 369/164) e também de confusão (especialmente RT 328/176; 354/198).

Tem ainda havido discussões, com resposta positiva, quanto a denominação (RT 25/469; 49/458; 54/134; 179/183; 437/87; 480/211); a expressões e insígnias (RT 188/545); a formas com dizeres semelhantes (RT 417/158); a características iguais (RT 393/155) e mesmo quanto a sigla não registrada (RT 266/470) e a marca sem requisito de veracidade (RT 400/179), definindo-se, inclusive, as suas diferenças com relação ao estelionato (RT 428/338).

Reconheceu-se, outrossim, que não há falar em concorrência desleal se o agente luta com suas próprias forças e licitamente (RF 208/287).

Por fim, e ainda na linha da orientação enunciada, têm os nossos tribunais descaracterizado a concorrência desleal, quando inexistente confusão ou esta é impossível (RT 204/412); e quando se trata de nome genérico (RT 200/659; RT 115/319) ou vulgar (RT 115/319) ou de uso comum (RT 134/94).

Também inexistente a figura se os artigos são de classes diferentes (RF 68/65), ou diversas as atividades (RF 145/430 e RT 394/181), como na utilização de nome de cantina para estabelecimento de doce (RT 352/292).

14. *Verificação em concreto*

A verificação da existência, ou não, da figura em debate é feita, no caso concreto, pela comparação entre os produtos, ou componentes, e sempre à luz dos princípios expostos.

A atuação de "experts" definirá, na prática, os elementos de semelhança, ou dissimilaridade, existentes, para o equacionamento da questão, devendo inclusive, em seu desate, fazer-se pesquisas e colher-se impressões de consumidores, para que, ao lado de apontamentos técnicos

cos, sejam tomadas observações dos próprios destinatários dos produtos, eis que o grau de semelhança deve ser tal que induza, de pronto, o comprador à confusão.

Com efeito, a possibilidade de confusão deve existir à primeira vista; isto é, deve ser suscetível de estabelecer-se de imediato, induzindo o homem comum a inclinar-se para o produto (ou estabelecimento) concorrente.

Fora dos limites expostos, inexistirá a figura em tela, mesmo que presentes pequenos pontos de coincidência, possíveis de ocorrência dentro do infinito universo de ideias e de realizações que formam o acervo cultural comum da humanidade...

15. *Síntese conclusiva*

O princípio da livre concorrência, que governa a atividade empresarial, encontra balizas em preceitos de moral, exigidos, mesmo em textos expressos, para a perfeita higidez de seu desenvolvimento, em que avultam a honestidade e a lealdade.

Determinadas ações exurgiram, no entanto, face ao acirramento da concorrência, que, invadindo a esfera de direitos de terceiros, com prejuízos ou riscos, propiciaram a formação, para a sua proteção, da teoria da concorrência desleal, fundada no reconhecimento de direitos da personalidade (ou, mesmo, conforme outros, de propriedade).

Detetaram-se certas práticas que configuravam concorrência desleal, algumas das quais receberam tratamento legislativo expresso, inclusive sob o aspecto penal.

Pressupostos gerais para a existência de concorrência desleal — que merece ampla tutela jurídica — foram enunciados e sedimentados por doutrina e jurisprudência e ora se aceitam pacificamente, a saber: a ocorrência de simples culpa; a desnecessidade de verificação concreta de dano; e a identidade de interesses quanto ao negócio e à sua localização.

Dentre as figuras de concorrência desleal se encontra a da confusão, que pode ser entre produtos, e entre estabelecimentos, alcançando, na prática, também marcas, modelos e embalagens, desde que presente a novidade de forma.

Doutrina e jurisprudência definiram seus requisitos, a saber: preexistência do produto (ou estabelecimento); imitação servil; e suscetibilidade de estabelecer-se confusão, em concreto, tendo essa problemática sido versada em diferentes decisões de tribunais do exterior e nacionais, em que se vêm observando os pressupostos enumerados.

A verificação de existência, ou não, de confusão deve ser feita no caso concreto, à luz dos princípios expostos, e mediante a atuação de especialistas, que, por meio de pesquisas e observações dos próprios consumidores, poderão definir a questão, lembrando-se que a identificação deve ser suscetível de ocorrência à primeira vista, não se perfazendo pela simples constatação de pequenos pontos de contato.

Direito de arena

ANTÔNIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da USP. Vice-Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral. Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA)

S U M Á R I O

1. **Natureza jurídica**
2. **O que é o atleta profissional: artista ou empregado?**
3. **Titularidade do direito**
4. **Limitações**
5. **Arrecadação e distribuição do direito**
6. **Desvios legislativos**
7. **Jurisprudência**
8. **Têm os árbitros de futebol participação no direito de arena?**

1. **Natureza jurídica**

Uma das inovações mais ousadas da Lei nº 5.988 é, sem dúvida, a que diz respeito ao “direito de arena”.

A matéria dedica dois dispositivos, um fixando a norma geral, outro, abrindo uma exceção.

Na conformidade do art. 100, **caput**, à entidade a que esteja vinculado o atleta pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga.

A idéia primitiva, consubstanciada no art. 191, primeira parte, do Projeto BARBOSA-CHAVES, contrariando, aliás, minha oposição formal, outorga às entidades, associações promotoras de quaisquer modalidades desportivas poderes para autorizar e receber os proventos decorrentes de transmissões, retransmissões ou fixações, por qualquer processo, de competições atléticas, assegurando-se aos figurantes do espetáculo e técnicos uma participação de 10% da importância recebida, a ser dividida proporcionalmente e igualmente, na forma em que for determinado pelo Conselho Nacional de Desportos.

Convocado a prestar meu depoimento pessoal numa eventual “ação de investigação de paternidade”, terei, não apenas de confessar, com toda humildade, minha nenhuma participação no nascimento dessa criatura, fruto exclusivo dos arroubos e dos ímpetos do Des. Milton Sebastião Barbosa, como até mesmo terei que repudiá-la com toda energia, pois, pelo meu voto, tinha sido expungida do projeto, ali vendo-se ressurgir não sei por que demoníacas artimanhas.

Não se trata, com efeito, a meu ver, de um direito de autor, e sim de outra espécie de direito de personalidade, um como que direito à própria imagem, importante, sem dúvida, nas obras cinematográficas, teatrais, coreográficas e semelhantes, mas de natureza essencialmente diferente.

Antes de um direito de autor ou de um direito conexo, teremos, nessa hipótese, um reflexo do direito de personalidade à própria imagem, de natureza essencialmente diferente daquele que interessa às obras cinematográficas, teatrais, coreográficas e semelhantes.

Manifestos os inconvenientes a que dá margem a idéia, sem dúvida sedutora, mas desconcertante, de ampliar o conceito de artista, intérprete e executante aos jogadores de futebol, de beisebol, de tênis, aos boxeurs, aos enxadristas, corredores, esquiadores, nadadores, atletas em geral, toureiros etc.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO aceita, sem entusiasmo, a inclusão do direito de arena no quadro da lei que regula os direitos autorais e os direitos conexos, ressaltando, como é óbvio, que “não há por natureza uma obra literária ou artística a que a atividade do atleta se reporte. Ele não é um intérprete, necessariamente” (**Direito Autoral**, pág. 286).

“De fato” — acompanha CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES —, “causa certa perplexidade que o legislador tenha incluído a fixação, transmissão ou retransmissão de espetáculo esportivo na área das criações do espírito, sejam elas literárias, artísticas ou científicas.” Daí a indagação, feita de forma pitoresca por HENRIQUE GANDELMAN: “Por que mesclar, numa mesma moldura jurídica, a inspiração de Jorge Amado e Picasso, as cenas de Ingmar Bergman e Marlon Brando, os sons de Stravinsky e Roberto Carlos com a beleza dos gols de Zico, a criatividade de Pelé e os lances do tenista Bjorn Borg?” (**Jornal do Brasil**, 5-10-79, pág. 11).

Também para ele o direito de arena é uma extensão do direito à própria imagem e do direito dos artistas, intérpretes ou executantes.

A atividade do atleta que participa de um espetáculo esportivo — conclui — não pode ser considerada como artística, não se cogitando, por isso, a rigor, de um direito de intérprete, embora reconheça que certos atletas “representam, na arena, verdadeiros artistas, que criam o belo, na base de seu talento e de sua capacidade de improvisação”, como exemplifica com “a beleza imorredoura do “gol de placa” de Pelé, no Estádio do Maracanã, dos dribles de Garrincha e das defesas magistrais do goleiro Gilmar”.

Encarecendo que o “direito de arena” se configura no desempenho da atividade laboral do atleta, fazendo repercutir na esfera de atuação do direito de autor, cujo escopo consiste na proteção ao valor-criação insito na capacidade intelectual, a mera prestação de um contrato de **locatio operis**, onde sequer se vislumbra qualquer caráter de intelectualismo, consigna MANUEL CAVALCANTI (**A Nova Lei do Direito Autoral e a Influência de um Longo Processo de Pretendida Atualização**):

“O legislador confundiu insolitamente o interesse econômico, que se exaure no interior da relação obrigacional e se apresenta sob a modalidade de cumprimento do contrato, com o velho e debatido direito à imagem, sacando-lhe por cima um rendimento que absolutamente não se entende com a natureza e o caráter de direito de autor. Ainda quando o quiséssemos afeiçoar a um direito conexo, a fim de dar-lhe guarida no contexto autoralístico, estaríamos alargando o campo de abrangência de propriedade imaterial para incluir corpo estranho no sistema orgânico da especialidade.”

2. O que é o atleta profissional: artista ou empregado?

O fato da Consolidação das Leis do Trabalho não ter regulamentado a profissão do atleta ocasionava dúvidas doutrinárias e vacilações jurisprudenciais nem sempre fáceis de resolver. Foi a Lei nº 6.354, de 2-9-76, que veio regulamentar as relações empregatícias entre o atleta profissional de futebol e as associações.

Considera atleta profissional o art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 77.774, de 8-6-1976, que regulamenta a Lei nº 6.269, de 24-11-1976, que instituiu sistema de assistência complementar ao atleta profissional, aquele que, mediante remuneração a qualquer título, faça do desporto sua atividade principal, entendendo-se por desporto a atividade como tal definida na referida lei.

Por outro lado, a Deliberação nº 7, de 20-6-1980, do Conselho Nacional de Desportos, DOU, de 17 do mês seguinte, págs. 14.321-14.324, considera, art. 1º e seu parágrafo, atleta amador de futebol aquele que pratica o

desporto sem receber, direta ou indiretamente, qualquer forma de remuneração ou recompensa de ordem material, observada a regulamentação da Fédération Internationale de Football Association.

Não tem, porém, na conta de remuneração ou recompensa o auxílio dado para ressarcimento de despesas com alimentação e transporte, desde que de importância mensal não superior a um salário mínimo regional.

J. ANTERO DE CARVALHO (*Direito e Jurisprudência do Trabalho*, pág. 131) comenta decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, apreciando reclamação suscitada contra o América F.C., equiparou o atleta profissional aos empregados que só tenham exercido cargo de confiança, aos quais a lei não dá estabilidade, mas determina o pagamento de indenização simples quando despedidos sem justa causa e desde que contem mais de 10 anos de serviço na mesma empresa.

Em outra reclamatória em que figurou como reclamado o São Cristóvão F. e Regatas, todavia, o mesmo Tribunal, em acórdão da lavra do Ministro RÔMULO CARDIM, já proclamava ser necessário "que uma legislação especial venha amparar esses profissionais que consomem as suas energias físicas na prática de uma profissão esgotante".

Manifesta-se de acordo JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA ("O Atleta Profissional — Artista ou Empregado de Confiança", *Tribuna da Justiça* de 30-12-1964): o que pedia o recorrente era a soma do período descontínuo para pagamento de indenização sobre onze anos de trabalho. A lei dispõe em sentido contrário, dizendo que os períodos de trabalho dos artistas e congêneres não se somam.

ANTERO DE CARVALHO conclui que "a eles (aos atletas) aplicam-se o preceito do art. 507 da Consolidação, porque exercem atividade congênera à exercida pelos artistas em geral".

Aponta o articulista as conseqüências de notável importância que traz a questão: "se artistas, os atletas não gozarão do benefício de verem somados os períodos descontínuos de trabalho. Se empregados de confiança, ficarão desprotegidos do instituto da estabilidade, mas terão direito a indenizações.

Que sua atividade implica na verificação de condições estranhas ao direito do trabalho, não se discute. A exibição nos campos de atletismo faz a delícia do público que o consagra como um artista. Mas, do "passe" obtém o clube empregador rendimentos, colocando o atleta, não mais como um empregado, mas como um artigo de compra e venda. Sua absoluta submissão aos Tribunais de Esportes ocasiona-lhe, às vezes, suspensões desconhecidas pela Consolidação e multas odiosas".

Já reconheceu o Tribunal Superior do Trabalho competência da Justiça do Trabalho para a apreciação de litígios oriundos do atletismo, com-

petência instituída por motivos de ordem pública que não pode ficar a depender de uma Justiça de Esportes. (**O Direito do Trabalho nos Tribunais**, J. ANTERO DE CARVALHO, págs. 208 e 209).

Também o Supremo Tribunal Federal proclamou os atletas profissionais equiparados aos artistas de teatro e congêneres (**Direito Individual e Coletivo do Trabalho**, L. R. DE REZENDE PUECH, pág. 244).

Entende, igualmente, o brilhante Procurador da Justiça do Trabalho da Segunda Região que “têm os atletas, na órbita do direito do trabalho, posição entre os congêneres dos artistas.

Somados os períodos de serviço, se resultam mais de dez anos, têm estabilidade.

Sequer sofrem as restrições do art. 507, parágrafo único, as quais nem abrangem o art. 492, nem a eles se referem” (*op. cit.*, pág. 247).

Por sua vez, NÉLIO REIS ensina que dentre os congêneres de artistas de teatro se encontram os atletas profissionais (**Contratos Especiais de Trabalho**, pág. 76).

E assim permanece o impasse, enquanto o Anteprojeto de Código do Trabalho apresentado pelo professor EVARISTO DE MORAES FILHO (DO de 23-4-1963, Suplemento ao nº 76) enfrenta a questão, deslindando-a de vez: nem artista, nem empregado de confiança, mas trabalhador *sui generis*, a merecer regulamentação especial.

Por isso, apesar de restringir a regulamentação, exclusivamente, aos jogadores de futebol, faz exigir contrato escrito que não poderá ultrapassar dois anos; estabelece horário de trabalho que será de 48 horas semanais, limitando o prazo para excursões em noventa dias e, dirimindo a controvérsia delineada, estabelece que “o atleta profissional que contar mais de 10 anos de serviço terá direito a todas as vantagens que o Código do Trabalho garante ao empregado estável, menos reintegração” (art. 536). Quer dizer, menos estabilidade.

E alonga-se, prevendo as figuras das “transferências” (que serão reguladas pelas leis desportivas), do “passe” (a importância devida pelo empregador a outro, pela cessão do atleta, haja ou não extinção do contrato), das “luvas” (importância paga ao empregado pela assinatura do contrato).

Permite a aplicação de penas, mas não as de caráter pecuniário, tão comuns hoje em dia.

Estabelece a competência da Justiça do Trabalho para a solução das controvérsias que surgirem, mas, tão-somente, depois de esgotadas as instâncias da justiça desportiva.

“Em suma” — conclui JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA — “con-sagra a equiparação do atleta ao empregado de confiança, concedendo-lhe

o direito de verem somados os períodos descontínuos de trabalho, sem, no entanto, ensejar a estabilidade”.

Lamenta apenas que cuide só do jogador de futebol, esquecendo outras categorias de atletas, já, hoje, em pleno profissionalismo. Pena maior, entretanto, admitir a figura do “passe”, meio de o empregador auferir vantagens pecuniárias pela venda de um objeto, que é sujeito de relação de emprego, e, mais, um ser humano.

3. Titularidade do direito

Cabe, pois, nos termos do art. 100, o direito de arena não ao atleta, mas “à entidade a que esteja vinculado”.

Considera JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO (“A tutela da imagem nas transmissões esportivas”, **O Estado de S. Paulo** de 21-2-1980) ter sido pragmático o legislador ao dispor que é à entidade a que esteja vinculado o atleta que pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão do espetáculo, não, pois, ao atleta diretamente: a anuência dos atletas todos de um time de futebol, por exemplo, poderia se tornar problemática. Na prática, se exigida, talvez se tornasse inoperante em favor do atleta que, tratando diretamente com o interessado na fixação ou transmissão, não teria, freqüentemente, condições de lidar com este de igual para igual, principalmente porque dividido ou apartado de seus companheiros.

Em brilhante artigo (“Televisão, Futebol e a Lei municipal nº 4.007”, **O Estado de S. Paulo** de 12-2-1961) teve oportunidade de consignar JOSÉ FREDERICO MARQUES ser sabido que a televisão diminui a assistência aos campos de futebol, com visível prejuízo financeiro para os clubes que tão grandes verbas despendem a fim de manter seus quadros de futebol profissional.

Esses clubes precisam de sólida receita para atenderem aos gastos elevados de suas folhas de pagamento. E uma de suas fontes de receita é justamente a renda das partidas amistosas, ou de campeonato, ou de torneios.

Evidente, assim, que televisadas essas partidas e competições, a renda decresce, ao mesmo tempo em que centenas de espectadores, em frente ao vídeo, assistem, sem pagar um real, a empolgantes disputas futebolísticas.

A ocorrência desse fenômeno de diminuição de renda verifica-se em toda parte (cf. FRANÇOIS HEPP, **Radiodiffusion, Télévision et Droit d’Auteur**, 1958, pág. 49).

E embora tal fato seja notório e incontroverso, nunca é demais, e tampouco impertinente, lembrar o que foi dito em um julgado da Corte de Baltimore, de que se apresenta como incontestável “que a radiotelevisão dos espetáculos esportivos faz decrescer o número dos espectadores que

pagam” (cf. HERMANO DUVAL, *Direitos Autorais nas Invenções Modernas*, 1956, pág. 257, nota 358).

É que surge o que os franceses denominam de “le public inconnu”, o qual se locupleta, nos espetáculos de televisão, às expensas dos clubes que tantos gastos fazem para a manutenção de suas turmas esportivas.

E como é praticamente impossível cobrar de cada um o programa futebolístico que a televisão proporciona, a providência preconizada consiste em auferir-se da estação televisora o pagamento do prejuízo resultante da atividade que ela desenvolve, tanto mais que programas esportivos de tal natureza são, geralmente, pagos por patrocinadores (cf. FRANÇOIS HEPP, *op. cit.*, pág. 88).

Considera, portanto, que a estação de televisão de nenhum direito próprio é titular para poder exigir que não se lhe impeça a transmissão de partidas futebolísticas.

“Os clubes de futebol, estes sim, é que se apresentam como portadores do que a técnica jurídica americana denomina de “direito à arena”, conceituando como direito de propriedade (property right), em favor “do empresário de espetáculos públicos, do proprietário, arrendatário ou concessionário de praça desportiva, do promotor do espetáculo ou peleja, luta ou combate, contra a radiodifusão não autorizada. O dono do campo (the owner of the arena), ou que o arrenda para competições esportivas é que pode impedir que estas sejam televisadas” (Cf. H. DURVAL, *op. cit.*, pág. 259).

Mas a introdução do direito de arena se fez na legislação brasileira, conclui JOSÉ GERALDO DE JOCOBINA RABELLO, para beneficiar o atleta.

Teria sido interessante que a lei houvesse encaminhado parte dos “direitos de arena” para os clubes a que pertencem os atletas? Entende que o legislador destinou às entidades a que estão filiados os atletas não apenas uma parte, mas a maior parte do que sempre possam vir a arrecadar com o “direito de arena”.

Com efeito, a lei dispõe que 20% do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo, “salvo convenção em contrário” (art. 100, parágrafo único).

“Então, embora agentes do espetáculo, diretamente, a maior parte do que fosse arrecadado como direito de arena ficaria com a entidade a que filiados, não com os atletas, a menos que estes, pessoalmente, ou por meio de seus sindicatos, impusessem aos clubes, por convenção, uma maior participação sua no preço da autorização.

E claro fica, tendo em conta a finalidade da lei ao instituir o “direito de arena”, que os atletas não deverão concordar nunca

com distribuição a eles de menos do que o mínimo fixado pelo legislador. Os clubes já se beneficiam da repartição de rendas com a venda dos ingressos para o espetáculo.

A participação das entidades a que estão filiados os atletas no “direito de arena” encarecerá sempre o custo da fixação ou transmissão do espetáculo. Isso poderia desanimar eventual interessado na fixação ou transmissão do espetáculo desportivo.”

“A imagem” — conclui — “é “gerada” pelo atleta, não pela entidade a que filiado o atleta. Com o primeiro, principalmente, deveria ficar a vantagem decorrente do “direito de arena”, direito que não alcança apenas jogador de futebol, mas qualquer atleta. A lei não distingue quanto à natureza da prática desportiva. Agora, é esperar os resultados da lei tudo o que importa. Os tribunais judiciais, possivelmente, terão muito que decidir a respeito.”

4. Limitações

O art. 101 da Lei nº 5.988 exige de aplicação o dispositivo anterior à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos, para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema, ou televisão.

A empresa de TV que fixa esses momentos, num espetáculo esportivo, e os transmite e retransmite, para o Brasil e para o mundo, recebendo vultosas importâncias de seus patrocinadores, está, assim, se aproveitando — observa CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES — da atividade alheia, que, por conseguinte, deve ser convenientemente remunerada.

A ressalva acompanha o princípio do art. 10, *bis*, da Convenção de Berna, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 75.699/75; não constitui violação ao direito de arena: trata-se de irradiação, filmagem ou televisualização a título de **atualidades**.

Qualifica o referido, JOSÉ GERALDO JOCOBINA RABELLO, de singular o modo pelo qual o legislador brasileiro disciplinou o “direito de arena”, sobretudo porque não se olvidou do interesse social que envolvia a matéria no que diz respeito às limitações ao direito da personalidade:

“Como se dá o direito à imagem, de que o “direito de arena” é espécie, este fica sujeito às chamadas “limitações” que envolvem o primeiro, independentemente de expressa previsão legal.

Uma fixação, *v. g.*, de espetáculo desportivo público, ainda que com entrada paga, não pode ser impedida, em face de um interesse da Justiça, ou didático ou cultural.”

E, como resulta, **a contrario sensu**, da leitura do citado art. 100, se se tratar de espetáculo desportivo público, mas não com exigência de paga-

mento pela entrada, a fixação, transmissão ou retransmissão será livre e sem contraprestação à entidade a que esteja vinculado o atleta. Isto é, essa entidade não apenas pode proibir a filmagem, transmissão ou retransmissão do espetáculo, como nada poderá cobrar de pessoa ou empresa que o faça.

“Por outro lado, o disposto no art. 100 não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos, para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão, em conformidade com o previsto no art. 101 da lei.

Quanto a esta parte, deve-se reconhecer que era o mínimo que o legislador poderia fazer. Com a técnica de hoje em dia não basta o órgão noticioso informar, mas também “ilustrar” o acontecimento. Vedar uma fixação de imagem de espetáculo desportivo destinada a uma ilustração de notícia poderia significar o mesmo que uma espécie de restrição ao direito de informação.”

Verifica VIEIRA MANSO que essa abertura para a informação se presta, apenas e exclusivamente, para a imprensa televisual e cinematográfica, ficando de lado a radiofônica e a escrita.

“Não se pode dizer que o texto seja também aplicável à imprensa radiofônica, porque esta não realiza, como regra geral, propriamente, uma fixação do espetáculo, mas faz uma reportagem deste, descrevendo-lhe todos os passos.

De que forma o rádio poderá valer-se dessa prerrogativa, para fixar apenas três minutos, livremente, isto é, sem obrigar-se a pagar direitos de transmissão, ou sem ter de pedir autorização à entidade que detenha esses direitos? E qual será a empresa que deslocará toda uma equipe de técnicos, repórteres etc. para transmitir apenas três minutos de um espetáculo esportivo? Por outro lado, a exceção não se aplica, de forma alguma, à imprensa escrita, porque esta não tem qualquer condição de “fixar em três minutos”, qualquer parte do espetáculo. Será que, por isso, a imprensa escrita deverá pagar para fotografar os espetáculos esportivos?”

5. Arrecadação e distribuição do direito

Dispõe o parágrafo único do art. 100 da Lei nº 5.988 que, salvo convenção em contrário, 20% do preço da autorização serão distribuído, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

Aquele “salvo convenção em contrário” denota regra de caráter supletivo que presume ausência de entendimento entre as entidades desportivas e os atletas de sua equipe e que tenham tomado parte do espetáculo.

Trata-se de problema que não encontrou ainda solução adequada, apesar da sua inegável importância.

Em entrevista concedida a **Educação Física e Desportos**, nº 47, 1981, págs. 11-12, reconheceu José Carlos Costa Netto, Presidente do CNDA, que atualmente o direito de arena tem sido apenas parcialmente cumprido. Há uma tônica nas autorizações feitas diretamente pelos clubes, mais em futebol do que nas áreas de atletismo, onde a situação é ainda mais grave, no sentido de que direito de arena é somente direito de autorizar a transmissão direta do espetáculo desportivo.

“Não se pensa na mera fixação, nem tampouco na retransmissão de eventos (vídeo-teipes) ou mesmo transmissões simultâneas para locais diversos ao da realização do evento.

Se isso ocorre na área de futebol, podemos imaginar na das demais atividades esportivas, onde a situação está ainda mais precária.

Por outro lado, ainda não é do conhecimento do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) que, mesmo nas transmissões diretas, sejam distribuídos entre os atletas participantes do espetáculo os 20% do montante cobrado pelos clubes. É uma deficiência total.

As atividades diretas das entidades a que se vinculem atletas na arrecadação, controle, fiscalização e na distribuição dos 20% propiciam que, por terem mais poder junto aos veículos de radiodifusão, os clubes maiores tenham chance de autorizar as transmissões diretas, no local do evento. O mesmo não ocorre com as agremiações pequenas, que não têm essa chance, muitas vezes nem mesmo em relação à transmissão direta para o local de realização do espetáculo.

Assim, o direito de arena não está sendo exercido na sua amplitude, posto que não há controle das entidades de atletas de pequeno ou grande porte, em relação à fixação, transmissão direta para os locais que não o da realização do espetáculo, bem como a retransmissão (vídeo-teipe) dos espetáculos esportivos.

No entanto, na transmissão ou retransmissão de eventos esportivos, principalmente com relação à televisão, as emissoras **faturam** em cima desses programas, que não são nada mais, nada menos, que a simples reprodução visual do espetáculo. Desse faturamento, que é substancial, nada recebem os clubes e demais entidades a que se vinculem os atletas e muito menos os participantes do espetáculo que gerou aquele lucro para as emissoras.”

Considerando este último tópico como grave acusação às emissoras de radiodifusão e entidades esportivas por prática de atos ilícitos, LUIZ EDUARDO BORGERTH, presidente em exercício da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), encaminhou, em data de 2-10-1981, ao editor responsável daquela Revista ofício considerando es-

pantoso que se possa imaginar que a televisão brasileira transmita, ao vivo ou por vídeo-teipe, eventos esportivos sem autorização dos clubes ou entidades, gratuitamente e que as entidades responsáveis pelos eventos elidam a parte dos atletas.

Para informação dos leitores do periódico e autoridades, apresenta os seguintes valores arrecadados a título de direito de transmissão pelo campeonato nacional e pelos amistosos da seleção nacional, pagos pela televisão brasileira nos 16 meses anteriores:

Cr\$		
1 — Jogos da Seleção:	91.544.027,00	(negociados e pagos pela ABERT)
2 — Campeonato Nacional:	72.255.800,00	(condições negociadas pela ABERT)
3 — Jogos Avulsos:	60.000.000,00	(negociados e pagos pelas emissoras)
num total de:	223.799.827,00	

Nota que tais valores constituem apenas a parte negociada através da ABERT e pela ABERT, como é o caso dos jogos do selecionado brasileiro, cujos direitos são adquiridos pela ABERT à CBF.

Os jogos adquiridos individual e particularmente pelas emissoras são objeto de uma estimativa. Os realizados fora do Brasil ou entre equipes estrangeiras não estão relacionados, de maneira que o total geral será bem maior do que o reproduzido.

Anexa relação dos jogos do selecionado brasileiro, com os valores cobrados pela CBF por direitos de transmissão de jogos da seleção brasileira, durante 1980 e 1981 até 28-9-81.

1980

		Cr\$
1 — Jogo Brasil x Sel. Novos, Rio de Janeiro, 2-4-80	=	700.000,00
2 — Jogo Brasil x Sel. Mineira, Brasília, 1-5-80	=	700.000,00
3 — Jogo Brasil x México, Rio de Janeiro, 8-6-80 ..	=	2.000.000,00
4 — Jogo Brasil x Rússia, Rio de Janeiro, 15-6-80 ..	=	2.000.000,00
5 — Jogo Brasil x Chile, Belo Horizonte, 24-6-80 ..	=	2.000.000,00
6 — Jogo Brasil x Polônia, São Paulo, 29-6-80	=	2.000.000,00
7 — Jogo Brasil x Uruguai, Fortaleza, 28-8-80	=	2.250.000,00
8 — Jogo Brasil x Paraguai, Assunção, 25-9-80	=	2.759.427,00
9 — Jogo Brasil x Paraguai, Goiânia, 30-10-80	=	2.350.000,00
10 — Jogo Brasil x Suíça, Cuiabá, 21-12-80	=	2.350.000,00
SOMA	=	19.109.427,00

	Cr\$
1 — Jogo Brasil x Chile, R. Preto — SP, 14-3-81 ..	= 7.358.000,00
2 — Jogo Brasil x Bolívia, Rio de Janeiro, 22-3-81	= 7.506.000,00
3 — Jogo Brasil x Venezuela, Goiânia, 29-3-81	= 7.653.000,00
4 — Jogo Brasil x Inglaterra, Londres, 12-5-81	= 6.508.000,00
5 — Jogo Brasil x França, Paris, 15-5-81	= 6.635.200,00
6 — Jogo Brasil x Alemanha, Stuttgart, 19-5-81 ...	= 6.774.400,00
7 — Jogo Brasil x Espanha, Salvador, 8-7-81	= 6.000.000,00
8 — Jogo Brasil x Chile, Santiago, 26-8-81	= 12.000.000,00
9 — Jogo Brasil x Irlanda, Maceió, 23-9-81	= 12.000.000,00
SOMA	= 72.434.600,00

Oferece igualmente, como ilustração, uma cópia do “Controle de Televisão” da CBF que demonstra, exatamente ao contrário daquelas declarações, o controle das emissões por televisão.

Esclarece, ainda, que a maioria esmagadora dos jogos do campeonato nacional não pode ser transmitida, por proibição imposta pelos próprios clubes e federações que não permitem transmissões para locais onde estejam sendo realizados, localmente, jogos do campeonato. Isto acontece praticamente em todas as rodadas ficando disponíveis apenas praças de menor importância para a transmissão por televisão. Uma melhor disposição da tabela faria crescer, consideravelmente, esta importância.

Por outro lado, seriam também falsas as acusações às entidades esportivas de não distribuírem a parte que cabe aos atletas.

A CBF, notadamente, paga a parte dos direitos que cabe ao atleta quando o jogador se apresenta para o compromisso seguinte, sem qualquer dedução, por administração, gastos de cobrança, ou quaisquer outros que reduzam o valor a ser recebido, como faz o ECAD.

Mas está justamente nessa distribuição a maior dificuldade, o verdadeiro desafio.

“Se um atleta de renome (e, portanto, em condições de negociar índice de sua participação no preço das autorizações)” — consigna VIEIRA MANSO — “fixar, em seu contrato, outra taxa maior que a da lei, como poderá esse contrato ser oposto à Federação que é detentora do direito de transmissão? E, ainda que isso seja possível, como fixará a igualdade de distribuição que o Projeto determina seja observada?”

Por outro lado, havendo substituição de atletas, no transcorrer de uma partida, deveriam mesmo todos os participantes

receber quantias iguais, tanto os que tiverem tido uma atuação por todo o tempo, como os que participaram apenas de parte do espetáculo?

Essa participação, em igualdade com os demais atletas, não apenas será exagerada em relação ao substituto, como determinará uma divisão entre maior número de participantes e, portanto, uma diminuição da verba que caberia aos jogadores que tivessem tido todo o tempo de jogo.

E mais: não definindo o que seja atleta, para os fins dessa participação, poder-se-ão excluir daquela remuneração o massagista, o roupeiro, o técnico e os atléticos catadores de bolas (que a linguagem esportiva está chamando de "gandulas")?

E os atletas reservas que, a despeito de não terem tido uma participação ativa e direta no espetáculo, terão sido um dos elementos de possibilidade de sua realização (ainda mais que, nos intervalos dos jogos, costumam dar verdadeiros espetáculos de "bate-bola")?

Indagado do encaminhamento que poderia ser dado ao assunto para garantir o cumprimento da lei, considerou COSTA NETTO, em prosseguimento à entrevista, ter ficado claro que as entidades desportivas não conseguiriam organizar e manter um sistema próprio e individual de arrecadação, controle, fiscalização e distribuição (esta em relação aos 20%).

Assim, a exemplo de outras áreas, como dos compositores, autores teatrais, músicos, intérpretes, atores, radialistas etc., recomenda que essas entidades se agrupem numa associação específica para a arrecadação dos direitos de arena, que poderia, como as já existentes nas outras áreas, utilizar-se do potencial do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD, de âmbito privado, que tem como finalidade única a arrecadação e distribuição de direitos autorais, que já possui uma estrutura capaz de atuar em todo o território nacional.

6. Desvios legislativos

De acordo com o art. 1º do Decreto federal nº 21.111, de 1º-3-1932, a radiotelevisão constitui "serviço de radiocomunicação". E o art. 4º do citado decreto estatui: "São da exclusiva competência da União os serviços, de radiocomunicação no território, nas águas territoriais e no espaço aéreo nacionais, ficando sob sua imediata dependência toda e qualquer legislação sobre os mesmos serviços." A radiodifusão "é um serviço público, da competência da União", que pode, no entanto, ser exercido por empresas particulares, mediante autorização ou concessão. Considerações análogas expendeu, na Câmara Federal, o então Deputado Afonso Arinos (cf. nosso **Direito Autoral de Radiodifusão**, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 126 e 127).

Veza por outra, no entanto, o legislador estadual ou o municipal esquece essa orientação, emanando disposições que pecam, desde logo, pela sua inconstitucionalidade.

Assim, a Lei do Município de São Paulo nº 4.007, de 4-1-1951, obrigou "as entidades, clubes e associações que promovam competições ou espetáculos esportivos, no Município da Capital, mediante pagamento de entradas, vendas de **poules** ou talões de aposta, a permitir, no uso de um direito próprio da imprensa, da radiodifusão e radiotelevisão, a irradiação dos espetáculos e das competições diretamente dos locais onde eles se realizam".

Como alguns clubes pretendessem que as estações de televisão pagassem as transmissões das partidas de futebol, foi impetrado interdito proibitório com o fito de tais transmissões não serem impedidas pelas entidades futebolísticas da Capital.

O então juiz José de Castro Duarte negou a liminar, o que levou a estação televisora, que requerera o interdito proibitório, a desistir de prosseguir na ação.

A decisão foi objeto do aludido lúcido e erudito comentário de JOSÉ FREDERICO MARQUES, demonstrando ser evidente que nenhuma ação podem intentar as estações de televisão, com base e fundamento no citado diploma legislativo, pois que ao Município não cabe legislar sobre "radiodifusão e radiotelevisão", por tratar-se de serviço público federal que somente funciona, ou por concessão ou por autorização da União, conforme o que claramente deflui do art. 5º, nº XII, (hoje art. 8º, XV, a) da Constituição federal.

Lembra que quando se discutia, na Câmara Municipal de São Paulo, o projeto de que resultou a Lei nº 4.007, ANTAO DE MORAES teve ocasião de elaborar parecer contra as normas desse projeto, em que mostrava não apenas que cabe à União, privativamente, legislar sobre a radiocomunicação, como ainda, que a Câmara Municipal não tem competência para disciplinar relações entre entidades esportivas e as estações de rádio, por refugir tal matéria da esfera de seu poder de polícia (cf. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 27, pág. 391).

Considera um absurdo que o legislador municipal pretenda estabelecer normas sobre relações jurídicas entre duas esferas de interesses subjetivos particulares, quando problemas dessa ordem devem ser resolvidos, no plano legislativo, tão só pela União.

O poder municipal não cria direitos subjetivos de uma empresa particular contra entidades também particulares. Exdrúxulo é, portanto, que a Lei nº 4.007 venha falar em direito próprio de estação de televisão em face de "entidades, clubes e associações" desportivas.

Não compete ao Município regular o serviço de televisão e, muito menos, criar vínculos obrigacionais e direitos subjetivos entre sujeitos de direito, sobretudo em esfera predominantemente patrimonial.

Ao demais, segundo o articulista, a própria União estaria impedida de impor limitações dessa ordem às entidades do futebol, porquanto, assim agindo, iria infringir preceitos constitucionais sobre a garantia do direito de propriedade.

A Lei municipal nº 4.007, além de invadir terreno que não é da área normativa do Município, ainda o fez para inverter os termos da relação jurídica, conferindo direito subjetivo a quem não o possui, e criando obrigações e ônus para entidades, que, ao revés, por estarem em seus domínios, titulares é que são de direitos e faculdades pela ordem jurídica assegurados.

Todavia, para não se ir ao extremo de considerá-la de todo inoperante, ineficaz e sem lastro jurídico, como diploma legal, pareceu-lhe que a Lei nº 4.007 pode ser entendida como determinando que os espetáculos esportivos sejam transmitidos do local onde se realizam, quando a estação de televisão, por contrato, negócio jurídico ou convenção, tiver direito à transmissão do jogo ou partida.

Isto se circunscreve ao exercício do poder de polícia do Município, pois consiste em fixar o lugar da transmissão, a fim de atender aos reclamos da ordem pública.

O que se não pode, de maneira alguma, reconhecer ao Município é o poder de legislar sobre o assunto para conferir direitos subjetivos à televisão contra os clubes de futebol.

Deduz, do exposto, que a Lei nº 4.007 não confere direito algum às estações televisoras, pois que não se pode dar caráter constitutivo de direito subjetivo a uma lei municipal dessa ordem. Ali se pressupõe a existência desse direito, quando emanado de convenção ou ato jurídico, para o fim de regulamentar-se o local de onde obrigatoriamente deva ser transmitida e televisada a competição esportiva. Se a estação televisora não adquirir esse direito, por negócio jurídico regular com o titular do direito à arena, isto é, com os clubes empenhados na disputa futebolística, podem estes legitimamente impedi-la de transmitir a competição.

Tinha razão RENÉ SAVATIER ao lembrar que diante “de la puissance démesurée des techniques modernes de diffusion”, complexas questões surgem no campo do direito, que esforços exigem do jurista, obrigando-o “d’être sans cesse tenu en haleine par des problèmes nouveaux (*Les Métamorphoses du Droit Privé d’Aujourd’hui*, 1959, vol. II, págs. 273 e 301).

Sem embargo, nova tentativa foi ensaiada pelo Prefeito Faria Lima que determinou a aplicação da Lei nº 4.007, “não se sabendo a que título não era aplicada”.

Solicitaram os clubes liminar de segurança contra o televisoramento das partidas de futebol no Pacaembu, que foi negada pelo Des. Geraldo Gomes Correa, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, aos 22-7-1965, afirmando que não se fez prova nos autos do ato do Prefeito e, dessa forma, não pode ser ele submetido ao exame judicial.

As emissoras de TV informaram oficialmente, todavia, que não transmitiriam o jogo Palmeiras x Portuguesa:

“As emissoras de televisão desta Capital, canais 2, 4, 5, 7 e 9, assistidas pela Associação das Emissoras de São Paulo e pelo Sindicato das Empresas de Radiodifusão do Estado de São Paulo, sem que importe em renúncia a qualquer direito, inclusive o respeito que devem ao público telespectador, mas com o objetivo de manter um clima de serenidade para os entendimentos que se processam entre o Dr. Paulo Machado de Carvalho — representante autorizado das signatárias — e o Deputado João Mendonça Falcão — presidente da Federação Paulista de Futebol — tornam público que não será televisorada diretamente, neste próximo domingo, qualquer partida de futebol promovida por aquela Federação no Estádio Paulo Machado de Carvalho (Pacaembu)”.

A Lei nº 9.455, de 23-6-1966, do Estado de São Paulo, autorizou o Executivo a adquirir, pelo preço de 1 bilhão e meio de cruzeiros, da Associação das Emissoras de São Paulo e da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, os “vídeos-teipes” de todos os jogos relativos ao campeonato mundial de futebol, a se realizarem na Inglaterra, bem como das partidas que a seleção brasileira disputasse na Europa, antes daquele campeonato, com direito exclusivo de sua exibição em território nacional. Os “vídeos-teipes” adquiridos seriam de propriedade do Estado e ficariam sob a guarda da Secretaria do Governo que, mediante convênio com aquelas entidades, os cederia às emissoras nacionais de televisão, que poderiam promover, dentro e fora do Estado, as medidas necessárias para proporcionar patrocinadores das exibições, devendo o produto das transações ser recolhido aos cofres do Estado.

Um grupo de estudantes de direito, entendendo que esse diploma legal havia propiciado grave lesão aos cofres públicos, ajuizou ação contra a Associação das Emissoras de São Paulo, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão e o Governador do Estado, Laudo Natel, este excluído do processo por decisão judicial.

Julgando o caso, a 5ª Câmara Civil do tribunal fulminou três verbas que não se enquadravam na lei ou que eram exorbitantes: a) 60 mil cruzeiros, pelo televisoramento dos treinos da seleção realizados no Brasil; b) 50 mil cruzeiros para “despesas de promoção”, item considerado exorbitante; c) e Cr\$ 470.400,00, correspondente a 500 rolos de “vídeo-teipe” que não foram adquiridos — tudo no total de Cr\$ 580.400,00, quantia a ser restituída ao Tesouro do Estado.

Dos autos consta officio do presidente da Associação das Emissoras de São Paulo, dizendo que todo o numerário recebido fora remetido à Grã-Bretanha, não tendo as associações do rádio e televisão recebido e, pois, contabilizado qualquer quantia (**O Estado de S. Paulo**, 12-10-1974).

7. Jurisprudência

Localiza CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES uma das primeiras tentativas de fazer valer o direito de arena no ano de 1939.

O clube Palestra Itália, de S. Paulo (hoje Palmeiras), celebrou um contrato com a emissora Rádio Cruzeiro do Sul S/A, dando-lhe o direito exclusivo de transmitir jogos, treinos, competições esportivas ou de qualquer natureza que se realizassem em seu campo. Apesar desse contrato e de notificação judicial feita às demais emissoras paulistas, algumas delas conseguiram transmitir um jogo de futebol de que participou o clube Palestra Itália, através do expediente da construção de torres fora do campo em que se desenvolveu o jogo (cf. HERMANO DUVAL, **Direitos Autorais nas Invenções Modernas**, pág. 257).

Nos Estados Unidos, após uma decisão pioneira por parte de uma Corte Federal da Pensilvânia — adita —, foi reconhecido o direito de arena em favor do empresário de espetáculos públicos, do proprietário ou arrendatário de praça desportiva contra a radiodifusão não autorizada.

Com o advento da televisão e, mais particularmente, com a utilização dos satélites de comunicação, o problema da proteção aos espetáculos desportivos para evitar sua exploração comercial não consentida se tornou mais agudo, justificando a iniciativa de Milton Sebastião Barbosa, que resultou no art. 100 da Lei nº 5.988.

Jairzinho, conhecido jogador do Botafogo, campeão mundial, foi colhido de surpresa ao ler o jornal vendo a sua imagem, de corpo inteiro, publicada vistosamente, com um texto publicitário de determinada empresa.

Anteriormente, havia autorizado, através de uma empresa de propaganda, a utilização da sua fotografia, em anúncio a ser divulgado por outra indústria.

Por isso, procurou informar-se se a autorização abrangia a segunda empresa e, como a conclusão fosse negativa, propôs ação contra a firma, reclamando dela o pagamento da indenização a que se achava com direito.

A defesa girou em torno de dois pontos fundamentais: inexistia impedimento legal, para que utilizasse a fotografia do jogador, pois se tratava de pessoa consagrada no mundo esportivo, cuja imagem já era de domínio público.

Não havia, no caso, um direito ao recato, que merecesse tutela. Se a publicação não era ilícita, daí não podia decorrer direito a indenização alguma.

Em segundo lugar, fizera contrato com uma empresa de propaganda e, assim, se algum responsável houvesse, seria esta e não ela, indústria, cujo produto estava sendo divulgado.

O segundo argumento foi repellido pela Justiça, com a ponderação de que a interessada havia feito contrato escrito com a agência, em que se incluía a divulgação da fotografia do jogador. A sua responsabilidade, portanto, era incontestável.

Reconheceu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do antigo Estado da Guanabara (Apelação Cível nº 24.294, *Diário da Justiça*, de 14-1-1974, pág. 9) o direito que tem a pessoa, cujo nome ou imagem são usados, sem seu consentimento, por qualquer meio de comunicação, para fins de propaganda, de receber indenização, em cujo cálculo deverão ser considerados os valores usuais em contratos dessa natureza.

Esse direito à imagem, de que era titular o jogador, é reconhecido e tutelado pelo nosso ordenamento jurídico.

Sem dúvida, a simples divulgação de fotografias de pessoas largamente conhecidas, prescinde da autorização.

Mas “uma coisa é a fotografia de um campeão, emoldurada pelo noticiário da página esportiva de um jornal, e outra coisa é a reprodução de tal imagem, com o nome do atleta, junto a uma mensagem publicitária”.

No primeiro caso, efetivamente, a autorização não é indispensável, mas o é no segundo.

A única objeção diz respeito à cominação nos “valores usuais em contratos dessa natureza”.

Tais condenações não têm apenas finalidades indenizatórias, e sim, também, premonitórias.

Mandar pagar o preço usual da praça é prescindir do consentimento do interessado, é incentivar os transgressores da lei, que, podendo pagar esse montante, depois de uma demanda que levará sempre de um a dois anos para ser solucionada, preferirão arriscar-se a não entrar em entendimento, na esperança de que o interessado não tome conhecimento da transgressão ou, dela conhecedor, não tenha disposição para enfrentar os percalços e as demoras de uma demanda.

O pagamento em dobro, em triplo ou mais ainda, é que seria um argumento dissuador de primeira ordem.

Foi justamente o que argumentou o mesmo Jair Ventura Filho ao apelar da sentença que, em outro caso, havia condenado a Siemens do Brasil S.A. a pagar-lhe uma indenização de apenas Cr\$ 11.000,00, que pediu fosse elevada, no mínimo, para Cr\$ 69.000,00, levando-se em conta outro con-

trato, com Alpargatas, para publicidade **regional**. No caso da ré, houve publicidade **nacional** comprovada, tendo havido talvez publicidade de âmbito mundial, sendo assim mesquinha a indenização arbitrada, normalmente porque no caso de Alpargatas houve o consentimento das partes e no caso da ré ocorreu o que o autor considera um esbulho, suscetível de uma indenização quatro vezes maior do que a de um pagamento convencional e lícito. Se não adotado esse critério, pediu que se aceitasse a média dos laudos: Cr\$ 171.000,00.

Os Juízes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara deram-lhe razão, por unanimidade, fixando a indenização em Cr\$ 68.965,51 por acórdão de 27-6-1974 (**Rev. Forense**, vol. 250, pág. 269):

“Uso de fotografia de campeão mundial para fim publicitário, sem autorização. Dever de indenizar. Critério da indenização com base em contrato de publicidade firmado anteriormente entre o atleta e outra empresa.”

Reconheceu o Relator Rui Domingues, que o critério do laudo pericial decorre de um erro de fato, ou, ao menos, de uma insuficiente apreciação dos pontos de afinidade entre o contrato de publicidade que o autor fez com a agência de publicidade da empresa São Paulo Alpargatas S.A., de um lado, e a publicidade não autorizada realizada pela Siemens.

Qual o mais imparcial critério para se fixar a indenização senão o exame do preço pago para uma publicidade autorizada, semelhante em tudo ao tipo de promoção da ré?

Entretanto, o laudo pericial partiu de uma premissa frágil, desprezando os pontos de analogia, e buscando o que poderia haver de diferença entre os dois casos. Sustentou que o retrato do autor, usado pela Siemens, era um retrato de jornal, ao passo que a imagem do autor, usada pela Alpargatas, era de pose especial. Por isso, seria natural que Alpagartas pagasse Cr\$ 68.965,51, mediante contrato escrito.

Se ele posasse também para a Siemens, o preço poderia ser este. Mas o autor não posou. A fotografia foi tirada de improviso, durante um jogo de futebol, sem nenhum trabalho especial do atleta. Logo, para o caso da Siemens, o preço deveria ser de um sexto, aproximadamente, porque não houve pose.

“Ora, aceitar tal critério seria estimular a pirataria, o banditismo no campo da exploração da imagem. Os heróis, os atletas, os campeões mundiais, já não mereceriam daqui por diante sequer o obséquio de um contrato, para a exploração de suas imagens e de seus nomes. Porque seria mais negócio roubar-lhes imagens e nome, eis que a pirataria paga somente um sexto do preço contratado.

De resto, qual a pose, qual o trabalho do atleta, previsto no contrato com Alpargatas? Uma pose de alguns segundos, com o tempo máximo previsto de trinta segundos. A partir de tal pose seriam feitos cartazes e filmes. Mas o trabalho, como chama o perito, o trabalho do atleta previsto no contrato se resume a uma pose de trinta segundos.”

Realça pormenor importante: a fotografia do autor pelo contrato, se destinada à distribuição em tiragem de mais de um milhão de exemplares, como usou a Siemens, combinando vários jornais, como **O Estado de São Paulo, Jornal do Brasil, O Globo, Folha de S. Paulo, Jornal da Tarde, Correio do Povo**, e outros com circulação combinada de tais jornais, é superior a um milhão de exemplares. para lançar a sua mensagem publicitária, à custa da imagem furtada ao autor.

O perito esclarece que a foto do autor foi usada pela suplicada nos “jornais de maior circulação no País”.

Se o autor autorizou Alpargatas a usar sua imagem também na televisão, nos termos do contrato, isso não altera o fato de que a Siemens atingiu pelo menos uma massa de consumidores equivalente à do contrato Alpargatas.

“Portanto, para anúncios de eficácia comparável, não é possível que se considere equitativo que o preço pago pelo comerciante honesto, que solicitou a autorização do herói, seja seis vezes maior que a do empresário desonesto ou precipitado que lhe usurpou a imagem e o nome.”

O autor não foi consultado, nada lhe foi dito sobre a qualidade do produto anunciado. Como então a indenização teria de corresponder a um sexto do preço do contrato Alpargatas, submetido ao consentimento livre do autor?

“O valor da indenização é mesquinho, se se levar em conta que o jogador de futebol representa alguns dos aspectos mais apreciados do público, porque é uma culminância, no caso do campeão mundial, entre milhões de praticantes do mesmo esporte no mundo inteiro. O futebol é o maior show olímpico da Terra. E se Píndaro, o grande poeta da Hélade, celebrou em versos imortais os pés nus dos que corriam nas memoráveis competições gregas, dedicando dezenas de poemas que eternizaram os nomes desses atletas de frente coroadas pelo triunfo não apenas do físico mas também da firmeza da vontade, não pode merecer menor respeito o atleta Jairzinho, campeão mundial de futebol.

A suplicada, ao usar a fotografia do campeão mundial de futebol, fê-lo consciente da importância dos heróis desse esporte. Por que não usou a fotografia de um campeão de bola de gude?

É que, sobretudo no Brasil, o futebol tem uma importância imensa para o povo.

As vitórias em escala mundial do selecionado brasileiro deram ao povo uma euforia de que tinha necessidade, sobretudo nos anos de austeridade econômica indispensável ao aumento sustentado do produto nacional bruto, de modo que de sete em sete anos possa esse produto dobrar, à custa de imensos sacrifícios. Para uma nação que deseja ser uma grande potência, nada mais importante do que um tipo de vitória como o dos campeonatos mundiais de futebol, porque aí se faz no psiquismo do povo um ensaio de grandeza, de autoconfiança, de certeza da capacidade brasileira de organização e de disciplina, a par do talento desses homens de classe humilde, que se erguem à condição de nomes de cintilação universal.

A própria unidade do povo brasileiro é servida pelos jogadores de futebol, vindos de todos os pontos do nosso território, e acompanhados em todas as cidades, pelo rádio, pela televisão, pelo cinema, pelo jornal, pelas revistas, ou ao vivo, nas grandes concentrações de massa, nos estádios.

A escola de futebol criada pelo Brasil tem raízes humildes, vem do povo humilde, assim como as coreografias e cânticos carnavalescos, modelos de organização, de disciplina, de espírito de equipe. Os heróis do futebol são admirados e contemplados pelas massas e pelos seus representantes, inclusive pelas mais altas autoridades federais. Não há assunto mais sério no Brasil.

De sorte que não pode ter indenização desprezível a usurpação da imagem de um jogador de futebol brasileiro, três vezes campeão do mundo. Nem pode tal indenização situar-se em nível subjetivo, quando existe no processo uma base objetiva para a indenização, qual seja o contrato de publicidade anteriormente firmado entre o autor e a agência que representa os produtos da empresa São Paulo Alpargatas S.A.

Um grande jogador de futebol como Jairzinho é tão importante para o povo brasileiro como Kant ou Heidegger para um estudante de filosofia na Alemanha. Tais nomes, tais imagens, não podem ser tomados em vão, nem a troco de nada."

8. Têm os árbitros de futebol participação no direito de arena?

Uma interpretação literal da lei talvez levasse a uma resposta negativa. Mas o art. 100 deslizou para reconhecer a prerrogativa "à entidade a que esteja vinculado o atleta".

Não considera, pois, a lei um direito da pessoa física do atleta propriamente dito, mas da entidade à qual esteja vinculado, e, expressamente,

para a "fixação, transmissão ou retransmissão, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo público com entrada paga".

Ora, aí está: é o espetáculo desportivo público que origina o direito, incluindo, assim, todos aqueles que nele figuram: juízes, "bandeirinhas", técnicos, massagistas, enfermeiros, cuja imagem esteja não fugazmente, nem como composição do cenário, relacionada com o espetáculo esportivo.

O que a lei garante explicitamente aos atletas participantes do espetáculo, salvo convenção em contrário, são os "vinte por cento do preço da autorização", a serem entre eles distribuídos, em partes iguais (parágrafo único).

Ressalvada, pois, essa parte intocável desses "artistas principais", não nos parece existir óbice ao reconhecimento dos direitos aos demais participantes, entre os quais ressalta a figura central, imprescindível, muitas vezes apaixonante, do juiz.

Admiti-lo corresponde a um princípio de justiça elementar, que se harmoniza, de resto, com a força de expansão característica do direito de autor, a princípio limitado ao criador de uma obra intelectual, depois, gradativamente se ampliando para, sob a denominação dos direitos conexos, ir abrigando pessoas e entidades cujo relacionamento com a criação propriamente dita é às vezes bastante tênue: artistas intérpretes e executantes, gravadoras, cinegrafistas, empresa de radiodifusão, etc. etc.

Mas outro argumento de valia existe.

A redação atormentada do art. 100 da lei ficará mais explícita se recorrermos à sua fonte originária: o art. 191 do Projeto BARBOSA-CHAVES, assegurando a prerrogativa "aos outros participantes figurantes do espetáculo e técnicos" da participação na importância recebida, a ser dividida proporcionalmente e igualmente na forma em que fosse determinada pelo Conselho Nacional de Desportos.

E ninguém negará ao árbitro a condição de técnico, incluída na intenção do Projeto.

Confirma, de resto, o entendimento a própria definição legal de atleta profissional, que, já vimos, é "aquele que, mediante remuneração a qualquer título, faça do desporto sua atividade profissional".

Reconhecer-lhe, pois, participação no direito de arena, a ser regulado pelo CNDA, no uso de suas atribuições, parece, assim, um imperativo da mais estrita justiça.

Mas esse reconhecimento não cai do Olimpo.

Para dele usufruir terão que, ao lado dos atletas e acolitados pelos demais técnicos que possam ser abrangidos pelos termos da lei, constituir-se em associação que congregue todos os titulares, pleiteando, em seguida, sua regularização e seu registro, como manda a lei.

Considerações a propósito das tentativas de elaboração de um Código de Execuções Penais

LICÍNIO BARBOSA

Livre-Docente de Direito Penal da
Universidade Federal de Goiás

S U M Á R I O

- I — *Introdução*
- II — *Tentativas de codificação*
- III — *O Projeto de 1937*
- IV — *O Anteprojeto de 1957*
- V — *O Anteprojeto de 1963*
- VI — *O Anteprojeto de 1970*
- VII — *O Anteprojeto de 1981*
- VIII — *Crítica ao Anteprojeto em debate*
- IX — *Algumas sugestões*
- X — *Apreciação final*

I — *Introdução*

A problemática das execuções penais sempre esteve intrinsecamente ligada ao direito penal, substantivo e adjetivo. As questões suscitadas por BECCARIA e HOWARDE, CROFTON e MACONOCHE, embora se referissem à previsão e aplicação das sanções penais, concentravam-se, basicamente, no seu cumprimento.

Com efeito, pode o legislador esculpir a norma mais perfeita e cominar a esse preceito a sanção mais adequada; bem assim, o juiz mais bem preparado, aplicar de forma científica e justa a sanção abstrata ao caso concreto. Se a pena concretizada na sentença não tiver o cumprimento previsto no sistema penal, de nada ou quase nada terão valido o gênio legislativo e a sabedoria jurisdicional.

É que a sanção, concebida pelo direito penal, aplicada sob o pálio do processo penal, para manter fidelidade às origens conceituais, necessita aplicar-se dentro de normas precisas que não a desfigurem. Instituto de elaboração penal, tem no processo a linha de montagem. Mas é na execução penal que a sanção se identifica como o produto acabado do sistema penal.

2. Após aquelas primeiras elaborações conceituais, em que todo o problema penal se cristalizava no direito penal, teve início o procedimento de especialização, desagregando-se daquele núcleo os preceitos referentes ao processo e à execução penal.

3. Assim é que, já em 1872, se reunia, em Londres, o "I Congresso Internacional Penitenciário". Em 1889, FRANZ VON LISZT destilava, na Alemanha, os modernos preceitos das execuções penais. Neste século, no ano de 1930, se realizava, em Praga, o "II Congresso Penitenciário"; e, no ano seguinte, GIOVANNI NOVELLI se investia na titularidade da primeira cátedra de direito penitenciário, na Universidade de Roma. Em 1935, GIUSEPPINO FERRUCIO FALCHI publicava sua obra *Diritto Penale Esecutivo*. E, em 1940, EUGENIO CUELLO CALÓN, na 5ª edição de *Derecho Penal*, dizia preferir a expressão "direito de execução penal" à denominação "direito penitenciário". Por sua vez, FRANCESCO SIRACUSA, nas *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, de 1953, inclinava-se pela terminologia "direito penitenciário" (1).

É a saga evolutiva da ciência penal, sob o prisma executório, não importa a terminologia preferida.

II – Tentativas de Codificação

Estabelecidos os objetos e fixados os limites entre o direito penal e o direito das execuções penais, passaram vários países à faina de codificarem ou à tentativa de codificarem as normas inerentes a este.

2. Em meados dos anos vinte, 1924, a Rússia promulgaria o Código de Trabalho Correccional, disciplinando o cumprimento de penas privativas e restritivas da liberdade. Em 1927, é apresentado ao Reichstag, na Alemanha, Projeto de Lei de Execução Penal, seguido, em 1961, do Regulamento da Execução Penal. Em 1929, a Iugoslávia sancionava sua Lei de Execução das Penas Privativas de Liberdade. No ano seguinte, era a vez de a Polónia elaborar o Projeto de Código de Execuções Penais. Logo a seguir, em 1931, a Itália aprovaria o Regulamento Geral das Instituições Preventivas e Penais. Mais tarde, em 1933, a Prússia editava, pelo Decreto nº 13.965, o Estatuto da Execução das Penas Privativas da Liberdade. Portugal, em 1936, com o Decreto nº 26.643, adotava o Estatuto da Reforma Prisional. Esse movimento repercutiu, legislativamente, em nosso País, com a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957. E, em 1958, a Argentina baixaria o Dec.-Lei nº 412, adotando a Lei Penitenciária Nacional (2).

3. Era a vitória do movimento pela adoção de normas precisas, impregnadas de preceitos humanísticos, visando ao adequado cumprimento da sentença penal condenatória.

4. No Brasil, esse movimento ecoaria vigorosamente. No ano de 1930, a 14ª Subcomissão Legislativa do Regime Penitenciário, constituída por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Britto e Heitor Pereira Carrilho, tomou a si a ingente tarefa de elaborar um Anteprojeto de Código Penitenciário, trabalho apresentado a 26 de maio de 1933. Encampado pela bancada da Paraíba, que o transformaria no Projeto nº 1/1935, sob a denominação de "Projeto de Código Penitenciário da República", somente seria publicado no

(1) BENJAMIN MORAES FILHO, in "Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Execuções Penais", inserto na coletânea "Projeto e Anteprojeto de Código Penitenciário", págs. 262-3, edição da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978.

(2) *Idem, Ibidem*, págs. 263-65.

Diário do Congresso Nacional na edição de 25 de fevereiro de 1937. O Projeto não teve, porém, seguimento. É que, a 10 de novembro daquele mesmo ano, com a outorga, por Getúlio Vargas, da Constituição estado-novista, dissolviam-se, *ex vi* de seu art. 178, o Parlamento Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais.

5. Restaurada a democracia, constituiria o Ministério da Justiça, pela Portaria 95-M, de 30 de julho de 1956, comissão de alto nível composta de Roberto Lyra, Oscar Stevenson, Rodrigo Ulisses de Carvalho, Justino Carneiro, Pe. Fernando D'Ávila, S. J., e Major Victório Canepa, com a finalidade de elaborar Anteprojeto de Código Penitenciário. Com a renúncia de Roberto Lyra, é nomeado, para substituí-lo, Aníbal Bruno. A vice-presidência da comissão caberia a Oscar Stevenson, e a presidência ao próprio Ministro da Justiça.

O trabalho seria apresentado a 28 de abril de 1957, com brilhante Exposição de Motivos subscrita por Oscar Stevenson.

6. Veio, contudo, a mudança de governo. Com a ascensão de Jânio Quadros, este determinaria a seu Ministro da Justiça que promovesse a reforma de todo o sistema penal, a começar pelo Código Penal. Nelson Hungria seria convocado para elaborar o primeiro Anteprojeto da reforma penal.

7. Com a renúncia, e o advento do Governo Goulart, seria convidado Roberto Lyra para, agora apenas ele, apresentar Anteprojeto de Código Executório Penal. O trabalho seria apresentado em 1963 e se denominaria Anteprojeto de Código de Execuções Penais.

8. Sobreveio a Revolução de 1964.

Com esta, o Código Penal de 1969, promulgado para entrar em vigor em 1970, embora jamais viesse a vigorar.

Todavia, na expectativa fugaz de sua vigência, incumbiu o Ministro Alfredo Buzaid, a uma comissão, presidida pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, tendo como relator o Prof. Benjamin Moraes Filho, e ainda como membros José Salgado Martins e J. F. Marques, a tarefa de elaborar um novo Anteprojeto de Código Executório Penal.

A 17 de outubro de 1970, o Prof. Benjamin Moraes Filho relatava, perante a douta Comissão, o trabalho que lhe fora cometido, cujas linhas mestras se encontravam na Exposição de Motivos de sua lavra. Trabalho que, a 29 daqueles mês e ano, o presidente da comissão submeteria à apreciação do Ministro da Justiça.

9. A abertura do regime, preconizada pelo presidente Ernesto Geisel, repercutiria no Código Penal, com a promulgação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que alteraria o Código Penal, a Lei das Contravenções Penais e o Código de Processo Penal, notadamente no que tange ao cumprimento das penas privativas da liberdade e ao quantitativo da pena pecuniária.

No ano seguinte, pela Lei nº 6.578, seria revogado, sem ao menos ter entrado em vigor, o Dec.-Lei nº 1.004, o chamado Código Penal de 1969.

10. A restauração das franquias democráticas, com o Governo João Figueiredo, e a chegada ao Ministério da Justiça do Deputado Ibrahim Abi-Ackel contribuiriam para reavivar o sopro da reforma penal.

No ano de 1980, com a autoridade de Relator da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a Violência no País, de que dá notícia o *Diário do Congresso Nacional*, de 4 de junho de 1976, Suplemento ao nº 61, o Ministro Abi-Ackel desencadearia o processo pela reformulação do sistema penal brasileiro. Coordenada pelo Prof. Francisco de Assis Toledo, apareceria, em fevereiro deste ano, o Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal. Exumar-se-ia o Anteprojeto de Código de Processo Penal, retirado do Congresso Nacional pelo Governo Geisel, e mandou-se publicá-lo, remodelado, pela Portaria nº 320, de 26 de maio último, com *apresentação* do próximo Ministro da Justiça. E logo mais, pela Portaria ministerial nº 429, de 22 de julho, se autorizaria a publicação do Anteprojeto de Lei de Execução Penal.

Eis, em síntese, a trajetória da busca, entre nós, de um Diploma Executório Penal. A silhueta de cada tentativa de elaboração legislativa é o que se passa a debuxar.

III – O Projeto de 1937

É o Projeto da tríade Cândido Mendes, Lemos Britto e Heitor Carrilho, de saudosa memória, nomes hoje eternizados em instituições jurídico-penais. O mais extenso de todos os esboços de Código Executório Penal, em nosso País. Com 854 artigos, tem mais 49 dispositivos que a soma de todos os Anteprojetos reunidos, à exceção do atual.

2. Obra monumental, pela forma e conteúdo, sua estrutura se distribui por 25 Títulos, compreendendo: execução das penas criminais; órgãos superiores da execução penitenciária; organização antropológica médica e psiquiátrica criminal; preparo técnico e científico do pessoal penitenciário; funcionalismo penitenciário; circunscrições penitenciárias; estabelecimentos penais; regime penitenciário; trabalho penal; educação dos sentenciados; deveres e prerrogativas dos sentenciados; providências para a execução das sentenças criminais; suspensão condicional para a execução da pena; soltura do condenado; livramento condicional; medidas de segurança; graça; extinção da condenação; reabilitação; recursos; patronatos dos presos e liberados; cadastro penitenciário; Museu Criminal do Brasil; Fundo Penitenciário; e Disposições Gerais.

3. De destacar-se que, à época, ainda na vigência do Código Penal de 1890, que seria substituído, em 1932, pela Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, já se preocupava o juspenalista pátrio com tópicos da maior significação, quais *regime penitenciário, trabalho penal, educação dos sentenciados, deveres e prerrogativas dos sentenciados, patronatos dos presos e liberados, cadastro penitenciário e Museu Criminal*.

IV – O Anteprojeto de 1957

Foram decorridas duas décadas até que Oscar Stevenson, em nome da Comissão ministerial, apresentasse o Anteprojeto por ele coordenado.

2. Entretecido de 315 artigos distribuídos por 12 títulos, o Anteprojeto stevensoniano apresentava uma singularidade, jamais reproduzida em nenhum esboço de pretensão legislativa: dividia-se em Parte Geral e Parte Especial. A *primeira* compunha-se de 5 Títulos: Organização Penitenciária; Tratamento Penitenciário; Disciplina; Direito e Recompensas; Recolhidos de Condições Especiais; e a *segunda*, de sete: Superintendência-Geral Penitenciária; Conselho Penitenciário; Estabelecimentos Penitenciários; Patronatos; Prisão Provisória e Administrativa; Execução das Penas Privativas da Liberdade; Execução das Medidas de Segurança Detentivas. Estrutura complementada por *Disposições Gerais* que o autor preferiu não elencar nos referidos Títulos.

3. Minucioso e preciosista, Oscar Stevenson, na *Exposição de Motivos*, preocupava-se até com a grafia das palavras, explicando o critério utilizado:

“Pelo empenho de simplicidade — esclarecia — só se empregaram versais para a grafia das Partes, Geral e Especial. Na epígrafe dos Títulos e na rubrica dos Capítulos, mantém-se a forma ordinária de escrita.

Nas seriações — prosseguia —, tal a extensão de algumas, como a do art. 32, foram utilizados, não os algarismos romanos, porém os arábicos. O mesmo sucede — ilustrava — em várias leis, como a de nº 1.079, de 10 de abril de 1950, sobre os chamados crimes de responsabilidade, e a de nº 1.164, de 24 de julho de 1950, que distendeu as infrações eleitorais” (3).

V — O Anteprojeto de 1963

Foi o primeiro dos Anteprojetos com uma nova terminologia: Anteprojeto de Código das Execuções Penais.

2. Na *Exposição de Motivos*, tópico 1, justificava, dirigindo-se ao Ministro da Justiça, a preferência pela nova denominação:

“Manifestei a Vossa Excelência minha inalterável repugnância por um Código Penitenciário. Não é questão de denominação, mas de conteúdo. Combato tudo o que representa o intolerável anacronismo. A penitência cabe à sociedade. O convicto do velho direito passou a ser o juiz” (4).

3. Distribui-se o Anteprojeto por 14 títulos, compreendendo 250 artigos.

O próprio Roberto Lyra, no tópico 12 da *Exposição de Motivos*, sintetiza essa estrutura:

“O Anteprojeto divide-se em 14 Títulos: I — Introdução; II — Fins da Execução das Penas e Medidas de Segurança; III — Bases das Execuções Penais; IV — Reparação do Dano; V — Regras Especiais sobre as Penas e sua Substituição Provisional; VI — Regras Especiais sobre as Medidas de Segurança; VII — Proteção aos

(3) OSCAR STEVENSON, in “Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código Penitenciário”; *ibidem*, pág. 131.

(4) ROBERTO LYRA, in “Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código das Execuções Penais” *ibidem*, pág. 200.

Direitos dos Presos e Internados; VIII – Assistência aos Sentenciados Sujeitos a Medidas de Segurança não Detentivas e seu Controle; IV – Assistência aos Egressos; X – Assistência às Famílias dos Presos e Internados; XI – Assistência às Vítimas de Infrações Penais ou suas Famílias; XII – Conselho Federal das Execuções Penais e Conselhos Estaduais das Execuções Penais; XIII – Plano Nacional e seu Custeio; XIV – Controle da Aplicação das Leis Federais.

Seguem-se as disposições finais” (5).

Destaque-se a preocupação do Anteprojeto com a *reparação do dano, a assistência às famílias dos presos e internados, bem assim às vítimas de infrações penais ou suas famílias.*

VI – O Anteprojeto de 1970

Seguiu, de perto, o Anteprojeto Roberto Lyra. Adotou idêntica terminologia. Sua estrutura é, basicamente, a mesma do Anteprojeto de 1963. Poder-se-ia dizer que a contribuição essencial do Prof. Benjamin Moraes Filho, seu autor, foi adaptá-lo ao Código Penal de 1969, que se imaginava, à época, brevemente entraria em vigor.

2. Como o Anteprojeto de 1963, estrutura-se em 14 títulos, com menos dez artigos, ou seja, compondo-se de 240 artigos.

Eis seu arcabouço: aplicação da lei de execução penal; finalidade da execução; órgãos da execução penal; órgãos fiscalizadores da execução penal; sistema penal; regime penal; tratamento penal; prerrogativas, deveres, direitos e regalias do sentenciado; das formas e espécies das execuções penais; suspensão condicional da pena; livramento condicional; anistia e indulto; recursos; e disposições gerais e transitórias.

3. Na vigorosa *Exposição de Motivos*, o Prof. Benjamin Moraes pinta um painel das ciências penais, com enfoque predominante na evolução do direito executório penal, bem assim demonstrando a constitucionalidade de um Código de Execuções Penais.

VII – O Anteprojeto de 1981

Brotou de uma comissão, formada pelo presidente do Conselho Nacional de Política Penitenciária, Pio Soares Canedo, assim constituída: Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Jr., Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio de Moraes Pitombo e Negi Calixto, sob a coordenação do primeiro.

2. Mandado publicar pela Portaria Ministerial nº 429, de 22 de julho de 1981, o Anteprojeto, contudo, não surgiu como peça inteira.

Na *Exposição de Motivos* com que o apresenta ao Ministro Abi-Ackel, seu Coordenador, Prof. Francisco de Assis Toledo, deixa transparecer desenten-

(5) ROBERTO LYRA, *idem, ibidem*, pág. 211.

dimentos no seio da Comissão ministerial, de sorte que, enquanto o Prof. Benjamin Moraes Filho trabalhava, solitário, na cidade do Rio de Janeiro, na elaboração de um texto, na cidade de São Paulo os demais membros da Comissão elaboravam outro texto. Apresentados os dois trabalhos, o Prof. Francisco de Assis Toledo, coadjuvado pelo Prof. Miguel Reale Jr., construiu um terceiro texto, seguindo-se a orientação preconizada pelo Ministro Abi-Ackel no Relatório da CPI da Violência, de que dá notícia o *Diário do Congresso Nacional*, referido, de 4 de junho de 1976 (6).

3. Ao ilustrar a adoção dessa orientação, o Prof. Francisco de Assis Toledo explicita, dirigindo-se ao Ministro:

“Em muitos dos dispositivos adotados, será fácil identificar-se o eco de suas recomendações naquele Relatório. Veja-se, a título de exemplo, algumas que foram incorporadas ao texto: *a*) restrição do regime fechado (cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima) a certos delinquentes, classificados por meio de técnicas modernas; *b*) separação dos presos, para individualização da pena, de acordo com os resultados do exame criminológico e dentro de certos critérios; *c*) regimes instituídos de forma progressiva, orientados no sentido de preparar o condenado para gradual obtenção da liberdade, segundo o seu próprio merecimento e respectiva capacitação para retorno responsável ao convívio social; *d*) instituição dos direitos e deveres do preso; *e*) estabelecimento de normas disciplinares, com tipificação das faltas graves e respectivas sanções, que ponham fim a conceitos variáveis, ao sabor de arbítrio pessoal; *f*) procedimento disciplinar, com direito de defesa; *g*) trabalho para todos, como dever social, e devidamente remunerado; *h*) assistência multiforme (principalmente educacional) ao preso e também ao egresso etc.” (7).

4. Após informar que foi incorporado ao Anteprojeto “todo o Livro IX do Projeto de Código de Processo Penal (Projeto nº 633/75 da Câmara)”, destaca o Coordenador do Anteprojeto que “foram consultados os Anteprojetos de Código de Execuções Penais do Professor Roberto Lyra (1963) e do Professor Benjamin Moraes Filho (1970)” (8).

5. Estruturado em 10 títulos e 184 artigos, o Anteprojeto de Lei de Execução Penal focaliza, genericamente, os seguintes tópicos, cada qual concernente a um título: objeto e finalidade; órgãos da execução penal; execução da pena privativa de liberdade; execução da pena restritiva de direitos; disciplina; execução da pena patrimonial; execução da medida de segurança; incidentes da execução penal; procedimento judicial; e disposições finais e transitórias.

6. O título *objeto e finalidade* (arts. 1º a 4º) abrange o cumprimento da pena e da medida de segurança, tendo como meta mediata a educação e a

(6) FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, in “Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Lei de Execução Penal”, págs. 7 e 8, Edição da Imprensa Nacional, Brasília, 1981.

(7) *Idem. idem*, págs. 8 e 9.

(8) *Idem. idem*, pág. 9.

assistência, visando à “harmônica convivência em sociedade”. Explica que a lei de execução penal destina-se “ao preso (...) ao condenado pela Justiça Militar ou Federal”.

7. São *órgãos da execução penal* (arts. 5º a 26): *a*) o Conselho Nacional de Política Penitenciária (arts. 8º a 10); *b*) o Juízo da Execução (arts. 11 e 12); *c*) a Autoridade Administrativa (arts. 17 a 23); *d*) o Ministério Público (arts. 13 e 14); *e*) o Conselho Penitenciário (arts. 15 e 16); *f*) o Conselho da Comunidade (arts. 24 a 26). Os órgãos da Autoridade Administrativa são os Departamentos Penitenciários, federal e local.

8. A *execução das penas privativas da liberdade* (arts. 27 a 93) abarca os regimes, o exame criminológico e os estabelecimentos penitenciários, quais sejam: a penitenciária; a colônia agrícola; industrial ou estabelecimento similar; a casa do albergado; o sanatório; o presídio; o Centro de Classificação e Triagem; o patronato. E mais: a assistência (material, médica, jurídica, educacional, social e religiosa). E ainda: o trabalho; os deveres e direitos dos presos.

9. A *execução das penas restritivas de direitos* (arts. 94 a 99) esculpe normas referentes à prestação de serviços à comunidade, à interdição temporária de direitos e ao aprendizado compulsório.

10. A *disciplina* (arts. 100 a 114) enfoca as faltas, as sanções e recompensas e o procedimento disciplinar.

11. A *execução da pena patrimonial* (arts. 115 a 123) orienta como devem ser cumpridas a multa-penitenciária e a multa-reparatória.

12. A *execução das medidas de segurança* (arts. 124 a 138) concerne ao internamento, à cessação da periculosidade, ao manicômio judiciário e ao estabelecimento anexo ao manicômio.

13. Os *incidentes da execução* (arts. 139 a 175) focalizam o excesso ou desvio da execução, o *sursis*, o livramento condicional, as conversões de penas, a anistia e o indulto.

14. O *procedimento judicial* (arts. 176 a 179) esclarece que o procedimento executivo é judicial, exceto a revogação do trabalho externo e a permissão de saída. Procede-se a pedido do interessado, a requerimento do Ministério Público, mediante proposta do Conselho Penitenciário ou Autoridade Administrativa.

15. As *disposições finais e transitórias* (arts. 180 a 184) especificam: *a*) que os Estados têm o “prazo de seis meses” para editarem “normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis”; *b*) que, nesse prazo, deverão “providenciar a adaptação e a criação de estabelecimentos necessários ao fiel cumprimento da lei, suscetível de ampliação, a juízo do Conselho Nacional de Política Penitenciária, mediante justificada solicitação”; *c*) que o servidor fica proibido de divulgar “ocorrência perturbadora da segurança e disciplina dos estabelecimentos, bem como expor os presos a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena”, preceito cuja violação é considerada “falta grave”; *d*) que não constará de “folha corrida, atestado ou certidão fornecidos por autoridade policial ou por auxiliares da justiça,

nenhuma notícia ou referência a processo que se encerrou com a aplicação de pena restritiva de direitos ou de pena patrimonial não cumulada com pena privativa de liberdade, ou com a suspensão condicional da pena"; e) que "o emprego de algemas será disciplinado em decreto federal", devendo a lei entrar em vigor na data de vigência da "lei de reforma da parte geral do Código Penal".

16. O Anteprojeto tem a mesma estrutura do texto preparado pelo Prof. Benjamin Moraes, composto de 259 artigos, distribuídos, igualmente, por 10 títulos. Com a só diferença: o Anteprojeto não adotou o *Título I* – "Da aplicação da Lei de Execução Penal", havendo, doutra parte, transformado em *Título V* – "Da Disciplina", o que, no texto do Prof. Benjamin Moraes, vem como a *Seção VI* do *Capítulo IV* (Do Tratamento Penitenciário), do *Título IV* (Da Execução da Pena Privativa da Liberdade).

VIII – Crítica ao Anteprojeto em debate

Já vimos que o Projeto de 1937 ou, se se preferir, de 1933, se intitulava "Projeto de Código Penitenciário da República". Os Anteprojetos de 1957, 1963 e 1970, todos igualmente se intitulavam Anteprojeto de Código – seja Anteprojeto de Código Penitenciário (1957), seja Anteprojeto de Código das Execuções Penais (1963), ou Anteprojeto de Código de Execuções Penais (1970).

A Comissão designada pelo ilustrado Presidente do Conselho Nacional de Política Penitenciária, contudo, optou, sem esclarecer a preferência, pela denominação de Anteprojeto de Lei de Execução Penal. Parece, pois, um retrocesso, quanto ao alcance do diploma. Com efeito, enquanto outros países estão formulando suas pretensões legislativas em termos de Códigos, quer adotem a terminologia Penitenciário, quer a de Execuções Penais conformar-se com uma mera Lei de Execuções Penais é apoucar-se a pretensão. Sobretudo, quando já se arraigou nas aspirações jurídicas do País a perspectiva de elaboração de um Código Executório Penal. Lei, já a temos: a de nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, que "dispõe sobre normas gerais do regime penitenciário" em conformidade do que dispunha o art. 5º, nº XV, letra *b*, da Constituição federal de 1946, e do que dispõe o art. 8º, nº XVII, letra *c*, da Constituição de 1967, com a redação que lhe deram sucessivas emendas. Essa lei, compreendendo 40 artigos, não se pode comparar, estruturalmente, com o Anteprojeto em foco. Porém, se se deu a esse Anteprojeto a dimensão de um Código – pois o Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) tem apenas 123 artigos –, não há como preferir-se chamar-lhe Anteprojeto de Lei, em vez de Código. E não se trata apenas de terminologia. É que a categoria de uma lei a que se denomina Código não se confunde com a de outro diploma que é meramente uma lei.

2. A douta Comissão, na palavra de seu ilustre Coordenador, afirma, na referida *Exposição de Motivos*, de 21 de julho do ano em curso, haver consultado os Anteprojetos Roberto Lyra e Benjamin Moraes Filho. Embora não os tenha mencionado, deve haver consultado, igualmente, o Anteprojeto Oscar Stevenson e o Projeto de 1937. No Anteprojeto Oscar Stevenson, como se destacou, há inovação singular, em matéria de Código de Execuções Penais: a

distribuição dos títulos em Parte Geral e Parte Especial. Essa bipartição, que se verifica no Código Penal de 1940, como no de 1969, é uma técnica que parece de ordem superior, eis que agrupa normas da mesma natureza: normas gerais e normas especiais. É uma técnica que poderia adotar-se, na elaboração do futuro Código de Execução Penal.

3. No art. 44, o Anteprojeto enuncia os estabelecimentos penais, classificando-os, art. 45 §§ 1º a 3º, de segurança *máxima, média e mínima*. A ordem da enunciação, no art. 44, não coincide com a classificação do art. 45, *caput*, e a enumeração de seus parágrafos. Seria, pois, de boa técnica — com implicações de natureza pedagógica — que a enumeração do art. 44 coincidisse com a categorização do art. 45 e seus parágrafos.

4. O *Capítulo II* — “Das Sanções e das Recompensas”, do *Título V* (Da Disciplina), traz como *Seção I* — “Das Sanções e das Recompensas”. Ora, o capítulo versa, como explicitado, sobre faltas disciplinares. Parece, pois, não ser de bom alvitre elencarem-se, na *seção das sanções*, também as *recompensas*, porquanto o *capítulo* a que pertence aquela *seção* cuida, apenas, das *faltas*. As *recompensas*, de consequência, devem ser transferidas para outro endereço, na topografia do Anteprojeto, onde se prevê já a recuperação ou regeneração do preso.

5. O art. 113, que cuida do procedimento para apuração de falta disciplinar, aponta para a *legislação local*. É sabido que a Constituição de 1967 — em seu art. 8º, nº XVII, letra *c* (como a Constituição de 1946, art. 5º, nº XV, letra *b*) — estabelece a competência da União para legislar sobre “normas gerais (...) de regime penitenciário”, deixando entender que aos Estados caberia competência subsidiária e complementar. A constitucionalidade de um Código de Execuções Penais foi demonstrada, à saciedade, pelo Prof. Benjamin Moraes Filho, na *Exposição de Motivos* ao Anteprojeto da sua autoria (9).

Seria, pois, de bom alvitre que a própria União, através de decreto presidencial, elaborasse um Regulamento Federal das Execuções Penais a vigorar em todo o País, atenta à competência estabelecida no art. 81, inc. III, da Constituição federal. Este entendimento, que um exame apressado poderia considerar autoritário, tem o abono do mais liberal dos juspenalistas brasileiros, Roberto Lyra. No *tópico 37* da *Exposição de Motivos* a seu Anteprojeto, o eminente cientista penal pontifica:

“37. O poder regulamentar federal tem os seus limites traçados na Constituição.

O que não cabe em lei executiva fundamental figurará num *regulamento federal das execuções penais*, minucioso e ajustável, para a *fiel execução*, de todas as leis federais pertinentes (art. 87, nº 1, da Constituição federal). Assim, respeitaremos a categoria do diploma e o âmbito do poder federal, permitindo alterações rápidas e constantes para atender as novas necessidades e escolher, pressurosamente, as conquistas técnico-científicas. Cessarão os impasses geradores do arbítrio e do caos com as normas de

(9) BENJAMIN MORAES Fº, *idem*; *ibidem*, págs. 258 *usque* 262.

ordem no progresso. As modificações periódicas resultarão de propostas do Conselho Federal em entendimento federativo com os Conselhos Estaduais das Execuções Penais (art. 248)" (10). (Grifou-se.)

Um regulamento federal terá o condão de evitar que a execução penal se faça num Estado diferente de outro Estado ou Unidade federativa.

6. O art. 125 do Anteprojeto tem idêntica redação à do *caput* do art. 28. Parece não se justificar a repetição.

7. O art. 133 se refere a *anexo psiquiátrico*, como estabelecimento destinado a "semi-imputáveis referidos no parágrafo único do art. 26 e art. 98 do Código Penal". Ora, o art. 98, *in fine*, do Anteprojeto de Lei que altera o Código Penal se refere a "estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário". Esse estabelecimento não se denomina *anexo psiquiátrico*, mas "estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário" e, como tal, deve figurar no art. 133 *et passim* do Anteprojeto.

8. O art. 149, inc. II, do Anteprojeto, estabelece, como *condições* para concessão do livramento condicional, o "cumprimento de mais da metade da pena, se for reincidente ou tiver praticado crime previsto nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 157, 158, 159, seus parágrafos, 213 e 214, do Código Penal". (Grifou-se.) Ora, o art. 83, inc. II, do Anteprojeto de Lei que altera o Código Penal não especifica os §§ 1º e 2º do art. 121; tampouco inclui na enumeração o art. 214 do Código Penal vigente. Não o tendo feito, não pode a enunciação ser acrescida pelo Anteprojeto de Código de Execuções Penais.

9. O *Capítulo VI* — "Da Autoridade Administrativa", do *Título II* (Dos Órgãos da Execução Penal), se identifica como um dos órgãos da execução penal. Parece que *autoridade não é órgão*. São espécies desse *órgão* os Departamentos Penitenciários, federal e local, bem assim a direção do pessoal do estabelecimento penal ou de internamento. Mais adequado será que esse órgão se denomine *administração penitenciária*. Com essa denominação, aliás, a expressão figura no texto do Prof. Benjamin Moraes, visando ao Anteprojeto, em foco, no *Capítulo III*, do *Título III*, "Dos Órgãos da Execução Penal".

10. Os *Títulos III, IV, VI e VII* do Anteprojeto se referem, respectivamente, à *execução* da pena privativa de liberdade, da pena restritiva de direitos, da pena patrimonial e da medida de segurança. Todavia, o Anteprojeto de Lei que altera o Código Penal se refere a *penas privativas de liberdade* (Seção I, Cap. I, Título V), a *penas restritivas de direitos*, a *penas patrimoniais* (Seção III) e a *medidas de segurança* (Título VI). Se, no Anteprojeto de Código Penal, esses institutos estão no plural, devem assim figurar no Anteprojeto de Lei de Execução Penal.

E outros senões que se poderiam destacar.

IX — Algumas sugestões

Além das sugestões apontadas, será de bom alvitre que o futuro Código de Execuções Penais adote a bipartição preconizada por Oscar Stevenson. E,

(10) ROBERTO LYRA, *idem*, *ibidem*, pág. 233.

acrescentando-se-lhe o Título “Da Aplicação da Lei Executória Penal”, poder-se-iam distribuir, assim, as epígrafes de seus títulos:

PARTE GERAL

- Tít. I – Da Aplicação da Lei Executória Penal
- Tít. II – Do Objeto e Finalidade
- Tít. III – Dos Órgãos da Execução Penal
- Tít. IV – Dos Regimes
- Tít. V – Da Classificação dos Estabelecimentos
- Tít. VI – Da Disciplina
- Tít. VII – Da Assistência

PARTE ESPECIAL

- Tít. I – Da Execução das Penas Privativas da Liberdade
- Tít. II – Da Execução das Penas Restritivas de Direitos
- Tít. III – Da Execução das Penas Patrimoniais
- Tít. IV – Da Execução das Medidas de Segurança
- Tít. V – Dos Incidentes da Execução
- Tít. VI – Do Procedimento Judicial
- Tít. VII – Das Disposições Transitórias e Finais.

X – *Apreciação final*

É decorrido mais de meio século desde a primeira tentativa, no ano de 1930, de elaborar-se um Código Penitenciário, ou de Execução Penal. Dos anos trinta aos anos oitenta, houve considerável transformação, no País. Chegou e partiu a Revolução de Getúlio Vargas. Veio e esvaiu-se o Estado-Novo. Reimplantou-se a Democracia, na segunda metade dos anos quarenta, de que foi símbolo a Constituição de 1946. Sobreveio a Revolução de 1964, tragada na voragem dos atos institucionais, de que foi protótipo o Ato Institucional nº 5. O alvorecer de novos dias chegou com a abertura do regime, coroada na anistia, propiciando a conciliação de ofensores e ofendidos. Nesse meio século, promulgaram-se o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei das Contravenções Penais. Multiplicaram-se as leis penais especiais.

Todavia, permaneceu o País na expectativa de um estatuto das execuções penais. Período em que prevaleceu o arbítrio de cada administrador de presídio ou penitenciária.

É, pois, chegado o momento de resgatar esse débito para com o passado. Mister que se não permita fluir a oportunidade propícia à feitura de um Código de Execução Penal, moderno, arejado, contemporâneo do futuro, digno das tradições de cultura jurídica do País e que responda aos desafios do presente.

Para que se não espere em vão por mais cinquenta anos.

Substituição processual

— processo do trabalho

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Professor da Faculdade de Direito da
UFMG. Juiz do TRT-3ª Região, aposen-
tado. Advogado em Belo Horizonte

1. Preliminares

A temática da substituição processual, conquanto se encontre amplamente desenvolvida na doutrina do processo, vem ganhando substanciação e conotações peculiares no direito processual do trabalho, em apreço a normas específicas que a fisionomizam ou a norma que tem recebido consideração como tal, em alguma outra decisão da Justiça do Trabalho.

A questão prioritária na abordagem do tema prende-se à figura, ou instituto jurídico, da “substituição processual”, cuja definição, supostos e âmbito de apreensão importarão em conseqüências imediatas para o desate das demais questões a serem deduzidas.

Como se trata de pressuposto de exclusão, tomar-se-á a “substituição processual”, primeiramente, em seu nível de colocação na estrutura normativa do ordenamento, em geral e, posteriormente, a sua penetração e seu campo de atuação no processo do trabalho.

Na mesma linha de especialização do tema, em focagens sucessivas ou concomitantes, chegar-se-á ao § 2º do art. 195 da CLT, em indagação central e decisiva, quando se examinará se versa ou não esse inciso, realmente, uma hipótese de “substituição processual”.

As demais implicações do problema, qualquer que seja o desate que se dê ao apanhado do § 2º do art. 195 da CLT, receberão o tratamento tão elucidador quanto o exijam as soluções práticas do caso.

2. Da substituição processual

Instituto emergente no quadro da aptidão para litigar, a hoje mais comumente chamada "substituição processual" (veja-se, abaixo, a discrepância terminológica) assume foros de projeção crescente na teoria do processo e na prática forense, tal a sua pertinência na cobertura de necessidades jurídicas impostas pela regularidade do tráfego social.

Em princípio, a legitimação processual liga-se à posição da pessoa na relação jurídica material, a nível de interesse, que postula ou defende ela em juízo.

O princípio básico da legitimidade de parte encontra-se firmado no art. 6º do Código de Processo Civil, que dispõe:

"Art. 6º — Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (verbis).

Como diz LOPES DA COSTA, "... na **legitimação normal**, parte legítima para a causa é quem também é parte na relação jurídica material ajuizada" (cf. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1956, pág. 79).

E adiante, com precisão: "A lei, porém, pode atribuir a qualidade de parte legítima a quem àquela relação não esteja ligado" (verbis, ob. e pág. cits.).

É a chamada **legitimação anômala** ou "substituição processual" (cf. BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo, Saraiva & Cia., Livraria Acadêmica, 1946, 1º vol., págs. 428 e ss., nº 124).

Como esta legitimação configura situação especialíssima e de natureza excepcionadora ao princípio geral da atribuição da qualidade de parte, sempre, em princípio, coincidente com a posição de quem se situe como um dos pólos da relação material em litígio, há de ela colher a fonte sua básica de existência na lei.

Por outro lado, se a lei assim dispõe, ela deve fazê-lo inequivocamente, isto é, impõe-se titularize ela o estranho ao interesse em litígio para estar em juízo, como autor ou como réu.

Indo além, é indispensável que a norma qualificadora da pessoa como "substituto processual" o faça preenchendo o preceito de todos os elementos e/ou requisitos que fisionomizem esta como tal.

Em depuração doutrinária, esmeradamente evolutiva, apreende-se que o instituto jurídico abriga-se em critérios rígidos de definição, de campo de compreensão, sempre vinculado à lei, quando o admite, dada a excepcionalidade de que se reveste. Por isso mesmo, certa e respeitável corrente doutrinária intitula-a **legitimação extraordinária** (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Substituição das Partes, Litisconsórcio, Assistência e Intervenção de Terceiros**. Rio de Janeiro, Editora Liber Juris, 1974, pág. 68; e MONACCIANI, Luigi. **Azione e Legittimazione**. Milano, Giuffrè Ed. 1951, pág. 388, n. 148, quando fala em "la legittimazione straordinaria").

É evidente que o tratamento dispensável ao instituto, dada sua excepcionalidade, somente poderá resguardar-se dentro dos estritos limites, em que a lei a situa, desde a sua própria caracterização em cada caso.

Em razão disso, insiste MONACCIANI:

"b) eccezionalmente (e solo nei casi espressamente previsti dalla legge) si può far valere a nome proprio (anche) un diritto altrui" — excepcionalmente (e só nos casos expressamente previstos pela lei) se pode fazer valer em nome próprio (também) um direito de outrem — ob. cit., pág. 389 (grifos do autor).

SALVATORE SATTA, em sua clássica obra **Diritto Processuale Civile** (7ª ediz., Padova, CEDAM, 1967, pág. 85) em escólio, tomando por modelo o art. 81, do Código de Processo Civil italiano, paradigma do art. 6º, do CPC Brasileiro, expende:

"In sostanza, dunque, questo art. 81 non crea una speciale figura processuale nè sancisce una forma de legittimazione anomala, ma semplicemente afferma che non si può far valere un diritto relativamente a un rapporto altrui se la legge non riconosce espressamente tale diritto." — Em substância, pois, este art. 81 não cria uma especial figura processual nem estatui uma forma de legitimação anômala, mas simplesmente afirma que não se pode fazer valer um direito relativamente a uma relação de outrem se a lei não reconhece expressamente tal direito (grifos nossos).

Em outro sentido não se manifesta a doutrina nacional, como se colhe em um dos seus mais expressivos e modernos autores:

"Trata-se de uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a "substituição processual" (cf. JUNIOR, Humberto Theodoro, **Processo de Conhecimento. 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, T. I, pág. 101, n. 68).**

Cabe assinalar que, quando a doutrina, no encaço da lei, distingue a **substituição processual** da **substituição de partes** (aquela, como legitimação "anômala" ou "extraordinária", mas originária, e esta, superveniente

e vinculada à mudança da titularidade da coisa, no curso da lide — espelhando-se a primeira no art. 6º, do CPC, e a segunda, em seus arts. 41 a 43 — cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Da Denúnciação da Lide**. Tese. Belo Horizonte, 1981, pág. 208, nota 266; e HUMBERTO THEODORO JUNIOR, ob. e t. cit., pág. 102, n. 69), ela o faz em apreço à tipicidade de cada um dos institutos, à sua função processual e aos peculiares efeitos que advêm para o **legitimado** em uma e em outra.

A modelagem da figura da **substituição processual** elabora-se em cristalino comando de legitimação conferida a outrem que não o titular da relação material, como traços de fisionomização que se convertem em pressupostos de qualificação da pessoa como parte, autorizada então a pedir em juízo independentemente de mandato daquele por cujo direito se vai demandar.

A enunciação da norma deve ser clara e conter a completude dos elementos indicativos da **substituição processual**, sob pena de não se configurar ela em uma realidade jurídica.

Atenta, paciente e circunstanciosa análise do § 2º do art. 195 da CLT propiciará inafastável convencimento de que neste dispositivo não se desenhou a figura da **substituição processual**. É o que se empreenderá agora.

3. O § 2º do art. 195 da CLT e a substituição processual

Duas ordens de idéias fundamentais conduzem o exegeta a não ver no preceito do § 2º do art. 195 da CLT uma função legitimatória específica.

De início — e é indispensável que se atente para isso —, esse dispositivo, tal como se encontra elaborado, pressupõe a existência de uma lide já armada, ao enunciar: “**argüida** em juízo insalubridade ou periculosidade” (verbis), ao invés de conceder a faculdade de alguém (fosse o sindicato, fosse o próprio empregado) ir a juízo e reclamar direitos relativos à insalubridade e à periculosidade.

Em elementar técnica processual só se “argüi” em lide já declarada, e a expressão “argüir” toma-se como meio de defesa ou como levantamento de fato processual, tais como, v.gr., as exceções de que cuidam os arts. 112, 304 e 307 do CPC, ou os incidentes de efeito suspensivo, tais como, v.gr., o de falsidade de documento mencionada na Subseção II, da Seção V, do Capítulo VI, do Título VIII, do mesmo Código e de seu art. 391, nos quais, respectivamente se fala: “**Argüi-se** por meio de exceção...”; “É lícito a qualquer das partes **argüir**...”; “O excipiente **argüirá**...”; “Da **argüição** de falsidade” e, finalmente, “... a parte o **argüirá** de falso”, proposições essas que têm como ante-suposto necessário a existência de parte ou partes, já previamente qualificadas ou legitimadas, segundo as específicas regras de legitimação. O “argüir”, em si, não qualifica a

pessoa como **parte** nem a legitima para agir como tal, sobretudo para conferir-se-lhe aptidão para situar-se em determinada lide em seu poder jurídico fundamental, que é o de **provocar** a atividade jurisdicional.

DE PLÁCIDO E SILVA, depois de acentuar que a "... Palavra formada do verbo latino **arguere** tem, no vocabulário jurídico, a significação de alegar, apontar ou mostrar o que convém aos interesses do argüente ou da pessoa que representa", exemplifica, com "argüir defesa", "argüir faltas ou nulidades", "argüir suspeição", "argüir falsidade", sempre no sentido de "alegar", "indicar", "argumentar" (cf. **Vocabulário Jurídico**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, Vol. I, pág. 149, verbete "Argüir"), acepção essa que vem autorizadamente respaldada por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, tomando o vocábulo ora como "alegação, denúncia, acusação (argüição de nulidade, de falsidade, de ilegitimidade de parte, de impropriedade de ação etc.), como no de interrogatório (argüição de testemunha)", que arremata:

"convindo notar que o termo não tem, entretanto, curso forçado na terminologia jurídica" (cf. o verbete "Argüição", in SANTOS, J. M. Carvalho. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, s/d, n. 4, pág. 123).

Se não há "palavras inúteis na lei" e menos ainda quando a palavra denota uma situação jurídica em movimento, como a "argüição" trazida no § 2º do art. 195 da CLT, tem-se ela, aqui, na acepção de "suscitar" fato processual até então inédito, que não fora objeto do litígio e que, supervenientemente, pode resultar em uma pretensão constituível em prestação suscetível de apuração no processo, inclusive em seus efeitos patrimoniais, conquanto o quadro do art. 195 não o admita nem com isto se coadune, como se verá abaixo. A ruptura com o objeto da lide, como limite ao conhecimento do juízo, seria manifesta.

De início, verifica-se que esse dispositivo encontra-se alojado no plano do direito material, em que se reconhece efeito patrimonial à insalubridade e/ou à periculosidade, partindo a seção respectiva da classificação das atividades insalubres e de sua conceituação, até chegar-se à eficácia do direito (art. 196).

Todavia, no curso do regramento jurídico, a Seção dispõe sobre a insalubridade e a periculosidade, detém-se em dispositivos e/ou incisos que predispõem regras específicas para a "caracterização e a classificação da "insalubridade" e da "periculosidade" (art. 195), estabelecendo norma procedimental específica, **sine qua non**, para a apuração: a perícia.

Como as atividades insalubres, precipuamente (e as perigosas, excepcionalmente), alinham-se em quadros-padrões, vê-se que o objetivo central desse dispositivo é a conformação e a revisão das hipóteses em que se insere como insalubre a atividade nesses quadros. A sua verificação está afeta ao Ministério do Trabalho que expede normas a respeito, inclusive fornece, obrigatoriamente, pessoal técnico para esse fim.

Não ficou aí a lei e atendendo à natureza muitas vezes normativa do fato gerador da insalubridade, por alcançarem-se muitos empregados em uma mesma situação de trabalho ou repetidas condições em funções ou locais de trabalho suscetíveis de serem enquadradas como insalubres, a lei, pelo § 1º do art. 195, conferiu, não só aos sindicatos, mas também às empresas a **legitimação administrativa** ("É facultado às empresas e aos sindicatos profissionais interessados **requererem** ao Ministério do Trabalho a realização de perícia" etc. . . .). Aqui há, na verdade, **legitimação ativa** para a provocação da atividade **administrativa**, para o fim de "caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas" (verbis) (cf. MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**, 6ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1978, pág. 125).

Está-se, porém, no plano da competência administrativa e da eficácia administrativa, em que, pelo resultado da verificação, se modificará (ou não) o quadro das atividades insalubres nele incluindo-se ou delimitando-se áreas ou atividades tidas como tais.

Entre essa operação e o respectivo ato subsequente (a classificação ou inclusão de novas atividades no quadro) e o exercício do direito patrimonial de exigir a respectiva prestação, há um abismo, e esse abismo somente poderá ser obviado pela ação na Justiça do Trabalho, caso a empresa não satisfaça o seu dever pecuniário, pagando, desde logo, os empregados ou grupos de empregados **ex novo** enquadrados.

Caso visasse a lei atribuir ao Sindicato, como substituto processual, o poder público de acionar judicialmente (frise-se) as empresas por prestações pecuniárias referentes ao adicional-insalubridade, teria ela cometido a ele expressamente essa faculdade, dando-lhe poderes específicos para "reclamar" e "independentemente de outorga de mandato", como o fizera no § 2º do art. 3º da Lei nº 6.708/79 e no parágrafo único do art. 872 da CLT.

Mas assim não procedeu a lei e arrumou uma atuação inusitada, esdrúxula, até, contraditória em seus termos e impossível em sua configuração processual, já que não disse em que posição estaria o sindicato na lide, deixando de qualificá-lo "substituto" e, menos ainda, de conferir-lhe poderes de "instauração da lide" ou de "ajuizamento" de dissídio individual.

A nomeação do sindicato no dispositivo formou um desvão, não só inespecífico (como se já se estivesse em juízo em outra ação, por um grupo de trabalhadores) e impossível, à falta de posição regular na ação.

Ad impossibilia nemo tenetur, isto é, ninguém está ou será obrigado a suportar, pela impossibilidade fincada na própria lei, a acionabilidade do sindicato como "substituto processual", qualidade esta que não lhe foi conferida pelo § 2º do art. 195 da CLT.

E tanto se trata de ato de "suscitamento" incidente de insalubridade (o que já é um passo a mais na posição de substituto processual do sindi-

cato naquelas ações, de que goza ele de legitimidade) que essa “arguição”, no caso da reclamatória do empregado — diretamente — somente poderia ser incidente, em processo, tendo por objeto outras prestações. Caso contrário, o empregado estaria sendo legitimado duas vezes para a mesma lide: para entrar em reclamação pedindo adicional de insalubridade, pelo art. 192 e, ao mesmo tempo, “argüi-la” nessa reclamatória. O que seria ou absurdo, ou ocioso ou inútil, em laivos de litispendência, na própria causa (figura inédita) ou cumulação de pedidos com o mesmo objeto.

Portanto, inquestionavelmente, o que deflui do § 2º do art. 195 da CLT é a faculdade (como um **plus**, em pedido “complementar”, em “aditamento”) de o sindicato, naqueles casos para que tem ele legitimação anômala e o empregado, nos em que tem a legitimação direta, para “argüirem” a insalubridade, em forma de aditamento ao pedido.

Não se poderá falar em reforço de tutela nem em meio único de apurar-se a insalubridade, em sua classificatória, vinculante e caracterizadora, pois o exercício desse direito e a sua função tutelar ampla o sindicato já a possui, pelo § 1º do citado art. 195. Admitir o contrário será dar a ele, sindicato, duas vias concomitantes — a administrativa e a judicial — para chegar a um só resultado: a apuração da insalubridade.

Não se poderá esquecer que as regras da Seção XIII, do Capítulo V, do Título I, da CLT são originariamente de natureza administrativa (o estabelecimento do quadro), patrimonial (pedido da prestação pecuniária, com titularidade direta do empregado) e procedimental (a espécie da prova exigível). Excepcionalmente, conferiu-se legitimação ao sindicato, mas de natureza administrativa, perante o órgão do Ministério do Trabalho, o que, também, se facultou à empresa, em termos de limitação da atividade.

Mais se acentua esse entendimento, quando se sabe que a insalubridade compõe um quadro prévio de profissões e de atividades que se caracterizam como tais (insalubres), do que advém, para o empregado, o direito de pedir a respectiva prestação pecuniária.

Quer-se, com isso, ponderar que, fugindo-se da interpretação gramatical e da lógico-sistemática, até aqui acima parcialmente empreendida, no contexto do instituto da insalubridade, organizado, em sua formação, sua formalização e em sua exigibilidade, no quadro dos arts. 189 a 197, a tônica da operação sistemática, já calçada em sua linha teleológica, importará no exame cotejado do § 2º do art. 195, ante o que, no direito processual do trabalho, dispõem outras regras concernentes à chamada **substituição processual** e à legitimação das partes.

Não se há de nunca, na análise dos textos legais apontados, em sua inteireza como instituto armado, deixar ao relento as Súmulas 194 e 460 do Supremo Tribunal, que firmam a competência do Ministério do Trabalho para a “especificação das atividades insalubres” e menos ainda se poderá olvidar, na esfera desse princípio, que as atividades insalubres aglu-

tinam-se em quadro elaborado por esse mesmo órgão, abrindo-se um poder imediato de incidência sobre a relação de trabalho, como, aliás, vem sucessiva e uniformemente entendendo o E. Tribunal Superior do Trabalho (cf. TST — PLENO. Proc. E-2.566/77. Rel. Min. Nelson Tapajós. In BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. **Dicionário de Decisões Trabalhistas**. 16ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1980, pág. 353, ementa n. 2.591).

Com isso afigura-se o cristalino entendimento, segundo o qual o preceito do § 2º do art. 195 consolidado arma-se não em função da propositura de uma ação trabalhista e, menos ainda, em função de legitimação de partes (regulares ou anômalas), mas de um meio de prova específico, que é a perícia, desde que o sindicato, nos casos em que ele goze de legitimação ou de representação, e o empregado, naqueles intentados — “arguem” a insalubridade ou a periculosidade.

Portanto, esse dispositivo contém um branco e é anódino quanto à legitimidade de partes, pois já a toma como consumada, conforme a distribuição dos critérios de capacitação de parte existentes no processo trabalhista.

A primeira remissão a fazer-se é aos arts. 791 a 793 da CLT, em que se conferem a “legitimação” e a “legitimidade” **regular** (ou normal) para estar em julgo, nos dissídios individuais e coletivos (cf., para a distinção entre “legitimidade” e “legitimação”, CASTRO, Amílcar de — **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, vol. VIII, arts. 566-747, pág. 8, n. 4). Em seguida, incumbe a focagem da “legitimidade anômala”, a denominada **substituição processual**, nitidamente predisposta no art. 872, parágrafo único, da CLT, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 6.708/79. Lembre-se que vai a tanto o legislador, no esmero de identificar esse tipo de “legitimidade”, que chega até a mencioná-la expressa, formal e pleonasticamente, ao dispor:

“§ 2º — Será facultado aos sindicatos, independente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional, apresentar reclamação **na qualidade de substituto processual** de seus associados, com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos na forma do artigo anterior” (verbis).

Ambas as normas legais — o parágrafo único do art. 872 da CLT, e o § 2º do art. 3º da Lei nº 6.708/79 — primam pelo mesmo cuidado em armarem a figura típica da **legitimação anômala**, como uma regra de exceção, que requer, para sua plena configuração e eficácia, inequívocidade de formulação inclusive nos limites de sua aplicação objetiva e subjetiva. Note-se que o primeiro inciso, o parágrafo único do art. 872, apesar de não denominar a legitimação ali autorizada “substituição processual”, a ela em verdade se refere. Sua cautela em não apelidar acha-se mais em harmonia com certa e ponderável corrente doutrinária, que tem a denominação como controvertida (cf. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito**

Processual Civil Brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1955, vol. I, pág. 390, n. 450; PONTES DE MIRANDA. **Tratado das Ações.** 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, págs. 255/6, n. 6; JUNIOR, Waldemar Mariz de Oliveira. **Substituição Processual.** S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., s/d, págs. 87 e ss.; LENT, Friedrich u. JAUERNIG, Othmar, **Zivilprozessrecht.** 13. Auflage, München u. Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966, S. 40, N. 3; ROSENBERG, Leo u. SCHWAB, Karl Heinz. **Zivilprozessrecht.** 12. Auflage, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977, S. 244 ff., N. 1, e BLOMEYER, Arwed. **Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren.** Berlin — Heidelberg, 1963, S. 203, § 41 — autores estes últimos que, na titulação e no desenvolvimento do tema empregam sempre a denominação "Prozessführungsrecht", "direito de dirigir o processo" ou a de "Prozesstandschaft" "legitimação em direito alheio" ou "direito de estar em juízo por outrem", como uma "parte, que, em nome próprio, aciona o direito alheio" — "eine rechtsfremde" Partei "im eigenen Namen", como diz BLOMEYER, pág. 205). Assim se expressa, e em termos estritos, no parágrafo único:

"... poderão os empregados, **ou seus sindicatos**, independente de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, **apresentar reclamação** à junta ou Juízo competente..."

Ao **jus postulandi** direto, como parte em sua límpida e precisa aceção processual, fora concedido o poder extraordinário da legitimação e de tal maneira expressa, que esta se faz acompanhar, depois de se firmarem esses poderes, em ambos os dispositivos (o parágrafo único acima e o § 2º do art. 3º da Lei nº 6.708/79), desligado da participação de qualquer ato voluntário os "substituídos", com dizerem que se não exige ao **soi-disant** substituto "outorga de poderes" para tal fim.

A hipótese destes preceitos versa caso ou casos de legitimação "objetiva" ou "substancial" (Sachlegitimation) e que, segundo contudente magistrado de ROSENBERG u. SCHWAB, deve entender-se estrita:

"Die Prozessführungs-befugnis ist von der Sachlegitimation **scharf zu unterscheiden**" (ob. cit., pág. 224, n. 2).

Aliás, a formulação do preceito, em seu campo objetivo de atuação, ganha lapidar exegese na doutrina jurisprudencial brasileira, em que se colhe a seguinte proposição do Tribunal Superior do Trabalho:

"Em se tratando de substituição processual, deve a mesma estar expressamente admitida pela lei, que não comportará interpretação extensiva" — TST-RR-4.255/80. 3ª T., Rel. Min. Barata Silva. In LTr. N. 45-10, p. 1.214.

Embora esse julgado arme seu dispositivo inaugural tendo em vista a natureza do título jurídico possível (circunscrevendo-se às "sentenças normativas", excluindo as "convenções coletivas", na forma do parágrafo

único do art. 872/CLT), essa conotação impõe regra geral, segundo a qual a própria condição prévia para admitir-se a “legitimação anômala” deve vir textual e teleologicamente contida na regra legal que a cria.

Retomando o curso das idéias, em que, acima, se bipartiram os rumos e darem-se ao equacionamento conclusivo do problema sob exame, tem-se, portanto, pela ordem primeira delas, que o § 2º do art. 195 da CLT não traz qualquer elemento-suporte básico que qualifique ou que sequer indique o “sindicato” como “substituto processual”, mas, pelo contrário, faz supor legitimação anterior (em dissídios coletivos ou em dissídios individuais, onde a tenha recebido expressamente: ação de cumprimento, nas sentenças normativas ou ações, cujo objeto seja a correção salarial, do art. 3º, § 2º, da Lei nº 6.708/79), em cujo processo, neste ato, sim, poderá ele “arguir” a insalubridade ou a periculosidade, quando, então, se remeterá o procedimento à perícia.

Se, pois, pela primeira ordem de idéias, o próprio inciso exclui a capacidade processual para *déclancher* a lide, a instauração da lide e/ou ajuizamento — já que a “arguição” é manifestação incidente ou intraprocedimental da parte, pressupostamente qualificada em outra regra específica —, por outra ordem de idéias, verifica-se que a qualidade de “substituto processual”, como “legitimação anômala”, somente pode advir de texto exposto e específico de lei, com os elementos constitutivos e enunciativos que a compõem: poderes para reclamar e independentemente de outorga de mandato do substituído, ante a exceção que abre à regra geral da legitimação (ativa ou passiva), de que falam os arts. 791 a 793, 857, da CLT e art. 6º do CPC, como, também, até, **a contrário**, excepcionalmente, faz supor seu art. 896, pontuando o Presidente do Tribunal e/ou a Procuradoria da Justiça do Trabalho, para suscitar dissídios coletivos, corroborado pelo art. 23, da Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964 (cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**. S. Paulo, Editora LTr., 1977, pág. 697, n. 2.1.2; COQUEIJO COSTA: **Direito Judiciário do Trabalho**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1978, págs. 90/91, e RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT** 9ª ed., Rio de Janeiro, 1982, pág. 927, comentários ao art. 856).

Nesse tópico, esbarra-se com uma hipótese de equivocada legitimação do órgão do Ministério do Trabalho, a do art. 39 da CLT, quando, à provocação da atividade administrativa pelo próprio interessado, a lei adicionou a acionabilidade automática, com o “encaminhamento” do “processo” à “Justiça do Trabalho” — se o pedido de “anotação” da Carteira de Trabalho é impugnado sob a alegação de “não-existência de relação de emprego”. Ainda aqui, reforça-se a tese da imprescindibilidade da provocação da atividade estatal pelo próprio interessado (o empregado), na esfera administrativa, que se transfere para a atividade jurisdicional. A instauração da lide vem subentendida na representação administrativa,

que só se consuma se resiste o empregador, sob a invocação da não-existência de relação de emprego. Aliás, nem de outra forma poderia ser, dada a competência específica estabelecida no art. 142 da Constituição federal.

Ultrapassada a esfera administrativa, do Poder Executivo, pelo Ministério do Trabalho, diante da natureza da defesa da parte, cinge-se a função do órgão respectivo à consumação de um ato ordinatório simples, de encaminhamento, com caráter meramente substitutivo procedimental, de interveniência necessária.

Sucinto respaldo doutrinário, no que toca ao método da exposição até aqui feita e às operações exegéticas executadas, trará mais precisa elucidação à conclusão a que se chega.

Tópicos de EDUARDO COUTURE, em obra clássica e não transposta em sua clareza e fundamentação, bastam a esse desiderato:

“A lei, em última análise, é forjada com palavras e as palavras têm o significado que lhes corresponde no tempo e no lugar de vigência da lei” (COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. S. Paulo, Ed. Max Limonad, 1956, pág. 52).

Como se referindo ao § 2º do art. 195 da CLT, em sua obscuridade, em sua imprecisão conceitual e em sua anodinia, à sua completa falta de virtualidade para conceber-se como regra que cria “legitimação anômala”, adverte o tratadista uruguaio:

“Quando a letra da lei desfalece, quando seu texto é notoriamente errôneo, quando uma regra colide com a outra, ou quando se nos apresenta um dispositivo em luta com um princípio, ou um princípio em contradição com outro princípio, ou quando o silêncio submerge o leitor em perplexidade, o trabalho interpretativo adquire sua hierarquia própria” (ob. cit., págs. 50/51).

O inciso do § 2º, em sua inexpressividade preceitual, se admitido como regra instituidora de “legitimação anômala”, colide com o princípio jurídico estabelecido pelo art. 6º do Código de Processo Civil, assim como se dissocia, cabalmente, das técnicas objetivas de formulação das normas que, no direito processual em geral e no direito processual do trabalho, em especial, atribuem essa “legitimação”.

A revelação desse princípio encontra-se consubstanciada nos textos dos arts. 872, parágrafo único, da CLT e 3º, § 2º, da Lei nº 6.708/79, através da qual se exigem expressa e nitidamente a enunciação do poder jurídico da legitimação e a relação entre “substituto” e “substituído”, que se oblitera, à força de mandato legal.

Em exposição pessoal sobre a temática, pondera ainda COUTURE:

“Parto do pensamento de que todo ato jurídico é um ato de apreensão de uma norma jurídica e uma norma jurídica é expressa através de uma proposição jurídica. Na proposição jurídica encontramos, necessariamente, um juízo hipotético, um antecedente e uma consequência jurídica imprescindível” (ob. cit., pág. 83).

Nenhum desses elementos constitutivos de uma regra jurídica de “legitimação anômala” ou **substituição processual** se acha no § 2º do art. 195 da CLT.

Ao intérprete não resta senão situá-lo no quadro geral da representação, observadas as legitimações gerais e diretas, estabelecidas, na Consolidação das Leis do Trabalho, sobretudo em seus arts. 791 a 793.

5. Prestações pecuniárias e honorários advocatícios

Embora a questão da exigibilidade das prestações pecuniárias — caso se admita a **substituição processual**, e mesmo a representação! — não tenha sido ventilada, advirta-se que o § 2º do art. 195 da CLT comporta uma abordagem, quanto à natureza da pretensão que confere ele às pessoas ali mencionadas (“empregados”, na legitimação direta e “sindicato”, na “legitimação anômala”), independentemente de sua qualidade processual.

De fato, como se observou acima, o direito às prestações patrimoniais, decorrentes da insalubridade e/ou da periculosidade, encontra seu fundamento legal nos arts. 192 e 193, 1º, prestações essas que o art. 196 conceitua como “efeitos pecuniários”.

Portanto, seria, de início, manifestamente estranho supusesse conter a lei duas normas distintas para assegurar uma pretensão tendo o mesmo objeto. A ociosidade do dispositivo duplicado tornar-se-ia manifesta.

Submetida a hipótese a análise mais aprofundada, a nível de interpretação sistemática e teleológica, verifica-se que, como se lê da conjugação do art. 195, **caput**, e parte final do art. 196, a dinâmica das regras de direito contidas na Seção XIII visa, precipuamente, à caracterização, à classificação, e ao **enquadramento** administrativo da insalubridade ou da periculosidade, para isso estabelecendo também um meio específico de prova: a perícia.

Os §§ 1º e 2º do art. 195 incrustam-se como regras adicionais para que se alcance esse fim, a **comprovação de trabalho insalubre** e/ou perigoso e a sua inclusão no quadro das atividades que o compreendem.

A prestação pecuniária, contudo, e msua exigibilidade, abriga-se em dispositivos diversos, o art. 192 e o § 1º, do art. 193.

Em se tratando da legitimação do sindicato como **substituto processual**, mais se reforça essa acepção, pois quando atua ele em nome de "grupo de empregados", é evidente que o objeto da norma passa a ser a tutela de um direito "grupal", que se avizinha do **coletivo** expresso em "grupos" ou aglutinações parciais de categorias, a que aludem, v. gr., o § 1º do art. 611, o nº III do art. 613, o art. 617, o art. 618, sobretudo o art. 868 e o art. 921, todos da CLT.

O objeto da lide, em tais hipóteses, será sempre o estabelecimento de **normas gerais, abstratas**, fixado em limites subjetivos e objetivos de incidência. Jamais, a satisfação de uma prestação concreta e individual.

Ao que parece, pois, as normas contidas no art. 195 e seus parágrafos têm por objeto a legitimação de uma pretensão à criação de um direito, a sua delimitação, a sua inclusão em um "quadro" de atividades e não à prestação direta e/ou cumulada em decorrência disso, mormente se cabe o acionamento ao sindicato.

No que diz respeito a honorários advocatícios, é de curial ciência que a Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, regulamenta a assistência judiciária na Justiça do Trabalho (art. 14), em que se tutela o **trabalhador** economicamente hipossuficiente e que presumivelmente não dispõe de meios para mover ação judicial, como **parte**.

O sindicato comparece no processo, para prestar assistência judiciária (arts. 14 e 18), em sua qualidade de "representante", a teor do art. 791, § 1º, da CLT, ou "assistente", a teor do art. 16 da Lei nº 5.584/70.

Vê-se que o pressuposto para o recebimento, pelo sindicato, de honorários em causas trabalhistas é a condição de ele atuar como "assistente" da parte, o empregado-reclamante (art. 16 citado, *in fine*).

É interessante observar que, quando o sindicato, nas hipóteses de **substituição processual**, pleiteia, também, honorários, está ele pedindo uma cominação só cabível quando é ele "representante" ou "assistente". Sob esse aspecto, no que se refere a essa prestação, reconhece o sindicato, implicitamente, sua qualidade de "representante" e não de "parte anômala".

A jurisprudência perfilha, em decisões sucessivas, essa tese:

"HONORÁRIOS — QUANDO NÃO SÃO DEVIDOS AO SINDICATO. Não são devidos honorários ao sindicato quando a sua atuação se dá na qualidade de substituto processual, mas apenas na sua condição de assistente dos seus associados" — TRT — 3ª Reg. RO-2.017/81 — Rel. Juiz Michel Francisco M. Aburjeli. In **DJMG** de 9-6-82, pág. 44.

"Revista conhecida e desprovida. A Lei nº 5.584/70 não concede direito aos honorários advocatícios quando trata-se da hipótese de ação de cumprimento proposta por sindicato re-

presentando processualmente os empregados interessados" RR-1.487/81, 1ª T. Rel. Min. Prates de Macedo. In **DJU** — 11-6-82, pág. 5.729.

"Sendo o sindicato substituto processual, nos casos previstos na Lei nº 6.708/79, não há sucumbência em honorários advocatícios, posto que, na hipótese, não se configura a assistência judiciária, mas a situação de parte do sindicato. Revista conhecida e a que se nega provimento". RR-2.040/81. 1ª T. Rel. Min. Fernando Franco. In **DJU** — 11-6-82, pág. 5.729.

6. A desistência pelo empregado

Sobre esse ponto, acirra-se a discrepância jurisprudencial, prevalecendo, atualmente, no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), a tendência em não admitir desistência nem acordo de empregado nas ações movidas pelo sindicato como **substituto processual**, sob o fundamento de que aquele não é parte na lide.

Todavia, não comungam dessa orientação julgados do Tribunal Superior do Trabalho, como se decidiu, v. gr., no Processo E-RR-4.700/74, relator o Ministro Lomba Ferraz.

O instituto da interveniência do empregado na lide não é estranho ao processo do trabalho e em tal hipótese é ele totalmente admissível, já que o interesse do trabalhador em seu resultado é manifesto (CPC, arts. 50 a 55), na figura mais íntima do litisconsorte, como se vê do art. 54 e seu parágrafo único, do mesmo código, com captação no art. 769 da CLT.

Se o empregado pode intervir na lide como litisconsorte, nada obsta pratique ele atos equiparáveis aos reconhecidos ou outro litisconsorte, o sindicato, e até atos de disposição (transação e/ou desistência), sob pena de infringir-se a norma básica do art. 153 e seu § 1º, da Constituição federal, em que se garante a liberdade do indivíduo, a autonomia de sua vontade e o regular exercício de seus direitos.

Cumpra adiantar que, nos casos de **substituição processual**, o **substituto** "não pratica aqueles atos a que a lei atribui importância somente quando realizados por quem seja o titular da relação substancial; e CHIOVENDA exemplifica com o juramento, com a confissão, com a renúncia, com a desistência da ação e com o reconhecimento do direito" (WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR., **Substituição Processual**, cit., pág. 90).

No processo do trabalho haveria até contra-senso em não admitir-se a participação do sujeito da relação material, nos casos de substituição processual, que é o empregado, o que implicaria em eliminar do procedimento trabalhista seu instituto e sua finalidade primária, que é o instituto da conciliação, a teor dos arts. 847 e 850 da CLT, já que o **substituto** não pode conciliar.

Iniciação ao estudo do precatório

VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Juiz de Direito da Comarca de Nossa
Senhora da Glória, do Estado de Ser-
gipe.

S U M Á R I O

1. *Introdução ao precatório*
2. *O problema do nomen juris*
3. *Esboço histórico do precatório*
4. *Definição do precatório*
5. *Momento do precatório*
6. *Como deve ser o precatório*
7. *Relações do precatório*
8. *Bibliografia*

1. *Introdução ao precatório*

Quando a organização do Estado era ainda um sonho embrionário, os conflitos de interesses só se verificavam entre particulares. O Estado não estava juridicamente estruturado, como um todo constitucional e administrativo, e, além do mais, era irresponsável.

Mesmo assim, exercia na tríplice divisão dos poderes papel de órgão investido na função jurisdicional, a aplicar justiça aos que batiam às portas de seus foros e tribunais. O Estado estava incumbido de julgar e era apenas espectador das contendas humanas, aplicando ao fato passado o direito que achasse conveniente.

O panorama não poderia ficar estanque. O Direito, como manifestação de cultura, caminha sempre visando a promulgação de um sistema jurídico cada vez mais perfeito, com condição de atender, em cada época, as necessidades do povo, acordado, sobretudo, para a realidade de todos os instantes e regiões.

Neste sentido, a sua história se confunde com a do Estado, e esta acessória da humanidade, todas tendo o homem como protagonista principal, no seu relacionamento natural e necessário, na área territorial, na qual o Poder Público assenta suas bases sociais, políticas e econômicas.

No entanto, as idéias, às vezes, para atingir o formato de *norma agendi*, levam décadas e décadas na sua longa caminhada pelos meandros do Legislativo.

O resultado é que o Estado, antes Estado-Juiz, agora tornou-se, pelas necessidades administrativas, Estado-Parte, movendo ações no foro, ingressando em Juízo na defesa principalmente de seus interesses econômicos. Para ele, litigando sob a denominação de Fazenda Pública, preparou-se o terreno forense. Vários dispositivos vieram em seu socorro.

Verbi gratia:

— Pelo Regimento de 7 de março de 1609, de Dom Felipe, aplicável ao então “Estado do Brasil”, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as causas que tocarem à Coroa e Fazenda, “para requerer nelas tudo o que fizer a bem de minha Justiça”.

— Pela Carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, de Dom José, estavam traçadas as primeiras linhas para a cobrança da dívida do Real Patrimônio — as futuras execuções fiscais, com as quais “entrará sempre a Minha Real Fazenda com a sua intenção fundada e liquidada, assim de fato como de direito, sem necessitar de outra alguma prova”. Traçava ainda normas acerca do concurso de credores com o Real Erário.

— Pelo Decreto de 18 de agosto de 1842, da Regência, estavam ampliadas as medidas que deveriam ser tomadas contra os devedores da Fazenda Nacional.

— Por dispositivo de 12 de janeiro de 1842, às Varas Privativas dos Feitos da Fazenda competiam conhecer e julgar definitivamente, em 1ª instância, todas as causas cíveis e ordinárias, ou sumárias, em que a Fazenda Nacional for Autora ou Ré, ou por qualquer maneira interessada, em que deverem intervir os seus Procuradores, na conformidade das Leis em vigor.

Assegurado à Fazenda Pública um foro condizente com a sua posição política, cabia ao legislador prosseguir na tarefa de cercá-la de privilégios, entre os quais, o de declarar impenhoráveis os seus bens.

Verbi gratia:

— Na Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Cível, organizada pelo Dr. ANTONIO JOAQUIM RIBAS, o art. 1.277, § 16, rezava que não podem ser absolutamente penhorados os bens do Estado, das Províncias e Município.

— No Decreto nº 9.549, de 23 de janeiro de 1886, que manda aplicar o Regulamento para execução da Lei nº 3.272, de 5 de outubro de 1885, que

alterou diversas disposições referentes às execuções cíveis e comerciais, o art. 7º salientava que entre os bens considerados inalienáveis, para não serem sujeitos a penhora, se compreendem os das Câmaras Municipais e os das Ordens Religiosas (Lei de 1º de outubro de 1828, art. 42; Lei de 26 de maio de 1840, arts. 23 e 24, Ato Adicional, art. 10, § 5º, e Lei de 9 de dezembro de 1830).

A Fazenda Pública foi coroada com o prazo maior que o da parte comum, para contestar e apelar. A sentença contrária a sua pretensão estava sujeita ao duplo grau de jurisdição, devendo o juiz apelar *ex officio*, sem o que era a sentença inexecúvel. *Verbi gratia*: Na Consolidação, de ANTONIO JOAQUIM RIBAS, art. 1.048; no Decreto nº 3.084, de 5-11-1898, parte quinta, art. 40, entre outros (1).

Apesar de tudo, a legislação foi lenta. Vestindo *calça curta*, não previu a hipótese da Fazenda Pública, no banco dos réus, compelida a pagar algo, vez que as contingências fizeram com que o Estado descesse do pedestal do seu planalto e, nas suas múltiplas atividades de administração pública, contraísse obrigações na esfera cível, como qualquer cidadão. Sujeito passivo da relação jurídica, tinha ele, como o cidadão comum, de satisfazer os débitos — contratuais ou aquilianos — contraídos.

Ao Direito coube, como conquista de muitos séculos, a façanha de ter feito, em certos casos, o Estado de parte no processo, sendo acionado no foro a fim de satisfazer obrigações. A situação do Estado-Réu, do Estado sofrendo as pressões processuais que ele mesmo edita, do Estado citado para pagar, constituiu uma realidade tão extraordinária que os melhores processualistas do século passado — brasileiros e portugueses — não atinaram para o problema.

A cena realmente era inédita: o Estado, de joelhos, com seus passos limitados pela legislação que ele próprio criou, quedado ante o particular que o acionava civilmente, na cobrança e na perseguição de um crédito. Esgotados os recursos processuais, tinha de enfrentar o problema do pagamento do débito judicial. Seus bens eram/são impenhoráveis, eis o obstáculo. Sem a penhora, como resolver o problema?

A problemática mostrava claramente como a legislação andava desprevenida. A Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Cível, de ANTONIO JOAQUIM RIBAS, não trazia nenhum dispositivo regulando a matéria. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 — que organizou a Justiça Federal —, também caiu na mesma omissão.

A omissão do legislador, ou, pelo menos, o seu silêncio sepulcral, provocou o desinteresse da doutrina sobre o impasse surgido, que não foi devidamente enfrentado. Buscou-se, então, a solução na prática forense, na base da analogia. A ela coube a tarefa de criar o precatório, que a legislação mais tarde elevou à categoria sagrada de instituto constitucional. De um jeito ou de outro, o Estado teria de pagar o seu débito. O precatório era o instrumento idealizado para tal escopo, instituto jurídico que se plasmava pela essência direta da democracia do Direito.

(1) Vide outros exemplos no artigo "Recursos necessários no processo cível", de nossa autoria. *Jornalex*, OAB-SE, nº 11, Aracaju, ano II, nov./dez./77.

2. O problema do nomen juris

Tem-se muito, na prática do foro, confundido o precatório com a precatória, não só nos diálogos, como em autos, como também e até em livros de ciência processual (2).

A confusão acerca do *nomen juris* correto é, assim, geral e generalizada, embora o precatório não seja o mesmo que a precatória. O precatório não é o macho, do qual a precatória é a fêmea. Não são sinônimos processuais, apesar de serem semelhantes em certos aspectos formais.

O responsável por essa incerteza é a própria legislação processual e constitucional brasileira, ao usar ora o termo precatório, ora precatória, como se afinal uma coisa fosse igual à outra.

No processo civil, onde nasceu, como veremos adiante, surgiu com o denominativo de precatória de vênia, com a finalidade de fazer uma penhora em dinheiro de uma Câmara Municipal, "por entender o juiz que a penhora não se podia realizar sem que o Presidente da Câmara autorizasse a entrada dos oficiais de justiça no respectivo edifício" (3).

Como precatória aparece no Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, que aprova a Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal, parte quinta:

Art. 41 — Sendo a Fazenda condenada por sentença a algum pagamento, estão livres de penhora os bens nacionais, os quais não podem ser alienados senão por ato legislativo.

A sentença será executada depois de haver passado em julgado e de ter sido intimado o procurador da Fazenda, se este não lhe oferecer embargos, expedindo o juiz precatória ao Tesouro, para efetuar-se o pagamento.

O art. 2.195 da Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal, organizada por CÂNDIDO OLIVEIRA FILHO, em 1923, repete o dispositivo transcrito, conservando o termo precatória (4).

Na doutrina, aparece cinco vezes no índice alfabético do livro *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de JOAQUIM CAETANO PEREIRA E SOUZA, acomodado ao foro do Brasil até o ano de 1877, por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

-
- (2) R. A. AMARAL VIEIRA chama a atenção para o fato de PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, não distinguir Precatário de Precatória. Verbete sobre precatório, *Repertório Enciclopédico Brasileiro*, vol. XXXVIII, pág. 330. DE PLÁCIDO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), pág. 605. Inspirado na Carta Magna de 1937, usa o termo precatória em lugar de precatório. SÉRGIO SAHIONE FADEL, *Código de Processo Civil Comentado*, tomo II, pág. 8, usa também o termo precatória em lugar de precatório.
- (3) MORAES LEITE VELHO, citado por MARTINHO GARCEZ, *Da Execução de Sentença na Justiça Federal, na Justiça do Distrito Federal e na Justiça dos Estados*, pág. 74.
- (4) JOSÉ TAVARES BASTOS, *Consolidação das Leis da Justiça Federal*, edição de 1914, não fez nenhum comentário ao dispositivo em foco. Idêntica omissão ocorreu com CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, ob. cit.

(pág. 604), o termo precatório significando precatória. Teria sido simples erro gráfico despercebido na revisão?

Em termos constitucionais, o problema do *nomen juris* é mais grave, vez que as Constituições brasileiras embaralharam muito a matéria, na troca constante dos termos. A Constituição de 1934, art. 182, que vai consagrar pela primeira vez o instituto, usa o termo correto: precatório.

Art. 182 — Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.

A Carta Magna de 1937, art. 95, contudo, atrapalha tudo, usando o termo precatória, num retorno às origens. A Constituição de 1946, art. 204, utiliza o termo usado pela Lei Suprema de 1934: precatório. A Carta Magna de 1967, art. 117, mantém acesa a centelha correta, precatório, no que não foi alterada pelas Emendas Constitucionais que se seguiram.

Já o Código de Processo Civil, de 1939, feito sob a inspiração da Carta de 1937, não utilizou expressamente nenhum termo, e o Código de Processo Civil de 1973, art. 730, coloca a questão em seus devidos termos, falando em precatório.

Uma dúvida pode surgir.

Por que o correto é precatório, se o instituto surgiu na vida forense brasileira sob a denominação de precatória?

Como se verá adiante, no estudo de sua definição e dos elementos que a integram, o precatório não é o mesmo que a precatória. Seus fins não se acomodam no mesmo aposento jurídico. Muitas diferenças podem ser enfrentadas desde logo.

A precatória, como ato processual, é ampla, podendo servir para citar, intimar, penhorar, alienar bens, efetuar perícia, ouvir testemunhas, enfim, para uma série interminável de atos processuais que o juiz deprecante faria no Juízo deprecado, se a área do Juízo deprecado pertencesse a sua jurisdição.

O precatório, ao contrário, é limitado ao seu escopo de requisitar pagamento. Só serve para esse ato, porque para esse ato é que foi criado. Além do mais, a precatória pode ser expedida em qualquer fase processual, enquanto o precatório tem seu momento exato e certo, matematicamente cronometrado, sob pena de não surtir efeito como ato jurídico.

A precatória é de juiz para juiz, de categoria igual, seja qual for a entrância, enquanto o precatório é de juiz para o tribunal que lhe é superior. A precatória, uma vez cumprida, retorna ao Juízo deprecante. O precatório nunca mais retorna. A precatória contém um pedido. O precatório contém uma requisição.

Outras diferenças pululam entre eles nos campos substantivos e adjetivos.

As semelhanças repousam no seguinte:

a) ambos são precedidos de uma peça explicativa, instruída com documentos extraídos dos autos processuais. Hoje tais peças são xerografadas, ontem eram trasladadas;

b) ambos os institutos vêm do latim *precatorius*, de *precari*, que significa rogar, pedir (5);

c) ambos são incidentes acessórios, vez que implicam na existência de um processo principal, do qual foram extraídos e sem o qual não sobreviveriam;

d) ambos contêm um pedido, vez que precar é pedir (*precar*, *precari*, de *prex*, *precis*, *prece*) e que deu-nos precação, precativo, precatório, deprecar, deprecação, deprecativo, deprecatório (6).

Num só processo podem ser expedidas várias precatórias, com finalidade diferente. O mesmo não ocorre com o precatório, que só pode ser expedido em número de um, seja o número de sujeito ativo singular ou plural.

Com a Constituição de 1934, art. 182, de uma vez por todas foram estabelecidos implicitamente os limites que separavam o precatório da precatória, de forma que o *nomen juris* correto é precatório, nome constitucional, não devendo o outro — precatória — ser usado para significar o primeiro.

3. Esboço histórico do precatório

Na origem do precatório é que se vai constatar não ter ele nascido no Direito Constitucional, como se costuma afirmar alhures. O berço do precatório foi o Direito Processual Civil, tendo como mãe a prática forense e como pai a imaginação fértil e a coragem de um magistrado.

MORAES LEITE VELHO, citado por MARTINHO GARCEZ (ob. e loc. cit.), narra a ocorrência de um litígio ocorrido na Corte brasileira, entre um particular e uma Câmara Municipal, onde se verifica o surgimento do precatório, na sua forma mais rudimentar, criado e imaginado por um juiz, diante de um problema surgido na execução da sentença.

Historia MORAES LEITE VELHO:

“Nestas condições, o exequente invocou a intervenção do juiz junto ao governo, pedido que motivou o ofício sujeito por V. Ex^a à consideração deste ministério, e no qual solicita ao Juiz de Direito da 2ª Vara Comercial, que o governo ordene ao Presidente da Il.^{ma} Câmara que facilite a diligência, lançando o seu “cumpra-se” na preca-

(5) Cf. DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. III, pág. 1196. A questão não é pacífica. No *Dicionário Prático Ilustrado* (novo dicionário enciclopédico luso-brasileiro, publicado sob a direção de JAIME DE SÉGUIER, edição atualizada e aumentada por JOSÉ LELLO e EDGAR LELLO — Lello & Irmãos Editor, Porto, Portugal, 1966), o termo precatória é dado como oriundo do latim *precatória* e precatório do latim *precatoriu*, pág. 943.

(6) Cf. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., pág. 168.

tória de vênia, que não foi devolvida, e consentindo em que os oficiais de justiça cheguem até a tesouraria da Câmara para efetuarem a penhora em questão, penhora contra a qual poderá protestar o tesoureiro como entender, deixando até de assinar o auto respectivo, o qual será assinado por duas testemunhas em seu lugar.”

MORAES LEITE VELHO não percebia que tratava do precatório, no seu aspecto primitivo. Indiferente ao problema, dizia:

“Ponhamos aqui uma hipótese. Uma Câmara Municipal inclui no seu orçamento certa soma para uma determinada obra que manda fazer. A soma orçada entra no cofre, a obra é executada, e a Câmara Municipal não paga. Isto vê-se muitas vezes... O empreiteiro aciona a Câmara e vence. Não está no direito de penhorar no cofre tanto quanto foi orçado para a obra, o que necessariamente ali deve estar? Esta grande questão tomou há pouco tempo na Corte um caráter de grande interesse prático, porque se deu esta hipótese, e houve um juiz bastante firme para mandar fazer penhora. O Executivo meteu-se de permeio com o aviso que é digno de estudo, mas que em nosso entender, não passa de enfático paralogismo.”

Analisemos o exemplo narrado:

a) *Precatória de vênia* — Observa-se aí a origem também da confusão acerca do *nomen juris*, vez que foi usado, pela primeira vez, sob o termo precatória. Deve ter sido utilizado o termo precatória de vênia, i. e., precatória com permissão, por analogia e em sinal de respeito ao poder público devedor.

Por analogia porque se, na processualística forense, um juiz se dirige a outro por precatória, assim também deveria dirigir-se a uma autoridade de outro poder. Outro qualquer termo poderia ter sido usado, como um simples officio. No entanto, ao preferir utilizar precatória de vênia, o magistrado criou, entre nós, a prática do instituto do precatório.

Em sinal de respeito ao poder público devedor, afirmamos, vez que o magistrado não mandou expedir mandado de penhora, cõscio que os bens públicos eram impenhoráveis. Mas, ao expedir precatória de vênia, determinou a penhora em determinado bem fungível: dinheiro da tesouraria da Câmara.

b) *Penhora de dinheiro* — Na penhora de quantia certa e determinada, estava a primitiva forma de requisição que o precatório encamparia mais tarde, com as perfeições processuais que o tempo traria. A impenhorabilidade dos bens do Estado não isentaria a Fazenda Pública de pagar os seus débitos. Penhorando-se, de início, o próprio dinheiro, caminhou-se para a requisição.

c) *Intervenção* — Também no exemplo citado surgiu a primeira idéia da intervenção, caso não fosse o instrumento devidamente cumprido. O Direito Constitucional adotaria posteriormente a intervenção, como sinônimo de força. O não-pagamento do débito, uma vez atestada a reclamação do prejudicado, importa na intervenção.

O precatório tem, assim, suas origens na prática forense, na área processual civil. O Direito Processual Civil veio legalizá-lo, ao oficializar sua entrada

no Direito objetivo, o que ocorre com o Decreto nº 3.084, de 5-11-1898, art. 41, parte quinta, já mencionado, representando, como solução, a luta de vários séculos visando derrubar a irresponsabilidade do Estado, para compeli-lo a pagar seus débitos, sem que isso viesse a diminuir ou violar a soberania estatal, mas apenas sujeitar o Estado às regras da ordem jurídica.

Também na legislação paulista encontra-se um exemplo primevo do precatório, quando os seus primeiros passos, como instituto jurídico, ainda eram tímidos. A Lei nº 16, de 13 de novembro de 1891, art. 86, rezava que, havendo condenação judiciária, poderiam ser penhoradas as rendas dos bens municipais, quando estivessem votadas nos respectivos orçamentos (7). Os sintomas principais do precatório evidenciam o dispositivo: a penhora de dinheiro municipal e a sua ligação ao orçamento da entidade devedora.

Da legislação processual para receber o beneplácito do Direito Constitucional, muita água passou por debaixo da ponte do precatório, obrigando o legislador a dar-lhe a tutela constitucional, o que somente vem a ocorrer com a Constituição de 1934, art. 182.

Para se entender por que o precatório é encarado como um princípio "louvável e democrático" (8), necessário rever o que ocorria nos bastidores, pedra que, colocada na frente do precatório, feria até a soberania do Poder Judiciário.

Alguns lances do panorama vivido são fornecidos por CASTRO NUNES (9):

"É uma medida moralizadora, disse eu referindo-me ao anteprojeto do Itamaraty, de onde passou a Constituição de 34, visando, com base em antecedentes conhecidos, coibir a advocacia administrativa que se desenvolvia no antigo Congresso para obtenção de créditos destinados ao cumprimento de sentenças judiciárias. Não raro, deputados levaram o seu desembaraço ao ponto de obstruírem o crédito solicitado, entrando no exame das sentenças, prática viciosa de que dá notícia o Sr. CARLOS MAXIMILIANO no seguinte comentário: "Este (o Congresso), provocado por proposta de um dos seus membros ou por mensagem do Executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se lhe não agradavam, negava o crédito solicitado. Assim se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário; era um poder exaustorado no exercício de suas funções"."

Outras opiniões, no mesmo tom, podem ser catalogadas. Comentando a Constituição de 1946, art. 204, TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (10) dá seu depoimento:

"A sugestão foi nossa, impressionados que estávamos com o processo moroso do pagamento dessas dívidas, sujeito sempre à revisão

(7) Exemplo colhido em AFONSO FRAGA, *Theoria e Prática na Execução das Sentenças*, pág. 181.

(8) Cf. MOZART VICTOR RUSSOMANO, *Precatórios: orientação do TST para o futuro*.

(9) *Da Fazenda Pública em Juízo*, pág. 229.

(10) *A Constituição Federal Comentada*, vol. IV, pág. 225.

do Congresso e a exigências descabidas em face da *res judicata*. Nada mais natural do que o requisitório como forma de pagamento, por isso que a liquidação se efetiva automaticamente, fornecendo-se ao Poder Judiciário os recursos financeiros necessários.”

Já CARLOS MAXIMILIANO (11), enfocando o citado art. 204, Constituição de 1946, ensina que o supramencionado artigo visa assegurar a independência dos julgados: o vencedor, se é certo que não pode forçar o pagamento por meio da penhora em bens do Estado, adquire a vantagem de não precisar de empenho nem da advocacia administrativa para receber o que o Tesouro lhe deve.

Daí PONTES DE MIRANDA (12), ao trabalhar com o art. 182, da Constituição de 1934, afirmar que, com a aplicação desse dispositivo, ter-se-á concorrido para a moralização da administração pública no Brasil. Nos seus *Comentários* aos Estatutos Supremos seguintes, de 37, 46 e 67, frisa que a aplicação do dispositivo tem concorrido para a moralização da administração pública no Brasil.

Foi preciso a tutela constitucional, para que os precatórios fossem devidamente cumpridos, sem que o Legislativo julgasse a sentença, numa aplicação da regra de que os três Poderes são independentes e harmônicos entre si. Aplicando-se a frase de AMARO CAVALCANTE (13), dir-se-ia que o Legislativo deixava de ser um dos órgãos legítimos da soberania nacional, para tornar-se um instrumento faccioso, ou um simples poder revolucionário.

O precatório triunfou, como instituto democrático e constitucional, representando uma segurança para as partes, no sentido do exato cumprimento das decisões judiciais contra a Fazenda Pública, que, por ser órgão do governo, portanto, de um dos Poderes da República, deveria dar exemplo no fiel e imediato cumprimento às ordens da Justiça (14).

4. Definição do precatório

O problema pode ser encarado sob o aspecto gramatical e processual.

Gramaticalmente, LAUDELINO FREIRE (15) estuda o precatório dentro de duas categorias: como adjetivo, oriundo do latim *precatorius*, significa “em que se pede alguma coisa; rogatório”; como substantivo masculino, significa “documento precatório; carta precatória”.

O Direito português o conhece como um “bando precatório, grupo de pessoas que vai pelas ruas implorando a caridade pública em benefício próprio ou alheio” (16).

Pedir, implorar, requisitar, na acepção vista, marca o instituto.

(11) *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, pág. 268.

(12) *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, tomo II, pág. 1.937.

(13) *O Regime Federativo*, pág. 310.

(14) Cf. PAULO SARASATE, *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*, pág. 432.

(15) *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. IV, pág. 4.094.

(16) *Dicionário Prático Ilustrado*, pág. 943.

Processualmente, poucas são as definições conhecidas, proveniente da rapidez com que o assunto é sempre tratado. O precatório é, utilizando-se de uma expressão de AFONSO FRAGA, “um filão d’ouro inexplorado”. Os processualistas antigos não cuidaram do precatório. Os modernos são mais dedicados ao assunto, embora de maneira leve. Mesmo assim, podemos reunir algumas definições a seguir.

SÉRGIO SAHIONE FADEL (17) ensina: “Diz-se precatório também a solicitação de um juiz singular ao tribunal superior, no sentido do atendimento de qualquer formalidade legal ou constitucional, como, por exemplo, a requisição de verba para atendimento de condenações impostas à Fazenda Pública ou de autarquia federal ou estadual.”

A definição é passível de críticas, não só por confundir o precatório com a precatória, como por ser incompleta, no plano objetivo. O exemplo fornecido na definição é a própria finalidade do precatório, que se estende, por outro lado, também à Fazenda Municipal e suas autarquias.

R. A. AMARAL VIEIRA (ob. e loc. cit.): “Precatório, também chamado requisitório, é a solicitação do juiz a autoridade administrativa, quase sempre tendo em vista pagamento ou entrega de numerário.”

Também é insuficiente, caindo em equívocos lastimáveis, como o de fornecer como exemplo o escopo do instrumento. Outro equívoco: a solicitação é engano. Não há solicitação e sim requisição. E esta não é feita do juiz para a autoridade administrativa, mas do juiz ao Presidente do Tribunal e deste para a autoridade administrativa devedora. Do juiz para o Presidente do Tribunal tem o nome de requisição; do Presidente do Tribunal a autoridade administrativa devedora tem o nome de ordem de pagamento.

JOSÉ FREDERICO MARQUES (18), embora não se refira expressamente ao precatório — notória influência do Código de Processo Civil de 39 —, utiliza o termo requisição: “A requisição é o ato executivo que o Judiciário pratica para compelir a devedora a pagar.” Não é satisfatória, falhando, entre outros aspectos, no incompleto emprego da palavra “devedora”, que deveria ter sido antecipada pela expressão “Fazenda Pública”, formando “Fazenda Pública devedora”. Só a Fazenda Pública devedora está sujeita ao precatório. As demais devedoras, no sentido que foi dado, a ele não se sujeitam, pelo uso da penhora.

PONTES DE MIRANDA (19): “Precatório, precatória, carta precatória, diz-se o ato judicial pelo qual o juiz pede a outro que se pratique na jurisdição des-soutro algum ato processual (...).” A definição peca demasiadamente, a começar pela junção de matérias diferentes — precatório e precatória, numa só obra. Harmoniza-se com a precatória a definição vista, jamais com o precatório.

JORGE AMERICANO (20) não vê implicitamente autonomia no instituto do precatório — outra influência do CPC-39, omitindo o nome deste e falando

(17) *Código de Processo Civil Comentado*, tomo II, pág. 8.

(18) *Manual de Direito Processual Civil*, vol. IV, pág. 204.

(19) *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III.

(20) *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 4º volume, págs. 204-205.

em ofício: “A condenação passada em julgado, por quantia certa, contra a Fazenda Pública, é solicitada pelo Presidente do Tribunal, por ofício, ainda que se trate de sentença de primeira instância, passada em julgado, caso em que o juiz oficiará, por sua vez, ao Presidente do Tribunal.” No fundo, era o art. 891 do CPC-39 que não fazia referência expressa ao instituto do precatório.

Também JOSÉ DA SILVA PACHECO⁽²¹⁾ fala em ofício: “Os ofícios requisitórios dos diversos juízes, no sentido de serem expedidas ordens de pagamento (...).” O ofício, no fundo, é a maneira mais simples e menos rebuscada de o juiz expedir o precatório. Contudo, officiar não é deprecar. Deprecar não é officiar. Cada coisa em seu lugar devido.

WALTER P. ACOSTA⁽²²⁾: “Precatório é também documento expedido por autoridade (magistrado, em matéria judicial), com o fim de requisitar pagamento ou restituição de valores.”

CREMILTON S. OLIVEIRA⁽²³⁾: “O precatório é uma espécie de mandado executório, através do qual o Poder Judiciário requisita à Fazenda a importância necessária ao pagamento executado”. PAULO GUIMARÃES DE ALMEIDA⁽²⁴⁾ fala em “pagamento” e “requisitório”, síntese insuficiente para contornar a problemática enfocada.

Entre as conhecidas e consultadas, a melhor é dada por DE PLÁCIDO E SILVA (ob. e loc. cit.): “Precatório é essencialmente empregado para indicar a requisição, ou, propriamente, a carta expedida pelos juízes da execução de sentença, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras.”

Analisemos os elementos que integram a definição de DE PLÁCIDO E SILVA:

a) *requisição* — O precatório é uma requisição. Na linguagem do escrivão se vê: “Precatório requisitório”. Ou, na lição de PONTES DE MIRANDA (ob. cit., tomo X, pág. 471): “Ato processual mandamental”. Porque manda, não se discutindo mais a matéria nem o porquê. Atende-se a sua requisição, que ele contém, e as formalidades que devem encher seus músculos.

AMILCAR DE CASTRO⁽²⁵⁾ ensina que, “se não houver embargos, ou forem estes julgados improcedentes, o juiz executor, conforme a hipótese, requisita o pagamento ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou ao Presidente do Tribunal de Apelação (...).”

O art. 730, I, do Código de Processo Civil de 73: o juiz requisitará o pagamento.

(21) *Tratado das Execuções — Processo de Execução*, 2º vol., pág. 547.

(22) *O Processo Penal*, pág. 110.

(23) *Execução de Sentença contra a Fazenda Pública*, pág. 40.

(24) *Execução contra a Fazenda Pública Municipal*, pág. 227.

(25) *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, pág. 141; *idem*, vol. VIII, pág. 370.

b) ou carta expedida — Já vimos que o precatório não é igual a precatória, mas que o responsável pela confusão em torno do *nomen juris* foi a própria legislação brasileira, usando equivocadamente o termo precatória para significar e conceituar o precatório.

DE PLÁCIDO E SILVA (26), comentando o CPC-39, caiu no equívoco elaborado pela legislação brasileira, em particular pela Carta Magna de 1937: “Por essa forma, quando se tiver que executar a sentença contra a Fazenda Pública, preliminarmente se extrairá precatória para cumprimento dela, diante da qual será o crédito autorizado.” Depois, em seu *Vocabulário Jurídico*, se redime, fornecendo a melhor definição do precatório.

Entre os tipos de cartas que o CPC contém, entre outras, está a carta precatória, rogatória, de ordem (art. 202), a carta através da qual se faz a citação pelo correio (art. 221, I), a carta para se intimar advogados não residentes na comarca, a carta de sentença (art. 590), carta de arrematação (art. 703), além da carta de adjudicação. O precatório, como vimos, não é uma carta, embora se assemelhe num ponto formal, não se devendo dizer carta ao se referir a ele. Neste ponto, a definição de DE PLÁCIDO E SILVA não se libertou da influência do Código Supremo, de 1937.

Apesar disso, a Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, usa o termo Carta Precatória Requisitória, e a Justiça Federal, Seção Judiciária da Paraíba, utiliza a expressão Carta Requisitória de Pagamento. A Carta Magna de 1937 continua, portanto, a gerar influência.

c) pelos juízes da execução da sentença — O Juízo que executa a sentença é o mesmo que proferiu a sentença, entendendo-se Juízo como órgão do aparelho judiciário, e não como juiz, pessoa física, magistrado. É o juiz de primeira instância, seja o federal ou o estadual.

AMILCAR DE CASTRO (ob. e loc. cit.) fala em “Juiz Executor”. SÉRGIO SAHIONE FADEL (ob. e loc. cit.) em “Juiz Singular”. CREMILTON S. OLIVEIRA (ob. e loc. cit.) em “Juiz Prolator da Sentença”.

A regra é universal.

A Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha, art. 919, refere-se a “el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia”. O Código de Procedimiento Civil da Bolívia, art. 514, salienta que “las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada se ejecutarán, sin alterar ni modificar su contenido, por los jueces de primera instancia que hubieren conocido del proceso”. O Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal do México, ao tratar “de la ejecución de sentencia” é bastante casuístico, prevendo nos artigos 501 a 504 todas as hipóteses possíveis de execução de sentença, sendo que “se hará por el juez que hubiere conocido del negocio en primera instancia”, quando “la ejecución de sentencia que haya causado ejecutoria o que deba llevarse adelante por estar otorgada ya la fianza correspondiente” (art. 501). Por sua vez, o Código de Procedimiento Civil do Chile, art. 231, reza que “la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia (...)”.

(26) *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 605.

O Codice di Procedura Civile da Italia esclarece que o "giudice dell'esecuzione" é o "giudice istruttore". O Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay salienta que "las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, se ejecutarán por los Jueces de primera instancia que hubiesen conocido en el asunto" (art. 489). A regra geral trazida pelo Código Procesal Civil y Comercial da Argentina é que "será juez competente para la ejecución: 1º El que pronunció la sentencia" (art. 501).

O Código de Processo Civil de Portugal estatui que, "para a execução que se funde em decisão proferida por tribunais portugueses, é competente o tribunal de 1ª instancia em que a causa foi julgada", art. 90, 1. O Código de Procedimiento Civil da Colômbia, art. 335, frisa que o juízo executivo da sentença é "el juez de primera instancia del proceso en que fue dictada y a continuación del mismo".

O Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe (Resolução nº 3/1976), art. 35, XX, apregoa, entre as atribuições da Presidência do Tribunal, "expedir precatório de pagamento em virtude de sentença proferida contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil".

In specie, cometeu-se um grave equívoco. O precatório é expedido pelo Juízo de primeiro grau, que executa a sentença, e é dirigido ao tribunal superior que, verificando estarem satisfeitas as exigências legais, expede ordem de pagamento. Tem de se entender o precatório como um conjunto de atos visando um fim: pagamento de débito judicial da Fazenda Pública. E a ordem de pagamento deve ser encarada como um ato desse conjunto, o ato primordial, o ato máximo por excelência.

O Juízo de primeira instância expede o precatório. O Tribunal hierárquico superior expede a ordem de pagamento. De PONTES DE MIRANDA (27) a advertência: "Só o Presidente que proferiu a decisão exequenda é constitucionalmente autorizado a expedir ordens de pagamento."

Lógico. O Presidente que proferiu a decisão exequenda é o Presidente do Tribunal hierárquico superior, vez que, condenada em primeira instância a Fazenda Pública, a sentença fica sujeita ao duplo grau de jurisdição. Então, o círculo se iniciando com o Juízo de primeira instância — que condena a Fazenda Pública e recorre de sua própria sentença *ex lege* — passa por uma fase primordial, quando a sentença, subindo ao Tribunal superior por força do recurso *ex officio*, é confirmada. O círculo prossegue: os autos retornam do Juízo superior, onde a sentença foi apreciada e confirmada, ao Juízo inferior para a liquidação da sentença, fechando-se o círculo quando o precatório é expedido do Juízo inferior para o superior, e este, tendo em vista o precatório recebido, expede a ordem de pagamento.

Daí se entender melhor a advertência de PONTES DE MIRANDA.

AMILCAR DE CASTRO (ob. e loc. cit.) também salienta: "... requisita o pagamento ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou ao Presidente do

(27) *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, tomo III, pág. 647.

Tribunal de Alçada, pois aos mesmos compete expedir as ordens de pagamento, pelas importâncias que houverem sido recolhidas ao cofre dos depósitos públicos”.

Observe-se a lição de AMILCAR DE CASTRO, na parte em que frisa caber ao Presidente do Tribunal superior expedir a ordem de pagamento. Nunca o precatório.

No equívoco em que laborou o Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe, caiu também CASTRO NUNES (ob. e loc. cit.): “As sentenças condenatórias, do pagamento, depois de liquidadas, são cumpridas pela forma prevista no art. 204 e parágrafo único da Constituição (de 1946), competindo ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos, ou ao do Tribunal de Justiça, expedir a requisição da verba consignada para esse fim.”

A ordem de pagamento nunca deve ser confundida com a requisição. A primeira é obra do Tribunal superior; a segunda é matéria inerente ao Juízo de primeira instância. A ordem de pagamento e a requisição não se confundem, embora a primeira ocorra em decorrência da segunda.

Idem para JOSÉ FREDERICO MARQUES (ob. e loc. cit.): “A requisição (...). Quem a expede é o Presidente do Tribunal Federal de Recursos (...).” O Tribunal superior, ao contrário, expede ordem de pagamento.

d) em que a Fazenda Pública – O que impõe a exigência do precatório é a presença da Fazenda Pública como parte vencida. A ausência da Fazenda Pública na demanda, ou a Fazenda Pública vencedora, implica na desnecessidade do precatório.

O precatório existe porque a Fazenda Pública foi parte e foi vencida. Se seus bens fossem penhoráveis, como os bens do particular, atendendo-se as exceções legais, não haveria necessidade de precatório. Diante da impenhorabilidade de seus bens, criou-se o precatório.

Em primeiro lugar porque não tem sentido que o Estado exproprie seus próprios bens para atender as execuções que lhes são movidas; em segundo lugar porque os pagamentos devidos pela Fazenda devem ser rigorosamente ordenados e controlados, a fim de evitar mal maior, e que viessem os bens públicos a ser afetados por interesse particular, conforme salienta SÉRGIO SAIHONE FADEL (ob. e loc. cit.).

A Fazenda Pública compreende a federal, a estadual e a municipal e suas respectivas autarquias, relação que encontra apoio em FREDERICO MARQUES e ERNANI VIEIRA DE SOUZA (28).

ALEXANDRE DE PAULA (29) fala ainda em “outras pessoas de direito público eventualmente criadas como órgãos da administração indireta”. Órgãos da administração indireta são as autarquias, as empresas públicas e as sociedades

(28) Execução específica da obrigação de emitir declaração de vontade e outros temas divergentes no processo civil, págs. 133-134.

(29) *Código de Processo Anotado*, vol. III, pág. 339.

de economia mista (cf. a enumeração feita pelo art. 5º, I, II e III, do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67). As duas últimas estão excluídas do rol do precatório, em virtude de serem penhoráveis seus bens, pelo que se depreende do § 2º do art. 170 da Constituição Federal. Para CÉSAR MONTENEGRO⁽³⁰⁾, a Fazenda Pública *in casu* é somente a Fazenda Pública Nacional, o que não é exato. CREMILTON S. OLIVEIRA (ob. e loc. cit.) inclui as empresas públicas no rol dos precatórios, esquecendo a regra do art. 170, § 2º, da Constituição Federal.

O Código Tributário Nacional, art. 209, fixa que a expressão "Fazenda Pública", quando empregada nesta lei sem qualificação, abrange a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Idêntica regra se aplica também à Fazenda Pública do Território, omitido pela lei tributária.

e) *foi condenada a certo pagamento* — O escopo do precatório é o pagamento. Uma vez transitada em julgado a sentença e uma vez julgada a sua liquidação, necessário se torna o cumprimento da decisão judicial, para a harmonia da paz social. O fato de o Estado ser órgão julgado — o Estado-Juiz — não implica na idéia de sua imunidade civil.

Condenado, e não podendo usar mais os recursos cabíveis, é obrigado a pagar algo, alguma coisa, convertido em *quantum* o objeto jurídico tutelado pela sentença irrecorrível. O precatório virá com esse escopo.

f) *ao Presidente do Tribunal* — O precatório, expedido pelo Juízo de primeira instância, é dirigido ao Tribunal hierárquico superior. Se expedido pelo Juízo de Direito, em algumas comarcas, e, em outras pelo Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda, é dirigido ao Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Se expedido pelo Juiz Federal, é dirigido ao Tribunal Federal de Recursos. Se expedido pela Junta de Conciliação e Julgamento, é dirigido ao Tribunal Regional do Trabalho da respectiva região.

O Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe, art. 35, XX, deveria ter outra redação. Em lugar de "expedir precatório...", que é função do Juízo de Direito, ficaria correto "expedir ordem de pagamento em virtude de precatório que lhe for dirigido pelo Juízo de Direito nas execuções de sentença movidas contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil".

g) *que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento* — O Tribunal, recebendo o precatório, e ouvido o representante do Ministério Público sediado em segunda instância, expede a competente ordem de pagamento, que é o fim primordial do precatório.

Tanto a decisão do Juízo inferior, executor da sentença, determinando a expedição do precatório, como a decisão do Tribunal superior, mandando expedir a ordem de pagamento, não estão sujeitas a recurso algum, sendo, assim, apesar de seu caráter decisório, encaradas como meros despachos.

(30) *Tratado das Execuções. Execução de Sentença*, verbete sobre a "Execução contra a Fazenda Pública", págs. 240-241.

Está, em parte, aí o itinerário que o precatório faz. O juiz, executor da sentença, o expede para que o Tribunal superior, verificando completas as exigências, determine a expedição da ordem de pagamento.

h) as respectivas repartições pagadoras — Deve-se entender as repartições pagadoras como as que foram processadas e condenadas. São as repartições, então, devedoras. A ordem de pagamento é dirigida ao órgão da Fazenda Pública devedora, pelo Tribunal, para que esta efetue o pagamento. A antiga legislação da Justiça Federal falava em “Thesouro”.

A ordem de pagamento é expedida sem maiores formalidades. Colocada num envelope, é, através do correio, dirigida ao órgão devedor, com aviso de recebimento.

O círculo normal se fecha aí, o que, contudo, não encerra a problemática do precatório. À propósito, nos verbetes “O precatório e seu procedimento”, “O seqüestro e seu procedimento”, “O que pode ser seqüestrado”, ERNANI VIEIRA DE SOUZA (ob. e loc. cit.) focaliza com exatidão a seqüência do precatório.

5. *Momento do precatório*

Como já afirmamos no item 2 deste trabalho, ao contrário da precatória, que pode ser expedida em qualquer fase processual, o precatório tem o seu momento exato e certo, matematicamente cronometrado.

Para se chegar ao momento em que o precatório deve ser expedido, há de se rever primeiro algumas noções elementares de processo civil, que, apesar de serem notórias, são imprescindíveis para clarear o caminho ora tomado.

No processo contencioso, em geral, há momentos distintos para a realização de três citações.

A primeira — aquela em que o réu toma ciência dos termos da inicial da ação que lhe é proposta, para se defender, querendo — art. 213, CPC.

A segunda — aquela em que o vencedor quer liquidar a sentença, se a liquidação é por artigos — art. 609, CPC.

A terceira — justamente a última, é aquela em que, julgada a liquidação, o devedor é citado pessoalmente para cumprir a obrigação oriunda da decisão judicial — art. 611, CPC.

Esta citação, a última, portanto, que se faz no processo contencioso, é a citação mencionada no art. 730, CPC.

Art. 730 — “... citar-se-á a devedora...”

É errado supor que a regra do art. 730 se aplica para a citação primeira. Deve ficar bem claro que, em qualquer ação que se mova contra a Fazenda Pública, visando ao cumprimento de obrigação pecuniária, a Fazenda Pública será citada inicialmente para contestar o feito.

Veja-se, com base na argumentação acima, o art. 475, II, CPC, sujeitando ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado

e o Município. Proferindo uma sentença contra a União, v. g., o juiz tem de apelar *ex officio*, ou, como salienta o Código de Procedimento Civil do Chile, art. 751, “se elevará en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva”, e, em consequência, esta sentença tem de ser confirmada pelo Tribunal superior. Voltando os autos ao Juízo de primeira instância, é a sentença liquidada para depois ser executada.

ORLANDO DE SOUZA ⁽³¹⁾, a propósito, frisa que o Estado se sujeita apenas à liquidação. No entanto, liquidar é tornar líquido, é dar um *quantum* ao líquido contido na sentença. O Estado, em verdade, se sujeita à liquidação, porque é parte processual e não tem poderes excepcionais para evitá-la, e se sujeita também à execução da mesma sentença, só que através da instituição do precatório.

Na fase da execução da sentença, se essa execução é contra a Fazenda Pública, aí é que se aplica a regra do art. 730, citando-se a Fazenda Pública para efetuar o pagamento ou embargar, e não mais contestar, em virtude de não se tratar mais de processo de conhecimento, e sim de processo executivo.

O título de que o credor/vencedor/liquidante/exequente está munido, no caso do art. 730, é, necessariamente, a sentença transitada em julgado (art. 584, I, CPC), em face da regra do art. 475, II, *idem*. A interpretação literal do art. 730 pode levar a outro entendimento, se o intérprete descuidar-se da visão geral que deve ter de todo o sistema processual objetivo.

Opinião diferente é a de PAULO GUIMARÃES DE ALMEIDA (ob. e loc. cit.): “Segundo o disposto na lei processual (art. 475), a sujeição ao duplo grau de jurisdição só se verifica no respeitante às sentenças. E não havendo sentença, não se submeterá o processo ao reexame, pela justiça de segundo grau.” (...) “Quando não tenham sido opostos embargos, não haverá sentença condenatória, mas situação jurídico-processual a ela não equiparável (praeclusio pro judicata), não subordinada a reexame do segundo grau de jurisdição.” ERNANI VIEIRA DE SOUZA defende a mesma opinião (ob. e loc. cit.).

Discordamos. A ação contra a Fazenda Pública é, inicialmente, de conhecimento, e não executiva. Com a sentença, confirmada pela instância superior, a decisão se torna, aí então, executável, pelo que, uma vez transitada em julgado, a parte vencedora caminha para a liquidação e, uma vez liquidada, o caminho exato é a sua execução — Execução contra a Fazenda Pública, no caso, ocorrendo, neste momento, a citação de que fala o art. 730, CPC.

Insistimos na tese de que o título executivo, que fundamenta a citação prevista no art. 730, CPC, é a sentença, confirmada pelo colegiado superior, e transitada em julgado. Nenhum outro título pode, nos termos da legislação processual vigente, tomar-lhe o lugar.

Primeiro, portanto, o processo de conhecimento. Depois o da execução, privilégio que a Fazenda Pública tem e carrega.

Então, já se pode, de posse desses conhecimentos, firmar o momento em que o precatório deve ser expedido, qual seja, aquele em que — citada a Fazenda Pública, na execução de sentença confirmada pelo Tribunal superior, cuja liquidação já foi julgada, e o título executivo já fixa um *quantum* certo

e definitivo — esta não efetua o pagamento no prazo de dez dias, nem, neste mesmo prazo, oferece embargos à execução. Ou, citada, oferece embargos que são julgados improcedentes.

O magistrado, conclusos, em termos, os autos, uma vez transcorrido o prazo de dez dias, ou do trânsito em julgado dos embargos, só tem um caminho: mandar expedir o precatório (art. 730, I, CPC). O despacho, sobre o qual não cabe nenhum recurso, é simples:

— Em face da certidão supra, expeça-se o competente precatório, observadas as formalidades legais.

O precatório não seria necessário se a Fazenda Pública efetuasse, no momento da terceira citação, o pagamento do débito, o que poderia ocorrer com o simples depósito da quantia em Juízo.

O precatório só existe e só é importante porque a administração pública, em geral, só paga seus débitos judiciais por força do precatório, em virtude do controle administrativo que deve recair sobre as importâncias entradas e saídas, e como forma de moralizar o serviço público.

Dependendo de atos processuais anteriores, o precatório tem, assim, sua natureza processual caracterizada pela ausência de autonomia. Não pode existir sozinho, mas como resultado de um processo movido contra a Fazenda Pública, e, como elemento de força, realizado em virtude da lei criada pelo Estado, papel coercitivo para esse mesmo Estado pagar suas dívidas judiciais.

O precatório é, adaptando a frase popular — ou paga por bem ou paga por mal —, o pagamento que a legislação constitucional tutelou para, no momento do art. 730, CPC, ser expedido a fim de resolver a pretensão discutida.

6. *Como deve ser o precatório*

O ideal, que ainda será atingido, seria o Código de Processo Civil ter cuidado da forma do precatório, ter-lhe indicado “os termos rogatórios de estilo e convenientes à autoridade a quem se depreca”, para usar a linguagem processual da legislação do século passado.

Instituto necessário e obrigatório, pela sua importância e seus mergulhos em vários ramos do Direito Público, o precatório tem-se apresentado, diante do Direito brasileiro, como uma regra despida de roupagem, sem forma preestabelecida, o que tem acarretado, na expressão de FRANCISCO RAITANI⁽³¹⁾ “repetidas impugnações à satisfação do cumprimento dos mesmos instrumentos”. O precatório deve “revestir-se de certas formalidades”⁽³²⁾.

Pela omissão da lei adjetiva civil, entende-se ter ficado a critério de cada Tribunal estabelecer as peças a serem trasladadas, hoje xerografadas, já que “no precatório devem ser indicadas a quantia a ser paga e a pessoa a quem a mesma se destina. Além disso, deve ser acompanhado de várias peças do proces-

(31) *Doutrina e Prática das Execuções de Sentença*, pág. 93.

(32) *Prática de Processo Civil*, pág. 1.055.

(33) Cf. JOSÉ DA SILVA PACHECO, *ob. cit.*, pág. 546.

so, inclusive cópia autêntica da sentença e do acórdão que a tenha confirmado, e da certidão da conta de liquidação” (cf. DE PLÁCIDO E SILVA, ob. e loc. cit.).

Na vigência do CPC-39, o Tribunal Federal de Recursos expediu normas a respeito dos elementos necessários para a expedição de precatórios na primeira instância, *ex vi* do *Diário da Justiça* da União, de 5-10-71, pág. 5.401.

O precatório, na Justiça Federal de primeira instância, deve conter os seguintes elementos:

1º — *Petição inicial* — Tratando-se de reclamação trabalhista, pode ser incluído o termo de reclamação ditado pelo reclamante e redigido pelo escrivão.

2º — *Procuração* — A procuração outorgada pelo autor ao advogado também é incluída no precatório. Tratando-se de reclamação trabalhista feita através do próprio reclamante, sem a presença do advogado, o que ocorre sempre, a ausência da procuração não invalida o precatório.

3º — *Substabelecimento da procuração, se houver* — A referência se destina ao substabelecimento da procuração do autor, se houver, vez que, *in hoc casu*, o réu é a Fazenda Pública, com corpo próprio de procuradores. Não existindo, nos autos, a sua ausência não invalida o precatório.

4º — *Contestação* — Se a contestação for apresentada em forma de memorial, o que sempre se verifica, deve-se juntar ao precatório cópia também da ata da audiência, a que a contestação se refere. Se a contestação é feita oralmente, junta-se cópia da ata da audiência.

5º — *Sentença de primeira instância* — É uma das peças mais importantes do precatório. Tratando-se de ação contra a Fazenda Pública, dita sentença, se contrária aos interesses do Poder Público, está sujeita à revisão do Tribunal superior.

6º — *Inteiro teor do acórdão deste Tribunal* — i. e., do Tribunal Federal de Recursos. Apesar da regra expressa “inteiro teor do acórdão deste Tribunal”, que deveria cingir-se, naturalmente, ao acórdão propriamente dito (vistos, relatados e examinados...), o Tribunal Federal de Recursos, na prática do precatório, exige traslado de todos os votos de seus membros e do parecer do Ministério Público federal. Muitos precatórios enviados só com o acórdão em si têm sido devolvidos para complementação. O acórdão do Tribunal tem sua razão de ser, no sentido de confirmar ou não a sentença proferida em primeira instância.

7º — *Inteiro teor do acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no caso de ter havido recurso extraordinário* — A parte vencida no TFR, querendo, e sendo-lhe por lei processual permitido, pode levar, em recurso extraordinário, o caso ao STF, hipótese em que a decisão do mais alto Pretório brasileiro terá de ser trasladada para o precatório.

8º — *Petição de execução, fixando o respectivo caso (cálculo do contador, por artigos ou por arbitramento)* — Transitada em julgado a decisão do Tribunal superior, os autos retornam ao Juízo de origem para a execução da

sentença. Tal sentença terá, se for o caso, de ser liquida inicialmente, para depois ser executada. Tanto no processo cível, como no trabalhista, a liquidação da sentença se opera ou por cálculo do contador, ou por artigos, ou por arbitramento. No caso do precatório, traslada-se a petição que requer a liquidação. Sendo a execução, contudo, *ex officio*, junta-se apenas o despacho do juiz determinando o que achar conveniente, nos três caminhos apontados pela legislação processual.

9º – *Decisão nos casos por artigos ou por arbitramento, com indicação do que decidiu a 2ª instância nos respectivos recursos* – Entre os três tipos de liquidação, o mais simples é por cálculo do contador, na base de simples cálculo matemático. Contudo, a liquidação por artigos e a liquidação por arbitramento, pelo que adota do processo de conhecimento, podem ensejar ao vencido apelação para o Tribunal superior. Daí ser necessário juntar ao precatório a decisão da segunda instância, se houver recurso.

10 – *Cálculo do contador* – Se a liquidação é por cálculo do contador, junta-se ao precatório cópia do cálculo.

11 – *Concordância da parte e do Ministério Público quanto aos cálculos* – A concordância é relativa. Na prática, o que o TFR quer mesmo é que a parte vencedora e a parte vencida tomem conhecimento do cálculo, através de cota nos autos. Se dependesse da concordância, no seu sentido literal, a parte vencida, no caso, a Fazenda Pública, poderia sair sempre com o “não concordo”, o que tornaria impossível a expedição do precatório. A parte deve tomar conhecimento do cálculo e, uma vez homologado tal cálculo pelo juiz, deve ser intimada da homologação para, não se conformando, usar dos recursos que achar conveniente na lei processual.

12 – *Homologação dos cálculos pelo Juízo de primeira instância* – A homologação é feita por sentença e tem efeitos de sentença. (Vistos etc. Homologo, por sentença, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, o cálculo de fls. . . ., devendo a execução recair na importância de Cr\$”). A parte que não concordou expressamente com os cálculos tem agora o dever de recorrer. Não recorrendo da homologação, é como se com os cálculos tivesse concordado.

13 – *Concordância do Ministério Público no próprio precatório, atestando que o mesmo se acha conforme os autos, após o Dr. Juiz haver deprecado a esta presidência* – A concordância, no caso, é no precatório. Uma vez concluído o precatório, no prazo que o juiz assinar, o precatório é concluso para o juiz, que determina seja ouvido o representante do Ministério Público. O escrivão deve enviar também para o Ministério Público os autos da ação, da qual foi extraído o precatório, para que o Ministério Público ateste, no próprio precatório, através de cota, se o precatório se acha ou não conforme os autos.

14 – *Firma reconhecida do Dr. Juiz “a quo”* – Pode parecer supérfluo, mas é sempre melhor prevenir que remediar. Voltando o precatório do Ministério Público, é concluso ao juiz, que manda seja reconhecida a sua firma, ou a firma do magistrado que assinou a peça introdutória, que veremos adiante. O reconhecimento da firma é feito por tabelião, no verso da peça introdutória, do precatório. O reconhecimento é da firma do magistrado que assinou a peça

introdutória, e não do magistrado que despacha posteriormente no precatório. Tanto pode ser o mesmo magistrado, como outro, em virtude de remoção, férias, aposentadoria, licença, morte etc.

15 — *Autenticação das peças que forem juntas por cópia* — Com as máquinas xerox funcionando, nenhum escrivão traslada mais peças, na sua aceção original, mas junta as peças em cópias que, na sua linguagem, seguem adiante e ficam fazendo parte integrante deste, como se nele transcrita fosse. Não depende a autenticação de despacho expresso do magistrado, devendo o escrivão atestar a autenticação no momento em que forma o precatório.

Tudo isso sendo feito, o precatório sobe ao Tribunal superior, através de remessa, onde será, como o processo, autuado e dado vista ao representante do Ministério Público, sediado em segunda instância, para que este verifique se também foram cumpridas as formalidades legais. Há um excesso de segurança no precatório, vez que, apesar de o Ministério Público, em primeira instância, já ter atestado que o precatório se acha de acordo com os autos, o Ministério Público, em segunda, também vai proceder a uma fiscalização das peças, após o que o Presidente do Tribunal decidirá se manda ou não expedir ordem de pagamento, ou se manda o precatório retornar à primeira instância, para ser completado.

As normas expedidas pelo TFR, observadas pela Justiça Federal, continuam vigentes com o novo CPC. Mas, as peças indicadas não são suficientes por si só. Terão de ser acompanhadas por outra peça explicativa do que se trata para que o instrumento do precatório se torne completo. A forma da peça introdutória do precatório varia de acordo com o estilo pessoal do escrivão/diretor de secretaria que redige o instrumento inicial.

Não há, assim, um modelo fixo para o precatório na Justiça Federal de primeira instância. Algumas seções judiciárias ainda usam o termo carta para emitir o precatório, *verbi gratia*, a Justiça Federal do Paraná utiliza o termo "Carta Precatória Requisitória", e a Justiça Federal da Paraíba usa a expressão "Carta Requisitória de Pagamento". A maioria, contudo, utiliza o termo "Precatório Requisitório", v. g., a de Sergipe; "Precatório", v. g., a do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Maranhão e Santa Catarina; "Precatório de Requisição", v. g., a do Ceará, a da Bahia.

Vejamos alguns modelos usados:

Pela *Justiça Federal do Paraná*:

Carta Precatória Requisitória passada do Juízo em frente ao Excelentíssimo Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, para os fins que abaixo se declaram:

Ao Ilustríssimo e Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

O Doutor, Juiz Federal da Vara, na Seção Judiciária do Paraná etc. ...

FAZ SABER, a Vossa Excelência, Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, que nos autos

de Reclamação Trabalhista, nº, em que é reclamante
....., e reclamada
....., constam as peças que, por transcrição e cópias
xerográficas, estas devidamente autenticadas, adiante seguem:

AUTUAÇÃO

(.....)

ENCERRAMENTO

Nestas condições, é esta para deprecar a Vossa Excelência, Excelen-
tíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de
Recursos, que, em lhe sendo esta apresentada, se digne de mandar
proceder o pagamento da quantia de Cr\$ (.....
.....), ao reclamante. Se Vossa Excelência assim cumprir
e fizer com que se cumpra, fará justiça às partes e a este Juízo, espe-
cial mercê. Dado e passado, nesta cidade de Curitiba, Capital do Es-
tado do Paraná, aos dias do mês de de mil
novecentos e Eu,, Diretor
de Secretaria, a datilografei e subscrevi.

(a) Juiz Federal da Vara

Pela Justiça Federal da Paraíba:

Carta Requisitória de Pagamento, passada a favor de
....., extraída dos autos nº, cls. I, da
Ação Ordinária promovida pelo mesmo contra a
União Federal.

Em cumprimento ao despacho exarado pelo Ex.^{mo} Sr. Juiz Fe-
deral na Paraíba, nos autos nº, classe I, da ação ordinária
promovida por contra a União Federal, para fins
de precatório, passo a extrair as peças a seguir transcritas:
..... É, como nada mais houvesse a trans-
crever dos mencionados autos, cujas peças vão bem e fielmente copia-
das, eu, Atendente Judiciário, o datilografei,
e eu,, Diretor de Secretaria, o conferi.

João Pessoa, de de 19....

(a) Juiz Federal da Paraíba.

Pela Justiça Federal de Santa Catarina:

Precatório

O Doutor, Juiz Federal, da Seção Judi-
ciária do Estado de Santa Catarina, na forma da lei etc.

Depreca ao Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio
Tribunal Federal de Recursos, para que, sendo-lhe este apresentado
e após as formalidades legais, tendo em vista o constante dos autos
de Ações Diversas nº (Apel. Cível nº TFR), entre
partes, como exequente, e executada a União
Federal conforme cópias e certidões, em anexo, devidamente autenti-
cadas, partes integrantes deste Precatório, se digne determinar, em

favor do Dr. o pagamento da quantia de Cr\$ (.....), sendo Cr\$ (.....), de condenação e Cr\$ (.....), de honorários advocatícios. Dado e passado na Secretaria da Justiça Federal do Estado de Santa Catarina, em Florianópolis, aos dias do mês de do ano de hum mil novecentos e Eu,, Agente de Segurança Judiciária, o datilografei, e eu,, Diretor de Secretaria, o subscrevi.

(a) Juiz Federal.

Pela Justiça Federal do Rio Grande do Sul:

Precatório

Extraído dos autos da ação ordinária movida por contra a que tomou o nº da Vara desta Seção Judiciária. O Dr. MM. Juiz Federal da Vara, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, em obediência às normas legais vigentes, faz expedir o presente precatório, nos termos do que se contém às folhas dos autos da ação ordinária acima referida e que passam a compor este instrumento, por cópias, devidamente autenticadas na secretaria desta Vara, assim discriminadas:

.....
A seguir, as cópias, em xerox, das folhas dos autos, acima enumeradas. Era o que continham as peças referidas na parte introdutória deste, às quais me reporto e dou fé. Porto Alegre, RS, de de 19.... Eu,, Diretor de Secretaria da Vara, subscrevo.

(a) Juiz Federal da Vara.

Pela Justiça Federal de Minas Gerais:

Precatório dirigido ao Excelentíssimo Senhor Ministro
....., Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, passado a favor de

Ao Ilustríssimo e Excelentíssimo Senhor Ministro
....., Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

O Doutor, Juiz Federal da Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, 1ª Região, na forma da lei etc.

FAZ SABER a Vossa Excelência Senhor Ministro
....., Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, que, por este Juízo e Secretaria da Vara, se processaram os termos e atos de uma ação nº, movida por contra, havendo

sido a Ré condenada a pagar ao Autor a importância de Cr\$ (por extenso) referente a indenização e juros, ao Dr. a importância de Cr\$ (por extenso), referente a honorários advocatícios e ao Dr. a importância de Cr\$ (por extenso), referente a honorários periciais, de conformidade com as peças anexas por cópias xerográficas devidamente autenticadas. Em virtude do exposto, expediu-se o presente precatório, pelo qual solicito a Vossa Excelência Senhor Ministro se digno determinar o pagamento ao Sr. ou ao seu procurador o Dr. da importância de Cr\$ (por extenso), ao Dr. da importância de Cr\$ (por extenso), na forma das peças mencionadas. Dado e passado nesta cidade e comarca de, aos dias do mês de de mil novecentos e Eu,, Técnico Judiciário, o datilografei. E eu,, Diretor de Secretaria da Vara, o subcrevi.

(a) Dr., Juiz Federal da Vara

Pela Justiça Federal do Maranhão:

Precatório para pagamento da quantia de Cr\$ (.....), passado a requerimento e a favor de , dirigido ao Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, na forma abaixo transcrita:

Ao Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos:

O Doutor, Juiz Federal no, na forma da lei etcetera:

FAZ SABER que por este Juízo se processam os autos de uma Ação de nº, em que é Autor, e Réu, os quais tiveram o seu princípio com a petição inicial, que anexo, por xerocópia, assim como as demais peças necessárias, que, copiadas, ficam fazendo parte deste, em virtude do que DEPRECO a Vossa Excelência, Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, o cumprimento deste Precatório, para o que deverá Vossa Excelência requisitar a necessária verba, a fim de que seja pago ao Autor a quantia de Cr\$ (.....), a que tem direito, nos termos dos julgados, e demais peças transcritas no presente. Vossa Excelência, se assim fizer, fará justiça à parte, como também à Nação. Dado e passado o presente nesta cidade de, Capital do Estado de, aos dias do mês de do ano de Eu,, Diretor de Secretaria desta Seção fiz datilografar.

(a) Juiz Federal

Pela Justiça Federal do Ceará:

Precatório de Requisição de pagamento expedido do Juízo Federal da Vara no Ceará, para o Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, na forma abaixo:

Ao Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, ou a quem suas vezes fizer e o conhecimento deste haja de legalmente pertencer.

O Doutor, Juiz Federal da Vara no Ceará, por nomeação legal etc.

FAÇO saber a Vossa Excelência, Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, que, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível desta Cidade e Comarca de Fortaleza, então privativo dos feitos da Fazenda Nacional, se promoveram os termos de uma ação ordinária de indenização, a cujo final de execução vem a parte promovente de proceder neste Juízo Federal da Vara, da qual foi autora, Assim, e em virtude dos requerimentos, despachos, pareceres e decisões, juntos a este, por cópias xerográficas, devidamente autenticadas, foi passado o presente Precatório, por meio do qual requisito a Vossa Excelência, de conformidade com a lei vigente, o pagamento à interessada acima mencionada,, ou a quem legitimamente as represente, da importância de Cr\$ (.....), tudo como ficou acima indicado, sendo tal pagamento, a que se refere o presente PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO, efetuado em virtude de decisão judicial condenatória proferida contra a União Federal, na ação ordinária de indenização que lhe moveu, dando-se, assim, fiel cumprimento e final execução às decisões judiciais proferidas na aludida causa. E, se Vossa Excelência atender à requisição ora feita, adotando as providências cabíveis para o pagamento à exequente da importância supra de Cr\$ sendo: Cr\$ (.....) da condenação e Cr\$ (.....) dos honorários devidos ao seu advogado, fará justiça à mesma e a mim especial mercê. Dado e passado nesta cidade de Fortaleza, Capital do Estado do Ceará, em de de 19.... Eu,, Aux. Jud. o datilografei. E eu,, Diretor de Secretaria, o subscrevo.

(a) Juiz Federal da Vara

Pela Justiça Federal da Bahia:

Precatório de Requisição de Pagamento nos autos do Procedimento Ordinário nº

DEPRECANTE: Doutor, Juiz Federal da Vara no Estado da Bahia.

DEPRECADO: Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Tribunal Federal de Recursos.

REQUERENTE:

REQUERIDA: União Federal

FAZ SABER a Vossa Excelência que por esta Secretaria e Juízo, correm uns autos de Procedimento Ordinário registrado sob nº, que requereu contra a União Federal, constando dela as peças que seguem anexas por cópias "xerocopiadas", devidamente autenticadas pelo Diretor de Secretaria que este subscreve e constantes de: No presente depreco a Vossa Excelência se digne determinar o pagamento da quantia de Cr\$ (.....), a que foi condenada a União Federal. Dado e passado nesta cidade de Salvador, aos dias do mês do ano de mil novecentos e Eu,, Técnico Judiciário, datilografei. E eu,, Diretor de Secretaria da Vara da Justiça Federal, subscrevo.

(a) Juiz Federal da Vara

Pela Justiça Federal de Sergipe:

Precatório Requisitório expedido pela Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Sergipe, ao Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Tribunal Federal de Recursos, nos termos e para os fins do art. 117, da Constituição Federal.

Eu, o Doutor, Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, na forma da lei etc.

FAÇO SABER a Vossa Excelência, Senhor Ministro Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, que, por esta Seção Judiciária se instaurou e teve seguimento uma execução de sentença requerida por contra a União Federal, em prosseguimento a ação de, cujos elementos necessários à expedição do competente Precatório na primeira instância vão em cópias anexas, devidamente autenticadas. Por este Juízo foi exarado em de de 19.... despacho determinando a expedição do presente Precatório. Assim, nos termos do mencionado despacho, fiz passar o presente, por meio do qual ROGO E DEPRECO a Vossa Excelência se digne mandar, observando as disposições legais e regimentais, autorizar e expedir Ordem de Pagamento da importância de Cr\$ (.....), em favor do exequente acima mencionado. E se Vossa Excelência, exarando o respeitável "Cumpra-se", assim mandar cumprir, fará justiça às partes e a mim mercê que outro tanto farei quando deprecado for. Dado e passado nesta cidade de Aracaju, Capital do Estado de Sergipe, na Secretaria da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Sergipe, aos dias do mês de do ano de hum mil novecentos e (.....). Eu,, Diretor de Secretaria, o fiz datilografar e subscrevo:

(a) Juiz Federal.

Os modelos, mesmo os usados na Justiça Federal de primeira instância, variam, de Seção para Seção, sem ter uma uniformidade como ponto de partida.

Já a ordem de pagamento, expedida pelo tribunal superior, tem forma diferente. A do Tribunal Federal de Recursos se apresenta desta maneira:

Nº/..... ORDEM DE PAGAMENTO A FAVOR DE
....., DIRIGIDA à, NA FOR-
MA ABAIXO:

O MINISTRO, PRESIDENTE DO
TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, usando as atribuições que
lhe são conferidas pelo REGIMENTO INTERNO deste Tribunal:

MANDA ao Senhor Diretor da, ou
a quem suas vezes fizer, que pague ao
a quantia de Cr\$ (.....), como condena-
ção imposta à referida entidade, conforme consta do Precatório número
....., do Estado de, em que figuram como depre-
cante MM. Juiz Federal no Estado de, requerente
..... e requerido

O pagamento deverá ser feito mediante recibo em duas vias, uma
das quais a ser encaminhada a este TRIBUNAL para juntada ao res-
pectivo processo. CUMPRASE. Brasília, de de 19..

Eu,, Diretor-Geral da Secretaria, a subscrevo.

(a) Ministro

7. RELAÇÕES DO PRECATÓRIO

Apesar de parecer, a primeira vista, um problema processual, o precatório representa, em verdade, um instituto constitucional de esmerada importância pelo papel que desempenha no Direito brasileiro.

Seu relacionamento se verifica com o Direito Constitucional, com o Direito Administrativo, com o Direito Financeiro, com o Direito Processual Civil, com o Direito Penal, com o Direito Processual Penal, como veremos adiante.

Direito Constitucional — No campo constitucional, temos de estudá-lo sob três aspectos:

- a) no Direito Constitucional federal;
- b) no Direito Constitucional estadual;
- c) no Direito Constitucional comparado.

a) Direito Constitucional federal — O precatório recebeu a tutela e a proteção do Direito Constitucional brasileiro na eclética Constituição de 1934, art. 182. Já era conhecido na prática forense, onde teve seu berço. Contudo, o seu cumprimento vinha sendo desrespeitado, apesar de já ser norma de direito público (art. 41, parte quinta, do Decreto nº 3.084, de 5-11-1898), conforme

se vê dos ensinamentos de CASTRO NUNES, TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE, CARLOS MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, já citados anteriormente.

Entrou o precatório no Direito Constitucional, no qual tem permanecido, com o escopo de moralizar a administração pública e dar efetivo respeito ao Judiciário, pela força coercitiva que suas decisões, em sentido amplo, devem ter.

Da Constituição de 1934 — que só se referia à Fazenda Pública, ficando implícito que os Estados, ao organizarem suas Constituições, deveriam obrigatoriamente incluir o precatório como norma — não saiu mais dos braços constitucionais, estando estatuído na atual Carta Magna, no art. 117 e parágrafos. É um dos poucos institutos processuais a receber a contemplação honrosa da Constituição.

b) Direito Constitucional estadual — A Constituição de 1934, art. 182, ao adotar o precatório, como vimos anteriormente, abrangia somente a Fazenda Federal. As Cartas Magnas estaduais deveriam, em consequência, consagrar a norma. No entanto, para evitar que alguma Constituição estadual omitisse a regra, a Carta Magna de 1967, art. 117, ampliou a redação, englobando a Fazenda Nacional, Estadual e Municipal. Omissa ou não na Lei Maior estadual, a norma tem sua eficácia por estar expressa no texto do Estatuto Supremo.

O precatório recebeu o beneplácito de doze Constituições estaduais:

- Constituição de Alagoas, art. 90, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Amazonas, art. 87, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Ceará, art. 129, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Espírito Santo, art. 112, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Maranhão, art. 58;
- Constituição de Minas Gerais, art. 121, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Pará, art. 120, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Paraná, art. 90, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Rio Grande do Sul, art. 62, §§ 1º e 2º;
- Constituição do Rio de Janeiro, art. 110, §§ 1º e 2º;
- Constituição de Santa Catarina, art. 130, §§ 1º e 2º.

Em todas elas, o dispositivo é sempre, em linhas gerais, o mesmo:

— Os pagamentos devidos pela Fazenda estadual ou municipal em virtude de sentença judiciária far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e a conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.

§ 1º — É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.

§ 2º — As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição

competente. Caberá ao Presidente do Tribunal, que proferir a decisão exequenda, determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

As demais Constituições são omissas. Apesar da omissão, algumas, implicitamente, adotam o precatório, embora a ele, em particular, não se refiram textualmente:

Verbi gratia:

Constituição do Acre:

Art. 56 – Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça, por seu Presidente:

.....

II – autorizar a requerimento do credor da Fazenda Pública estadual ou municipal, preterido no direito de precedência ao pagamento de seu crédito, ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

A Constituição de São Paulo, art. 55, II, e a Constituição de Mato Grosso, art. 64, II, adotam o mesmo dispositivo.

É também o Direito Constitucional que vai oferecer o instituto da intervenção como coação para cumprimento do precatório. O precatório é, nesse aspecto, o preceito, do qual a intervenção é a sanção. O art. 10, da Carta Magna, permite à União intervir no Estado (Fazenda Pública estadual), para prover à execução de ordem ou decisão judiciária.

Pode acontecer, no entanto, que o governo municipal ou estadual mal-assessorado, por divergência política, teimosia ou maldade insistente, dificulte ou crie obstáculo ao cumprimento das requisições (...), confiado em que os bens do Estado são bens públicos (...) e, pois, inalienáveis (...). Em tal caso, se o governo se recusa a cumprir a requisição do Tribunal de Justiça, em se tratando de coisa julgada, a providência está no pedido de intervenção federal, conforme frisa ORLANDO DE SOUZA (ob. e loc. cit.).

CASTRO NUNES (ob. e loc. cit.) salienta a respeito que “esgotados todos os meios de que possa dispor o juiz junto ao governo do Estado para fazer cumprir a decisão, abre-se então a via extraordinária da intervenção federal”.

As Constituições estaduais consagram também a intervenção estadual no Município, sempre que este deixar de pagar a dívida fundada por dois anos consecutivos, ou sempre que deixar de prover ordem ou decisão judiciária:

- Constituição do Acre, art. 104, II, IV;
- Constituição de Alagoas, art. 105, b e d;
- Constituição do Amazonas, art. 137, II, VI;
- Constituição da Bahia, art. 101, II, IV;
- Constituição do Ceará, art. 24, II, VI;

- Constituição do Espírito Santo, art. 129, *b e d*;
- Constituição de Goiás, art. 128, II, *b*, IV, *b*;
- Constituição do Maranhão, art. 112, II, VI;
- Constituição de Mato Grosso, art. 124, II, VI;
- Constituição de Minas Gerais, art. 185, II, IV;
- Constituição do Pará, art. 29, II, IV;
- Constituição do Paraná, art. 118, II, VI;
- Constituição de Pernambuco, art. 116, II, IV;
- Constituição do Rio Grande do Norte, art. 149, II, IV, *b*;
- Constituição do Rio de Janeiro, art. 9º, II, IV;
- Constituição de Santa Catarina, art. 8º, II, IV;
- Constituição de São Paulo, art. 106, II e IV;
- Constituição de Sergipe, art. 16, II, IV.

c) Direito Constitucional comparado – Um exame em algumas Cartas de países da América do Norte, América do Sul, América Central e Europa, nos mostra que nem toda Carta Magna adota o precatório como *res sacra*, deixando, pela omissão, ao legislador ordinário a sua confecção.

Algumas Constituições alienígenas ainda encampam a teoria da responsabilidade civil do Estado por atos de seus prepostos, princípio que vai redundar, em termos adjetivos, na presença do precatório mais tarde, quando o Estado tiver de satisfazer seus débitos. *Verbi gratia*:

Constitución de la República Popular de Bulgaria:

Art. 56 – (1) El Estado responde de los perjuicios que pueden causar actos ilícitos o el ejercicio ilegal de las funciones de instituciones y funcionarios. (2) Cualquier ciudadano puede exigir responsabilidad, por vía judicial, a los funcionarios, por delitos perpetrados en el ejercicio de su misión. (3) Los ciudadanos tienen derecho, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley, a indemnización a cargo de los funcionarios culpables por los perjuicios que les han sido causados en el ejercicio ilegal de sus funciones.

Lei Fundamental da República da Alemanha:

Art. 34 – Se um funcionário, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, infringir, em relação a terceiros, os deveres que o cargo lhe impõe, a responsabilidade recai, em princípio, sobre o Estado ou a corporação a cujo serviço ele se encontra. No caso de intenção ou negligência grave, pode haver lugar a uma ação de recurso. Para reivindicações de indenização e para ações de recurso não poderá ser excluída a via judicial ordinária.

Costituzione della Repubblica Italiana:

Art. 28 – I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e

amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Constituição da República Portuguesa:

Art. 21 – (Responsabilidade civil do Estado). O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Constitución de la República Oriental del Uruguay:

Art. 24 – El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Art. 25 – Cuando el dano haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir, contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

Algumas Constituições são completamente omissas, v. g., a Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constituição das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Constitución Política del Estado da República de Bolivia e Constituição da França. A Carta Magna da URSS ainda se sai com essa norma: os cidadãos da URSS têm direito a interpor recurso contra as ações dos funcionários e dos órgãos estatais e sociais. As queixas devem ser examinadas dentro da ordem e no prazo estabelecido pela lei (cf. art. 58).

Outras atribuem a responsabilidade civil aos próprios funcionários, v. g., a Constitución Política del Perú, art. 20: El que desempeña un cargo público es directa e inmediatamente responsable por los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La ley determinará la manera de hacer efectiva esta responsabilidad. El Ministerio Fiscal está obligado a exigir el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

A Constitución Política de la República de Nicaragua, art. 266 – Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometido en el ejercicio de sus funciones. E o art. 267 – Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por los perjuicios que causaren por abuso, negligencia o omisión en el ejercicio del cargo.

Uma das Cartas que mais chega perto do precatório é a do Chile – Constitución Política de la República de Chile –, em cujo art. 21 está a disposição seguinte: Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.

Direito Processual Civil — Tem de ser analisado sob três ângulos:

- a) no Direito Processual Civil propriamente dito;
- b) no Direito Judiciário Civil;
- c) no Direito Processual Civil comparado.

Direito Processual Civil propriamente dito — Foi o berço do precatório, como já afirmamos antes, título que muitos tentam levar para o Direito Constitucional, que apenas o adotou.

O Direito Processual Civil é que vai dar a forma ao traçado pela Carta Magna. Com a omissão do CPC, a quem competia elaborar uma só diretriz para todo o país, continua à mercê do Regimento Interno dos tribunais a sua elaboração. O Direito Processual vai assim oferecer a sua contribuição, para vestir o precatório, dando-lhe trajés adequados e oferecendo, inclusive, a figura do seqüestro, se necessário seu uso se tornar.

O CPC-39 trazia a matéria em seu art. 918 e parágrafo único. O de 1973, nos arts. 730 e 731.

Direito Judiciário Civil — Dentro deste campo, cabe um exame nos códigos de organização judiciária de cada Estado-Membro, para se ver mais de perto o papel que o precatório desempenha em cada lei de organização judiciária (34).

Neste particular, dois tipos de organização judiciária se destacam:

- 1º — a que deixa a cargo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça cuidar do precatório;
- 2º — a que cuida expressamente do precatório.

No primeiro grupo, são exemplos: São Paulo, Acre, Maranhão, Mato Grosso e Paraíba.

No segundo grupo, são exemplos: Minas Gerais, Santa Catarina, Paraná, Pará, Ceará, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Alagoas e Sergipe.

São Paulo — A Resolução nº 5, de 1º-1-77, que modifica parcialmente a Organização e a Divisão Judiciária do Estado de São Paulo, é omissa com relação ao precatório, deixando, implicitamente, o problema a cargo do Regimento Interno.

Acre — A Lei nº 11, de 20-3-64, Lei de Organização Judiciária do Estado do Acre, também deixa implicitamente a questão a cargo do Regimento Interno.

Maranhão — A Resolução nº 8, de 18-12-72, Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Maranhão, não enfrenta o problema, deixando, naturalmente, a cargo do Regimento Interno.

Mato Grosso — A Resolução nº 3/71, Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso, deixa a cargo do Regimento Interno.

(34) Os Códigos de organização judiciária citados o são em sua redação anterior à Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Neste, o art. 38, XIV, confere ao Presidente do Tribunal de Justiça ordenar o pagamento, em virtude de sentença proferida contra a Fazenda, nos termos do artigo 64 da Constituição do Estado e artigo 918, parágrafo único, do Código de Processo Civil, de 1939.

Paraíba – A Resolução nº 1/75, Código de Organização Judiciária do Estado da Paraíba, deixa a cargo do Regimento Interno (Resolução nº 2/74, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 1/76). No Regimento Interno, sob o Título V – Das requisições em pagamento, há o Capítulo I – Dos precatórios, e o Capítulo II – Do seqüestro em dinheiro, cujas normas merecem ser transcritas, *in verbis*:

“*Dos Precatórios – CAPITULO I*”

Art. 311 – Os pagamentos devidos pela Fazenda estadual ou municipal, em virtude do processo de execução, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios dirigidos ao Presidente do Tribunal.

Art. 312 – Os precatórios conterão, em traslado ou certidão, além de outras julgadas necessárias à instrução do processo de requisição, as seguintes peças:

I – se houver embargos:

a) sentença condenatória e acórdão que a confirmou;

b) se não houve embargo, certidão do ocorrido, e do título executivo (CPC – art. 730);

II – conta de liquidação;

III – sentença que tiver apreciado a referida conta e o acórdão, se tiver havido recurso;

IV – sentença de liquidação com trânsito em julgado, se for o caso.

Art. 313 – Recebido o precatório, será protocolado em livro próprio e processado na divisão competente do Tribunal, que fará informar sobre a existência de verba.

Parágrafo único – Será rigorosamente observada a ordem cronológica da entrada dos processos para o efeito de preferência da requisição dos pagamentos.

Art. 314 – O Presidente despachará, mandando dar vista do processo ao Procurador-Geral da Justiça pelo prazo de 20 (vinte) dias, depois do que, apreciará e decidirá a requisitória.

Parágrafo único – Da decisão cabe agravo regimental para o Tribunal Pleno, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação no *Diário da Justiça*.

Art. 315 – Deferido o precatório, será feita a requisição ao Secretário das Finanças do Estado ou ao Prefeito Municipal.

§ 1º – No caso de estar esgotada a respectiva verba, será a dívida relacionada para oportuna abertura de crédito.

§ 2º – Além da publicação no órgão oficial da decisão proferida a respeito, dar-se-á conhecimento dela ao juiz requisitante.

Do Seqüestro em Dinheiro – CAPÍTULO II

Art. 316 – Caberá ao Presidente do Tribunal autorizar, a requerimento do credor e ouvido, no prazo de 20 (vinte) dias, o Procurador-Geral da Justiça, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito:

I – se houver preterição do direito de procedência;

II – se não for verdadeira a alegação de inexistência de verba;

III – se forem usados meios maliciosos para procrastinar o pagamento.

Parágrafo único – A efetivação do seqüestro, que será executada de acordo com as normas processuais vigentes, não obstará a apuração de responsabilidade penal da autoridade culpada.”

Já no segundo grupo, aparecem:

Minas Gerais – A Resolução nº 61, de 8-12-75, Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, art. 47, XXVIII – Compete ao Presidente do Tribunal de Justiça ordenar pagamento em virtude de sentença proferida contra a Fazenda nos termos do art. 121, § 3º, da Constituição do Estado.

Santa Catarina – A Resolução nº 1/75, de 22-12-75, Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado, art. 95, XXX – Compete ao Presidente do Tribunal ordenar os pagamentos devidos, em virtude de sentença, pela Fazenda estadual ou municipal, nos termos da legislação processual em vigor.

Paraná – A Resolução Normativa nº 1/75, Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná, art. 34, XXII – Compete ao Presidente do Tribunal de Justiça ordenar pagamento, em virtude de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil.

Pará – A Resolução nº 7/71, Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Pará, art. 75, XIII – Ao Presidente do Tribunal compete ordenar o pagamento em virtude de sentenças proferidas contra a Fazenda estadual, segundo as possibilidades das dotações orçamentárias de créditos consignados ao Poder Judiciário (CPC, art. 918, parágrafo único) e também, idem, XIV, autorizar, a requerimento de credor preterido no seu direito de preferência e depois de ouvido o Procurador-Geral do Estado, o seqüestro a que se refere o art. 117, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ceará – A Resolução nº 2/75, Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, art. 36, VIII – Ao Presidente do Tribunal de Justiça compete ordenar o pagamento resultante de sentenças proferidas contra a Fazenda do Estado, segundo as possibilidades das dotações orçamentárias de créditos consignados ao Poder Judiciário (Cód. de Proc. Civil, art. 730).

Pernambuco — A Resolução nº 10/70, Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco, art. 25, VIII — Compete ao Presidente do Tribunal ordenar os pagamentos devidos em virtude de sentença proferida contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 918 do Código de Processo Civil.

Alagoas — Resolução nº 3/75, Código de Organização de Divisão Judiciária do Estado, art. 61, VII — Compete ao Presidente decidir sobre ordens de pagamentos devidos pelas Fazendas estadual e municipal, em virtude de sentença judiciária.

Rio Grande do Sul — Resolução de 1975, Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, art. 32, X, a — Compete ao Presidente do Tribunal expedir ordens de pagamento.

Sergipe — Resolução nº 3/76, Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe, art. 35, XX — Compete ao Presidente do Tribunal expedir precatório de pagamento em virtude de sentença proferida contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil.

Direito Processual Civil comparado — Nem todo Código de Processo Civil alienígena cuida do assunto. Alguns, que abrem capítulos para tratar da Fazenda Pública em Juízo, ainda tratam da problemática, como o Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, cujo art. 752 reza: Ejecutoriada que sea la sentencia, el tribunal remitirá en copia autorizada al ministerio que corresponda las sentencias de primera y segunda instancia. Se dejará testimonio en el proceso del hecho de haberse remitido dichas copias y se agregará al mismo el oficio en que el ministerio acuse recibo de ellas. La ejecución de toda sentencia que condene al Fisco a cualquiera prestación se llevará a efecto expediendo el Presidente de la Republica el respectivo decreto.

E o art. 60 do Decreto com força de lei nº 1, do Ministério da Fazenda, de 14-2-1963, dispõe: Las sentencias que en copia autorizada remitan los tribunales de Justicia a los diversos Ministerios en conformidad a lo dispuesto en el art. 752 del Código de Procedimiento Civil, serán enviadas al Consejo de Defensa del Estado para su informe. Sólo con informe favorable de esta repartición, en el cual se indique el nombre de la persona o personas a cuyo favor deba hacerse el pago, se extenderá el decreto que ordene el cumplimiento del fallo.

O Código de Procedimiento Civil da Bolívia, cujo livro terceiro é dedicado a “los procesos de ejecución” (arts. 486 a 561) não traz nenhuma regra acerca do precatório ou da Fazenda Pública em Juízo. O Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal do México, cujo capítulo II do Título sétimo é dedicado ao “juicio ejecutivo”, também é omissivo. O Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay não trata do assunto nem no capítulo referente a “de la ejecución de las sentencias” (arts. 489 a 510), nem nos seis capítulos referentes a “del juicio ejecutivo” (arts. 873 a 941). Frisa apenas que “no se trará embargo en los bienes siguientes: las propiedades públicas sean nacionales o fiscales”, art. 885, 11º

A Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha também não enfrenta o problema do precatório, nem no título VIII, “de la ejecución de las sentencias” (arts. 919 a 958), nem no título XV, “del juicio ejecutivo” (arts. 1.429 a 1.543). Apenas o art. 18 da Lei do Patrimônio do Estado, de 15-4-64, estabelece: Ningún Tri-

bunal podrá dictar providencia de embargo, ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo, debiendo estarse a este respecto a lo que dispone la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.

O Codice di Procedura Civile da Itália, cujo livro terceiro trata “del processo di esecuzione”, arts. 474 a 622, também não cuida do assunto. Já o Código de Procedimiento Civil da Colombia, ao focalizar a “ejecución contra entidades de derecho público”, art. 336, é incisivo, quando reza que “la nación no puede ser ejecutada”. O pagamento da dívida, decorrente de sentença judicial, não se fará como no Brasil, via precatório, nem como no Chile, via decreto presidencial, mas de uma maneira interessante: cuando las condenas relacionadas com el artículo 336 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, si se cuente el término establecido en dicho artículo. El término de seis meses que establece el inciso anterior se contará desde la ejecutoria de la sentencia o del auto que liquide la condena *in genere*; pero cuando se hubiera apelado de la aquella o de este, comenzará a correr desde la ejecutoria del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior.

O Código de Processo Civil de Portugal não enfrenta o assunto quando trata do processo de execução (arts. 801 a 943). O Código Procesal Civil Y Comercial da Argentina também é omissa ao focalizar o “juicio ejecutivo” (arts. 520 a 605). Idêntica omissão ocorre na Ley 3.952, “demandas contra la Nación”, em cujo art. 7º está a regra de que “las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carater meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda”.

O Código de Processo Civil da Alemanha, ZPO, não focaliza o assunto no livro VIII, execução forçada, § 704 a § 945. O Código de Processo Civil e Mercantil da Guatemala, art. 246, trata tão-só da ação de responsabilidade civil dos funcionários e empregados públicos. O Código de Processo Civil francês também é omissa.

Direito Penal — Se a falta de inclusão no orçamento de verba destinada a atender ao precatório é problema de direito financeiro, a falta de pagamento do precatório é questão a merecer o beneplácito do Direito Penal.

Cabe, por outro lado, recorrer à intervenção federal, nos termos do art. 10, VI, do texto constitucional, quando necessária para a efetiva execução da decisão judiciária, entendendo vários autores que cumpre responsabilizar por lesão de competência, conforme o art. 330 do Código Penal, as autoridades administrativas que deixarem de atender às requisições e ordens expedidas pelo Poder Judiciário, segundo a lição de VALMIR PONTES (35).

O Direito Penal se encarrega de ditar as sanções para aqueles que, dirigindo os destinos da Fazenda Pública, deixarem de efetuar a obrigação judicial desta, quando compelida for pelo Tribunal competente. Se o precatório é cumprido integralmente, se a ordem de pagamento é atendida pela devedora, se tudo

(35) Programa de Direito Administrativo, pág. 227.

ocorre e se processa normalmente, não há necessidade de se convocar o Direito Penal.

No que tange à Fazenda municipal, o Decreto-Lei nº 201, de 27-3-67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências, é taxativo:

Art. 1º — São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

.....
XIV — negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

No que tange à Fazenda estadual, o não-cumprimento do precatório ocasionará a intervenção da União federal, nos termos do art. 10, a, VI, da CF. Já com respeito à Fazenda federal, “a infração dele é suficiente para o processo por crime de responsabilidade e, talvez, comum do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos altos funcionários federais”, conforme destaca PONTES DE MIRANDA, em seus Comentários à Lei Suprema de 1934 (ob. e loc. cit.).

Direito Processual Penal — Se ao Direito Penal cabe definir o delito e fixar a pena, ao Direito Processual Penal vai competir a tarefa de colocar suas formas à disposição dos que se sentem prejudicados pela ação ou omissão delituosa dos outros. No caso, pelo não-cumprimento do precatório. As formas processuais vão encontrar nele o santuário certo.

O Direito Processual Penal vai encontrar também uma forma diferente de precatório, destinado a devolução da fiança, ou do seu saldo, ao fiador, pessoalmente, ou por procurador com poderes especiais, quando determinado pelo magistrado, no explicação de WALTER P. ACOSTA (ob. e loc. cit.).

Direito Administrativo — A Administração Pública, da qual a Fazenda Pública devedora faz parte, tem os seus atos e contratos disciplinados em lei. Nada pode ser praticado sem a necessária justificação expressa, sem que a burocracia tudo abafe. O cumprimento da ordem de pagamento, fim primordial do precatório, está na faixa dos ditames do Direito Administrativo, porque é ele que vai ditar as normas de controle, que vai perguntar o *quantum* foi o pagamento feito, para que se destina e com que base foi praticado.

As normas de Direito Administrativo, *in hoc casu*, deveriam ser mais completas e, inclusive, fazer parte da lei que trata da Reforma Administrativa, para que, mais conhecidas, fossem também mais respeitadas.

Direito Financeiro — Entendemos, explica ARNOLDO WALD⁽³⁶⁾, que a norma que mandar incluir no orçamento autárquico a verba necessária para o pagamento dos débitos constantes de precatórios apresentados até 1º de julho não é norma processual, mas, sim, determinação de Direito Financeiro.

O Direito Financeiro, responsável pelas despesas do Estado, vai cuidar do assunto.

(36) *Expedição de precatórios contra as autarquias*, pág. 93.

8. BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, Walter P. — *O Processo Penal, Teoria, Prática, Jurisprudência e Organogramas*. 11ª edição, Editora do Autor, Rio, 1975.
- ALMEIDA, Paulo Guimarães de — Execução contra a Fazenda Pública Municipal. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, abril a junho de 1978, ano 15, nº 58, Brasília, págs. 223 a 236.
- AMERICANO, Jorge — *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 4º vol., arts. 808 a 1.053, Saraiva, São Paulo, 1943.
- BAPTISTA, N. Doreste — *Do Processo Executivo no Sistema do Código de 1973*. Forense, São Paulo, 1975.
- CARDOSO, Eurico Lopes — *Manual da Acção Executiva* (em comentários às disposições respectivas do Código de Processo Civil). 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1964.
- CARVALHO, Vladimir Souza — Recurso necessário no processo cível. *Jornalex* (órgão informativo da OAB-SE), Aracaju, ano II, nº 11, nov./dez. 77.
- CASTRO, Amílcar de — *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X, arts. 882 a 1.052, Forense, Rio, 1941; *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII, arts. 566 a 741, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- CASTRO, Artur Anselmo de — *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*. 2ª edição, Coimbra Editora, 1973.
- CAVALCANTE, Amaro — *O Regime Federativo*. Rio, 1906.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão — *A Constituição Federal Comentada*. Vol. IV, José Konfino Editor, Rio, 1949.
- FADEL, Sérgio Sahione — *Código de Processo Civil Comentado*. Vol. IV, José Konfino Editor, Rio, 1974.
- FRAGA, Afonso — *Theoria e Prática na Execução das Sentenças*. Livraria Teixeira, São Paulo, 1922.
- FREIRE, Laudelino — *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª edição, vol. IV, José Olímpio, Rio, 1954.
- GARCEZ, Martinho — *Das Execuções de Sentença — na Justiça Federal, na Justiça do Distrito Federal e na Justiça dos Estados*. 1º vol., Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, Rio, 1928.
- MARQUES, José Frederico — *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. V, 2ª edição, Forense, São Paulo, 1963; *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. IV, Saraiva, São Paulo, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos — *Comentários à Constituição Brasileira*. 4ª edição, vol. III, Freitas Bastos, Rio, 1948.
- MILHOMENS, Jonatas — *Manual de Prática Forense (Civil e Comercial)*. Vol. VI, arts. 742 a 1.054, 7ª edição, Forense, Rio, 1972.
- MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II, artigos 104-187, Editora Guanabara, Rio, 1937; *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo II, arts. 32-117, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970; *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, arts. 154-281, Forense, Rio, 1974; tomo X, arts. 612-735, Forense, Rio, 1976.
- MONTENEGRO, Cesar — *Processo de Execução. Caderno de prática forense, 4 Sugestões Literárias*, São Paulo (separata do *Dicionário de Prática Processual Civil*, de Cesar Montenegro).

- NEVES, Celso — *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII, arts. 646 a 795, Forense, São Paulo, 1975.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa — *Curso de Direito Tributário*. 4ª edição, São Paulo, Irmãos Melesi Ltda., 1976.
- NUNES, Castro — *Da Fazenda Pública em Juízo* (Tribunal Federal de Recursos — Juízo dos Feitos). 1ª edição, Freitas Bastos, Rio, 1950.
- OLIVEIRA, Cremliton S. — Execução de sentença contra a Fazenda Pública. *Letras Jurídicas*, Revista da Associação dos Magistrados de Alagoas, dezembro de 1978, nº 26, ano XVII, Maceió, págs. 35-42.
- PACHECO, José da Silva — *Tratado das Execuções — Processo de Execução*. 2º vol., Saraiva, 1976; *Tratado das Execuções — Execuções de Sentenças*. 2ª edição, Borsoi, Rio, 1964.
- PAULA, Alexandre de — *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III, arts. 566 a 889, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- PONTES, Valmir — *Programa de Direito Administrativo*. 2ª edição, Sugestões Literárias, São Paulo, 1974.
- RAIFANI, Francisco — *Prática de Processo Civil*. 10ª edição, vol. III, Saraiva, São Paulo, 1974.
- RIBAS, Antonio Joaquim — *Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares Concernentes ao Processo Civil*. Rio, Tipografia Nacional, 1878.
- REIS, José Alberto dos — *Processo de Execução*. Volume 1º, 2ª edição, Coimbra Editora, 1957.
- RUSSOMANO, Mozart Victor — Precatórios: orientação do TST para o futuro (artigo). *O Estado de S. Paulo*, jornal, 8º caderno, edição de 4-2-1973.
- SARASATE, Paulo — *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*. Freitas Bastos, Rio, 1967.
- SILVA, De Plácido e — *Comentários ao Código de Processo Civil*. Gualara, São Paulo, 1940; *Vocabulário Jurídico*. Vol. III, Forense, Rio, 1963.
- SOUZA, Ernani Vieira de — *Execução Específica da Obrigação de Emitir Declaração de Vontade e Outros Temas Divergentes no Processo Civil*. Livrex, São Paulo, julho 1979.
- SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e — *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Acomodadas ao foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Guarnier-livreiro editor, Rio, 1906.
- SOUZA, Orlando de — *Doutrina e Prática das Execuções de Sentenças*. 3ª edição, Sugestões Literárias, Rio, 1970.
- VIEIRA, R. A. Amaral — Verbete sobre o Precatório. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XXXVIII, Editor Borsoi, Benfica, Portugal.
- WALD, Arnoldo — Expedição de precatórios contra as autarquias (artigo). *Revista de Direito Público*, da RT, out./dez. 71, nº 18.

Legislação estrangeira consultada:

a) constitucional

— Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução publicada pelo Departamento da Imprensa e Informação do Governo Federal da Alemanha, Printed in Germany, by Wiesbadener Graphische Betriebe GmbH, 6200 Wiesbaden, 1975.

— Constitución Política del Estado, República de Bolivia. Edición oficial, sexta edición, La Paz, Librería-Editorial "Popular", Gaceta Oficial de Bolivia, mayo de 1977.

- Constitución de la República Popular de Bulgaria. Sofia-Press, Imprenta del Estado "Jorge Dmitrov", 1971.
 - Constitución Política de Colombia. Códigos de Bolsillo Temis, novena edición, Editorial Temis, Bogotá, D. E., 1977.
 - Constitución Política de la República de Chile. Texto vigente al 16 de julio de 1971. Editorial Jurídica de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1971.
 - Constitution — Lois organiques et ordonnances relatives aux Pouvoirs Publics. Journaux officiels, Paris, 1977. A Constituição da França, Embaixada da França, Serviço de Imprensa, 1976.
 - Costituzione della Repubblica Italiana. Collezione Legale Pirola, Pirola Editore, Milano, 1977.
 - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección Porrúa, Leyes y Códigos de México, Sexagésima edición, Editorial Porrúa, México, 1977.
 - Constitución Política del Perú. Concordancias. Efrain A. Espinal Cruzado, Editor "Carpesa", edición no oficial, Talleres Gráficos "Cadillo" S. R. Ltda., Lima, 1976.
 - Constitución Política (Ley de Amparo y Ley Marcial de la República de Nicaragua). Imprenta Nacional, Managua, D. N. Nicaragua, 1975.
 - Constituição da República Portuguesa. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa 1976.
 - Constituição — Lei Fundamental — da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas — Edições Progresso, Moscovo, 1977.
 - Constitución de la República Oriental del Uruguay. Imprenta Nacional, 1967.
- b) processo civil
- Código Procesal Civil Alemán (ZPO), edição espanhola, sem editor, sem data.
 - Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Víctor P. de Zavalla-Editor, Buenos Aires, 1977.
 - Código de Procedimiento Civil de Bolivia. Codificación Banzer, publicación oficial, Gaceta Oficial de Bolivia, Industrias offset color Srl, La Paz, 1975.
 - Código de Procedimiento Civil de Colombia. Códigos de Bolsillo Temis, compilado por Jorge Ortega Torres, novena edición, Editorial Temis, Bogotá, D. E., 1978.
 - Enjuiciamiento Civil da Espanha. Segunda edición, actualizada, Civitas Biblioteca di legislación, Madrid, 1976.
 - Nouveau Code de Procédure Civile — Dalloz, Paris, 1976.
 - Código Procesal Civil y Mercantil. Publicación del Ministerio de Gobernación, Guatemala, C. A., 1977.
 - Codice di Procedura Civile. Codici e leggi d'Italia, Editio Minor, Editore Ulrico Hoepli, Milano, 1977.
 - Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Leyes y códigos de México, vigesimasegunda edición, Colección Porrúa, Editorial Porrúa, México, 1977.
 - Código de Processo Civil Anotado. Abílio Neto, 2ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1978.
 - Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay. Concordado com sus fuentes, anotado y actualizado por Manuel Banzón, segunda edición, Imprenta Letras S. A., Montevideo, 1970.

Deficientes: sua tutela jurídica

MOACYR DE OLIVEIRA

Professor Titular da Universidade
Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1. **Da deficiência pessoal**
 - A) **Conceito e caracterização legais**
 - B) **Outras concepções**
2. **Da tutela jurídica**
 - A) **Fundamentos legais**
 - B) **Objetivos**

1. **Da deficiência pessoal**

A) **Conceito e caracterização legais**

Tecnicamente o legislador visa, em sua tutela, ao indivíduo com incapacidade parcial, o semiválido para o trabalho e para a atividade rotineira, ou que apresenta diferenças pessoais de ordem mental nas primeiras fases do seu desenvolvimento. Assim classificado, o grupo dos deficientes destaca-se em categoria à parte, refeito o antigo conceito de invalidez.

Nessa estrita acepção entram os paraplégicos (paralíticos dos membros inferiores) e outras vítimas de paralisia parcial; os cegos, surdos,

mudos, mutilados; os excepcionais negativos (crianças e adolescentes com problemas de comportamento, dado o índice de inteligência inferior à média normal). Excluem-se, por outro lado, os que sofrem absoluta incapacidade física, os adultos retardados, os dementes. Para eles outro é o sentido, o fim das normas, bem como das medidas protetoras estatais. Concede-se-lhes gratuitamente, quando pobres e desempregados, assistência médica, hospitalar e internamento em nosocômio mantido pelos poderes públicos. Aos que, pela relação de emprego, estão vinculados à Previdência, cabe o gozo dos benefícios da lei, dentre os quais reponta o direito à aposentadoria por invalidez. De resto, o amparo social completa-se por atos de liberalidade dos governos, em forma de auxílios e pensões nominais.

Estende-se a lista das exclusões aos menores normais, incapazes apenas juridicamente, para os atos da vida civil; e aos idosos inativos — as duas faixas etárias para as quais há também sistema de proteção oficial; aos excepcionais positivos ou superdotados que, pela alta aferição do Q. I., requerem método de aprendizagem próprio; aos marginais, delinquentes, viciados — todos estes sujeitos a medidas policiais e judiciais preventivas e repressivas, quando falham no momento adequado os serviços de assistência social.

Pouco analisada em direito a questão da tutela aos deficientes, os vocabulários técnicos de mais freqüente uso, para ligeiras consultas, mostram-se omissos. Das enciclopédias nacionais, a editada pela Saraiva é das raras a dedicar ao assunto maior tratamento, em artigo assinado por NAIR LEMOS GONÇALVES (1).

Dos comentaristas da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que alterou a redação do art. 175, § 4º, da Carta de 1967, poucos intentam precisar o conceito de excepcionais. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2):

“Aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados normais.”

PONTES DE MIRANDA (3):

“Pessoas que, por faltas ou defeitos físicos ou psíquicos, ou por procedência anormal (nascido, por exemplo, em meio perigoso) precisam de assistência.”

(1) GONÇALVES, Nair Lemos, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, ed. Saraiva S.A., SP, v. 34.

(2) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*, ed. Saraiva, SP, 1975, v. 3, pág. 78.

(3) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 67, com Em. Constitucional de 69*, 2.ª ed., Rev. Tribs., SP, 1972, t. VI, pág. 333.

Sob este novo ângulo — o da influência do ambiente sobre o indivíduo — o mestre por último citado expande a idéia de deficiência aos desajustados sociais e emocionais, em que poderiam ser compreendidos os delinquentes. NAIR GONÇALVES alvitra que talvez o constitucionalista objetivasse as pessoas com os denominados “desvios de conduta”, dentro, porém, de um quadro restrito aos infradotados.

O termo excepcional, para alguns educadores, como HELENA ANTIPOFF, estende-se aos mentalmente deficientes, a todas as pessoas fisicamente prejudicadas, aos emocionalmente desajustados, aos superdotados, e a quantos requerem consideração especial no lar, na escola e na sociedade. Incluindo muitos grupos diversos de crianças e graus de incapacidade, não deve ter uso indiscriminado, a ponto de confundir os bem dotados com os deficientes, também conhecidos como diferentes ou atípicos. Vitoriosa, nesse sentido, a tese defendida nas conferências das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais.

A “família-problema” é noção relativamente recente, no setor público assistencial. Por volta da década de 1940, na Inglaterra, quando se desenvolvia a política de controle das “enfermidades sociais”, atribuíam-se o fenômeno da desorganização familiar à existência, no seio da família, de tipos de pessoas deficientes ou inválidas.

Nos meios educacionais há uma corrente doutrinária que avalia a superioridade intelectual em bases também sociais, de criatividade e de pensamento produtivo. Tem seus opositores. LLOYD DUNN⁽⁴⁾ nega o efeito do meio cultural e familiar neste sentido, parecendo-lhe falsa a tese de que os superdotados sejam produtos de lares cujo nível econômico e social sobreleve a média.

Diante dos termos amplos em que a Constituição brasileira, no art. 175, § 4º, especifica a educação dos excepcionais, descabem limitações ao conceito, como o entendeu fazer ROSAH RUSSOMANO⁽⁵⁾: Crê que o problema preocupante está na educação dos “excepcionais negativos que, devidamente conduzidos, dentro embora de contingências e precariedades, se poderão integrar no grupo a que pertencem, em vez de permanecerem como seres à parte, votados à inutilidade e à desventura”.

A negatividade do padrão intelectual fora do comum está, manifesta, pelo objetivo do legislador, no texto do Projeto do Código Civil (nº 634/75). O art. 4º, inciso III, dá como incapazes relativamente a certos atos jurí-

(4) DUNN, Lloyd M. *Crianças Excepcionais — Seus Problemas, Sua Educação*, ed. Ao Livro Técnico S.A., RJ, 1971, v. 1, pág. 148.

(5) RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da Constituição*, ed. Rev. Tribs., SP, 1970, pág. 325.

dicos ou à maneira de os exercer, "os excepcionais sem desenvolvimento mental completo".

Recentemente a Instrução Normativa da Secretaria de Assistência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social (SAS nº 1/81) formulou este conceito:

"Considera-se excepcional, para fins da assistência estabelecida neste ato, a pessoa portadora de deficiência física ou psíquica, congênita ou de aquisição, precoce, persistente, não evolutiva, que apresente um conjunto de alterações provocadas pela incapacidade, gerando desvio dos padrões médios, que dificultem o seu pleno ajustamento ao meio comunitário."

O cuidado das expressões e definições no trato das pessoas deficientes atende, em parte, aos princípios da ética profissional. Evita-se a linguagem contundente dos tempos em que faltava consciência científica do problema. Na prática, a atual colocação preenche a necessidade de se caracterizarem os tipos a serem objeto da legislação específica e da respectiva tutela. Particularmente aos excepcionais, a terminologia mais abrangente, para efeito pedagógico, denota a mudança de atitudes sociais e o progresso no campo da educação especializada (cf. WILLIAM CRUICKSHANK e ORVILLE JOHNSON)⁽⁶⁾.

No conteúdo do conceito legal de deficiente figuram elementos de natureza moral (valorização da pessoa humana); social (sua integração ou reintegração no meio, por interesse da coletividade) e econômico (reabilitação para um desempenho produtivo).

B) Outras concepções

Na percepção amoral primitiva, o deficiente, por sua disformidade ou inutilidade para os fins imediatos da tribo ou da nação, devia ser exterminado. Inclusive pelos sinais da decrepitude. Tal desvirtuamento dos verdadeiros valores impedia a noção jurídica do homicídio, infanticídio e parricídio.

SUMNER MAINE⁽⁷⁾ faz ligeira alusão ao período em que grupos, aossados pelo inimigo ou pela carestia de alimentos, davam morte sistemática aos seus membros de idade avançada, inservíveis para o combate e trabalho. O fato é assinalado por HERBERT SPENCER⁽⁸⁾ que o atribui

(6) JOHNSON, G. Orville e Cruickshank. *A Educação da Criança e do Jovem Excepcional*, trad. ed. Globo, PA, 1974, v. 1, pág. 10.

(7) MAINE, H. Sumner. *El Antiguo Derecho*, ed. Madrid, pág. 26.

tanto às hordas selvagens quanto aos povos da Europa primitiva. Transcreve GRIMM: Os **wendes** matavam os pais e outros membros idosos da família e todos os que se tornassem inaptos para a guerra e o labor; coziam e comiam-nos, ou os enterravam vivos. Os **hérules** eliminavam igualmente seus velhos e doentes. Na Germânia setentrional conservaram-se traços desses costumes até a épocas relativamente pouco afastadas de nós.

Provas em contrário, de preito à idade avançada, constata-se em alguns povos e civilizações antigas. Entre os indígenas brasileiros sabe-se que os anciãos eram sempre ouvidos em assuntos domésticos e de guerra.

Das civilizações clássicas, a Grécia foi das que deixou mais fortes impressões de crueldade, ao tempo de Licurgo. Para o guerreiro povo espartano, as crianças pertenciam ao Estado. Examinava-as ao nascer, o Conselho de anciãos da cidade, para decidir-lhes a sorte. Se as julgasse fracas ou disformes, seriam atiradas do cume das escarpas do Taígeto, com cerca de dois mil e quatrocentos metros de altitude. IDEL DECKER (9) e outros de nossos historiadores, em obra didática, relatam o episódio.

No primeiro código romano, a Lei das XII Tábuas (10), na parte que versa sobre o pátrio poder, aparece a influência do costume grego, de levar-se ao pai o filho recém-nascido para que, tomando-o ou não nos braços, lhe sentenciasse a vida ou a morte. Lê-se na Tábua IV:

“I — Que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente;

II — Que o pai tenha sobre o filho o direito de vida e de morte.”

PLATÃO, em sua República utópica, ordena as relações sexuais entre homens e mulheres vigorosos, e de modo raro entre os mediócras. As crianças defeituosas deveriam ser “expostas”.

Outra concepção — esta, científica — é a de que se devem atacar as causas e não os efeitos do fenômeno, e pelo emprego de processos seletivos buscar o aprimoramento das raças. Devem-se a FRANCISCO GALTON, em 1833, os primeiros estudos sobre eugenia, que se propõe com seus métodos obter tipos de criaturas válidas, sadias e belas. DARWIN, fundamentando na Biologia a teoria transformista, propugnava em 1926, em uma de suas obras, pela necessidade de reforma eugênica.

Na primeira fase da Criminologia, juristas apreensivos com os males sociais provocados pelo alcoolismo e a epilepsia, cogitaram da aplicação

(8) SPENCER, Herbert. *A Justiça*, trad. ed. Liv. F. Alves, RJ, pág. 75.

(9) BECKER, Idel. *Pequena História da Civilização Ocidental*, 7.ª ed., Cia. Ed. Nacional, RJ, 1975, pág. 118

(10) MAIRA, Sílvio A. B. *A Lei das XII Tábuas*, 2.ª ed. Cia. Ed. Nacional, RJ, 1961, pág. 170.

da profilaxia, em substituição às penas. ASCHAFFENBURG ⁽¹¹⁾ menciona a teoria de FERRI, com este comentário:

“Bom seria que se pudesse reprimir a procriação de crianças inferiores, física e mentalmente, condenadas à depravação moral.”

O ideal de uma raça superior vem exercendo o seu poder ilusório através dos tempos. A célebre frase de JUVENAL, “mens sana in corpore sano”, pela qual o filósofo exalta a saúde do corpo, condição indispensável à do espírito, valeria como expressivo lema do mundo desportivo. Tem inspirado programas educacionais louváveis.

VOLTAIRE diria à sua pátria:

“O corpo de um atleta e a alma de um sábio, eis o que é preciso para ser feliz.”

ROUSSEAU:

“Um corpo débil debilita o espírito.”

O antigo mundo grego usufruiu uma fase notabilizada pelo culto da beleza estética, e que se consagrou na educação helênica, na fama dos jogos olímpicos, na glória da maratona e na riqueza de sua estatuária de tipos apolíneos.

Em 1920, FERNANDO DE AZEVEDO ⁽¹²⁾ enaltecia aos olhos de sua geração as virtudes do atletismo, para fortalecimento da raça brasileira. É tal o empolgação pelo tema, que a certa altura do livro transcreve estas linhas de RICHET, na apologia da força:

“A seleção é a consequência forçada da luta que se trava entre os seres; viver é um combate perpétuo e na luta os fortes são e sempre serão os vencedores. A natureza implacável não se preocupa com os inválidos e condena os impotentes. O indivíduo não é nada; a espécie é tudo.”

Nossa legislação, aliás, não só obriga à prática dos desportos, nos estabelecimentos do ensino, mas aprova certas medidas eugênicas: o Dec.-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, prescreve a necessidade de exame pré-nupcial, para controle da consangüinidade, no casamento de colaterais do terceiro grau; o Código Penal, no art. 128, II, autoriza o aborto eugênico, no caso de gravidez resultante de estupro; e no art. 131 considera crime praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio.

Deturpada em seus fins, a eugenia chegou a justificar a política racista. Em princípio do século, a esterilização de enfermos e anormais fez-se obrigatória em alguns Estados norte-americanos. Mais recentemente,

(11) ASCHAFFENBURG, G. *Crime e Repressão*, trad. ed. Lisboa, 1904, pág. 213.

(12) AZEVEDO, Fernando. *Antínoia*, ed. Weiszflog Irm., SP, 1920, pg. 25.

em 1934, na Alemanha, Hitler determinou o mesmo processo, pretendendo eliminar os judeus.

Noutro nível científico, a eugenia continua a suscitar importantes pesquisas, não mais, é certo, no sonho da "raça pura", porém colimando o aperfeiçoamento genético da espécie humana, a par do processo de evolução psicossocial. As novas técnicas, de que nos dá notícia HUXLEY (13) "incluem métodos efetivos de controle da natalidade, o desenvolvimento bem sucedido de enxertos de óvulos fertilizados em novas mães, inseminação artificial e conservação da função em gametas congelados". O pensador humanista entende a eugenia sob dois aspectos: o negativo, destinado a impedir a difusão e aumento de genes ou combinações de genes humanos defeituosos ou indesejáveis; e o positivo, pelo qual se garante a reprodução e sobretudo o aumento dos genes favoráveis ou desejáveis.

2. Da tutela jurídica

A) Fundamentos legais

A política legislativa de proteção às pessoas deficientes tem como fontes originárias as Declarações de Direitos do Homem. Uma das últimas, dirigida ao mundo contemporâneo, é a da ONU, votada em 10 de dezembro de 1948, com a ratificação do Brasil.

O objeto das Declarações apresenta a característica notada por MAURICE CRANSTON (14), de recair num direito moral e universal. Seus preceitos defendem o papel do indivíduo em sua qualidade de ser humano, de "pessoa, um todo dono de si próprio e de seus atos" e que por isso mesmo deve ser o fim último do Estado. PINTO FERREIRA (15), intérprete da evolução do constitucionalismo brasileiro, capta, naquele manancial normativo de ordem superestatal, o "direito comum da humanidade", usando a expressão de MANDELSTAM.

De modo específico, o mesmo organismo internacional, através de Resolução da Assembléia Geral de 9 de dezembro de 1975, aprovou a Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente. São os mesmos direitos civis e políticos que assistem aos demais seres humanos, com as peculiaridades de um tratamento mais delicado no que afeta a sensibilidade e carências dos destinatários das normas.

Honrando os compromissos assumidos junto ao concerto das nações, o Brasil vem incorporando à sua legislação os direitos fundamentais do indivíduo, havendo mesmo, para que se tornem realidade, criado o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Lei nº 4.319, de 16 de março de 1964). Pela Emenda Constitucional nº 1, com vigência desde 30

(13) HUXLEY, Julian. *Ensaio de um Humanista*, ed. Editorial Labor do Brasil S.A. RJ, 1977, págs. 299 e 304.

(14) CRANSTON, Maurice, trad. ed. Difel, RJ, 1978, pág. 37.

(15) FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 5.ª ed. Rev. Tribs., SP, 71, v. 1, pág. 33.

de outubro de 1969, inscreveu no art. 175, § 4º, do estatuto magno de 67, dispositivo sobre a educação de excepcionais. Outra Emenda, a de nº 12, de 17 de outubro de 1978, assegura aos deficientes em geral a melhoria de sua condição social e econômica, mediante a seguinte programática:

- I — educação especial e gratuita;
- II — assistência, reabilitação e inserção na vida econômica e social do país;
- III — proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho, ao serviço público e salários;
- IV — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Com o escopo de planejar e coordenar, a nível nacional, os objetivos do Ano Internacional das Pessoas Deficientes, instituído por força da Resolução nº 31/123, da Assembléia Geral das Nações Unidas, constituiu na forma do Decreto nº 84.919, de 16 de julho de 1980, Comissão de grande representatividade, composta de representantes de Ministérios, Secretarias e entidades não governamentais. Para consecução de seus múltiplos objetivos, a tutela jurídica reclama o concurso de diversas áreas da administração pública: da Educação e Cultura; da Previdência; da Saúde; do Trabalho; das Relações Exteriores; do Planejamento; da Comunicação Social. E não dispensa a iniciativa privada que opera no ensino especial e na prevenção de acidente no trabalho, no trânsito e no lar.

Estados e Municípios organizam, a seu turno, comissões próprias e põem-nas a funcionar, a níveis locais, encetando medidas nos campos do Poder Executivo e do Legislativo. No Congresso Nacional tramitam importantes projetos sobre a matéria, distinguindo-se os de autoria dos Deputados: Nelson Carneiro, Thales Ramalho, Simão Sessim, Pacheco Chaves, Antônio Zacharias, Carlos Santos, Francisco Rossi, Benedito Marcílio e João Menezes.

Antecedentes da legislação, que agora começa a avolumar-se no País, encontram-se na fase inicial da socialização do direito brasileiro, pela década de 30, que levaria em poucos anos à criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, e tantos empreendimentos de amparo social e assistencial. Em 1938, o Dec. nº 2.774 regulava o funcionamento do Asilo dos Inválidos da Pátria; em 1942, tínhamos a Legião Brasileira de Assistência; em 1943, o regimento do Instituto Nacional dos Surdos-Mudos (Decreto-Lei nº 6.974) e nesse mesmo ano eram dadas as bases da organização do serviço social e formas de cooperação financeira da União com as entidades privadas que operavam no setor (Decretos-Leis nºs 5.697, de 22-7-43; 525, de 1º-7-38; 5.698, de 22-7-43). O último dos textos legais arrolava, entre as instituições subvencionáveis, as de assistência a toda sorte de necessitados e desvalidos; à velhice e invalidez; educação a anormais (art. 4º).

De 1950 em diante progride o trabalho legislativo, conjugado à ação administrativa, sob crescente influência das Cartas de Declaração dos Direitos do Homem, dos quais se desprendem, como dos principais segmentos, os Direitos dos Deficientes. Compilamos alguns dispositivos legais:

ENSINO — Dec. nº 38.724, de 30-1-56 — Reestrutura a orientação técnico-pedagógica do Instituto Benjamim Constant; Dec. nº 44.236, de 1º-8-58 — Institui a Campanha Nacional de Educação e Reabilitação dos Deficitários Visuais; Dec. nº 48.961, de 22-9-60 — Campanha Nacional de Educação e Reabilitação dos Deficientes Mentais; Lei nº 4.024, de 20-12-61 (diretrizes e bases da educação nacional), art. 88 — educação dos excepcionais; Dec. nº 62.455, de 22-3-68 (MOBRAL), art. 52, parágrafo único — recursos à FUNASE, para educação dos excepcionais; Lei nº 5.692, de 11-8-71 (diretrizes e bases para o ensino de 1º e 2º graus), art. 9º — tratamento especial escolar de alunos com deficiências físicas ou mentais, e dos superdotados; Dec. nº 72.425, de 3-7-73 — cria o Centro Nacional de Educação Especial para expansão e melhoria do atendimento aos excepcionais; Dec. nº 85.902, de 13-4-81 — Autoriza funcionamento de habilitação em Educação de Deficientes Mentais, no curso de Pedagogia, da Faculdade de Filosofia de Jauá, em São Paulo (símile de outros estatutos legais, na estrutura do ensino universitário). SAÚDE. Código Nacional (Dec. nº 49.974-A, de 21-1-61 — Determina a adoção de estabelecimentos especializados e seções apropriadas para o fim de assistência médica e educacional aos menores excepcionais (art. 92); orientação básica para assistência médico-social a cegos, surdos-mudos, paralíticos, mutilados (art. 97); amparo à velhice (art. 98). Lei nº 5.479, de 10-8-68 — Dispõe sobre retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver (morcego de córneas, restauradoras da visão dos cegos). PREVIDÊNCIA SOCIAL. Lei nº 6.179, de 11-12-74 — Institui amparo previdenciário para maiores de 70 anos e para inválidos. Portaria nº 1, de 30-6-75, MPAS — medidas de assistência ao excepcional. TRIBUTOS (importação). Resoluções n.º 139, de 26-9-80, e 33, de 6-12-79, da CPA — redução da alíquota *ad valorem*, do imposto incidente sobre córneas para cirurgia de transplante; Lei nº 4.613, de 2-4-65, regulamentada pelo Dec. nº 58.932, de 29-7-66, que sofreu alteração pelo Dec. nº 63.066, de 31-7-68 — isenção do imposto de importação e de consumo, e de taxas de despacho aduaneiro, para veículos especiais destinados ao uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos físicos. TRIBUTOS (IPI). Dec. nº 83.263, de 9-3-79, art. 25, XXXI a XXXV — isenções do imposto de produtos industrializados: aparelhos de ortopedia e de prótese; aparelhos especiais de procedência estrangeira, sem similar nacional, para adaptação em veículos de paraplégicos e outros portadores de defeito físico (Dec.-Lei nº 491/69); aparelhos eletrônicos tipo “pacemaker”, de comando cardíaco (Dec.-Lei nº 1.622/78); aparelhos eletrônicos tipo “neurostimulator”, implantáveis no corpo humano, para estimulação do cerebelo e sistema nervoso (Dec.-Lei nº 1.389/75); eletrodos para marca-passo cardíaco (Dec.-Lei nº 1.482/76). TRANSITO. Dec. nº 62.127, de 16-1-68 (Código Nacional), art. 153 — concessão de carteira de habilitação a portadores de defeitos físicos, atendidas exigências de adaptação do veículo, e de exame da prática de direção perante junta especial. DIVERSÕES. Dec. nº 86.036, de 27-5-81, que regulamenta a Lei

nº 6.606, de 7-12-78 — obriga as emissoras de televisão a exibirem, nas suas programações semanais de filmes estrangeiros, um ao menos com legendas em português (o que favorece os surdos, sabido que as películas são apenas dubladas). CONSTRUÇÃO. Instrução Normativa nº 123, de 6-7-81, DASP — os projetos referentes aos edifícios públicos federais devem facilitar o acesso às pessoas deficientes.

Nos setores do trabalho e previdência e do serviço público três institutos merecem ser realçados. O da **reabilitação** profissional, que possibilita a reeducação do empregado segurado, quando em estado físico ou psíquico deficitário. O da **readaptação** — investidora do servidor em função mais compatível com a capacidade profissional, de acordo com a inspeção médica. O da **reversão** ao emprego, vindo o aposentado a restabelecer-se do mal que o inativou.

Entre as inovações do Anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho (Exp. Motivos nº 72-B/75) constam a do art. 51, inciso II, § 2º, sobre a readaptação e aproveitamento do empregado aposentado; e a dos arts. 462 e seguintes, da Seção Especial que trata da readaptação e reeducação ocupacional. Forma-se o elo que faltava ao encadeamento dos regimes previdenciário e celetista.

Em vários Estados e Municípios as administrações públicas começam a regular o ingresso em seus serviços de pessoas parcialmente incapacitadas. Assim o fizeram o Governo de Santa Catarina (Dec. nº 14.316, de 16-6-81) e do Município do Rio de Janeiro (Lei nº 157, de 17-4-80, e Dec. nº 2.768, de 12-9-80). Note-se que certas Constituições estaduais, e tem-se exemplo na Carta catarinense, prevêm, no Capítulo da Saúde e Assistência Social, a proteção às pessoas desvalidas (art. 157). Quanto ao regime estatutário do funcionalismo do mesmo Estado, digno de menção, outrossim, o critério usado para aprovação em exame de saúde, como requisito da nomeação. O legislador ressalva os casos de incapacidade física parcial que, de acordo com a lei, não impeçam o exercício do cargo (art. 19, Lei nº 4.425, de 16-2-70).

B) Objetivos

As finalidades da tutela jurídica aos deficientes são de ordem moral, social e econômica. Antes de tudo está o cuidado da dignificação da pessoa humana, independente de sua inferioridade física ou mental. WILLIAM CRUICKSHANK e ORVILLE JOHNSON (op. cit.), referindo-se às modernas técnicas de educação dos excepcionais, têm esta frase feliz: "A pessoa menos importante na sociedade está sendo favorecida."

Realmente, é uma das manifestações mais gritantes do reconhecimento da personalidade individual, a valorização do deficiente físico-mental. Só se tornou possível depois que, num primeiro estágio, o indivíduo, ao influxo das doutrinas religiosas, filosóficas e sociológicas, tomou posição ostensiva perante o Estado. "A idéia de humanidade foi efetivamente preparada, como

diz STRAUSS (16). pelo cristianismo, mediante os preceitos da benevolência e compaixão para com todos os seres vivos, cinco séculos antes de Cristo, preconizados pelo budismo. Se bem que os direitos humanos — esclarece o grande pensador — não sejam uma concepção cristã e sim filosófica.”

Estratifica-se o sistema político de proteção aos direitos individuais na doutrina humanística ou personalística do Estado de hoje, que devota seus planos e ações para o homem como precíua meta de sua organização, e por conseguinte, para o bem-estar comum. “O Estado em si mesmo não é um fim. É apenas condição para atingir os fins da humanidade, e estes não podem consistir senão no desenvolvimento harmônico de todas as forças do homem” (SCHILLER, in RADBRUCH) (17).

Ao primeiro item firmado no corpo das Declarações dos Direitos da Pessoa Deficiente, o do respeito à sua dignidade como ser humano, juntam-se-lhe os princípios da igualdade de direitos civis e políticos; igualdade de tratamento em face do que é dispensado aos membros de outras famílias; do gozo de ambientes e condições de vida próximos aos da vida normal de pessoas da mesma idade nos estabelecimentos especializados em sua recuperação; de adoção de medidas próprias a capacitá-la a tornar-se, quanto possível, autoconfiante; da proteção contra toda forma de exploração, contra todo e qualquer regulamento e tratamento de natureza discriminatória, abusiva ou degradante.

Seguem-se os direitos fundamentais tendentes, sob o enfoque social e econômico, à integração e participação: tratamento médico, psicológico e funcional para desenvolvimento de capacidades e habilidades; segurança material em nível de vida decente, em atividades produtivas e remuneradas de acordo com as aptidões; atendimento das necessidades humanas especiais, em todas as fases de planejamento político; vida familiar, comunitária, criativa e recreativa; assistência legal qualificada, sempre que indispensável à proteção da pessoa e propriedade.

Por fim o documento-chave recomenda que as organizações de pessoas deficientes sejam consultadas em tudo que interesse aos direitos de seus filiados, e que toda a classe, suas famílias e comunidades sejam plenamente informadas por todos os meios sobre o texto da Declaração.

Em grande parte os direitos dos deficientes impõem-se como conquista deles próprios que, libertos da passividade e inércia de tantos anos, unem-se formando entidades oficiais, representativas de suas reivindicações. Não apenas se agremiam, como protestam publicamente, em passeatas, sensibilizando o mundo para que evite tragédia semelhante à das vítimas da talidomida.

Côncio da obrigação jurídica de assisti-los, o Estado utilitarista visa a dois fins imediatos e práticos: o bem-estar ou a tranqüilidade pública; e

(16) STRAUSS, D.F. *A Velha e a Nova Fé*, ed. J. Bastos, Lisboa, pág. 130.

(17) RADBRUCH, Gustav, trad., ed. Coimbra, 1961, v. 1, pág. 149.

o aproveitamento de força residual de trabalho. A técnica administrativa, tanto no setor público quanto no da empresa privada, sabe que o investimento no homem tem seu retorno, podendo-se considerá-lo economicamente um capital, um patrimônio, um ativo.

Trata-se de contingente numeroso de indivíduos, tendente a aumentar, se levarmos em conta as estatísticas de acidentes de trânsito e de trabalho, das agressões a mão armada, das moléstias congênicas, do emprego de certos produtos químicos na alimentação e medicação, e dos poluentes. Outros povos somam a essas causas as guerras e freqüentes rebeliões. Reduzir as camadas improdutivas da população, pelo mínimo que seja do fator eficiência posto ao seu alcance, traz como compensação, a longo prazo, dos custos, os benefícios de nova mão-de-obra e da economia de verbas de assistência e pensionamento a encargo dos poderes públicos. Além das vantagens econômicas, ressalta-se o aspecto cultural, pois muito se pode esperar do poder criativo de pessoas não de todo incapacitadas.

Muitos dos chamados deficientes sabem superar suas fraquezas e defeitos melhor do que nós, que nos dizemos perfeitos. Parecem compenetrados deste pensamento de SENECA:

“Grande sou e para coisas maiores nasci do que para ser escravo do meu corpo.”

Bem ao contrário, os aparentemente normais padecem por vezes dos piores aleijões internos, que são as deformidades de caráter.

BRUYÈRE dizia:

“Quando quiseres conhecer os pontos fracos de um homem, observa quais são os defeitos que ele nota nos outros com mais presteza.”

Não faltam provas de grandeza de espírito e de genialidade nas artes e ciências, por parte das criaturas fisicamente inferiorizadas. Qual melhor exemplo de perseverança e inspiração artística, do que a célebre figura do Aleijadinho, na escultura de Minas Gerais? E as obras que vemos dia a dia produzidas por acometidos de paralisia infantil e por mutilados? E. Stegmann, B. Peardon e outros, utilizando o pincel com a boca; F. F. dos Reis, Marlyse Tovae e quantos manipulam os apetrechos de pintura, a custo dos pés. Suas realizações foram reproduzidas em miniatura colorida, no calendário de mesa, do ano dos deficientes, pela Editora dos Artistas Pintores Sem-Mãos Ltda., de São Paulo.

Para toda gente, sã ou enferma, perfeita ou imperfeita, vale esta reflexão de PALLADAS:

“O corpo é uma aflição da alma, é seu inferno, sua fatalidade, sua carga, sua cadeia pesada, seu atormentador castigo.”

Obras publicadas pela
Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar).

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 75.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 70)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS
JURÍDICOS”

— Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL” (2ª ed.)

- Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – *anotada*
- Histórico das Leis (tramitação legislativa)
- Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura

“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (edição de novembro de 1979)

- Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente
- Exposição de Motivos do Anteprojeto

“DIREITO FINANCEIRO” (3ª ed. – 1981; adendo – 1982)

- Lei nº 4.320/64. Normas disciplinadoras da matéria. Plano de contas único da Administração Direta.

“CÓDIGO DE MENORES” (ed. 1982)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa).

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”
(7ª edição – março de 1982)

Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/72 a 21/81.

Emenda Constitucional nº 22, de 1982, em encarte.

Minucioso índice temático.

“CÓDIGO PENAL” (edição 1982)

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado
- Índice temático

“PROCESSO LEGISLATIVO” (3ª edição atualizada e ampliada – 1982)

- Iniciativa das Leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.

- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência, Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.
- Impedimento de Parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).

"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (4ª edição - 1982)

Leis e Instruções que regularão as eleições de 1982.

Textos atualizados, consolidados, anotados e indexados:

- Código Eleitoral
- Lei Orgânica dos Partidos Políticos
- Lei das Inelegibilidades
- Lei de Transporte e Alimentação
- Lei das Sublegendas

Legislação alteradora e correlata.

Instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

"SEGURANÇA NACIONAL" (2ª edição - 1982)

- Lei nº 6.620/78 - texto, índices sistemático e temático
- Textos constitucionais e legislação ordinária
- A lei vigente comparada à legislação anterior
Anotações (opiniões e legislação correlata)
- Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: nºs 74 (abril/junho de 1982) a 77 (janeiro/março de 1983).

Preço: Cr\$ 1.400,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília - DF - 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

**Rede de Bibliotecas depositárias
das publicações da
Subsecretaria de Edições Técnicas**

**Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito**